

IRIB

REVISTA DE
DIREITO IMOBILIÁRIO

N. 3 JANEIRO - JUNHO DE 1979

NOVA FASE DA REVISTA DO INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL



REVISTA DE
DIREITO IMOBILIÁRIO

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.

Diretor Responsável: Elvino Silva Filho

Editor e Redator-Chefe: Arnaldo Malheiros

Secretária: Maria Helena Leonel Gandolfo

Arte: Roberto Luti



INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL

Fundador: Júlio de Oliveira Chagas Neto

Diretoria: Presidente, Elvino Silva Filho (SP); Vice-Presidentes: Adalberto Tabosa de Almeida (PE), Cleto M. de Moura (PA), Elbe Pospissil (PR), Francisco Casimiro Martins Ferraz (MG), Jether Sottano (SP), João Martins da Costa Neto (BA), Sylvio Paulo Duarte Marques (RS); 1.ª Secretária, Maria Helena Leonel Gandolfo (SP); 2.ª Secretário, Roberto Baier (SC); 1.º Tesoureiro, Fernando de Barros Silveira (SP); 2.ª Tesoureira, Maria Eloíza Rebouças (SP).

Conselho Fiscal: Nelson Pereira Seba (MT), Oswaldo de Oliveira Penna (SP), Olímpio Leite Pereira Filho (GO). Suplentes: Carlos Ulisses de Carvalho (PB), Álvaro Mello (CE), Dimas Souto Pedrosa (PE).

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

Preço do exemplar avulso: Cr\$ 120,00

Impressa nas oficinas da Empresa Gráfica Revista dos Tribunais S/A
Rua Conde de Sarzedas, 38 — São Paulo, SP.

IRIB

REVISTA DE
DIREITO IMOBILIÁRIO

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

N.º 3

JANEIRO-JUNHO DE 1979

SUMÁRIO

ESTUDOS E COMENTÁRIOS

As margens dos rios e os “terrenos reservados” — Afrânio de Carvalho	9
Contrato de incorporação imobiliária — Rogério Lauria Tucci	52
Espécies de vagas de garagem — João Rabello de Aguiar Vallim	67
Propriedade resolúvel — João Carlos de Siqueira	71
JURISPRUDÊNCIA	87
ÍNDICE ALFABÉTICO	163

ESTUDOS E COMENTÁRIOS

AS MARGENS DOS RIOS E OS “TERRENOS RESERVADOS”

AFRÂNIO DE CARVALHO

Professor na Universidade Federal do Rio de Janeiro

SUMÁRIO: 1. Rio e margem. Conceito estrito de margem — 2. Direito Romano. Textos abonadores desse conceito — 3. Direito português. Adoção do mesmo conceito — 4. Direito francês. Reconhecimento do conceito. Servidão lateral — 5. Direito brasileiro. Recepção do conceito estrito de margem. Confinação de imóveis com o rio — 6. Tentativa administrativa de alargamento da margem. Malogro — 7. Evolução legislativa. Servidão e “terrenos reservados” da Lei n. 1.507, de 1867 — 8. Alternativa entre inovação e demarcação dominial. Incompatibilidade da demarcação com os “terrenos reservados” — 9. Variante do preceito no Código de Aguas. Inconciliabilidade do texto com os “terrenos reservados”. Servidão — 10. Neutralidade da Constituição. Emprego ou omissão do vocábulo “margem” — 11. Dependência de regulamentação do texto. Condicionamento à prévia determinação do ponto médio das enchentes ordinárias — 12. Sujeição dos títulos aquisitivos de domínio ou de servidão ao Registro de Imóveis. Ação de retificação — 13. Posição crítica da faixa. Suficiência da servidão — 14. Caso dos terrenos marginais do rio Tietê. Súmula n. 479 do STF — 15. Revisão do Código de Aguas. Conclusão.

1. RIO E MARGEM

O rio, no seu todo, compõe-se de três elementos, água, leito e margem, dos quais a água é o principal, servindo o leito e a margem para contê-la. Ao passo que a água é um elemento autônomo, o leito e a margem se completam e solidarizam na função de continente dela. A margem, como prolongamento lateral ascendente do leito ou álveo, chega até a orla saliente da calha do rio, onde serve para lindar a contenção da água no seu curso normal. Na parte mais baixa, também é chamada de praia e na mais alta, de ribanceira ou barranca, pois costuma haver uma gradação, maior ou menor, de uma para outra, embora seja por vezes quase repentina

a mudança, como nos “canhões” do rio. Assim como o leito, a margem é parte integrante do rio, mas, ao mesmo tempo, ambos não passam realmente de extremidades do solo ribeirinho, dada a homogeneidade da sua composição.

O perfil do rio varia consideravelmente de um para outro trecho, assim como de um para outro rio, conforme as condições topográficas da região que cada um deles atravessa. A observação ocular mostra que, em certo trecho, o rio desliza entre ribas que, espalhando-se antes de atingir o topo, lhe alargam e disfarçam a cava, ao passo que em outro já corre apertado e veloz entre ribas talhadas a pique. Por outro lado, em uma ou outra região peculiar, a diferença de nível, na estiagem, entre o fio

d'água e o topo da riba é tão pequena que torna inevitável, na enchente, o seu extravasamento ao longo do curso, ou, pelo menos, em muitos pontos deste.

Via de regra, porém, presumivelmente em todos os países do mundo, o rio flui sempre no sulco aberto pela água no solo, mantendo-se constantemente entre as extremas das suas ribas, que assim lhe balizam o curso. A margem toma dessa maneira a feição de moldura lateral do rio. Na maioria dos casos, portanto, até na enchente, o rio mantém-se dentro da sua calha, que os ribeirinhos preferem chamar de caixa, percorrendo disciplinadamente a trilha do seu curso, sem ultrapassar a baliza das suas margens. Ainda que muito cheio, o rio geralmente não extravasa.

Seja qual for a configuração da margem, medeia sempre entre a sua crista e o fio d'água uma língua de terra enxuta na maior parte do tempo, ora mais ora menos larga, a qual serve para acostamento de embarcações, amarração de cabos, embarque e desembarque. Desde os tempos antigos, essa faixa interna da margem presta-se a atender aos interesses da navegação e da pesca, que foram os primeiros a ser resguardados pelo Direito, como ainda o são, embora nos tempos modernos outros se lhes tivessem acrescido, como os da agricultura, da indústria, sobretudo a hidroelétrica, e do abastecimento de água potável às populações urbanas. Como parte dessa faixa costuma ser tomada pela água na enchente ordinária, esse fato leva às vezes a considerá-la abrangida no leito ou a dizer que o rio se compõe apenas de água e leito.

Embora exista uma estreita solidariedade entre o leito e a margem, esta, posicionada em seguimento daquele, ambos destinados a prender a água, um inferiormente, a outra lateralmente, o certo é que a margem se distingue do leito por esse diferente relacionamento

com a coisa principal, de que são acessórios. Ao passo que o leito é permanentemente coberto pela água fluente, a margem só o é eventualmente. Portanto, a composição tripartite do rio, adotada pelos romanos, de água, leito e margem, merece ser conservada por sua adequação ao fato físico.

Nesse conjunto, a margem é a porção do solo que, ficando fora do sulco do álveo permanentemente ocupado pela água, sobe em rampa até o plano superior do terreno, onde se reduz a uma orelha que domina a cava do rio. Devido a essa posição eminente, a sua crista não é atingida ordinariamente pela água no tempo da chuva, embora possa sê-lo excepcionalmente quando ocorram fatores meteorológicos extraordinários capazes de provocar uma inundação. Essa é a margem natural, a que baliza e sustenta lateralmente o rio, parte integrante deste, porque sem ela o rio, espalhando-se, perderia a sua individualidade.

De parilha com esta corre uma faixa adjacente de solo, de maior ou menor largura, sem que exista no encontro das duas qualquer sinal de separação, a não ser o vestígio deixado no terreno ou vegetação limítrofe pela água barrenta da cheia. Essa indefinição do exterior terrestre gerou o costume de designar como margem genericamente todo o terreno que acompanha o rio sem discernir nele as duas faixas, uma contígua ao rio, a outra encostada nela. É que no chão uma dá seqüência ou continuidade à outra, pelo que é preciso procurar fora dessa aparência algo que as distinga permanentemente. Esse quê distintivo encontra-se na função que uma delas desempenha peculiarmente. A verdadeira margem do rio é **estruturalmente** parte do terreno ribeirinho e **funcionalmente** parte integrante do rio.

O dualismo da estrutura e da função inerente à verdadeira margem conservou-se encoberto ou despercebido duran-

te bastante tempo, deixando de refletir-se a princípio em textos do Direito antigo, em que os juristas só consideravam o aspecto estrutural, entendendo que a margem pertencia aos proprietários ribeirinhos, embora sujeita ao uso público. Como a propriedade particular não se coaduna com o uso público, havia de chegar, como chegou, o momento de reconsiderar as regras da matéria, a fim de inseri-las coerentemente na dogmática jurídica. Daí aparecer depois em outros textos o aspecto funcional que, como todo labor de especificação, trouxe o aperfeiçoamento, graças ao qual as regras ingressaram em conceitos formais unitários.

Como se vê, os preceitos sobre as margens do rio surgiram fragmentariamente para atender, ao mesmo tempo, a ribeirinhos e navegantes, sem esmero de precisão técnica. Assim acontece com o aparecimento de todos os preceitos destinados ao pronto atendimento de necessidades sociais. Depois, para concatená-los sistematicamente, subordinando-os a uma unidade de conjunto, tornou-se necessário aprofundar-lhes o sentido e o alcance, a fim de extrair deles a sua essência normativa.

Para tanto, observou-se acuradamente a largueza do objeto sobre o qual incidiam, a realidade a que os preceitos se referiam, do que resultou discernir-se nela uma parte que devia realmente pertencer aos donos dos terrenos ribeirinhos, chamada modernamente de "margem externa", e uma parte que devia pertencer ao senhor do rio, chamada agora de "margem interna", ou natural. Não ocorreu nenhuma mudança nos preceitos, mas apenas sua sistematização, pois permaneceram o domínio particular e o uso público, alinhados um ao lado do outro, um na faixa exterior, e outro na faixa interna.

Com a conciliação dos textos numa síntese racional, puderam ingressar na dogmática jurídica, cuja finalidade con-

siste justamente em tirar de dados empíricos do Direito Positivo a abstração formal que permite a aplicação coerente a todas as hipóteses que se avertam. As regras do Direito Positivo transformaram-se em conceito de domínio particular dos terrenos ribeirinhos e de domínio público da orla que ladeia imediatamente o rio. Esses conceitos, nítidos e lógicos, preponderaram no Direito moderno, embora a doutrina atributiva da margem exclusivamente aos ribeirinhos haja feito um longo caminho até o Direito português.

2. DIREITO ROMANO. TEXTOS ABONADORES DESSE CONCEITO

A longa persistência da tese segundo a qual toda a margem pertence aos donos dos terrenos ribeirinhos, dada a natureza homogênea daquela e destes, explica-se pelo largo acolhimento que teve um texto de Gaio, que do Direito antejustiano passou para o Digesto, onde, posto no Liv. 1.º, dedicado à divisão das coisas, atraiu mais depressa a atenção do que outros lançados bem adiante, no Liv. 43.º a respeito dos rios: "Riparum usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis... — Sed proprietates illorum est quorum praediis haerent: qua de causa arbores quoque in his natae eorundem sunt" (Digesto, Liv. 1.º, Tit. 8 "de Divisione rerum", fr. 5).

Assim se explica por que esse fragmento de um conjunto genérico ganhou inicialmente maior notoriedade do que os demais de um conjunto específico. Os romanistas do Direito continental europeu lhe deram preferência. Por isso os franceses, ao se proporem a questão de saber se a margem do rio era pública como o próprio rio, lhe davam sempre resposta negativa, timbrando em realçar que era particular. Aqui estão alguns excertos: "La rive du flumen

est-elle chose publique comme le flumen lui même? Non: Ce qui est publique ici, ce qui appartient à tout le monde c'est seulement l'usus, le droit de se servir de la chose. Ainsi, sans doute, toute personne peut approcher un bateau de la rive, attacher des cordes aux arbres que y ont poussé, y déposer des objets; mais la rive elle même appartient aux propriétaires riverains, et par conséquent, les arbres qui peuvent y croître leur appartiennent aussi" (Charles Demangeat, "Droit Romain", 3.^a ed., Paris, ed. A. Mareseq Ainé, 1876, pág. 440).

"Quant aux rives des fleuves, à la différence des rivages de la mer, elles appartiennent, ainsi que toutes les choses qui s'y trouvent, aux propriétaires des fonds riverains; leur usage seul est publique ("usus publicus est juris gentium") (§ 4, Inst. 2, 1). En conséquence, tout le monde a le droit d'y passer, d'y faire aborder des bateaux, d'y déposer de fardeaux, etc. En un mot, les rives des fleuves sont grevées, dirions-nous aujourd'hui, d'une servitude légale" (Schiras & Bellan, "Droit Romain", tomo 1.^o/372, Paris, ed. V. Giard & Brière, 1884).

"Quant au flumen perenne il faut bien remarquer, que, ce qui est publique, c'est le fleuve envisagé dans son unité, comprenant lit, rives et eau courante. Tant que ces éléments sont réunis pour former l'ensemble du fleuve, ils restent soumis à la souveraineté du peuple romain, et l'usage en est ouvert à tous pour les besoins de la pêche e de la navigation. Mais chacun d'eux considéré isolément a, par sa nature même, une destination différente: celle de l'eau courant est d'être commune; celle du lit et des rives est d'être le prolongement des propriétés riveraines. Ainsi les riverains sont ils propriétaires des arbres qui poussent sur la rive, et le lit abandonné par le fleuve leur appartient" (Eugène Petit, "Droit Romain",

4.^a ed., ed. Arthur Rousseau, Paris, 1903, n. 140, pág. 162).

"L'usage des rives d'un fleuve public est également public; il est indispensable aux besoins de la navigation. Mais la propriété des rives et des arbres qui y croissent appartient aux riverains" (Van Wetter, "Droit Romain" 3.^a ed., tomo 1.^o, Paris, ed. Chévalier — Mareseq, 1893).

No entanto. Maynz já discrepava da generalidade dos romanistas, apostados em atribuir as margens aos proprietários ribeirinhos, pois, destacando delas certa porção, a indispensável à navegação, a incluía entre as coisas públicas. Ao invés de deter-se a meio caminho na servidão, para explicar o uso comum das margens, aceitou logo a tese unitária do domínio público de limitada incidência — "en tant qu'ils sont nécessaires et servent à la navigation: "Sont hors du commerce" ...

"2.^o Les choses destinées à l'usage de tous les membres de la république, "res publicae". Les romains comprennent sous cette dénomination les fleuves, ainsi que les ports et les rives des fleuves en tant qu'ils sont nécessaires et servent à la navigation, les grandes routes et, en general, tout lieu appartenant à l'État et destiné à l'usage de tous" (Charles Maynz, "Droit Romain", 5.^a ed., tomo 1.^o/437, Paris, ed. A. Durand & Padone-Lauriel, 1891, Tit. 3.^o, § 25).

É que no Direito romano, por um processo de decantação das regras, já se chegara a separar da totalidade da margem particular a parte afetada ao uso público para atribuir-lhe a propriedade pública como elemento integrante do rio. Apesar de a tese privatista contar tão numerosos seguidores, a tese publicista merece acatamento, desde que entendida nos termos em que o foi pelo Direito romano.

Quando o Direito romano considerava públicas as margens dos rios públi-

cos — “Flumina publica quae fluunt, ripae quae eorum publica sunt” (Digesto, Liv. 43.º, Tit. 12, “De fluminibus”, fr. 3pr) — referia-se às margens internas, naturais, sustentadoras laterais do curso deles e, por isso, obviamente estreitas. Ulpiano definia a margem corretamente como continente do rio, asseguradora da constância de seu curso normal: “Ripa autem ita recte definietur, id quod flumencontinet, naturalem rigorem cursus sui tenens” (Digesto, Liv. 43.º, Tit. 12, “De fluminibus”, fr. 1, § 5.º). Paulo confirmava e completava essa definição em outra segundo a qual a margem é o que contém o rio até na cheia; “Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen continet” (Digesto, Liv. 43.º, Tit. 12, fr. e § 1.º).

Ao reproduzir esses fragmentos, o Conselheiro Ribas, primeiro civilista brasileiro a tratar especialmente das margens, enxergou neles opiniões diferentes, a primeira das quais limitaria as margens ao anteparo lateral que contém o volume ordinário das águas, ao passo que a segunda as projetaria até a linha alcançada pelas águas extraordinárias de transbordamento (Antônio Joaquim Ribas, “Curso de Direito Civil Brasileiro”, ed. Garnier, Rio de Janeiro, 1880, tomo 2.º/296-297). Se bem ensinasse com acerto que a primeira opinião é que devia prevalecer entre nós, nem por isso pode passar em silêncio o seu engano em ver divergência na segunda, que apenas explica a primeira, sem assumir o significado que o velho civilista lhe atribui.

Efetivamente, além do verbo **continerere** em ambos os textos tornar claro que as margens mantêm ou aprisionam o rio na sua calha, não deixando as águas sair daí, releva advertir que, no segundo deles, o adjetivo no grau superlativo — “plenissimum” — apenas significa muito cheio ou cheíssimo, sem implicar de modo algum o transborda-

mento. Para exprimir o transbordamento, existe em latim um vocábulo próprio — “inundatio” — assim como um verbo — “inundare” — nenhum dos quais foi utilizado.

A meu ver, não se alça, pois, nenhuma oposição entre o texto de Ulpiano e o de Paulo, que, perfeitamente compatíveis um com o outro, convergem, quando conjugados, em conceituar as margens como as que contêm o rio tanto na estiagem como na enchente comum (“plenissimum”), embora, “a contrario sensu”, não o contenham na enchente extraordinária (“inundatio”). Esse era o sentido completo que o próprio Ulpiano emprestava à margem, porquanto, após a definição, vem no fragmento a sua explicação, omitida nas citações brasileiras, segundo a qual a margem não muda quando o rio cresce temporariamente em virtude de temporal, de maré ou de qualquer outra razão, invocando o exemplo do Nilo que, apesar de cobrir o Egito com o seu incremento, nunca se disse que mude ou amplie suas margens: *Caeterum si quando vel imbribus, vel mari, vel qua alia ratione ad tempus excrevit: ripa nom mutat. Nemo denique dixit Nilum, qui incremento suo Aegyptum operit, ripas suas mutare vel ampliare*”.

A título de curiosidade, registre-se aqui que um dos decretos-leis da copiosa produção de uma das fases ditatoriais do nosso País deu mais tarde pelo sentido exato do superlativo latino ao empregá-lo numa locução significativa apenas do rio totalmente cheio, não transbordante. Ao definir o rio navegável para efeito de classificação, esse diploma algo erudito o houve como o curso d’água no qual, e daqui por diante as palavras são textuais — “plenissimo flumine”, isto é, coberto todo o álveo, seja possível a navegação por embarcações de qualquer natureza” (Decreto-lei n. 2.281, de 1940, art. 6.º).

Força é convir, pois, em que os dois *jurisconsultos* romanos, dados como *desavindos*, se acham acordes no conceito estrito de margem, segundo o qual esta se detém na crista ou beira da calha do rio, ainda que a água às vezes a ultrapasse. Daí ser o rio um limite comum aos imóveis fronteiros de uma e outra margem, oferecendo-se a ambos como um linde natural, cuja presença sugere imediatamente se recorra à disciplina romana da ação de demarcação, a fim de verificar se esta confirma de modo indireto o conceito estrito de margem. A resposta é afirmativa, porque aí, corroborando o conceito, outros textos, por coincidência de Paulo, esclarecem que, se entre dois prédios se interpõe rio público, não cabe entre eles ação de demarcação (*finium regundorum*). É que, pela interposição do rio público, aonde cada um deles chega, não confinam entre si, mas ambos confinam com o rio público; “Si via publica intervenit, confinium non intelligitur: et ideo finium regundorum agi non potest. Quia magis in confinio meo via publica vel flumen sit, quam ager vicini (Digesto, Liv. 10.º, Tit. 1, “Finium regundorum”, fr. 4, § 11 e fr. 5).

No entanto, a suposta oposição, atribuindo a um dos *jurisconsultos* romanos o sentido restritivo e a outro ampliativo, tem induzido mais de um jurista brasileiro a opinar que no Direito romano havia sobre a extensão das margens controvérsias (Temístocles Cavalcanti, parecer na RDA 2.º/705; Antônio Gonçalves de Oliveira, comentário na RDA 3.º/103; Daniel de Carvalho, parecer na RDA 3.º/419 etc.) da qual adveio confusão de limites entre as margens e as propriedades particulares adjacentes. Daí aceitarem os ilustres opinantes como simples demarcação de margens o avançamento destas para o interior, além da linha de enchente comum, quando esse alcance artificial

provém de um equívoco na tradução de textos latinos e envolve verdadeira usurpação.

Dissipado o equívoco pelo recurso de remontar à fonte de onde se originou, volta-se a dizer que, da combinação dos textos romanos, se infere que a margem se estende desde a linha d'água embaixo até a linha da superfície em cima, onde, por sua posição sobranceira, confina geralmente o rio até na cheia — “plenissimum”. Não chega, todavia, até onde episodicamente vai a inundação — “inundatio” — isto é, à linha variável alcançada exteriormente pela água quando ocorre o transbordamento do rio. Esse fenômeno extraordinário, precisamente pelo fato de o ser, ficava estranho à definição de margem, porque os *jurisconsultos* romanos conheciam o comportamento do rio Nilo no Egito, como nós conhecemos o dos rios do pantanal de Mato Grosso e da Amazônia, cujo transbordamento cobre tamanha extensão de terra que seria absurdo tomar como margem a orla extrema por ele atingida.

Dado a sua raridade e refluência, a inundação não muda nenhum limite, nem o da margem, nem o do campo que acaso invada, pois, se aí confundir divisas, ensejando que alguém usurpe lugares a que não tenha direito, estes, por ordem da autoridade, serão restituídos ao dono após a aviventação dos marcos por agrimensor: “Si irruptione fluminis fines agri confudit inundatio, ideoque usurpandi quibusdam loca, in quibus jus non habent, occasionem praestat: praeses provinciae alieno eos abstinere, et domino suum restitui, terminosque per mensorem declarari jubet” (Digesto, Liv. 10.º, Tit. 1, “Finium regundorum”, fr. 8).

Em suma, a margem começa onde acaba o leito ou álveo para terminar pouco acima da extrema atingida pela água na enchente comum, isto é, na

borda da calha do rio. Ou, invertendo agora o ponto de partida da descrição, a margem é a faixa que, começando do plano superior do terreno, isto é, na borda da calha, se inclina até o veio d'água para contenção do rio. No Direito romano, não se cogitou de dar uma expressão numérica a essa faixa, o que facilmente se compreende por variar de caso a caso, de estação a estação, de trecho a trecho e de rio a rio, fugindo assim a uma medida uniforme. Para os misteres da navegação e da pesca, bastava então essa faixa, que se mantinha ordinariamente enxuta, a não ser em dias de enchente.

A contigüidade dessa estreita faixa com a outra, evidentemente larga, do terreno adjacente — “qui circa ripam est” — sem qualquer marca ostensiva para distingui-las na junção de uma com a outra, levou ao uso do mesmo nome em relação a ambas. Na linguagem popular, tanto se chama margem a beira do rio, propriamente dita, como a tira de terreno que a acompanha e envolve como cercadura. A unicidade da estrutura explica o fato de jurisconsultos romanos do período intermédio reconhecerem, ao mesmo tempo, serem as margens do uso público e a propriedade delas dos donos dos imóveis ribeirinhos — “sed proprietas illorum est quod praedilis harent”.

É essa a aparente contradição que induz comentadores do assunto a estranhar que, no Direito romano, o uso das margens dos rios públicos fosse comum ao mesmo tempo que a propriedade delas era privada. Na verdade eram públicas as margens dos rios públicos, enquanto margens propriamente ditas (margens internas), mas se tornavam particulares quando, ultrapassada a crista da ribanceira, se adentravam no terreno adjacente, seguindo ao lado das primeiras como um contorno externo (margens externas). Devido à falta de marca na linha de junção dos dois domí-

nios, ao longo da direção da corrente, ambas costumam ser designadas pelo nome comum de margem, toldando a mesmice da designação o discernimento da dualidade dominial.

Tomada a margem no seu estrito sentido natural, integra-se no todo único do rio, tornando compreensíveis e razoáveis preceitos acessionistas que, de outro modo, não o seriam. Assim, se o rio abandona o álveo, este é adquirido por acessão pelo proprietário ribeirinho; se volta a correr no antigo leito, perde o proprietário ribeirinho a propriedade acidentalmente adquirida. É que, como prolongamento do álveo, com este se solidariza a margem na função de continente do rio, formando um só corpo.

Importa, pois, fixar dois pontos relevantes hauridos do Direito romano: primeiro, que só eram públicas as margens propriamente ditas dos rios públicos; segundo, que, como tais, só eram havidas aquelas que continham o rio na sua caixa até na enchente comum (“plenissimum”), mas sem transbordamento (“inundatio”). Portanto, a propriedade privada atingia o rio.

3. DIREITO PORTUGUÊS. ADOÇÃO DO MESMO CONCEITO

Essas foram as noções que passaram para o Direito português, onde as Ordenações simplesmente as subentenderam, sem dar largas ao assunto, limitando-se a incluir os rios navegáveis no patrimônio real, posto usado por toda gente (Ord. liv. 2, Tit. 6, § 8). A não ser na singularidade dessa inclusão, resquício do feudalismo, tanto mais inócuo quanto coexistente com o uso comum, cujo incessante dinamismo o suplantou e anulou, o Direito português das Ordenações seguiu a tradição romana acerca dos rios e de suas margens. O direito dominial do rei assemelhava-se mais à soberania do que à propriedade, pois se

exteriorizava, não como senhorial, mas como tutelar, para proteger o uso público, a navegação aberta a todos. Ante a preexistência do conceito romano, o Direito português absteve-se de tratar especialmente da margem, que continuou a ser havida como a traçada no solo pelo próprio rio. Assim, vigorava nele a faixa dentro da qual se davam normalmente as oscilações do volume de água das correntes, o fluxo e o refluxo destas no sentido da terra, com uma largura variável que ia do fio d'água em baixo à crista da ribanceira em cima.

Ao passo que a legislação apenas pressupunha o conceito preexistente, a doutrina o desenvolvia e pormenorizava pela voz de Lobão, cuja obra especializada esclarece que a margem, às vezes tomada como lado, é a que contém o rio, ainda quando muito cheio ("plenissimum"), no seu curso natural e costumeiro, porque, quando este se torna insólito, dir-se-á haver inundação ("inundatio"), que não constitui margem. De outra maneira, margem é a faixa de terreno que, começando no plano superior, descamba para a linha de água para contenção do rio: "Ripa vero, quae quandoque pro littore accipitur... ea est magis propria quae flumen continet secundum suum cursum naturalem... vel etiam, quae flumen continet plenissimum... intelligendo tamen ut plenissimum secundum cursum naturalem, et consuetum ipsis fluminis, secus insolitum, quia tunc diceretur inundatio, quae sicuti non constituit, ita non mutat... Rursus ripa est locus, qui incipit a plano, cum primum vergere incipit usque ad aquam per attractionem aquae" (Manoel de Almeida e Souza Lobão, "Tratado Prático e Compendiário das Águas", Lisboa, ed. Imprensa Nacional, § 3, pág. 2, citando Gob. dit. q. 21, n. 7).

Após essa explicação introdutória do que seja margem, coincidente com a noção tradicional, lembra o noticioso

praxista que "pelo Direito romano eram as ribanceiras só públicas quando navegáveis, como para o fim de aí se prenderem os barcos etc.; mas as propriedades eram dos donos das terras adjacentes" (§ 12, pág. 7). Embora a linguagem não ofereça a desejável precisão, dela se infere que, não só eram públicas as ribanceiras dos rios navegáveis, como eram particulares as terras adjacentes. Conseqüentemente, no Direito português, os imóveis ribeirinhos de propriedade particular chegavam até o rio, tinham-no como limite natural.

Na verdade, sendo a margem parte integrante do rio público, os imóveis ribeirinhos adjacentes confinavam evidentemente com o rio, que figurava como um limite natural na descrição do respectivo perímetro. Nessa conformidade, o antigo Direito português reconhecia por mais de um modo a propriedade particular **junto ao rio**, sem nenhuma interposição, e facilitava a derivação das águas para a agricultura. Embora essa derivação dependesse de doação ou concessão régia, como em qualquer país deve depender de licença da autoridade investida do poder de polícia, o certo é que a reação passiva contra essa dependência se mostrou tão persistente naquele tempo que levou o Alvará de 1804 a aboli-la, reconhecendo a situação de fato. Outorgado ao ribeirinho o direito de preocupação das águas, tinha ele até a liberdade de levantar na ribanceira tapume ou valado contra inundações: "Aquele que tem prédio junto ao rio pode, não deteriorando a navegação, fazer na margem tapume ou valado contra as inundações; inda que com isso a água reflua para os prédios vizinhos, cujos donos podem segurar-se do mesmo modo" (Manoel Borges Carneiro, "Direito Civil", Lisboa, ed. Tipografia da Madre de Deus, 1858, tomo 4.º/110, § 34).

Esse reconhecimento da confinação da propriedade particular com o rio

público perdurou sem solução de continuidade, de sorte que, pouco antes do advento do Código Civil de 1867, uma monografia especializada sobre a legislação de águas o punha em nítido relevo. Não obstante pecar pela imprecisão de conceitos, a dissertação deixava claro que a propriedade dos prédios vizinhos chegava ao rio: "O uso das margens dos rios públicos era igualmente público para o serviço de navegação, pesca etc., mas a propriedade das margens pertencia aos donos dos prédios vizinhos, que podiam servir-se delas toda vez que não embaraçassem o rio, cujas ribanceiras eram também públicas, quando aquele fosse navegável, pertencendo a propriedade, como dissemos, aos donos das terras adjacentes" (Manoel Emygdio Garcia, "Estudo sobre a legislação de águas", dissertação inaugural, Coimbra, ed. Imprensa da Universidade, 1862, parte 2.^a, pág. 78).

Os textos transcritos bastam para mostrar que a antiga doutrina portuguesa, a começar de Lobão, afirmava praticamente pertencerem as margens aos donos dos prédios adjacentes, afirmativa essa oposta àquela que lhe atribuem ilustres pareceristas brasileiros. A afirmativa, porém, precisa ser entendida em termos, por dizer respeito às margens externas, visto como as internas, que o último texto lindou nas ribanceiras, não escapam obviamente ao domínio público, já que neste se insere o rio, de que são parte integrante. Conquanto o monógrafo tenha misturado as duas categorias, dando importância e realce à maior, o que ficou em evidência foi a propriedade particular das terras ribeirinhas.

Ao sobrevir o Código Civil de 1867, vigente a partir de 1868, encontrou consolidada essa situação, em que as titularidades se bipartiam, sendo pública a do rio (inclusive as margens internas) e particular a das terras ribeirinhas. Não podia alterá-la, interrompen-

do a seqüência de uma rotina vinda de remoto passado, por lhe faltar o poder de ferir direitos adquiridos. Neste assunto, a alteração tentada diz respeito apenas à menção dos elementos componentes do rio, quando deixou de destacar a margem do álveo, como se vai ver.

Efetivamente, depois de definir as coisas públicas, incluiu na enumeração desta "as correntes de água doce, navegáveis ou flutuáveis, com os seus respectivos leitos ou álveos", omitindo assim as margens. Essa omissão o força a ampliar adiante a noção de leito ou álveo, estatuidando que "entende-se por leito ou álveo a porção de superfície que a corrente cobre, sem transbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto" (art. 380, n. 3, e § 3.^o). A ampliação apanha uma porção da superfície tradicionalmente havida como margem, a saber, a compreendida entre a água no estio e a água na cheia, sem transbordamento.

A omissão da margem foi corrigida no primeiro grande diploma especializado de águas, o Decreto n. 8, de 1892, que repôs a margem como elemento autônomo, não só ao mencioná-la destacadamente na enumeração das águas públicas como ao conceituá-la como "uma faixa de terreno adjacente, junto à linha d'água, que se conserva ordinariamente enxuta" (art. 1.^o, §§ 2.^o e 4.^o). Ainda assim a correção não é completa, pois, para retornar à noção romana, inteiramente correspondente ao fato físico, era preciso dizer que a margem ascende até a crista da ribanceira, até onde baste para conter a água na enchente comum, já que esta exerce pressão sobre as paredes laterais da calha do rio. Embora seja pequena a nesga de solo enxuto a que a margem se estende no plano superior da ribanceira — "il lembo rilevatto di quella cavità entre cui score il fiume", referido por Meucci — há de ser levada em

conta tanto mais quanto, para não deixá-la de fora, havia antigamente quem afirmasse que o rio se compõe de quatro elementos: "flumen consistit ex quator nempe: littore, ripa, alveo et acqua".

Seja como for, vê-se que o enunciado do Código Civil sobre o álveo ou leito foge ao conceito haurido no Direito romano e consolidado pelo tempo. É certo que o álveo ou leito costuma estender-se temporariamente à parte baixa da margem, chamada praia, só raramente atingindo a parte alta, denominada ribanceira ou barranca. Devido, porém, à temporariedade do primeiro fato e à accidentalidade do segundo, somente se toma como leito o tanto ocupado permanentemente pela água que corre. Aí está a razão pela qual, neste particular, parece mais acertado seguir o ensinamento do "letrado de curta inteligência e nenhuma filosofia, chamado por alcunha Lobão", do que o insigne escritor que o condecorou com essa verrina, Alexandre Herculano, a quem coube redigir a parte relativa às águas do Código Civil, a cuja consulta se pode recorrer fora dos anais parlamentares (cf. Antônio de Assis Teixeira Magalhães, "Das Correntes não Navegáveis nem Flutuáveis", Coimbra, ed. Livraria Central de José Dias Pires, 1876, Apêndice, pág. 342).

Dedicando às águas uma de suas seções, o Código Civil português desdobrou-a em duas subseções, a primeira relativa às águas públicas e particularmente às águas navegáveis e flutuáveis, a segunda, às correntes de águas não navegáveis e nem flutuáveis. Em ambas a preocupação central foi regular o uso das águas que, na primeira, ficou subordinado aos regulamentos administrativos, em face dos quais seriam resolvidos também administrativamente os conflitos entre os interesses da navegação ou flutuação e os interesses da agricultura ou da indústria.

A despeito de haver o seu mais conhecido intérprete se ocupado principalmente da segunda subseção, concernente às correntes de água não navegáveis e nem flutuáveis, alguns dos seus comentários se aplicam, por analogia, às navegáveis e flutuáveis, vale dizer, aos rios públicos, sobretudo aqueles que pressupõem chegar o prédio particular geralmente até a ribanceira, já que nesse sentido militava uma longa e ininterrupta tradição: "O prédio não se considera marginal à corrente, quando não confina imediatamente com ela, por se interpor, "verbi gratia", um caminho público; e o Código refere-se unicamente aos prédios adjacentes ou atravessados pelas correntes" (J. Dias Ferreira, "Código Civil Português Comentado", ed. Imprensa Nacional, Lisboa, 1870, vol. 1.º/417, nota ao art. 437).

A não ser na hipótese excepcional de interposição, o prédio particular confinava imediatamente com o rio, e tanto assim que não se admitia demarcação com este sob o fundamento de já haver sido feita pela natureza, pois que "o seu limite são as faces ou rampas, e os capelos dos cômoros, valados, tapadas, muros de terra ou de pedra, e cimento, artificialmente erguidos sobre a superfície natural do solo marginal, quando existentes à data da promulgação do Código Civil". Conseqüentemente, era pacífica no Direito português a extensão da margem, que somente ia até a crista da ribanceira, fosse ela natural, fosse artificial, isto é, formada de tapagem adrede levantada para conter a inundação.

Com o advento do Decreto n. 8, de 1892, que aprovou a organização dos serviços hidráulicos, ensejou-se a suplementação da margem natural para atendimento dos referidos serviços, prevendo-se ao lado dela outra de largura variável a ser efetivada mediante desapropriação dos terrenos ribeirinhos:

.....

“§ 3.º. Os proprietários legais dos terrenos junto dos lagos, lagoas, valas, cauces, esteiros e correntes de água serão previamente indenizados nos termos das leis de expropriação por utilidade pública pela expropriação ou servidões impostas pelas disposições deste artigo e seus parágrafos” (§ 3.º do art. 4.º do Decreto n. 8, de 1892).

Não só no conjunto normativo aprovado pelo referido decreto como na subsequente Lei das Águas (Decreto n. 5.787-III, de 1919), destinada a concentrar, modernizar e sistematizar a legislação e em outros diplomas, sempre se pressupôs a margem natural, ficando dependente de demarcação a margem adicional (margem externa), variável segundo a importância e a destinação das correntes. Como se tivesse definido provisoriamente a largura dessa margem adicional, conforme fosse a corrente navegável ou flutuável, houve uma autoridade fiscal que entendesse que, dentro do espaço nela compreendido, não pudesse o ribeirão fazer plantações sem licença, mas o Assento do Tribunal de Justiça de 22.1.1933 tornou claro, de uma vez por todas, que a licença só era exigível relativamente a terrenos que passassem ao domínio do Estado pela desapropriação (Antônio Simões Correia, “Legislação sobre Águas”, 2.ª ed., Liv. Torin, Lisboa, 1942, págs. 166-167).

Foi, portanto, no pressuposto da estreiteza da margem natural, integrante do rio, que, para alargá-la, onde se tornasse necessário, se previu a desapropriação dos imóveis particulares existentes ao longo dela. Na eventualidade do procedimento expropriatório, só nessa ocasião, é que uma banda desses terrenos passaria a ser de propriedade pública, deixando os imóveis particulares de confinar com o rio. Aí apareceriam na cena jurídica, separadas por uma linha divisória ostensiva, duas faixas de terreno, a da margem natural

(margem interna), de domínio público congênito, e a sua suplementação (margem externa), de domínio público superveniente.

4. DIREITO FRANCÊS. RECONHECIMENTO DO CONCEITO. SERVIDÃO LATERAL

Com o correr dos anos, em decorrência de modalidades regionais da própria navegação, bem como do progresso, mais acentuado em uns que em outros países, surgiu, portanto, a conveniência de suplementar a margem natural dos rios navegáveis e flutuáveis para atender a outros serviços de utilidade pública, como os de tração, limpeza e policiamento. Assim, onde a margem natural se revelou insuficiente para acudir aos fatos novos, tornou-se de bom aviso completá-la com uma faixa adicional, a fim de que o direito não ficasse atrás dos fatos. Bem antes de se sentir essa conveniência em Portugal, ela se acusou na França e na Itália, países mais adiantados, de condições hidrográficas peculiares, que permitiam puxar as embarcações a sirga com apoio na terra.

Na França, o meio técnico acertadamente escolhido para satisfazê-la foi o estabelecimento de uma servidão pública ao longo dos terrenos particulares ribeirinhos, a cuja faixa de exercício se deu logo uma expressão numérica certa. Essa providência implicou a necessidade de fixar previamente a margem natural, a fim de que, a partir dela, se medisse e concretizasse no terreno a faixa de exercício da servidão.

Assim, a Ordenança francesa de 1669 sobre águas e florestas instituiu, ao longo dos rios navegáveis e flutuáveis, a servidão de “marchepied” ou “chemin de halage” em favor de barcos puxados a sirga, abrindo-se, numa das margens, um caminho para a passagem dos cavalos — “halage” — e, na margem oposta,

um outro de largura menor "marchepied" (Rogron, "Code Civil", ed. E. Plon & Cie., Paris, 1877, 19.^a ed., pág. 522; Planiol, "Traité", ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1911, 6.^a ed., tomo 1.^o/911, n. 2.907, etc.).

Neste ponto, cabe ressaltar que só após a determinação das margens do rio é que se traçava o espaço de cada lado delas, destinado à servidão, como ainda esclarece Rogron: "Ce n'est qu'après avoir déterminé les bords de la rivière que l'on doit tracer l'espace libre de chaque coté de ses bords". Em suma, na França determinavam-se, em primeiro lugar, em regulamento administrativo, quais são as margens do rio para, em segundo lugar, marcar-se a faixa do exercício da servidão.

Por outro lado, a fixação pelo Estado dos limites do rio não impedia que os proprietários ribeirinhos reclamassem, perante a autoridade administrativa, uma indenização pelos terrenos a eles pertencentes compreendidos nos referidos limites, tendo-se sempre em vista que o leito natural do rio se estende lateralmente até a linha banhada pelas águas mais altas, sem transbordamento — "sans débordement" (pág. 427). Quando o julgado da Corte de Lyon admite que o leito natural do rio se estenda lateralmente até a linha banhada pelas águas mais altas, a saber, a linha da enchente, compreende no leito um pedaço que costuma ficar ordinariamente enxuto e, por isso, se inclui, por consenso geral, na margem. Essa superposição parcial entre os conceitos de leito e margem, atrás anunciada como episódica, não chega a prejudicar o segundo, porquanto a margem se alonga fisicamente até a crista da ribanceira.

De parte essa observação incidente, releva chamar a atenção para o requisito "sem transbordamento" que, resu-

mindo os textos romanos definidores da margem, foi trasladado para as Ordenanças francesas e acabou consagrado pelo art. 36 da Lei de 8.4.1898. Esta, ao incumbir os prefeitos de determinar o limite dos rios públicos em atos sujeitos à aprovação ministerial, advertiu que esse limite devia regular-se "sur la hauteur des eaux coulant à pleins bords" (Planiol, "Traité" cit., n. 3.070). Por conseguinte, quando os tratadistas franceses mencionam a cláusula "sans débordement", na definição de margem, repetem, não apenas uma antiga noção doutrinária, mas um requisito legal.

Determinado o limite do rio na sua margem, justapunha-se-lhe a servidão lateral, que não impedia que os acréscimos de aluvião aproveitassem ao proprietário ribeirinho, porque a faixa daquela continuava ainda pertencente a ele. Assim se conciliavam os interesses públicos ligados à navegação com os interesses do proprietário ribeirinho, impondo-se a este tão-somente o ônus menor, o bastante para o atendimento daqueles.

Ao passo que na França e em outros países essa evolução razoável, ditada pela utilidade pública, ocorria no século 17 (1669), em Portugal a situação vinda do Direito romano se mantinha inalterada até o século 19 (1892). Ao dizer-se que a situação se mantinha inalterada, abstrai-se da anomalia da inclusão dos rios no patrimônio real, porque, ao mesmo tempo, continuaram de uso comum, predicado que absorveu e anulou a patrimonialidade. Com mais de dois séculos de diferença, portanto, é que em Portugal se cogitou de inová-la, prevendo-se que, ao longo da margem natural, se desapropriasse o terreno ribeirinho de propriedade particular para criar uma faixa de propriedade pública ou onerada com a servidão pública.

5. DIREITO BRASILEIRO. RECEPÇÃO DO CONCEITO ESTRITO DE MARGEM. CONFINAÇÃO DE IMÓVEIS COM O RIO

Ao descobrir o Brasil, Portugal investiu-se do senhorio do território por força do Tratado de Tordesilhas celebrado com Castela em 1494 e transmitiu-lhe, com a língua e a religião, o seu Direito, de cunho nitidamente romano. Essa herança cultural implicou a recepção pela Colônia do conceito estrito de margem que, por força do conservadorismo do Direito, permaneceria pelo tempo afora, ultrapassando a Independência. Na passagem por esta perdeu a existência da patrimonialidade, porque a Constituição do Império, revogando as Ordenações do Reino, omitiu os rios navegáveis entre os bens da Coroa, devolvendo-os à categoria pura de bens públicos de uso comum, em que nunca deixaram de estar. A margem continuou a ser havida aqui, à semelhança do que acontecia além-mar, como o terreno que ladeia o rio para conter-lhe a água até na cheia, sem transbordamento. Apenas isso, não mais do que isso.

No novo território, dilatado pela nossa gente na época da Colônia, consolidado politicamente na Monarquia e demarcado juridicamente na República, a recepção do Direito português refletiu-se benéficamente no processo de ocupação e povoamento da terra. De dois modos ela redundou no atestado da existência da propriedade particular junto ao rio. Primeiro, indicando nos documentos o rio como limite dos imóveis, sem nenhuma interposição, já que margem é rio, como parte integrante dele. Segundo, outorgando aos proprietários ribeirinhos um amplo direito de aproveitamento de suas águas.

Efetivamente, no destaque sucessivo de glebas do território para a formação da propriedade privada, bem como nos

subseqüentes negócios delas entre particulares, os títulos freqüentemente se valeram dos rios, não só para caracterizar-lhes a situação como para dar-lhes limites naturais visíveis, inconfundíveis e imutáveis. A menção de rios limítrofes tornou-se assim corriqueira na documentação imobiliária de todo o País, conforme mostra, em qualquer parte, a cadeia de títulos sucessivamente criados ao longo do tempo, desde as cartas de sesmaria, passando pelo registro do vigário, até as modernas escrituras.

Esses títulos aquisitivos da propriedade imóvel tomavam e tomam freqüentemente, como linha de testada ou ponto de partida da descrição do perímetro, uma corrente d'água de grande ou pequeno tamanho, rio, ribeirão ou córrego, por se tratar de acidente natural facilmente reconhecível que, ao mesmo tempo, evita a confusão de limites e propicia aguadas indispensáveis à pecuária e à lavoura. Nos arquivos públicos, nas repartições administrativas de terras, nos cartórios judiciais enxameiam os títulos transmissivos de propriedade que põem um ou mais limites do imóvel num rio: "dando frente para o rio", "dando fundos para o rio", "daí segue rio acima", "daí segue rio abaixo veio d'água", "até as águas do rio", "até o rio" etc.

Dada a unidade política do País, essa prática tem caráter geral, embora tenha-se ensejado particularmente à minha observação em Minas Gerais, quando ali colaborei numa consultoria jurídica dedicada principalmente às questões de terras públicas. Conquanto não seja sempre fácil remontar a documentos originais, presumo que ainda continuem disponíveis para os pesquisadores os livros de sesmarias do Arquivo Público Mineiro. De qualquer modo, resta a possibilidade de fazer uma idéia das cartas de sesmaria, lendo trechos de algumas delas na coleção de estudos em que,

de par com outros assuntos, foram examinadas por um jurista e historiador para repelir **grilos** tentados audaciosamente naquele Estado. Essa visão parcial basta para comprovar que os rios serviam freqüentemente para marcar a situação e definir o limite das sesmarias (Daniel de Carvalho, "Pareceres", ed. Imprensa Oficial, Belo Horizonte, 1919, págs. 64, 77, 85, 116 etc.).

Além desse valioso repositório de informações, outras fontes existem em que se encontra, em segunda mão, a assídua referência a rios como limites de sesmarias, pois nelas se reproduzem, total ou parcialmente, os documentos originais, alguns bem remotos: "... para arriba assin e da que corre o dito rio Piauhy"

"... pelo rio Iaguari assima" (Cartas de sesmaria de 30.4.1893 e de 24.1.1862 em Manoel Madruga, "Terrenos de Marinha", ed. Imprensa Nacional, 1928, vol. 1.º/25-26).

Conquanto pareça desnecessário alongar a prova do que é público e notório, não custa trazer à baila seu coroamento judicial, pois em demandas de estrepito os títulos ajuizados mencionam rios como limites dos imóveis, versando sobre as margens as questões discutidas e resolvidas. Assim, numa expressiva amostra da nossa hidrografia, aparecem nessas demandas, recolhidas em revistas especializadas, o rio Tietê em São Paulo (RDA 3.º/99), o rio Guaíba no Rio Grande do Sul ("Revista" cit., pág. 117) e o rio Capibaribe em Pernambuco ("Arquivo Judiciário" 53/247).

Até os títulos transmissivos do Estado, de época recente, continuam a mencionar as correntes fluviais como limites desde o norte até o sul do País, havendo exemplo deles em julgados insertos em revistas de jurisprudência. À sorte, tome-se a escritura pública de venda do Estado do Amazonas a um particular, datada de 1916, de um ter-

reno à margem esquerda do igarapé Cachoeira Grande, município de Manaus, aliás disputado pela União como reservado ("Arquivo Judiciário" 50/12).

Sem interrupção de norte a sul do País, no passado e no presente, vigora o costume de mencionar rios como limites dos imóveis. Tão arraigado é esse costume que dos títulos antigos passou para os atuais, que nem se concebe possa ser removido. Diante desses títulos, que formam cadeia em sua continuidade, os imóveis são realmente ribeirinhos, de sorte que as suas áreas e as suas cercas chegam licitamente até o rio, até onde se estendem as pastagens ou lavouras. Por outro lado, estando o rio na sua testada, aí constitui um tapume natural, dispensando a construção de outro, com considerável economia de custeio para os ribeirinhos.

Ao mesmo tempo que os títulos colocam os ribeirinhos junto ao rio, a doutrina de uso comum deste lhes permite o aproveitamento de suas águas para bebedouro de gado, bombeamento, irrigação e outros fins econômicos. Assim como em Portugal a doutrina era levada ao extremo de prescindir de licença régia para o aproveitamento das águas, no Brasil, onde o Alvará de 1819 mandou aplicar o de 1804, também permitia fossem as águas dos rios e ribeiros públicos desviadas por particulares mediante canais e levadas em benefício da agricultura. Esse aproveitamento das águas pressupunha evidentemente a presença dos particulares junto aos rios públicos, a possibilidade de acesso imediato a estes, e foi assim consolidado em 1858: "Art. 894. As águas dos rios e ribeiros podem ser ocupadas por particulares; e derivadas por canais, ou levadas, em benefício da agricultura e indústria" (Teixeira de Freitas, "Consolidação", 3.ª ed., 1876, art. 894).

Aqui se abre um parêntese para anotar que a construção de diques serviu

até para que o nosso mais acatado heremeneuta realçasse a necessidade de discernir exatamente cada espécie na aplicação do texto legal. No seu exemplo, em que se invocava a gestão de negócios, certo proprietário ribeirinho construiu um dique destinado a impedir a invasão da enchente em suas lavouras, havendo a obra beneficiado igualmente o vizinho ausente. Como quisesse cobrar depois deste parte do preço do dique, isso lhe foi negado, devido à circunstância de não havê-lo feito no interesse imediato desse vizinho (Paula Batista, "Hermenêutica Jurídica", pág. 376).

Se numa cadeia ininterrupta de títulos os rios figuram como limites dos imóveis descritos, isso prova que os respectivos terrenos chegam até o rio. Se, por cima, os seus proprietários são legalmente autorizados a promover o aproveitamento das águas, isso torna a prova insuscetível de questionamento. Aliás, esses fatos reproduziam outros que com a mesma consequência se davam contemporaneamente em Portugal, de que o nosso País se apresentava como a continuidade histórica, dada a tendência natural de, para atender aos mesmos problemas, recorrer às mesmas soluções, que têm por si o beneplácito da experiência.

6. TENTATIVA ADMINISTRATIVA DE ALARGAMENTO DA MARGEM. MALOGRO

Dentre os títulos de formação da nossa propriedade privada, o primeiro, a carta de sesmaria, não se limitava a conceder terras ao particular, mas apunha à concessão certas cláusulas que variavam de acordo com o prudente arbítrio do concedente, senhor do território ou delegado dele. Num vasto território a desbravar e colonizar, o título do concedente não podia ser apenas transmissivo da propriedade, atendendo assim ao interesse particular, mas havia

de prover o equilíbrio da futura comunidade, adotando estipulações de interesse público. Se a legislação reinol recomendava resguardar simultaneamente ambos os interesses, mais forte se tornava essa recomendação no novo meio, onde a titulação inicial, para propiciar um desenvolvimento harmônico, devia tomar peculiar cautela.

Essa cautela inspirava-se primeiramente nas Ordenações do Reino, que previam a reserva não só do terreno edificado nas póvoas incipientes, mas ainda de uma porção de terreno circunvizinho denominado "logradouro" (Ord., Liv. 4.º, Tit. 43, § 10). As ordens régias atualizavam na Colônia esse mandamento, proibindo a concessão de terras que deviam ser dos conselhos para assente das povoações (patrimônio) ou de logradouro para proveito comum dos seus habitantes, tradição que a lei de terras do Império e depois as leis estaduais de terras devolutas mantiveram. Assim, o logradouro era um complemento das povoações, embora modernamente designe todo lugar de uso comum do povo.

Dáí costumarem as cartas de sesmaria ressalvar o uso das margens dos rios navegáveis em favor dos passageiros, já que eles eram públicos, bem como reservar, na travessia deles, um terreno "para comodidade pública" ou "para comum proveito de todos". A Ordem Régia de 11.3.1754 determinou que esse terreno, a ser reservado para logradouro em uma das margens, utilizável também por qualquer arrendatário da passagem, tivesse uniformemente a extensão de meia légua de testada (Macedo Soares, "Medição e Demarcação de Terras", nota sobre sesmarias, pág. 395; Daniel de Carvalho, "Pareceres", ed. Imprensa Oficial, Belo Horizonte, 1919, págs. 101-104).

Nessa conformidade, as disposições em favor do público subentendiam que as margens eram relativamente estreitas, pelo que, para criar logradouros, pre-

dispunham, de espaço a espaço, a reserva de um terreno de tamanho adequado. Por outro lado, a reserva do terreno para logradouro não era feita inconsideradamente, mas localizada em trechos alternados dos rios, nas passagens de barcos, de modo que os trechos restantes ficassem livres para o aproveitamento dos proprietários ribeirinhos. Enfim, havia razoável conciliação entre os interesses comunitários e os interesses individuais.

Aí está, na louvável idéia desse “terreno reservado”, de onde em onde, na margem dos rios, a provável fonte inspiradora de outra, deveras desarrazoada, que se adotou mais tarde, a saber, de estabelecer, ao longo de todo o comprimento dos rios, uma faixa contínua e uniforme, entre as margens, propriamente ditas, e as propriedades ribeirinhas particulares, a pretexto de atender a utilidade pública. Embora a idéia da interposição dessa faixa tenha a atenuante de haver sido aventada quando a imensidão das terras contrastava com a pequenez da agricultura, envolve inegavelmente imperdoável falta de previsão do vulto que a segunda assumiria no futuro.

A assemelhação entre a primeira idéia, nascida da prudência portuguesa, que alterna adequadamente os dois domínios, limitando o objeto de incidência de cada qual, com a segunda, filiada à imprevisão brasileira, que exclui o domínio privado e totaliza o objeto de incidência do domínio público, não tem razão de ser. Entre elas o único traço comum está no verbo “reservar”, revestindo, portanto, caráter meramente formal, porque, no fundo, nada tem a ver uma com a outra.

No entanto, juristas há que as assemelham, confundindo uma com a outra, chegando o principal patrono moderno da segunda a dizer que nas sesmarias não estavam incluídos os terrenos reservados, como se estes preexistissem (Os-

valdo Aranha Bandeira de Mello, “Do Domínio Público nos Terrenos Reservados”, na RDA 2/18, 21 e 38). De todo ponto inaceitável, a segunda idéia não pode abrigar-se à sombra da primeira, cuja benemerência procurei restaurar ao redigir para o Governo, em 1947, um anteprojeto de lei agrária, em cujo texto previ a reserva, no loteamento de terras particulares ou públicas, em uma e outra margem dos rios, de preferência junto a pontes, de uma gleba destinada a logradouro (Afrânio de Carvalho, “Reforma Agrária”, ed. Cruzeiro, Rio, 1963, págs. 42-43).

Seja como for, mais tarde a matéria concernente a águas, em que o Direito português tanto levava em conta os interesses da agricultura, veio a sofrer no nosso País a influência do contraste entre a abundância de terras e a escassez da agricultura. Daí a tendência de dispor inconsideradamente das primeiras, da qual resultou, depois do estabelecimento de um cinturão público à beira do mar, os terrenos de marinha, a tentativa da criação de outro à beira dos rios, os terrenos reservados, uns e outros denotadores da peculiaridade com que a matéria começou a ser tratada entre nós.

A Administração, preocupada com os terrenos de beira-mar, que interessavam à defesa da nossa extensa costa e ao estabelecimento de alfândegas, entrepostos e molhes, empenhou-se tenazmente em chamá-los a si, mas por simples associação de idéias, acabou por pensar num tratamento simétrico dos terrenos de beira rio. A primeira iniciativa logrou êxito, embora envolvesse uma inovação sem precedente no Direito romano ou em qualquer outro, cujo aparecimento provocou de Teixeira de Freitas o justo comentário de que “houve um arbítrio, que foi bem pouco escrupuloso com o domínio particular” (“Consolidação”, nota 29 ao art. 54).

Não aconteceu o mesmo com a segunda iniciativa que, tomada por via administrativa, mediante instruções, circulares e portarias, não chegou a vingar por ser inidôneo o meio empregado, já que os referidos atos não constituem formas próprias de criação de normas jurídicas. Além dessa razão ponderosa, militava em seu desfavor a falta de justificativa razoável, que também contribuiu para embargá-la, embora, no começo, de envolta com a orla praieira, entrasse no ato administrativo a orla ribeirinha dos rios navegáveis, determinando que, em uma e outra, se medissem, para reserva, 15 braças craveiras para a parte da terra, contadas desde o preamar médio: "Hão de considerar-se terrenos de marinha todos os que, banhados pelas águas do mar, ou dos rios navegáveis, vão até a distância de 15 braças craveiras para a parte da terra, contadas estas desde os pontos a que chega o preamar médio" (Instruções n. 348, de 14.11.1832, do Pres... int. de test. Nac., art. 4.º cit. na RDA 3.º/109).

Ao interpretar essas instruções, a Circular n. 219 do Ministério da Fazenda, de 20.8.1835, excluía de seu âmbito as margens dos rios de água doce: "porquanto também se tem duvidado sobre a designação dos terrenos de marinha pela generalidade do art. 4.º das referidas instruções, ordena, outrossim, que não se compreendam nos ditos terrenos, enquanto o Poder Legislativo não determinar o contrário, as margens dos rios de água doce, ainda que navegáveis sejam, que ficarem fora do alcance das marés..." No ano seguinte, a Portaria de 26.2.1836 aplicava essa interpretação a um caso concreto, estabelecendo que "os terrenos à margem do rio São Francisco não devem ser considerados de marinha, enquanto assim não declarar a Assembléa Geral Legislativa". Se os terrenos ribeirinhos desse rio não podiam ser arrebatados por analogia com

as marinhas, tampouco poderiam ser quaisquer outros!

Ante a oposição encontrada, falhou a equiparação das duas situações por via administrativa, tanto mais quanto visava ao que, no senso comum e no jurídico, parecia uma usurpação. Por isso, Teixeira de Freitas assim consolidou o encerramento do assunto na sua "Consolidação": "Art. 55. Não se compreendem nos terrenos de marinha as margens dos rios d'água doce, ainda que navegáveis, ficando fora do alcance das marés".

Efetivamente, a equiparação era, de todo em todo, incabível, dada a diferença essencial que separa os terrenos beira-mar dos terrenos beira rio, os primeiros marcados pela sua destinação primordial a serviço de defesa e de alfândega, os segundos carentes dessa destinação. Diversamente dos terrenos de marinha, os terrenos ribeirinhos dos rios, que são de água doce, constituem elemento indispensável para a integração tanto da pecuária, que precisa de água para o gado, como da lavoura, que precisa de água para irrigação. Se se admitir a interposição de outra propriedade entre os terrenos ribeirinhos e os rios, isso quebrará a unidade econômica rural e trunchará a sua produção, desorganizando positivamente a vida agrícola do País.

No entanto, a tentativa, que malograra por via administrativa, foi renovada por via legislativa, onde, com o amadurecimento do assunto, se tornou menos desarrazoada, pois se reduziu a largura da faixa intercalar, que de 15 baixou para sete braças. No interregno, decorreu tempo suficiente para que o legislador tomasse conhecimento da Ordenança francesa. Se ele se tivesse atido às linhas puras traçadas por essa Ordenança para adaptá-la ao nosso País, o resultado seria melhor do que o apresentado. É que ele quis combinar a

disposição colhida ali com outra gerada aqui, a dos terrenos de marinha. Como se sabe, o amor ao ecletismo marca muitas das nossas leis e as torna verdadeiros quebra-cabeças pelo tempo afora...

7. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. SERVIDÃO E “TERRENOS RESERVADOS” DA LEI N. 1.507, DE 1867

Ao evoluir a matéria para a via legislativa, a preceituação reapareceu mais moderada quantitativamente, porém mais desordenada qualitativamente, dado o ecletismo atrás assinalado. Esse reaparecimento ocorreu numa disposição geral de lei orçamentária do Império, cujo teor merece ser apontado como exemplo da legislação gestante de demandas, que leva a dizer que no Brasil não há questões pacíficas, porque todas renascem, como a fênix, das próprias cinzas.

Eis a disposição da Lei n. 1.507, de 26.9.1867: “Art. 39. Fica reservada para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, fora do alcance das marés, salvas as concessões legítimas feitas até a data da presente lei, a zona de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior, e o Governo autorizado para concedê-las em lotes razoáveis na forma das disposições sobre os terrenos de marinha”.

Essa disposição complexa, cujo final destoante parece ser, aliás, acréscimo de última hora ou de cópia, encerra três declarações que se entrelaçam, assim desdobráveis analiticamente: 1.^a) a reserva de uma **servidão pública** nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis com a largura de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior; 2.^a) a ressalva de **concessões** legítimas feitas nessa zona até a data da lei; 3.^a) a **autorização** ao Governo para concedê-las “em lotes razoáveis, na forma das

disposições sobre terrenos de marinha”.

Dessas declarações, a primeira, criadora de uma servidão pública nas margens dos rios, inspirada evidentemente na Ordenança francesa, é a principal do contexto, por vir numa oração dessa categoria dentro do período e servir para impor o ônus e determinar a medida da faixa de seu exercício, ao passo que as duas outras têm-na como pressuposto sintático. Essa declaração, partindo das margens naturais do rio, que chegam à linha mais alta da água, correspondente à enchente ordinária, sem transbordamento, lhes apõe margens legais da extensão de sete braças, contadas da referida linha para o fim de melhor possibilitar a execução de serviços públicos pela Administração. Noutras palavras, antecipando-se de um quartel de século à lei portuguesa congênere, cria a margem externa em faixa adjacente à outra, determinando a medida de sua largura.

Ao criar a servidão pública de sete braças ou, aproximadamente, 15 m de largura nas margens dos rios, a lei subentende que essa faixa esteja no domínio particular, e não no público. A servidão é um direito real sobre coisa alheia, não podendo o Estado impô-la sobre coisa própria — “nulli res sua servit”. Por conseguinte, a declaração principal importa no solene reconhecimento de que a faixa de exercício da servidão pertence aos particulares, como aliás o comprovam os títulos em virtude dos quais se formou a nossa propriedade territorial. As descrições de perímetros desses títulos sempre a abrangeram e abrangem, tomando o rio, conforme se viu, ora como ponto de partida, ora como linha de base ou testada. Aí está a proposição capital, que não pode ser perdida de vista: a lei reconheceu a propriedade particular dos terrenos ribeirinhos, ao gravar com servidão um trato deles, trato esse que, no regulamento, foi referido como de “ter-

renos reservados para servidão pública” (Decreto n. 4.105, de 22.2.1868).

Quebrando a generalidade destes, a segunda declaração aduz a ressalva de concessões feitas até a data da lei, o que não representa senão uma cautela genérica para a eventualidade de havê-las, como realmente as havia, para a instalação de barcos ou balsas na passagem de rios e para o estabelecimento de logradouros à sua margem, estes de muito maior extensão do que a faixa e, portanto, abrangentes desta, concessões estas embutidas nas cartas de sesmaria a particulares como verdadeiras estipulações em favor de terceiros. Ao tempo do advento da lei, tais concessões eram manifestamente muito mais numerosas do que as de terrenos de marinha “fluviais”, acusando-se a natureza do ato, tanto naquele nome constante de seu teor como nas expressões internas que o confirmavam, “*verbi gratia*”, “que me pede lhe conceda”; “não se oferecendo dúvida alguma na concessão”; “hei por bem fazer mercê de conceder em nome de S. M.”...

Por último, a autorização dada ao Governo para conceder a faixa “em lotes razoáveis, na forma das disposições sobre terrenos de marinha”, subentende evidentemente que a faixa seja de domínio público. Ora, não podendo a faixa ser, ao mesmo tempo, de servidão e de domínio público, daí resulta que a declaração não se aplica quando a faixa for particular, mas somente quando for devoluta. Não sendo lícito considerar inexistente a terceira declaração, com fundamento na sua incompatibilidade com a primeira, que é a principal, pois não se presumem palavras inúteis na lei, somente resta a alternativa de interpretá-la como aplicável às extensas zonas de terras devolutas jacentes contemporaneamente à margem dos rios navegáveis.

Aliás, Lafayette adotava, no exame do texto, uma opinião mais radical,

entendendo que a disposição do art. 39 da Lei n. 1.507, de 1867, se aplicava totalmente às terras devolutas que o Estado possuía nas margens dos rios navegáveis, sob o fundamento de que não se podem sujeitar à servidão pública terras particulares sem prévia indenização. No seu pensamento, “se a zona de sete braças se acha no domínio particular por título legítimo, não fica sujeita à servidão pública, salvo desapropriação legalmente feita” (“Direito das Cousas”, ed. Garnier, Rio, 1877, § 141, pág. 386, nota 16).

Na verdade, a constituição de uma servidão pública levanta de imediato a questão da desapropriação, visto como, no rigor dos princípios, nem a propriedade nem o direito real podem ser arrebatados ao particular sem prévia desapropriação e indenização. A constituição do Império, vigorante ao tempo da lei, garantia o direito de propriedade e o direito adquirido. Lafayette era apenas o intérprete autorizado da opinião dominante na época, ao exigir a desapropriação e a indenização para obter-se uma servidão e, conseqüentemente, afastá-la na zona de sete braças que estivesse no domínio particular. No entanto, formou-se uma opinião dissidente, que ganhou foros modernamente, segundo a qual a servidão administrativa, assemelhável a uma limitação da propriedade devido à falta de prédio dominante, pode ser constituída sem indenização, a menos que esta venha estabelecida formalmente em lei (Otto Mayer, “Derecho Administrativo Alemán”, ed. Depalma, Buenos Aires, 1951, tomo 3.º/286, § 40; Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, ed. Revista dos Tribunais, 1964, capítulo VI, pág. 331; Marcello Caetano, “Direito Administrativo”, ed. Forense, Rio, 1977, n. 209; José Cretella Júnior, “Dicionário de Direito Administrativo Brasileiro”, ed. Forense, Rio, 1978, pág. 492; Carlos Maximiliano, parecer na RDA 2.º/366-

-367; Antônio Gonçalves de Oliveira, comentário na RDA 3.º/121, e autores citados por ambos).

Ao que parece, a constituição da servidão pública nos terrenos ribeirinhos particulares pode ser aceita, nos termos exarados na lei, tanto em face de uma como de outra opinião. Ante a primeira, o texto vale como autorização para que a Administração desaproprie oportunamente a servidão mediante indenização; ante a segunda, vale já como constituição da servidão independentemente de desapropriação e indenização. Num e noutro caso, porém, é imperiosa a necessidade de determinar previamente o "ponto médio das enchentes ordinárias", sem o qual não se pode conhecer e fixar a faixa de exercício da servidão. Sem a determinação liminar desse ponto, coincidente aproximadamente com a margem natural do rio, conforme o precedente francês, a servidão fica em suspenso, impossibilitada de concretizar-se.

De parte a falta desse elemento físico, condicionante da eficácia da lei, mas pertinente ao plano executivo ou regulamentar, força é convir que, entendida nos termos expostos, a lei se insere no sistema jurídico, sem forçar o seu ingresso. Apesar da complexidade do seu texto, decorrente da convergência de três declarações, a interpretação aventada consegue apresentá-la inteiriça, sem alterar nem a substância nem a forma de qualquer componente. Decomposto o período em três partes, cada uma destas tem um sentido normal, pelo que as três se coordenam harmonicamente, sem contradições entre si. O pensamento e a letra da lei se ajustam naturalmente.

A declaração principal estabelece indubitavelmente uma servidão pública, como nela está escrito com todas as letras, vale dizer, uma servidão em favor do Poder Público, ao qual toca a atribuição de velar pelo estado normal das correntes, valendo-se de seu poder de

inspeção para intervir em benefício da navegação, da salubridade e da segurança. Diante da impraticabilidade crescente de todas as águas, os serviços hidráulicos de limpeza e desobstrução hão de ser chamados de vez em quando a percorrê-las, assim como os de defesa civil hão de acudir em caso de inundação. Neste tanto, convém lembrar que para o povo em geral, isto é, para quem viaja no rio, subindo ou descendo em serviço, pescaria ou recreio, partindo de porto ou de praia própria, basta a margem natural, cuja largura, em certos trechos, abre espaço mais que suficiente para acostar embarcações, embarcar, desembarcar, cozinhar, costurar rede, secar roupa, carregar lenha.

Assim a finalidade da servidão ali declarada é atender à Administração, facilitar-lhe o desempenho eventual de seu poder de polícia, e não estender o uso comum do povo, porque não precisa disso. Tanto vale dizer que a servidão não se confunde com o uso comum do povo, embora as duas tiras de terras sobre as quais se exercem fiquem encostadas uma na outra, a da servidão pública, que grava o domínio particular, e a de uso comum do povo, que constitui atributo da margem do domínio público.

O estabelecimento da servidão ganha maior certeza quando se considera que anteriormente houve, como se viu, séria resistência à idéia de trasladar administrativamente os terrenos de marinha para as margens dos rios navegáveis, pelo que o pensamento da lei não pode ter sido o de repeti-la, mas antes o de repeli-la, adotando outra moderada e razoável, inspirada na já então conhecida iniciativa francesa. Por outro lado, a letra da lei cria desenganadamente uma servidão pública, figura que, adotada como desfecho de controvérsia, deve ter sido buscada intencionalmente para dirimi-la. Portanto, convergem no mesmo sentido os elementos interpretativos, de modo a não deixar dúvida, mas, quando esta

subsistisse, caberia ao intérprete ater-se à letra da lei: "In dubio, si de ratione non plane certissimus, melius est verbis legis servire".

Não obstante tudo militar em favor dessa interpretação, que parece ser a única possível, forçou-se, mediante uma operação de cirurgia verbal, outra alternativa, segundo a qual a lei instaura, não uma servidão, mas uma faixa de domínio público, porque o seu final prevê a concessão de lotes de acordo com a legislação sobre marinhas, importando isso no reconhecimento do domínio público. Como o seu princípio, porém, institui uma servidão, aventa-se que esse vocábulo foi utilizado para significar o uso comum, extensão daquele que constitui atributo da margem e do rio.

Sem fazer cabedal dos antecedentes da lei para tomá-la apenas na literalidade com que foi formulada, observa-se de imediato que a excogitada exegese submete o seu texto a uma clamorosa inversão, pospondo a oração principal, a que se subordina o restante do período, por considerar somenos a servidão nela instituída... A esse deslize sintático junta-se outro jurídico, este consistente na identificação de figuras que se excluem mutuamente, pois o mesmo bem não pode ser, ao mesmo tempo, dominical e de uso comum. Essa contradição interna invalida o entendimento, que peca ainda por imaginar o emprego de um dos mais velhos vocábulos da terminologia jurídica num sentido translato, quando, se este fosse o intento, bastaria dizer simplesmente que as margens dos rios, de uso comum, se estendem até sete braças além das enchentes ordinárias. Sem acrescentar nada mais, as concessões especiais de uso estariam sempre ressalvadas na faculdade que tem o Poder Público de regular o destino dos bens públicos.

Além de passar ao largo da explicação mais plausível, atrás exposta, o entendimento alternativo, deveras intrin-

cado, torce e retorce o texto, intercambia posições sintáticas e significações terminológicas, desprezando tanto a Lógica como o Direito. Fá-lo por apego à diretriz publicista, pela tendência de instaurar o domínio público onde ele não existia, nem existe.

8. ALTERNATIVA ENTRE INOVAÇÃO E DEMARCAÇÃO DOMINIAL. INCOMPATIBILIDADE DA DEMARCAÇÃO COM OS "TERRENOS RESERVADOS"

Essa tendência distorce o raciocínio e arma um silogismo inaceitável: as margens dos rios navegáveis são públicas (premissa maior); os "terrenos reservados" são margens dos rios navegáveis (premissa menor); logo, os "terrenos reservados" são públicos (conclusão). A premissa maior é absolutamente certa, mas a premissa menor não o é, o que conduz a uma conclusão falsa.

A afirmativa de que os "terrenos reservados" são públicos pelo fato de o serem as margens dos rios navegáveis incorre no defeito de resolver a questão pela questão. Dá como provado justamente o que se questiona, isto é, que os "terrenos reservados" são margem do rio. Trata-se de saber se, sendo pública a margem *natural* do rio, agora chamada interna, também o é a margem *adicional*, agora denominada externa, que a lei lhe pôs de parelha.

Apostados na afirmativa, os sustentadores da tese publicista valem-se de uma argumentação que, no essencial, se reduz ao seguinte: as margens dos rios públicos são públicas como acessórios destes. Desde o Direito romano, porém, lavrava controvérsia sobre a extensão delas, sobre se se detinham na linha da cheia ordinária ou alcançavam a da extraordinária, trazendo isso confusão de limites com as propriedades particulares adjacentes. Para dirimi-la, sobreveio a

Lei n. 1.507, de 1867, que nada inovou, foi meramente demarcatória.

Antes de tudo, essa argumentação viola literalmente a própria lei, que, longe de se dizer demarcatória, se afirma categoricamente, na primeira linha, institutória ou criadora: “fica reservada para a servidão pública”... Se a lei mandou fazer reserva, é que esta não existia antes, surgindo então como novidade. A seguir, só se refere às margens para designar o sítio onde é instituída ou criada a servidão, sem dar a esta a finalidade de terminar qualquer confusão de limites acaso existente na linha de junção das margens com as propriedades particulares adjacentes.

Depois, as considerações atrás aduzidas mostraram que a argumentação carece totalmente de base, porque falha a que lhe foi atribuída, a saber, a existência de controvérsia sobre a extensão das margens no Direito romano. Nem nesse Direito, nem no subsequente Direito português, que a princípio o tomou como fonte principal e depois como subsidiária, existe notícia dessa controvérsia.

Nesse sentido não é necessário recapitular o expendido, mas apenas fazer-lhe remissão. Convém acrescentar, porém, que, ao se aterem à generalidade de que as margens dos rios públicos são públicas, visando a inserir nelas os “terrenos reservados”, os adeptos da tese publicista, além de desatenderem, como se viu, ao magistério da sintaxe, também deixam por vezes de ler por inteiro o texto onde buscam apoio, quando este conduz afinal à solução contrária. Assim acontece quando se invoca o Direito português, citando-se a lição de Alves Moreira que, ao enumerar as categorias de coisas públicas, menciona numa delas, com todo acerto, as correntes navegáveis e flutuáveis e suas margens (Carlos Maximiliano, parecer na RDA 2.º/461).

Além de não se perceber que a menção se refere às margens naturais, não servindo ao fim visado, omite-se o esclarecimento em que o mestre português, depois de dizer que as margens das vias navegáveis e flutuáveis variam conforme a importância e necessidades, adverte que “serão indenizados, nos termos da lei de expropriação por utilidade pública, os respectivos proprietários, pela expropriação ou servidões impostas nos referidos terrenos — decreto cit., art. 4.º, §§ 2.º e 3.º” (Alves Moreira, “Instituições de Direito Civil Português”, 1907, vol. 1.º/366, n. 140). O decreto aí citado é o de n. 8, de 1.12.1892, atrás aludido, que, ao organizar os serviços hidráulicos, previu no Direito português a suplementação da margem natural.

Ao contrário, pois, do que copiosamente se sustenta, no Direito português sempre foram considerados particulares os terrenos adjacentes às margens naturais, de sorte que, quando se quis promover o alargamento da faixa destas, para atender a serviços de utilidade pública, recorreu-se à desapropriação. Só a partir de 1892 é que nele se tornou, portanto, possível, mediante desapropriação, adicionar à margem natural uma faixa adjacente, correspondente à dos nossos “terrenos reservados”.

Ao dizer isso, está-se dizendo que, sem precedente nem no Direito romano nem no Direito português contemporâneo, a disposição da Lei n. 1.507, de 1867, teve caráter inovador. A inovação não pode ser interpretada como delimitação do domínio público, porque este não preexistia nesse trecho adjacente à margem. Consistindo, sim, na substituição do domínio particular pelo público, padeceria do vício de inconstitucionalidade, porque a Constituição do Império garantia expressamente o direito de propriedade dos ribeirinhos em toda a plenitude (art. 179, ns. 3 e 22). Havida,

dessa forma, a marcação da faixa de sete braças como margem externa de domínio público, seria nula e, como tal, permaneceria até hoje — “quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere”.

Admita-se, porém, para argumentar, que a lei não fosse inconstitucional e que a fixação da faixa como de domínio público, sob o nome de “terrenos reservados”, não fosse por isso nula. Vistos desse novo ângulo de argumentação, os “terrenos reservados”, encravados nos imóveis particulares, se acham na posse mansa, pacífica e contínua dos sucessivos donos destes, que nem por sombra suspeitam da existência dessas cunhas, que então a lei teria metido na testada ribeirinha de suas propriedades. Esses terrenos vêm sendo transmitidos de geração em geração, dos proprietários primitivos a seus herdeiros e sucessores que, sem solução de continuidade, os lavram e aproveitam como seus na produção rural. O Estado, por suas diferentes entidades, participa da transmissão e da produção, recolhendo impostos e taxas e testemunhando o seu respeito ao domínio particular, não só por esse modo como por seu concurso no ato semi-estatal do registro dos títulos transmissivos.

Ora, se desde o advento da inovação legal os “terrenos reservados” se acham na posse mansa, pacífica, ininterrupta dos proprietários ribeirinhos, que em nada se sentiram atingidos por aquela, daí decorre que em favor deles operou o usucapão. Na verdade, segundo a opinião dominante, os bens públicos eram usucapíveis em 40 anos antes do aparecimento do Código Civil em 1916 (Coelho da Rocha, “Direito Civil Português”, § 464; Lafayette, “Direito das Cousas”, §§ 62 e 70, “in fine”; Almeida Oliveira, “Prescrição”, 1.^a ed., pág. 282; Carlos de Carvalho, “Direito Civil”, art. 431, § 1.^o; Lacerda de Almeida, “Direito das Cousas”, 1, § 44; Clóvis Beviláqua,

“Soluções Práticas de Direito”, pág. 275, etc.).

Foi, portanto, com todo acerto e coerência que o Código Civil reconheceu o domínio particular sobre a faixa adjacente à margem dos rios navegáveis. Fê-lo ao dispor que a aluvião formada nesses rios pertence aos donos dos terrenos marginais: “Art. 538. Os acréscimos formados por depósito e aterros naturais, ou pelo desvio das águas dos rios, ainda que estes sejam navegáveis, pertencem aos donos dos terrenos marginais”.

9. VARIANTE DO PRECEITO NO CÓDIGO DE ÁGUAS. INCONCILIABILIDADE DO TEXTO COM OS “TERRENOS RESERVADOS”. SERVIDÃO

Ao elaborar-se o anteprojeto do Código de Águas, seu devotado autor, Alfredo Valadão, embora reconhecesse que, em outros países, as margens externas estavam apenas sujeitas a servidões, preferiu atribuí-las no texto ao domínio público, com o mesmo nome de “terrenos reservados”, dizendo fazê-lo em respeito à tradição de nosso Direito. Aludindo a “terrenos reservados” sem o adjunto adverbial de fim com que aparecem no regulamento da lei imperial, dá-lhes uma autonomia incompatível com a proposição modal de origem (Decreto n. 4.105, de 22.2.1868, DO do Império de 27.2.1888). Todavia, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados se manifestou contrária a essa diretriz, oferecendo emendas ao anteprojeto no sentido de atribuí-las ao domínio dos ribeirinhos, com o que consolidava o estado de fato então, e até agora, vigente no País. O projeto revisto pela Comissão Especial (1917) e aprovado pela Câmara dos Deputados em segunda discussão, sem emenda alguma, dispunha nesse sentido no art. 12 (“Direito das Águas”, Ed. Revista dos Tribunais, São

Paulo, 1931, introdução, págs. 13-14, e texto pág. 190).

Como se vê, conquanto o autor do anteprojeto conhecesse nessa altura a distinção entre margens internas e externas vulgarizada por Meucci ("Istituzioni di Diritto Amministrativo", 5.^a ed., Fratelli Bocca, Turim, 1905, pág. 340), daí não tirou imediatamente a consequência da ilegitimidade da atribuição das segundas ao domínio público. Pelo menos a princípio, alheou-se a essa evidência solar, induzido não tanto pelo respeito à suposta tradição de nosso Direito, mas sobretudo pelo apego à própria diretriz de expansão do domínio público, tendência a que, no caso, não conseguiu furtar-se, talvez por conviver mais com os livros de que com os fatos. Porventura mais chegados a estes do que àqueles, os deputados da Comissão Especial e do Plenário da Câmara foram impelidos em sentido oposto, atribuindo as margens externas ao domínio particular dos ribeirinhos. É que tinham o saber "de experiências feito" por haverem observado atentamente os rios e as suas margens, bem como os aproveitamentos de águas pelos ribeirinhos, e estavam assim habilitados a adequar a regra jurídica aos fatos físicos e econômicos. No entanto, com o advento da Revolução de 1930, o projeto escapou da vigilância do Poder Legislativo e acabou sendo editado pelo Governo Revolucionário, com o concurso de seu ilustre autor, transformando-se então em Código de Águas.

Apesar disso, o Código de Águas não revalidou propriamente o preceito da lei imperial, mas, submetendo-o a uma nova formulação, em que desdobrou a titularidade jurídica e a descrição física, acabou por dar-lhe surpreendentemente um sentido favorável ao domínio privado. Essa profunda modificação substancial operou-se, não na aparência, mas na intimidade da nova formulação, o que contribuiu para passar despercebida,

subsistindo no seu texto apenas o vocábulo "reservados" como nexos formais com a antiga, para exprimir, por exclusão, a sobrevivência da servidão pública. Eis, com efeito, a nova formulação desenvolvida nos títulos iniciais contíguos, em dois capítulos sucessivos, o primeiro sob a epígrafe "Alveo e margens" e o segundo, segundo "Águas públicas em relação aos seus proprietários".

"Art. 11. São públicos dominicais, se por algum título legítimo não pertencerem ao domínio particular: ... "2.º) os terrenos reservados nas margens das correntes de uso comum, bem como dos canais, lagoas e lagos da mesma espécie..."

"Art. 14. Os terrenos reservados são os que banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 m para a parte da terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias..."

"Art. 31. Pertencem aos Estados os terrenos reservados às margens das correntes e lagos navegáveis, se por algum título não forem do domínio... particular".

Ao contrário do que acontecia na lei imperial, a primeira declaração do Código de Águas, despida de seus condicionamentos, é a de que os "terrenos reservados" são públicos dominicais, inserindo-se assim na terceira categoria da classificação de bens públicos do Código Civil (art. 66, n. III). Essa declaração implica, porém, uma grave consequência, a saber, a de que os "terrenos reservados" não são margens, visto se inserirem estas, como elementos do rio, na primeira categoria de bens de uso comum (art. 66, n. I). Não podendo um bem ser, ao mesmo tempo, dominical e de uso comum, porque as categorias se excluem reciprocamente, daí decorre que os "terrenos reservados", carentes do atributo de marginalidade, não

podem invocar esse título para ingressar no domínio público, resvalando necessariamente para o domínio particular. Abstraindo, por ora, dessa consequência, tirada da declaração principal, chega-se ao mesmo resultado pelo exame dos condicionamentos que lhe foram apostos, conforme se tirará a limpo em seguida.

Na aparência, as margens externas (terrenos reservados) foram declaradas pertencentes ao domínio público, mas na realidade continuaram pertencentes ao domínio privado. É que os dois textos, dos arts. 11 e 31, só declaram pertencentes ao domínio público os terrenos "se por algum título não forem do domínio particular", nada importando o qualificativo desse vocábulo no primeiro deles, porque as expressões "título legítimo" e "título" são empregadas indiferentemente na legislação com o mesmo significado, como já notava Lafayette. Ao passo que a lei imperial instituíra a titularidade pública, ressalvando qualquer anterior concessão, designativo específico do ato expedido pelo Governo, o Código de Águas a instituiu, ressalvando qualquer anterior título do domínio privado.

Tanto vale dizer que o reconhecimento do domínio privado dos terrenos só depende, em face do Código de Águas, da preexistência de título hábil em favor do particular. Título é todo ato jurídico próprio em tese para transferir o domínio. No fraseado do regulamento de terras públicas do Império, "são títulos legítimos todos aqueles que, segundo o Direito, são aptos para transferir o domínio" (Decreto n. 1.318, de 1854, art. 25). Nessa conformidade, qualquer título de transferência do domínio passado entre particulares satisfaz a exigência legal. Ora, a faixa adjacente à margem natural dos rios onde se situam os "terrenos reservados" se acha na sua maior parte coberta de título dessa natureza. Logo, a faixa assim titulada, correspondente às margens externas, conti-

nua — é o Código quem o diz — pertencendo aos particulares.

Tenta-se, é certo, explicar a ressalva do domínio particular, ligando-a à faculdade de o Poder Público conceder lotes dos seus terrenos em aforamento, caso em que coexistiriam o domínio direto, investido no Estado, e o domínio útil, investido no foreiro, ou, noutras palavras, o domínio público e o domínio particular... Essa tentativa contrafeita de explicação é repudiada pelo próprio teor do preceito que emprega o mesmo vocábulo "domínio" em relação ao público e ao particular, identificando-os assim como o mesmo direito, cuja titularidade alterna entre o Estado e o indivíduo. O vocábulo "pertencem", indicativo da propriedade plena, serve também para selar a sorte de uma interpretação que só se analisa para não deixar sem resposta nenhum argumento, por mais forçado que seja. Em suma, o domínio pleno será público, se não for particular, e particular ele é, na maior parte da faixa, com apoio em títulos que se encadeiam ao longo do tempo.

Se a intenção inicial do projetista, ou do legislador, foi instituir o domínio público nessa faixa, ele deve tê-la mudado antes de exprimi-la em definitivo, porque a fórmula legal condiciona esse domínio de tal modo que ele se esvai na ressalva do domínio particular. Essa ressalva tornou-se dessa maneira a manifestação final da "voluntas legis", expressa ainda a tempo de evitar a grave anomalia do confisco, visto como, ao ser reformulada, já se sabia que os terrenos constituíam margens externas, e não margens naturais do rio. Justo é lembrar que, no acórdão unânime proferido na questão das margens do rio Tietê, adiante exposta, o Tribunal de São Paulo, embora sem assinalar a diferença entre a redação pretérita e a atual da ressalva, deu com o alcance da segunda ao dizer que o Código de Águas "excluiu expressamente, pelo disposto no art. 31,

do domínio do Estado tais terrenos desde que por algum título fossem do domínio particular" (RDA 3.º/108-109).

Embora o domínio público haja sido esvaziado praticamente de seu conteúdo, porque lhe foi retirado o objeto sobre o qual devia recair, presumivelmente pela razão ético-jurídica atrás invocada, a imagem ilusória desse objeto permanece no texto legal. No capítulo intitulado "Álveo e margens", o Código de Águas define primeiro o álveo, copiando o enunciado defeituoso do Código Civil português (art. 11), e depois, ao invés das margens, define os "terrenos reservados" (art. 14), quando as margens, que são públicas, começam ou terminam na borda virada da calha do rio, ao passo que os terrenos, que são particulares, formam uma faixa paralela, cuja largura em braças teve sua correspondência arredondada para 15 m. Ao omitir as margens, sem apagar referências posteriores até no aqueduto (arts. 60, 133, 174 e 196), amputa um dos elementos componentes do rio, embora incorpore um pequeno pedaço dele, da linha média da enchente até o barranco, nos "terrenos reservados".

Além de incorporar o pedaço mais alto da margem natural nos "terrenos reservados", o Código, como se viu, atribui esses terrenos indistintamente ao domínio dos Estados (art. 31). Daí resulta um duplo contra-senso, físico e jurídico: primeiro, o corte do alto da margem produz um aleijão na individualidade do rio, por força do qual ele deixa de ser contido na cheia ordinária máxima, podendo, teoricamente, extravasar; segundo, o pedaço cortado da margem deixa de seguir a condição jurídica do rio quando este for federal. Enfim, quebra-se a unidade do rio, que se compõe de água, leito e margem, e dissocia-se a dominialidade sobre ele incidente.

Pondo de parte o contra-senso físico para só atentar no jurídico, apura-se que

deste se extrai um corolário que basta para afastar a identificação dos terrenos reservados com as margens, demolindo assim o argumento invocado para justificar o domínio público. Se a margem, como elemento do rio, pertence ao domínio público, a margem do rio federal deve ser federal e a do rio estadual, estadual. Ora, o Código de Águas atribui os "terrenos reservados" aos Estados. O silogismo entra pelos olhos: A margem do rio federal é também federal; o "terreno reservado" é estadual; logo, o "terreno reservado" não é margem.

A lógica implacável dessa dedução, tirada agora indiretamente, como já o fora diretamente, afasta a possibilidade de confundir os "terrenos reservados" com as margens dos rios e conseqüentemente repele o domínio público dos primeiros. É o próprio Código de Águas que, pela combinação dos seus textos específicos, corrobora o domínio privado das margens externas, constituídas da faixa adjacente às margens naturais. Como se isso não bastasse, também o faz quando arma o conjunto geral de suas disposições, cuja tessitura se romperia iniludivelmente se não se prendesse ao reconhecimento do domínio privado das margens externas.

Efetivamente, a interpretação sistemática do contexto leva a concluir que ele é incompatível com o domínio público das margens externas, bastando para chegar a essa conclusão ler atentamente o título concernente ao aproveitamento das águas públicas, que permite a sua derivação para aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, subordinada a autorização ou concessão, salvo quando de pequeno porte (art. 43), prevendo igualmente a eventual desobstrução de seu curso (art. 53). Como fazer essa derivação, mediante o lançamento de canais, levadas as tubulações, se as margens externas, sob o nome de "terrenos reservados", estiverem concedidas

a terceiros? O direito de aproveitamento só se adapta bem àquele que esteja em imediato contato com o rio, pois essa posição constitui requisito para fazer no álveo ou na margem as obras indispensáveis ao uso das águas.

Como reconhecimento indireto dessa contingência, no próprio título os imóveis interessados são denominados prédios "marginais" (arts. 54 e 55) e os donos proprietários "marginais" (arts. 56 e 57). Tudo converge no sentido de mostrar que o secular direito de derivação, rejuvenescido no Código de Águas, depende, para ser exercido, do reconhecimento da propriedade particular dos ribeirinhos. De duas, uma: ou se aceita o domínio particular dos ribeirinhos, e então pode cumprir-se o Código de Águas, ou não se aceita, e então não pode cumprir-se esse Código. Como "interpretatio illa sumenda quae absurdum evitetur", impõe-se, por mais esta razão, o descarte da afirmativa do domínio público dos "terrenos reservados".

Tanto os terrenos reservados ou marginais pertencem aos proprietários ribeirinhos que estes foram obrigados por lei posterior a promover o reflorestamento de uma faixa de 20 m na margem dos rios. Como essa metragem excede à da suposta dominialidade pública, que é de 15 m, daí se deduz que sua extensão total pertence aos proprietários ribeirinhos, sem o que não seriam obrigados a reflorestá-la. Aí está a interpretação autêntica do preceito do Código de Águas, ministrada pelo próprio legislador que o editou (Decreto-lei n. 1.631, de 27.9.1939, art. 7.º).

Que resta? Afastado pelo Código de Águas, de tantos modos, o domínio público das margens externas, resta a sua menção a terrenos "reservados", que pressupõe a ação pretérita da lei imperial, cuja disposição efetivamente "reservou" para servidão pública uma zona dessas margens, a que o seu regulamento deu aquele nome. Esse resíduo verbal,

estabelecendo um nexo entre a lei e o Código, permite admitir, em face deste, a subsistência da servidão pública. Esta condiz com o princípio segundo o qual o Estado não deve tirar ao particular mais do que o absolutamente necessário para o fim ou fins que tem em vista, o **princípio do mínimo prejuízo**.

Neste ponto cabe lembrar que o Código de Águas, ao tratar das correntes não navegáveis nem fluviáveis, contribuintes de outras fluviáveis, não navegáveis, estabelece à sua margem, pelo disposto no art. 12, uma servidão de trânsito para os agentes da Administração Pública. Como relativamente à margem das correntes navegáveis e fluviáveis existe a mesma razão, deve prevalecer a mesma disposição — "ubi eadem ratio ibi eadem dispositio" — instituidora da servidão. Assim, a interpretação sistemática do Código impõe que se reconheça que existe a mesma servidão marginal na generalidade dos rios, pois em todos a finalidade a ser cumprida é o exercício do poder de polícia pela Administração. Portanto, o que o Código de Águas, em texto emaranhado, estatui é o mesmo que dispunha o art. 12 do projeto revisto pela Comissão Especial da Câmara, por esta aprovado em 1920: "As margens externas das águas públicas, de que trata o referido art. 4.º, pertencem ao domínio dos ribeirinhos, ressalvadas as servidões necessárias para o aproveitamento das mesmas, em uma faixa de 15 m de largura, na hipótese da letra "a", e de 10 m na hipótese das letras "b", "c" e "d".

Verdade seja que a constituição de uma servidão sobre terrenos particulares requer, em princípio, a indenização dos donos, o que levou Lafayette a opinar, na sua época, que o Poder Público não poderia constituí-la sobre os terrenos ribeirinhos sem a compensação pecuniária. Assim procedeu Portugal quando quis estabelecer, ao longo das margens dos rios navegáveis, uma servidão públi-

ca de largura variável com a importância deles e com as necessidades ocorrentes. Sem essa providência, no entender de nosso civilista, não se integra e efetiva o ônus abstratamente figurado na lei, deixando o gravame de aplicar-se aos proprietários ribeirinhos por não ser acionada a força autorizativa destinada a transformá-la em situação concreta.

Nesse sentido aponta, antes de tudo, a Constituição da República que, à semelhança da Constituição do Império, continua a garantir o direito de propriedade e o direito adquirido. Só mediante desapropriação e indenização pode a propriedade ser arrebataada ao particular ou desfalçada em um dos seus direitos elementares. A regra constante do nosso Direito é a indenização do particular sempre que o Estado lhe impõe uma diminuição patrimonial, como a da servidão. No tocante a esta, acha-se até secundada por uma disposição especial do Código Civil assecuratória da indenização, a do art. 1.588, n. II, segundo a qual os credores têm direito "sobre o valor da indenização se a coisa obrigada for... submetida a servidão legal".

No entanto, contra o princípio constitucional da garantia da propriedade e a lei expressa assecuratória da indenização, ergue-se modernamente a doutrina administrativista, encabeçada por Otto Mayer, segundo a qual a servidão administrativa pode ser constituída independentemente de indenização, a menos seja esta expressamente ordenada em lei. A servidão administrativa ainda se acha informe, em promiscuidade com a limitação da propriedade, apoiando-se ambas as figuras no elemento social imanente no direito do senhorio, agora chamado enfaticamente de função social da propriedade. Tanto na essência de uma como de outra figura, o imóvel fica sujeito a restrições, o que as assemelha do lado passivo. Do lado ativo, a servidão administrativa não apresenta ostensivo o

imóvel dominante, a menos que no direito público se prescindia da predialidade da servidão, como no direito privado se pretende prescindir da diversidade de titulares com a servidão do proprietário.

Seja como for, a lei instituiu uma servidão administrativa na margem dos rios, embora seja duvidoso, em face do nosso Direito Positivo, que ela possa ser efetivada sem indenização. Admitida a tese afirmativa, já porque a lei instituidora não ordenou a indenização, já porque o ônus atinge a generalidade dos ribeirinhos, e não qualquer deles individualmente, restará determinar a faixa de seu exercício a fim de tirá-lo do mundo da inoperância. De parte esse aspecto processual, importa consignar que a servidão constituída é considerada válida por ponderável corrente administrativista atual, trazida à baila pelos juristas que discutiram em pareceres a questão do rio Tietê em São Paulo (cf. Carlos Maximiliano, na RDA 2.º/366-367; Antônio Gonçalves de Oliveira, "Revista" cit., 3.º/121, e autores citados por ambos).

As duas conclusões que acabam de ser extraídas, a primeira negativa do domínio público, a segunda afirmativa da servidão pública, se acham solidamente apoiadas nos textos do Código de Águas. Todavia, para extraí-las, há de se vencer a dificuldade oposta pela contorção e imprecisão dos textos, cuja linguagem ficou muito aquém do mérito de seu principal autor. O art. 14 constitui um preceito indesejável, cuja presença basta para suscitar dúvidas pelo tempo afora. Esse risco se torna tanto maior considerando-se que o legislador costuma repetir automaticamente os textos pretéritos sempre que se ocupa novamente da matéria neles versada.

Tanto assim que o texto do art. 14 do Código de Águas já foi repetido no Decreto n. 9.760, de 1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, sem

alteração de monta, salvo na denominação dos terrenos, que passaram a ser "marginais" (art. 4.º). Fora dele, nem o Código de Águas, nem o decreto, voltam a referir-se aos terrenos "reservados" ou "marginais", embora isso fosse deveras essencial para o fim de se prever, pelo menos, o meio de fixação do "ponto médio das enchentes ordinárias", que ambos tomam como base da demarcação dos terrenos. Está se vendo, pois, que, ao contrário do que se deu na França, em cuja Ordenança de 1669 se inspirou a Lei brasileira n. 1.507, de 1867, no Brasil se vem reiteradamente prescindindo da determinação prévia das margens naturais, sem a qual a precetuação legal não tem eficácia jurídica, seja qual for o sentido que se lhe empreste, de domínio público ou de servidão.

10. NEUTRALIDADE DA CONSTITUIÇÃO. EMPREGO OU OMISSÃO DO VOCÁBULO "MARGEM"

Apesar de enumerar sempre os bens públicos, a Constituição nunca incluiu entre eles os "terrenos reservados". A Constituição de 1891 os ignorou; as Constituições de 1934 e de 1937 igualmente os omitiram, limitando-se a incluir na relação dos bens públicos os rios navegáveis e suas margens, ao passo que as de 1967 e de 1969 nem isso fizeram. Quanto à Constituição de 1946, inscreveu na relação dos bens públicos somente os rios, sem aludir sequer a margens (art. 34), porque houve o receio de que essa palavra fosse tomada no sentido de "terrenos marginais", aventado por um constituinte paulista, quando era empregada no sentido estrito, técnico-jurídico. Não assentando bem dar a explicação do sentido na Constituição, foi suprimida a palavra (José Duarte, "A Constituição Brasileira de 1946", vol. 1.º/588).

Embora o notório patrono do domínio público sobre os "terrenos reservados" assevere que as Constituições de 1934 (art. 21, n. II) e de 1937 (art. 37, "b") transformaram em preceito constitucional o art. 31 do Código de Águas (Osvaldo Bandeira de Mello, "Revista" cit., págs. 35-36) o simples confronto dos textos basta para mostrar o seu engano ("quod volumus facile credimus"...). Ao passo que o art. 31 do Código de Águas estatui sobre a domínialidade dos "terrenos reservados às margens das correntes e lagos navegáveis", os incisos das Constituições de 1934 e de 1937 versam sobre a domínialidade das "margens dos rios e lagos navegáveis", coisas que, conforme já se tirou a limpo, são rigorosamente diversas. Dir-se-ia que o fraseado constitucional foi até adotado intencionalmente para repelir o outro, ao aludir a margens, destinadas, como os rios, ao uso público. Diante dessa possibilidade, o mínimo que se pode dizer é que as Constituições ficaram alheias à matéria.

De mais a mais, quando as Constituições, de 1934 e de 1937 tivessem deveras perfilhado o art. 31 do Código de Águas, isso redundaria em favorecimento do domínio particular sobre os "terrenos reservados", dada a ressalva da preexistência do aludido domínio por algum título na distância de 15 m, para a parte da terra. Essa conclusão propícia ao domínio privado já foi tirada convincentemente pouco atrás, ao estudar-se aquele artigo com o seu condicionamento, pois este acaba por tornar vã a sua disposição inicial, que remanesce como cobertura meramente formal, semelhante a uma casca sem o fruto. Por conseguinte, só se contesta agora a afirmativa da constitucionalização do questionado artigo em respeito à verdade jurídica e ao rigor terminológico.

A Constituição de 1946 levou a sua cautela ao ponto de eliminar o próprio vocábulo "margem" do texto sobre os

bens públicos, já que, no momento, se prestara a ser tomado em sentido diverso do verdadeiro. Ao ater-se às correntes de águas sem aludir a margens, seus acessórios, obedeceu ao extremo rigor da formulação que, pela natureza do diploma, deve cingir-se ao essencial, sem impedir contudo que a lei ordinária desdobre posteriormente a explicação do verdadeiro sentido. Por conseguinte, assim como o seu congênere da lei imperial, o dispositivo do Código de Águas insere-se no plano da legislação ordinária, porque a sua matéria nunca saiu daí para o plano constitucional.

11. DEPENDÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO TEXTO. CONDICIONAMENTO À PRÉVIA DETERMINAÇÃO DO PONTO MÉDIO DAS ENCHENTES ORDINÁRIAS

De parte essa surtida, para desfazer um equívoco acerca da posição do preceito na hierarquia normativa, volta-se ao seu conteúdo para assinalar que, ainda admitindo-se a dispensa do procedimento expropriatório e indenizador para constituir-se a servidão, não se pode conceder a dispensa da determinação física da faixa de seu exercício por ser essencial à existência do ônus. Ao dizer-se isso, está-se dizendo que o preceito do art. 14 do Código de Águas não é auto-aplicável, mas depende de ser regulamentado. Tanto depende de ser regulamentado que preceito congênere, alusivo aos terrenos de marinha, constante do anterior art. 13, oportunamente o foi, prevendo-se, para pô-lo em prática, um pormenorizado processo de demarcação na lei reguladora dos bens da União. Nesse processo assegura-se adequadamente a participação dos interessados para eventual defesa dos respectivos direitos, bem como recurso para a segunda instância administrativa (Decreto n. 9.760, de 1946, arts. 9.º e 14).

No caso vertente, tratando-se de separar, na margem dos rios, a servidão pública de que é propriedade particular livre, está claro que a separação não há de provir do ditado unilateral, nem da Administração, nem do particular. Há de resultar de um processo contraditório, em que se reúnam os elementos de fato oferecidos por ambos os interessados para uma decisão final justa, sujeita a ser apreciada por órgão diferente do que a proferiu, ainda que administrativo. A despeito de a norma já contar mais de um século de existência, não foi até agora regulamentada, permanecendo dormente no alfarrábio legal, como se dela não precisasse a sua beneficiária.

Tanto mais imperiosa se mostra a necessidade da regulamentação para fazê-la valer realmente quanto, além de importante para garantia do direito de ambas as partes, também o é para coleta de dados concernentes a fatos físicos que estão longe de apresentar uniformidade em todo o território do País. Esses fatos físicos ligam-se ao perfil dos rios, que ora se espraiam lateralmente, ora correm entre ribanceiras altas, exigindo uma observação cuidadosa para o traçado da linha até onde chegam as águas sem transbordamento ou, para usar a fraseologia legal, para fixar o ponto médio das enchentes ordinárias.

A aferição desse ponto não pode ser efetuada repentinamente, até porque não existem, ao que se saiba, estudos sérios e sistemáticos sobre os nossos rios, excetuado o de Halfeld sobre o rio São Francisco. De qualquer forma, a observação pessoal leva a concluir que alguns deles, talvez a maioria, como o São Francisco, o Grande, o Paranaíba, em Minas Gerais, o Capibaribe, o Beberibe e o Pojuca, em Pernambuco, o Paraíba, no Rio de Janeiro, se conservam dentro das respectivas caixas nas enchentes ordinárias, embora delas extravasem certos deles nas extraordinárias, como aconte-

ceu, não faz muito, com o Capibaribe, cuja vazão perdeu o derivativo compensatório antigamente encontrado nos mangues e alagados nos arredores de Recife, hoje aterrados. Com a construção das barragens de regularização de Carpina, Goitá e Tapucarará, o mal foi afinal sanado. Nesses rios, a determinação das margens naturais, que se estendem até a cota mais alta banhada pela água, sem transbordamento, parece não oferecer dificuldade de monta, mas exige, pelo menos, o decurso de certo período de observação, já que a lei não se satisfaz com a cota de qualquer ano, mas alude à média das enchentes ordinárias, pressupondo a tomada prévia de dois ou mais números, de duas ou mais metragens.

Não se sabe, porém, se ocorrerá o mesmo em outros rios, notadamente da Amazônia, onde o desmoronamento dos barrancos traz freqüentemente a instabilidade das margens e o igapó costuma apagá-las, de tal maneira que se torna mais impressionante do que as enchentes extraordinárias do pantanal de Mato Grosso ou a do Tocantins, que causaram tantos danos a Marabá e às obras de construção da usina hidrelétrica de Tucuruí. À primeira impressão, alguns rios das regiões amazonense e matogrossense exorbitam da previsão da norma, sugerindo um tratamento especial, a ser dado em regulamento que supra a lacuna legislativa.

Por outro lado, merece ser atendida mais uma peculiaridade regional, espetáculo imprevisto por mim presenciado na mocidade, a saber, o uso intensíssimo que deles fazem os ribeirinhos, que chegam a erguer na porção mais rasa do leito as suas moradas, dotadas de escadinhas de acesso, em que amarram a **montaria** dentro da qual circulam de lugar para lugar, ao longo das vias fluviais (palafitas). Aqui, sim, caberá um

aditivo regulamentar para “tolerar” o uso do bem público.

Ora, toda lei ou parte dela, cuja execução dependa de regulamento, só com a expedição deste começa a obrigar. Esse é um princípio corrente em Direito, em torno do qual se reúnem legisladores e juristas (Decreto n. 572, de 12.7.1890, art. 4.º; Clóvis Beviláqua, “Código Civil Comentado”, 3.ª ed., 1927, vol. 1.º/94; Paulo de Lacerda, “Manual do Código Civil Brasileiro”, 1929, vol. 1.º/77, n. 81; Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, 1943, vol. 1.º/61, n. 25; Oscar Tenório, “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, 1944, pág. 24, n. 13; Vicente Ráo, “O Direito e a Vida dos Direitos”, 1952, pág. 323, n. 218, e 355, n. 228; João Franzen de Lima, “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 1953, pág. 55). Desse entendimento discrepou, em certo parecer, Carlos Medeiros Silva, a quem se afigurou que isso deixaria ao arbítrio do Poder Executivo a vigência da lei, mas, em parecer posterior, emitido sobre o imposto único de minério, reconsiderou a discrepância, admitindo que o texto que depende de regulamento só depois deste entra em execução (RDA 74/331). De fato, contra a omissão dolosa do Presidente da República em expedir o regulamento, existe o remédio do processo de responsabilidade.

Nessa conformidade, a norma referente aos “terrenos reservados” depende de regulamento para ser posta em execução. Apesar de sua ancianidade, ainda continua em suspenso, à espera de que se preencha a condição sem a qual não se torna exequível. Cumpre reconhecer que a norma não tem, por enquanto, eficácia, quer se pretenda extrair dela a servidão onerativa da propriedade particular, que é admissível em termos, quer a dominialidade pública, que merece ser havida como absurda.

12. SUJEIÇÃO DOS TÍTULOS AQUISITIVOS DE DOMÍNIO OU DE SERVIDÃO AO REGISTRO DE IMÓVEIS. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO

Quer num, quer noutro caso, satisfeita ou não a condição atrás aludida, a que ambas se acham submetidas, ainda resta uma última, sem a qual o Poder Público não se investe nem na propriedade, nem na servidão dos “terrenos reservados”. A transição da propriedade particular para a pública só se opera mediante a intervenção do Registro de Imóveis. Efetivamente, o particular somente perde a propriedade, ou qualquer direito elementar desta, em favor do Poder Público, quando este inscreve o título alienante no Registro de Imóveis (CC, art. 589, n. I).

Enquanto não se cumprir essa formalidade, os terrenos ribeirinhos não só continuarão na propriedade particular daqueles em cujo nome foram devidamente inscritos como continuarão livres e desembaraçados do ônus da servidão. A despeito de haver a formalidade escapado à atenção até agora, deixando de ser anotada em eruditos comentários e pareceres emitidos sobre o assunto, nem por isso deixa de ser exigida pela legislação vigente no País, inclusive no tocante à servidão.

Dado a sua natureza de direito real em imóvel alheio, toda servidão, aparente ou não aparente, está sujeita a inscrição, seja qual for o título pelo qual se constitui (CC, arts. 676 e 856, n. III), inclusive o usucapião (CC, art. 698). As leis registrares mandam invariavelmente inscrever as servidões “em geral” (Decreto n. 4.857, de 1939, art. 250, “in fine”; Lei n. 6.015, de 1973, art. 167, inciso I, n. 6). Ora, assim como não se faz a inscrição de um imóvel sem a especialização deste, isto é, a descrição de seu perímetro, também não se faz a inscrição de uma servidão sem a especiali-

zação da faixa de exercício desta, vale dizer, a menção completa de seu contorno. A não ser assim, o ônus atinge o imóvel por inteiro, o que não se dá no caso, em que a lei fá-lo incidir numa língua de terra limítrofe de rio, o que torna mister individuar a faixa serviente (Afrânio de Carvalho, “Registro de Imóveis”, Rio, 2.ª ed., 1977, pág. 93).

Aí está mais um motivo pelo qual se há de cogitar, antes de tudo, da determinação da faixa serviente, sem a qual a servidão não pode ser inscrita. Tendo vez no capítulo, o Registro de Imóveis não aceitará passivamente o ingresso em seus livros de direitos reais que atinjam imóveis neles já inscritos. Se o Estado tentar inscrever a servidão sobre imóveis ribeirinhos pertencentes a particulares, terá de apresentar título que lhe confira esse direito e delimite a faixa de seu exercício, escritura amigável ou sentença de desapropriação da servidão, a menos se venha a dispor em regulamento que, como tal, servirá a folha extraída do processo administrativo de demarcação em que intervier o proprietário interessado. De qualquer forma, título bilateral.

Se, pretendendo mais, quiser arrogar-se o domínio de terrenos ribeirinhos, chamando a si os “reservados”, mais rigorosa se apresenta a exigência de título hábil, formado como o anteriormente citado. A tentativa autoritária de inscrever título unilateral esbarrará numa dificuldade intransponível, pois os “terrenos reservados” estão encravados em maior porção de terrenos ribeirinhos, que se acham descritos no seu todo em nome de particulares como limítrofes do rio. Diante disso, o Estado terá de propor por toda parte as ações de retificação de registro, que se elevarão a muitos milhares e lançarão a propriedade imobiliária e o País na instabilidade, na confusão e no tumulto.

A não ser essa via normal, abre-se ainda a variante de requerer o registro

dos "terrenos reservados" com base na Lei n. 5.972, de 11.12.1973, que regula o procedimento para o registro da propriedade de bens imóveis discriminados administrativamente (DO de 11.12.1973). Caso opte por essa variante, encontrará ainda uma dificuldade da mesma natureza, pois o cartório objetará que os terrenos se acham compreendidos num todo inscrito em nome de outrem, suscitando conseqüentemente a dúvida a ser decidida pelo juiz federal (art. 3.º). Nessa eventualidade, o juiz federal dificilmente fará tábua rasa de uma instituição secular, desprezando os seus princípios fundamentais, notadamente os de inscrição, continuidade e especialidade. Aí está no que vem a dar a idéia esdrúxula de meter de permeio, entre o rio e os imóveis particulares ribeirinhos, os chamados "terrenos reservados".

A aquisição do domínio ou de servidão na faixa adjacente à margem dos rios, designada como de "terrenos reservados", depende desenganadamente da inscrição do título, visto figurar a faixa no livro registral como pertencente a um particular. Sem que este perca a propriedade ou o direito real, não pode outrem adquiri-lo, nem mesmo o Estado. Verdade seja que este pode recorrer para isso à desapropriação, processo havido como de aquisição originária por uma corrente da doutrina. No entanto, cabe advertir, de um lado, que assim fica cerceada a ação negocial do Estado e de seus órgãos de administração direta ou indireta e, de outro, que é duvidosa a aplicação da doutrina aos numerosos casos em que os imóveis, ao invés de donos incertos, têm-nos certos e notórios, ostensivos na folha do livro, cujo preenchimento não se há de realizar contra expresse mandamento da lei.

Essa dificuldade frontal, onde se aninha a possibilidade de rejeição dos títulos pelo Registro de Imóveis, contribui provavelmente para que as em-

presas de eletricidade, autorizadas a promover a desapropriação dos imóveis ribeirinhos necessários aos seus reservatórios ou bacias de acumulação, deixem de levar em conta os "terrenos reservados" no cálculo da área indenizável e no pagamento da respectiva indenização, amigável ou judicial. Desapropriam a totalidade dos imóveis ribeirinhos — sem cogitar da indenizabilidade ou não do bem público, de cuja existência duvidam — e pagam aos proprietários o preço integral, já que a indenização deve ser justa, de acordo com a garantia constitucional da propriedade (Constituição Federal de 1969, art. 153, § 22).

Ao proceder dessa maneira, não praticam nenhuma liberalidade, mas apenas reconhecem que seria descabido o desconto de terrenos que, no consenso geral, estão no domínio dos ribeirinhos, poupando-se assim a questões, em que dificilmente levariam a melhor, por estar arraigada no espírito de todos a convicção da existência de simples servidão marginal. Assim procedem a Central Elétrica de Furnas e a Central Elétrica de Minas Gerais, considerando indenizável a totalidade das áreas ribeirinhas atingidas pelas águas de suas represas, consoante informação divulgada em artigo da imprensa especializada de São Paulo (Nélson de Almeida Júnior, "As áreas reservadas no Código de Águas", na "Tribuna da Justiça" de São Paulo, de 15.2.1978).

Com o desenvolvimento acelerado da indústria hidrelétrica, propiciado pela separação das quedas d'água da propriedade de solo, o procedimento que acaba de ser indicado está provavelmente se generalizando por todo o País. Nem por isso deixa de tornar-se oportuna a substituição do dispositivo embaraçoso, de maneira a liberar dele todos os terrenos ribeirinhos, inclusive das represas, onde se afastará sua aplicação residual, conciliando com a simples servidão os interesses da propriedade particular e os da

utilidade pública, ao invés de sacrificar os primeiros na suposição de estar servindo aos segundos.

13. POSIÇÃO CRÍTICA DA FAIXA. SUFICIÊNCIA DA SERVIDÃO

A faixa adjacente à margem natural dos rios públicos ocupa uma posição em que convergem diversos interesses, particulares e públicos, cuja conciliação impõe um tratamento legal, que permita coordenar o seu atendimento, sem prejuízo de qualquer deles. Esse tratamento legal há de ponderar tanto a periodicidade com que devem ser satisfeitos como a maneira pela qual se exterioriza no local a defesa deles, antes de eleger uma solução comum a todos. Apesar da natural primazia dos interesses públicos, nada justifica que eles excluam arbitrariamente os particulares, com os quais podem coexistir "in loco".

Que interesses se ligam permanentemente a essa faixa? Os interesses que se ligam permanentemente a essa faixa, justificando a propriedade privada, são sobretudo particulares, dos ribeirinhos, mas com profunda repercussão nos interesses públicos. É que dizem respeito à agricultura e à indústria, mormente à primeira, pois o que aí preponderantemente se põe em causa é a produção rural.

Certo, os ribeirinhos não têm nenhum direito especial ao uso do rio, mas a sua proximidade em relação a este lhes traz inegáveis vantagens para o aproveitamento da água, como lhes pode trazer inconvenientes episódicos, contra os quais devem ser protegidos. Não milita em seu favor, portanto, nenhum elemento jurídico hierarquizante, nenhum privilégio, mas apenas um elemento fático, a situação do imóvel que, pondo-os em estreito contato com o rio, lhes permite utilizá-lo de maneira mais intensa e variada. Ao se valerem dele como tapume na testada de suas propriedades, já

realizam desde logo uma economia, mas certamente os maiores benefícios são auferidos na agricultura, com as aguadas que, em certos trechos, o rio oferece aos rebanhos e com as possibilidades que enseja para o bombeamento de água e irrigação das lavouras e, na indústria, para outras de escoamento de resíduos de fabricação, sujeitos naturalmente a processos purificadores. Valiosos são esses proveitos que o Código de Águas, com um curioso neologismo, assinalaria como direitos de "ribeiridade" (art. 171, "f").

Quando esse Código anuncia, num dos seus artigos, que o uso da faixa pelos proprietários ribeirinhos será "tolerado" (art. 11, § 2.º), lança um dispositivo destoante do conjunto e desligado dos fatos. Primeiro, porque os proprietários possuem e usam a faixa desde tempos remotos no exercício regular de um direito que lhes é conferido por inequívocos títulos de domínio que põem o limite de suas glebas no rio e jamais vislumbraram sequer a possibilidade de lhes ser contestada a legitimidade do uso. Segundo, porque num país em que se manifestam crises periódicas de abastecimento, em consequência de prolongamento da estiagem, torna-se cada vez mais premente intensificar e ampliar o uso da faixa para o bombeamento d'água e irrigação sistemática das lavouras, saindo resolutamente da passividade diante da crise da natureza. Ao Poder Público incumbe, pois, estimular com vigor o uso por essa forma de iniciativa, mediante adequados incentivos, ao invés de "tolerá-lo", isto é, de dificultar a irrigação pelo afastamento artificial dos produtores da beira do rio.

Embora a interposição de uma faixa de domínio público seja tolerável — aqui o vocábulo assenta — à beira do mar, cuja água é salgada, deixa de sê-lo à beira do rio, cuja água é doce, utilizável, portanto, por pessoas e animais e aplicável ainda na irrigação de culturas

e em outras serventias rurais. O afastamento artificial dos produtores da beira do rio mediante a interposição de uma faixa de "terrenos reservados" raiaria pela insensatez se não derivasse antes de alheamento às realidades de nosso interior e às perspectivas de desenvolvimento de nossa agricultura, só se explicando a retomada da idéia no Código de Águas — e ainda assim muito mal — pelo pensamento socialista do seu autor.

O que se deve afastar da beira rio — isso sim — é o domínio público, sem que esse pensamento implique tendência privatista, pois apenas traduz uma irresistível fidelidade ao imperativo da razão, um invencível apego ao senso comum. Como ao longo do rio se estende o domínio privado, não pode interpor-se entre este e o rio uma nesga do domínio público, por impedir o acesso àquele em busca da água necessária a pessoas, a animais, à lavoura e à indústria. Se ao longo do rio estivesse o domínio coletivo, entre este e o rio não deveria do mesmo modo interpor-se uma nesga do domínio privado, por impedir a adequada exploração econômica daquele. Privada ou coletiva, a exploração econômica adjacente à margem não deve ser prejudicada pela interposição obstativa do aceso proveitoso ao rio. Aí é que bate o ponto.

Quando se condena a interposição do domínio público, a condenação se estende evidentemente a qualquer outra interposição em favor de entidades delegadas do Poder Público, como as empresas concessionárias de energia hidrelétrica. A propósito, cabe advertir que estas costumam, nas escrituras de desapropriação amigável dos terrenos ribeirinhos para suas represas ou bacias de acumulação, inserir uma cláusula em que, com todo acerto, permitem que o expropriado, por sua conta e risco, continue a utilizar os terrenos desapropria-

dos da faixa de segurança sem se responsabilizar por quaisquer danos decorrentes de inundações. Fazem-no, todavia, com a ressalva temporal "até que de qualquer modo se façam eles necessários ao expropriante". Ora, essa ressalva é excessiva no caso, por já estar claro que a utilização subsistirá enquanto a água não alcançar a faixa, não parecendo razoável prever outro "modo" em que se torne necessária, sem embargo de a jurisprudência admitir que o que foi expropriado para um fim pode ser utilizado em outro.

A supressão da ressalva justifica-se, porque a desapropriação não versa sobre o imóvel total, mas sobre orlas ribeirinhas do imóvel. Neste caso se no futuro a empresa esvaziar, em definitivo, o reservatório, hipótese improvável, mas admissível (uso da energia nuclear para recuperação de terras cultiváveis), o que interessará ao Estado, sob cujo controle se acha a empresa, será manter a unidade econômica de imóvel rural, ao invés de mutilá-la. Se a faixa deixar de ser necessária ao reservatório, convirá que seja reincorporada ao imóvel adjacente, de que se destacara, a fim de recompor-se a unidade da exploração rural. A supressão atende a um interesse que é sobretudo do País, pois enseja, num caso típico, o ressurgimento imperioso da propriedade privada, isto é, a retrocessão. Nesse sentido, reporto-me ao expendido, há 30 anos, na justificação do Projeto de Lei Agrária, remetido pelo Presidente Dutra ao Congresso em 1948, mais tarde publicado em avulso e em livro.

Ao passo que tão viva e constante se manifesta a atividade dos ribeirinhos na faixa, nem por isso tolhe de qualquer modo a inspeção do Estado, o exercício do poder de polícia administrativo, destinado à defesa periódica ou ocasional de interesses públicos, para cujo desempenho basta a servidão. Que interesses

são esses? São sobretudo os de desobstrução e limpeza dos rios e lagos e de sustentação dos seus álveos e barrancos contra a erosão, desmoronamento ou aterramento, bem como de defesa de suas águas contra a poluição.

Pois bem, a atividade administrativa da primeira espécie, além de transitória e intermitente, se exerce por meio de máquinas que podem movimentar-se em reduzido espaço, às vezes dentro da margem interna e, onde esta não as comportar, na metade da largura legalmente reservada para a servidão na margem externa. As mais usadas por toda parte são as escavadeiras de arrasto e os caminhões basculantes, com as quais alternam, em certos casos, as dragas flutuantes, que ficam no meio do rio ou da lagoa para sugar o material do fundo e, com auxílio de bomba de recalque, atirá-lo fora por meio de tubo de maior ou menor comprimento.

Quanto à atividade administrativa da segunda espécie, esta igualmente passageira e espaçada, se desempenha menos no local do que fora dele, mediante a ação repressiva contra os poluidores, pessoas físicas ou jurídicas, principalmente empresas industriais. Como o índice de poluição aumenta sem cessar, a ponto de se dizer que todo rio brasileiro será em breve um esgoto a céu aberto, o estancamento da torrente de esgotos domésticos e de despejos industriais se torna cada vez mais premente. Todavia, a recuperação e o controle dos recursos hídricos das diferentes bacias, para deter a queda progressiva da vazão e a carga ascendente da poluição, dependem muito menos de visitas intervaladas à faixa para inspeção do que de providências energéticas a serem tomadas fora delas.

Há um aspecto da poluição, atenuada pelas circunstâncias da ocorrência do fenômeno, em que o Poder Público tende a ser coadjuvado por iniciativas dos próprios ribeirinhos: é o carreamento

para os rios e lagos, em consequência de chuvas, de inseticidas empregados nas lavouras. Efetivamente, devido à falta ou insuficiência de curvas de nível e de terraços, as enxurradas por vezes conduzem para as correntes e lagos os defensivos aplicados nas plantações, ocasionando nos imóveis situados no curso inferior do rio ou na beira dos lagos consideráveis mortes de reses e animais. Por enquanto, esse emprego descuidado de defensivos raramente dá lugar a ação de indenização, com apoio nos arts. 554 e 555 do CC, devido à dificuldade de identificar os imóveis de onde procede a contaminação, com prejuízo de terceiros, proibida expressamente pelo Código de Águas (art. 109).

Essa dificuldade de identificação desaparece quando os inseticidas são espalhados nas lavouras por aviões, cuja procedência se torna logo notória. Conquanto o vento desvie facilmente os inseticidas do objetivo, fazendo-os cair em aguadas e pastagens dos vizinhos, estes não só vigiam a forma de sua aplicação como reclamam indenização dos danos que eventualmente sofram. Devido, porém, à facilidade de propagação dos inseticidas por esse meio, compete ao Poder Público proibir o seu emprego em lavouras adjacentes a mananciais e reservatórios, porque aí o risco deve ser prevenido a todo custo, por assumir um caráter catastrófico.

Como os rios e lagos foram, na partilha constitucional distribuídos entre a União e os Estados, à primeira notadamente os rios que banham mais de um Estado e aos últimos os que neles têm nascente e foz (Constituição de 1969, arts. 4.º e 5.º), diferentes órgãos federais e estaduais têm competência para tratar dos assuntos que lhes dizem respeito. Esses órgãos precisam, porém, manter contato entre si ou celebrar acordos de cooperação para uniformizar normas e procedimentos e assim obter maior êxito na consecução do objetivo comum. Aos

antigos juntaram-se ultimamente os destinados à preservação do meio ambiente, da qual, 30 anos atrás, já cogitava num anteprojecto que, como o da lei agrária, não teve andamento.

Ao aludir apenas aos temas que acabam de ser indicados, para fixar os interesses que se prendem normalmente à faixa adjacente à margem natural dos rios, não estou esquecendo outros caracterizados por sua grande importância social ou econômica. É que os primeiros configuram a situação geral, ao passo que os segundos marcam situações especiais. Assim, os de abastecimento d'água às populações e os da navegação, estes assegurados pelo livre curso do rio, só levemente atingem as margens, especialmente as internas, e os da indústria hidrelétrica, amparados pelas concessões do aproveitamento de quedas d'água, se restringem a certos locais determinados e garantidos pela desapropriação (Código de Águas, art. 151). Outro tanto cabe dizer em parte dos concernentes à retificação dos rios para melhorar a navegabilidade e combater as inundações, os quais, atendidos igualmente pela desapropriação do solo, redundam na abertura de novo canal, que destaca de um e outro lado nesgas de terra que se tornam disponíveis para reincorporação, como a investidura e recuo dos imóveis urbanos (Código de Águas, art. 27).

A propósito destes, convém recordar que, ao elaborar-se o Código de Águas, criticou-se a disposição que reservava a servidão, posto de menor largura, na faixa adjacente às margens naturais das correntes não navegáveis nem flutuáveis, por se entender que, devido ao seu pequeno porte, aparentemente só interessam aos ribeirinhos. Efetivamente, nos ribeirões e nos córregos, não se apresenta à primeira vista nenhuma necessidade clara da intervenção do Poder Público, cuidando os proprietários marginais dos seus interesses na desobstrução e limpeza deles, bem como na sus-

tentação dos seus barrancos. Todavia, penso ter sido prudente a reserva da servidão ante a possibilidade de aparecimento ulterior de interesse público, como parece acontecer quando atravessam cidades e vilas, pois facilita o plano diretor no alinhamento de lotes, estabelecimento de faixas "non aedificandi" e criação de logradouros, estes dependentes do complemento da desapropriação.

Resumindo, para desobstrução do curso dos rios e para obras de conservação e saneamento, pode tornar-se conveniente e, às vezes, até imperioso levar até a sua margem interna, fazendo-a estacionar aí ou na externa, uma ou mais máquinas ou veículos. Para tanto, todavia, basta a ocupação temporária, de que a autoridade se valerá com o seu prudente arbítrio, postando os seus agentes onde for mais conveniente para o desempenho de serviço, sem prejuízo dos demais interesses também em jogo no local, mormente os da produção rural, da irrigação e da preservação da fauna ictiológica. Tanto quanto mostra a experiência, de outros países e nossa, a servidão basta para conciliar os interesses particulares, de satisfação **permanente**, ligados à produção dos imóveis ribeirinhos, com os interesses gerais, de satisfação **temporária**, concernentes à realização de serviços ou obras públicas, de desobstrução, limpeza, combate às inundações, aperfeiçoamento da navegabilidade. Atendendo à constância da atividade privada e à inconstância ou temporariedade da atividade pública, não deve o Estado tirar ao particular mais do que o absolutamente necessário para os fins que tem em vista, pelo que há de ater-se à servidão administrativa, cujo ônus não impede que os imóveis ribeirinhos continuem a ser utilizados pelos donos como sempre foram, de acordo com o princípio do mínimo prejuízo.

Que aconteceria à produção rural se repentinamente se cometesse o desatino

de levar a sério a existência de “terrenos reservados” nessa faixa? Como admitir que ela possa ser dividida em lotes para concessão a terceiros? Não é gratuita a hipótese, porque, não faz muito, um ribeirinho se viu espoliado da faixa que lhe pertencia quando, pondo fé numa disposição geralmente considerada com significado diverso, requereu preferência para ficar com o que era seu, a saber, um trecho de 22,5 m de sua testada ao longo do Rio Paraíba, em Barra Mansa. Também pretendente a esse trecho, sob a alegação de desejar o local para um parque, a Municipalidade embargou o requerimento junto ao Governo do Estado do Rio de Janeiro. Conquanto fesse justo o motivo invocado nesse caso urbano, não foi idônea a via empregada pela Municipalidade para obter o trecho, visto como devia recorrer à ação desapropriatória (RDA 1/668).

As razões atrás expendidas encontram, em grande parte, um resumo incisivo e fiel na lúcida exposição de um dos nossos administrativistas que com senso jurídico ajusta a lei à realidade inarredável dos fatos. Aí só retocaria de leve o ponto em que dá a disposição da lei imperial como revigorada pelo Código de Águas, quando este, na verdade, sob a aparência de revigorá-la, a debilitou. Dela transcrevo, apenas, para corroborar, a observação final de que “... a faixa reservada não se destina ao trânsito ou à utilização por particulares. A reserva é feita para obras e serviços públicos e para o trânsito dos agentes da Administração, no desempenho de suas funções. Servidão pública não significa “servidão para o público”, mas, sim, servidão para o Poder Público. Se assim não fosse, ficariam as terras sujeitas à invasão de pescadores, garimpeiros e demais exploradores das riquezas fluviais, num perene atentado à propriedade privada. Não foi isto, entretanto, o que a lei desejou ou permitiu ao instituir a servidão administrativa nas

margens dos rios públicos. Tanto não foi que o particular esbulhado ou turbado em sua posse, por obras ou pelo trânsito de particulares, poderá defendê-la judicialmente com os interditos possessórios adequados ou reivindicar o domínio de quem o detenha injustamente” (Hely Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, Ed. Revista dos Tribunais, 1964, págs. 455-457).

Ao entender a servidão como destinada ao Poder Público, e não ao povo, o administrativista argumenta que, se este fosse o destinatário, ficariam as terras sujeitas à invasão de pescadores, garimpeiros e demais exploradores das riquezas fluviais. Efetivamente, sob a alegação de que o rio é público, atualmente já costuma dar-se a invasão recuada, tanto mais abusiva quanto vem geralmente do lado da terra, sem que haja estrada pública em direção ao rio. Daí irromperem no interior freqüentes e sangrentos conflitos entre os ribeirinhos e invasores, tornando cada vez mais recomendável, senão urgente, a criação espaçada de verdadeiros logradouros à beira do rio, com estradas públicas de acesso, de preferência, portanto, junto a pontes, a fim de atender a essa atração por ele exercida, motivada pela pesca, pela mineração ou por simples recreação. A fim de não prejudicar a ordem e a produção dos imóveis ribeirinhos, as municipalidades devem empreender esse programa de logradouros à beira do rio, comprando ou desapropriando terrenos em pontos atraentes, sem embargo de outras iniciativas no mesmo sentido, como a que, retornando à boa prática dos nossos antepassados, tomei relativamente aos loteamentos no Projeto de Lei Agrária do Governo Dutra, remetido ao Congresso em 1948 (Afrânio de Carvalho, “Reforma Agrária”, ed. Cruzeiro, Rio, 1963, págs. 42-43).

14. CASO DOS TERRENOS MARGINAIS DO RIO TIETÊ. SÚMULA N. 479 DO STF

As margens dos rios, geminadas indevidamente com os "terrenos reservados", constituíram objeto de rumorosa questão judicial surgida na capital de São Paulo entre a S/A Imobiliária Irmãos Rudge e a Prefeitura Municipal a propósito de um terreno marginal ao rio Tietê, havendo a discussão dessa demanda se tornado referência obrigatória e a sua decisão "leading case" da jurisprudência da matéria.

A Sociedade era proprietária e possuidora do terreno por força de escritura pública de 1857, bem como de registro paroquial de 1856, implicando a escritura a legitimação intercorrente da posse registrada, sem a qual não poderia efetuar-se a alienação (Lei n. 601, de 1850, art. 11). A Prefeitura, empreendendo a retificação do rio Tietê, lançou o seu novo leito e uma avenida lateral através do referido terreno, abrangente da zona de 15 m no sentido da terra, a qual, havida como pública pela Municipalidade, foi tomada definitivamente ao ribeirinho. Na defesa de seu direito, a Sociedade propôs contra a Prefeitura Municipal a ação de reintegração de posse da zona, a qual, envolvida em indenização de respectivo valor, foi julgada procedente por sentença do Juiz de primeira instância, confirmada em apelação por acórdão unânime do Tribunal de Justiça, subscrito pelos Des. Teodomiro Dias, A. de Oliveira e Pinto de Amaral, do qual foi relator o segundo (RDA 3.º/99).

A Prefeitura Municipal de São Paulo interpôs recurso extraordinário, sob n. 10.042, com fundamento em violação da lei federal, dando como ofendido o art. 39 da Lei n. 1.507, de 1867, o Decreto n. 21.235, de 1932, o Código de Águas, arts. 11, 12, 14 e 31, e as Constituições Federais de 1934, art. 21, n. II, e de

1937, art. 37, "b", sobre cuja aplicação se questionara. A Procuradoria-Geral da República, a cargo do Dr. Plínio de Freitas Travassos, arrimando-se em pareceres anexados aos autos, opinou pelo domínio público da faixa, que só se poderia transferir à recorrida por concessão, que ela não possuía, pois filiara o seu direito a títulos particulares, concluindo assim pelo conhecimento e provimento do recurso.

O STF, por sua 1.ª Turma, tomou conhecimento do recurso extraordinário e lhe deu provimento em acórdão de 29.4.1946, de que foi relator o Min. Laudo de Camargo, então Presidente, cujo voto foi acompanhado pelos Mins. Barros Barreto, Ribeiro da Costa e Aníbal Freire, que se limitaram a realçar sem discrepância a inexistência de concessão. Eis os fundamentos desse acórdão:

.....
 "Trata-se do rio navegável, cujas margens, segundo a tradição de nosso Direito, se consideram sempre de uso comum.

.....
 "Não se diga, pois, que o ponto de partida da legislação brasileira sobre terrenos reservados fosse a Lei n. 1.507, de 1867.

.....
 "Estabelecido, portanto, que os rios navegáveis sempre se consideraram bens públicos, compreendidos na expressão rio, as águas, o álveo e margens, internas e externas, e determinada exatamente a extensão destas, não se vê como pudessem elas passar para a propriedade plena do particular. Só a concessão, preexistente à legislação de 1867, é que poderia fazer a transferência, isso mesmo limitada.

"Como esta é de todo inexistente na espécie dos autos, falece razão à autora para o pedido que fez. Conheço assim

do recurso e lhe dou provimento" (RDA 4.º/73).

Aí está, pois, como o STF, conduzido por um dos seus luminares, englobou margens naturais e "terrenos reservados", isto é, margens internas e externas, admitiu a lei imperial como simplesmente determinante da respectiva extensão e, por via de consequência, aceitou o domínio público da extensão determinada e exigiu a concessão do Poder Público para que se transferisse ao particular. Essa seqüência de equívocos merece ser relevada, porque, ao externá-la, o Tribunal, a exemplo da Procuradoria, não fez outra coisa senão resumir a cadeia daqueles que rechearam os eruditos pareceres anexados aos autos, em que ambos os órgãos se inspiraram. Tão impressionantes se tornaram esses pareceres, pelo seu número e pelo peso dos juristas que os emitiram, que não admira haja a sua caudal submergido o direito titulado da recorrida.

À frente do Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo achava-se o Dr. Osvaldo Aranha Bandeira de Mello que, além de distinguir-se pessoalmente no patrocínio da causa da Municipalidade (RDA 2.º/17 e 510), ainda convocou para o mesmo fim a opinião de Themístocles Cavalcanti ("Revista" cit., 1.º/699), Carlos Maximiliano ("Revista" cit., 2.º/359), Daniel de Carvalho ("Revista" cit., 3.º/412 e RF 103/41), Antônio Gonçalves de Oliveira ("Revista" cit., 3.º/99), Levy Carneiro, José Matos de Vasconcelos. Embora convidado, declinou de emitir a sua opinião, por ser contrário à Prefeitura, o ilustre Dr. Luciano Pereira da Silva que, depois do julgamento final, a trouxe a lume (RDA 4.º/73). Os pareceres elaborados pelos proventos juristas primeiramente citados, cujos lances capitais, respigados na leitura, foram discutidos no presente estudo, padecem, porém, de defeitos que invalidam suas conclusões em favor do domínio público.

É que os opinantes partiram de uma premissa ilusória, a saber, a de que lavrava no Direito romano controvérsia sobre a extensão das margens dos rios públicos, controvérsia essa que, perdurando até chegar entre nós, teria provocado o art. 39 da Lei n. 1.507, de 1867, que assim teve por finalidade determinar a extensão daquelas: uma finalidade, portanto, meramente demarcatória e não inovadora. Dada a ligação com a lei imperial, a variante do Código de Águas, devidamente relegada no julgamento final, havia de ser aceita sem mais profundo exame. No entanto, como se apurou, a premissa adotada não é verdadeira, pelo que se desmancha toda a argumentação que a tomara como ponto de partida.

A propósito, cabe-me confessar que, ante a uniforme sustentação por tantos e tão graduados juristas, também fui induzido a acolher, anos atrás, embora incidentalmente, a natureza demarcatória da lei, quando, em estudo sobre as ilhas fluviais, extrai dela a consequência lógica de serem os "terrenos reservados" verdadeiras margens do rio, já que, da discriminação entre estas e a propriedade particular, não poderia surgir uma entidade diferente... Essa linha de pensamento era e continua válida e dela decorre ser impossível a existência da entidade intermédia dos "terrenos reservados", aptos a se tornarem objeto de concessão a terceiros, porquanto eles não seriam outra coisa senão a própria margem do rio (Afrânio de Carvalho, "Domínio das Ilhas Fluviais" na RDA 36/13, n. VI).

Todavia, atentando na circunstância de haver recolhido a premissa em segunda mão, quis conferi-la com a fonte romana e acompanhá-la na portuguesa, apurando então que não é exata, resultando de engano na tradução de textos latinos. Esta é a razão pela qual considere apropriado voltar ao assunto para retificá-la, tomando-a não mais de modo

incidente, mas principal, a fim de, a partir do Direito romano, desdobrar o estudo jurídico das margens dos rios públicos, dado o vivo interesse que oferece para o País o esclarecimento da titularidade dos terrenos ribeirinhos, até agora em suspenso, a despeito do mais alto pronunciamento judiciário, com o qual não se conforma a opinião comum.

Por um lado, esse esclarecimento abre o ensejo de evitar, porventura, a injustiça de decisões no mesmo sentido da tomada no caso do rio Tietê, ou de corrigir outras ainda suscetíveis de ação rescisória. Por outro lado, contribui para despertar a atenção dos legisladores para a necessidade de ser empreendida a revisão do Código de Águas, destinada a aperfeiçoar e completar as suas disposições, que tanto deixam a desejar. Essa dupla perspectiva justifica o esforço de remontar às nascentes do assunto para desfiá-lo até o presente.

Apesar de ter origem no caso dos terrenos ribeirinhos do rio Tietê, a Súmula n. 479 do STR não prejudica a primeira perspectiva, de ordem judicial, visto como o seu enunciado não tomou partido em favor do domínio público, limitando-se a afirmar o seguinte: * "As margens dos rios navegáveis são de domínio público, insuscetíveis de expropriação e, por isso mesmo, excluídas da indenização".

Nesses termos, a Súmula está rigorosamente certa, sendo inatacável de ponta a ponta, porquanto as margens dos rios navegáveis, como acessórios destes, são deveras do domínio público e, nessa qualidade, insuscetíveis de expropria-

* A Súmula dá como referências os acórdãos nos recursos extraordinários ns. 10.042 (caso do rio Tietê), 59.737 e 62.266, dos quais os dois últimos constituem apenas o séquito do primeiro. Neles votaram Gonçalves de Oliveira e Themístocles Cavalcanti, cujos pareceres, emitidos antes da ascensão ao Tribunal, haviam ilustrado a discussão do primeiro caso.

ção e, por isso mesmo, excluídas da indenização. A Súmula se refere textualmente a "margens", palavra que, tomada no estrito significado dogmático, designa as margens naturais que, desde o Direito romano justiniano, passando pelo Direito português, até o Direito brasileiro, são havidas necessariamente como públicas. Na ordem natural das coisas, a referência aplica-se a estas.

Ao contrário do acórdão mestre, a Súmula esquivou-se deliberadamente de referir-se a margens externas, referência que estaria errada, por importar em envolvimento artificial dos terrenos ribeirinhos. Na ocasião de elaborá-la o seu redator já devia ter pressentido a dubiedade da tese ampliativa, pelo que preferiu ater-se cautelosamente à tese tradicional, empregando isoladamente a palavra "margens" num enunciado contra o qual nada há a objetar.

Nestas condições, pode perfeitamente abrigar-se à sua sombra a afirmativa de que como margens não podem ser havidas as terras ribeirinhas que lhes ficam adjacentes, na largura de 15 m, a partir da linha que costuma servir para a conceituação daquelas, a saber, a linha até onde chega a água na enchente ordinária, sem transbordamento. Acaso pode o Estado, a pretexto de demarcar as margens, que são suas, apropriar-se de terreno vizinho? Se não pode por importar isso em usurpação, está afastada a possibilidade de ser o terreno compreendido na palavra "margens".

Como se vê, a Súmula absteve-se de se comprometer totalmente com os acórdãos de que derivou, notadamente o do rio Tietê, no que fez muito bem. Já que o contraste constitui um meio de exame em mais de um ramo de conhecimento, não haverá mal em utilizá-lo para aferir o acerto daquele acórdão, comparando-o com o prolatado num caso congênere, relativo a rio de um país, cujos suplementos legislativos e doutrinários foram

tão amiúde invocados (sem razão!) na discussão daquele caso. Haverá até vantagem nisso para o fim de dar ao vocábulo “margens” da Súmula o significado estrito que lhe cabe, de acordo com a tradição jurídica já recapitulada.

Pois bem, num caso semelhante, do rio Douro, em Freixe de Espada à Cinta, em Portugal, em que o ribeirinho fizera plantação em terrenos lodeiros igualmente adjacentes à margem natural, a autoridade fiscal impusera multa por falta de licença na suposição de serem do domínio público, dada a metragem prevista na lei como margem (adicional). Levado, porém, o caso ao mais alto intérprete das leis portuguesas, o Tribunal de Justiça, este, em Assento de 22.1.1935, deu ganho de causa ao ribeirinho que se insurgira contra a exigência, desenvolvendo os fundamentos em virtude dos quais ficou definitivamente estabelecido que os terrenos previstos na lei como margens só se tornam tais depois de delimitados, expropriados e indenizados (Antônio Simões Correia, “Legislação sobre Águas”, 2.ª ed., Livraria Ferin, Lisboa, 1942, págs. 166-167).

15. REVISÃO DO CÓDIGO DE ÁGUAS. CONCLUSÃO

Há, portanto, razões bastantes para reabrir a questão das margens dos rios públicos e dos “terrenos reservados”, supostamente encerrada pela Súmula do STF, visto como o fraseado comedido desta não justifica a suposição. Se esta reabertura comprova que as questões nunca se encerram no nosso País, resurgindo a cada passo da própria cinza, também testemunha que isso é devido, não à tendência polêmica da nossa gente, mas à extrema imperfeição das nossas leis, tantas vezes elaboradas sem acurada observação dos fatos nem prudente previsão do futuro. Foi o que aconteceu na espécie, em que a versão publicista dos “terrenos reservados” se acha em

franco conflito com os fatos, a ponto de permanecer dormente na lei, sem regulamentação até hoje, como se não existisse. De onde em onde estoura, porém, como uma bomba de retardamento.

O País se acha atolado num tremedal de leis que recomendam por seu número, pois passam de 100 mil, por sua variedade, por sua complexidade, uma sistematização geral, a iniciar-se tão rapidamente quanto possível. Essa sistematização não há de ser incumbida, porém, a agentes burocráticos, cuja experiência é sempre muito menor do que a sua boa vontade, mas a alguns juristas idôneos, a exemplo do que aconteceu no passado, quando o Governo cometeu a Teixeira de Freitas a feitura da Consolidação das Leis Cíveis e em seguida do Código Civil, o segundo dos quais redundou no imperecível monumento jurídico, que é o “Esboço”.

Ao empreender-se a sistematização, merece ser reconsiderado com prioridade o Código de Águas que, dividido em três livros, um dedicado às águas, seu domínio e servidões, o segundo ao seu aproveitamento, exceto para energia, o terceiro ao aproveitamento para energia hidráulica, nasceu com defeitos congênitos nos dois primeiros e envelheceu prematuramente no terceiro, devido não só à rápida evolução tecnológica como ao acelerado desenvolvimento da própria indústria hidrelétrica. Tamanho foi o desenvolvimento desta, com a construção de grandiosas usinas, a unificação da ciclagem e a interligação das redes, que se torna razoável recear que a atualização das suas normas tenda a ofuscar e fazer esquecer a parte relativa às águas com os seus problemas crônicos. Essa possibilidade torna-se maior quando se considera que, ante a previsão do esgotamento das fontes de energia hidrelétrica, a esta já começa a associar-se a energia nuclear para oportuno atendimento da demanda do mercado. Assim a importância material

da parte relativa à energia tende a fazer relegar a concernente às águas.

Daí convir chamar a atenção para essa parte menos vistosa, mas de vivo interesse para o povo, realçando a necessidade de eliminar as incongruências e clarificar as dubiedades, aprimorando, ao mesmo tempo, a linguagem, para simplificá-la com a supressão de escusadas repetições e numerosas remissões que

tornam o seu texto de difícil leitura. Aí se ensejará a retomada do tema da titularidade dos terrenos ribeirinhos, que não pode continuar, como até agora, em suspenso, dependente da exegese cambiante que se dê a disposições manifestamente mal amanhadas. Essa incerteza, pela amplitude de sua incidência no interior do País, perturba a ordem jurídica e a paz social.

CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

ROGÉRIO LAURIA TUCCI

Professor Livre-Docente da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

I — CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: 1. *Conceito e caracteres* — 2. *Natureza jurídica* — 3. *Cessibilidade do contrato: licitude e restrições* — 4. *Sub-rogação nos direitos e obrigações resultantes da incorporação* — 5. *Importância e valor probante dos livros comerciais* — II — ATO DECISÓRIO DE MÉRITO PRECIPITADO: 6. *Julgamento antecipado da lide* — 7. *Restrições ao princípio dispositivo e formação do convencimento do juiz* — III — CONCLUSÃO: 8. *Indispensabilidade de instrução regular.*

Hélcio de Abreu Dallari e sua mulher D. Gracinda Amélia Cordeiro de Abreu Dallari e outros promovem, perante o Juízo da 19.^a Vara Cível e Cartório anexo, ação declaratória, cumulada, em princípio (“ut” fls. do processo n. . . . 3.134/76), com ação consignatória e medidas cautelares, incitando a comparecimento, e atuação contraditória aos termos de alentada petição inicial, as sociedades comerciais Construtora A. M. Waquil Ltda. e Crefisul São Paulo S/A — Crédito Imobiliário.

Deduzindo, em dois lances, sua pretensão, pleitearam, de início, os autos:

a) “1. Declaração judicial reconhecendo o direito e a validade dos contratos originais firmados pelos suplicantes, responsabilizando, na qualidade de sucessora e atual incorporadora, a Construtora A. M. Waquil Ltda. pelo cumprimento exato de todas as cláusulas contratuais existentes, bem como a não majoração dos preços das unidades corresponsdentes.

“2. Notificação às rés, Construtora A. M. Waquil Ltda. e Crefisul São Paulo S/A — Crédito Imobiliário, para que não alienem as unidades já prometidas e compromissadas aos suplicantes, conforme contratos retrodescritos, sob as penas da lei”.

“3. Aplicação das normas preceituadas na Lei n. 4.591, de 1964, que regula o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias” (cf. fls.).

b) “a) Publicação de editais contra a alienação das unidades condominiais ns. 014, 032, 031, 061, 071, 142, 171, 094, 022, 053, 042, 033, 062, 043, 092, 021, 011, 012, 172, 023, 051, 201, 191, 111 e 162 do Edifício Governador Altino Arantes, ou sob nova denominação de Búzios, nesta Capital, na Av. Dr. Altino Arantes n. 895, até final decisão.

“b) Arrecadação junto às instituições financeiras e bancárias de todos os títulos cambiários, vinculados aos contratos originais, inclusive com busca e apreensão e publicação de editais para que terceiros não recebam e não transacionem com os mesmos títulos, até

final decisão, também como medida cautelar.

“c) Consignação judicial dos valores devidos pelos suplicantes para preservação dos seus direitos, das prestações vencidas e vincendas, e também como medida de sustação de protesto caso sejam os títulos cambiários apresentados em cartório, ficando as importâncias depositadas em Juízo até decisão final da contenda” (cf. fls.).

Exarou o MM. Juiz titular da mencionada Vara, a fls., despacho ordinatório de citação das rés e de cientificação das pessoas jurídicas indicadas. E, como lhe chamasse a atenção o cartório encarregado da organização dos autos, ao consultá-lo sobre o procedimento conseqüente à omissão do Distribuidor, relativamente à anotação “do pedido de consignação contra outros réus” (in fls.), determinou S. Exa. a manifestação dos autores, “*verbis*”. “Aos autores, visto que a consignatória não se compatibiliza com o rito da declaratória” (cf., ainda, fls.).

Procederam estes, então — com o esclarecimento de que efetivariam “os depósitos correspondentes aos títulos vinculados aos contratos de fls., na ação principal, isto é, na ação declaratória, levantando ditos pagamentos quem de direito, após julgamento final da lide” — a modificação e aditamento da petição inicial, pleiteando a integração do processo em formação, também, pelas sociedades comerciais Finadisa Cia. de Crédito Imobiliário, Banco Safra S/A, Coroa S/A Crédito, Financiamento e Investimentos, Banco Expansão S/A e Banco Mercantil de Minas Gerais S/A (v. fls.); obtendo, de pronto, o beneplácito do órgão jurisdicional de primeiro grau, a fls., e como segue: “J. prossiga a declaratória, feitos os depósitos. Citem-se, deferidas as três medidas cautelares”.

Daí por que se prosseguiu em rito ordinário, com as diversas providências alvitradas e as diligências citatórias das

rés (cf. fls.), cujas contestações — à exceção do Banco Mercantil do Brasil S/A, atual denominação do Banco Mercantil de Minas Gerais S/A, que não apresentou resposta, no prazo legal — foram oferecidas a fls. (Banco Safra S/A, Banco Expansão S/A, Crefisul São Paulo S/A — Crédito Imobiliário, Construtora A. M. Waquil Ltda., Coroa S/A, Crédito, Financiamento e Investimentos e Finadisa — Cia. de Crédito Imobiliário).

Pronunciaram-se os autores sobre as mesmas, a fls., procurando evidenciar a admissibilidade de cumulação de pedidos, por eles cuidada, bem como de litisconsórcio ativo e passivo, tudo numa “ação principal”, a declaratória, desenvolvida em procedimento único, qual seja o ordinário, e “pela qual buscam os autores, com toda justeza e pertinência, a definição da relação jurídica originalmente estabelecida entre eles, de um lado, e Waldorf Incoter Incorporadora de Imóveis S/A, de outro (cf. documentação inclusa à petição inicial); e várias medidas cautelares que, na sua quase totalidade, ou seja, à exceção dos depósitos preventivos em seqüência, já se concretizaram, tendo produzido seus jurídicos e legais efeitos sem qualquer prejuízo à regular tramitação do feito” (in fls.). Justificaram, ademais, o chamamento a Juízo das demais rés, a fls., asseverando que “ordenado o processamento da ação declaratória contra as rés Crefisul São Paulo S/A — Crédito Imobiliário e Construtora A. M. Waquil Ltda., na qualidade de sucessoras, em seqüência, de Waldorf Incoter Incorporadora de Imóveis S/A, na “inteira responsabilidade pela construção do referido empreendimento, bem como de incorporadora” do “Edifício Governador Altino Arantes” (cf. fls.), todas as demais rés, com que transacionados, de qualquer forma, os títulos vinculados às contratações dos autores com a sociedade comercial sucedida, deveriam ser

chamadas a Juízo, como foram, “ad cautelam”, para que se sujeitassem, na medida de sua participação negocial, à resolução do litígio”. E, à guisa de reforço da argumentação desenvolvida, instruíram-na com os documentos de fls.

Colhidas novas manifestações de algumas das rés contestantes (cf. fls.), e determinada a especificação das provas cuja produção fosse, ainda, pretendida (cf. fls.), apressaram-se os interessados que atenderam à ordenação judicial em solicitar o julgamento antecipado da lide (cf. fls.).

Resolveu, entretanto, o MM. Juiz em exercício na Vara determinar a citação de (já agora) massa falida de Waldorf Incoter Incorporadora de Imóveis S/A, com fundamento no disposto no art. 47 o CPC (cf. fls.), e que se concretizou a fls.; tendo esta apresentado a contestação de fls., da qual devem ser destacadas a preliminar de “ilegitimidade de parte”, a fls. (referendada pela Curadoria de Massas Falidas, a fls.), e a notícia de pretendido ajuizamento de ação revocatória, referentemente à dação em pagamento efetuada pela falida a Crefisul São Paulo S/A — Crédito Imobiliário, em 17.10.1975, a fls., “verbis”: “Por força da malfadada dação em pagamento efetuada pela falida a Crefisul S/A, credora hipotecária, por escritura pública lavrada no 22.º Tabelionato de Notas desta Capital, Livro n. 1.266, fls. 27vº, em 17.10.1975, transcrita no registro imobiliário da 14.ª Circunscrição de Imóveis, sob n. . . . 136.837, a massa falida tornou-se parte absolutamente ilegítima “ad causam et ad processum”.

“De feito, com a dação em pagamento, a Crefisul S/A, tornou-se, bem ou mal, cessionária da falida, sub-rogando-se em todos os direitos e obrigações pertencentes e pertinentes ao referido imóvel, **devendo, conseqüentemente, honrar todos os contratos de compra e venda de unidades celebrados com a**

falida e ora mutuários (sic, com estes últimos grifos nossos) . . .

“O síndico está estudando e examinando toda a matéria — alentada e complexa — sobretudo nesta falência que é, sem sombra de dúvidas, a maior da Capital, para aferir da possibilidade de ajuizar a competente ação revocatória, tanto que o termo legal da quebra foi alterado, retrotraindo a **60 dias anteriores à data de 15.10.1975**, já que não pode, nesta oportunidade, valer-se do art. 57 da lei falimentar” (com os derradeiros grifos igualmente nossos”).

Com a apreciação ulterior da mencionada peça de defesa da massa falida de Waldorf Incoter Incorporadora de Imóveis S/A e da promoção da Curadoria de Massas Falidas, pelos autores (in fls.), foram os autos, a final, conclusos ao MM. Juiz em exercício na Vara, que proferiu o ato decisório de fls., expressando, em apertada síntese:

a) a partir do aditamento de fls., em que se ordenou o prosseguimento da ação declaratória, reduziu-se a pretensão dos autores aos pedidos declaratório e acessório, cautelares, “não há mais falar-se em ação consignatória, ficando, portanto, afastadas as preliminares, argüidas nas contestações”, relativamente a esse tema (cf. fls.);

b) no tocante ao litisconsórcio ativo e passivo, sua admissão é de rigor, “ante a circunstância de haver conexão pelo objeto e causa de pedir (art. 46 do CPC) e a necessidade de, chamando os suplicados interessados, afastar-se o perigo de decisões colidentes, no que diz respeito ao pedido principal e acessório” (in fls., ainda);

c) indubitoso, outrossim, o cabimento da ação declaratória, pela motivação alinhavada a fls., “verbis”: “A sociedade Waldorf Incoter Incorporadora de Imóveis S/A adquiriu o terreno de Bension Scheinman e esposa; obteve financiamento de Crefisul São Paulo S/A — Crédito Imobiliário; a seguir,

lançou à venda empreendimento imobiliário — edifício de apartamentos — na forma da Lei n. 4.591, de 1964, tendo registrado a incorporação do Edifício, junto ao Registro de Imóveis (documento n. 25, fls.). Os autores, atraídos pela publicidade, assinam contratos “recibos de sinal” de aquisição de unidades condominiais, em que estavam expressos a data e prazo de entrega das unidades. Pagam o sinal e prestações iniciais. Meses antes do fim do prazo, as obras diminuem o ritmo e há paralisação total da construção. Waldorf, por escritura de dação em pagamento, entrega o imóvel e benfeitorias à credora hipotecária Crefisul; esta vende o imóvel e benfeitorias à Construtora A. M. Waquil Ltda. Esta, como se vê da contestação, não reconhece validade nos contratos iniciais que os autores assinaram com Waldorf. Os autores insistem em que com a transmissão “inter vivos” da propriedade, também se transmitiram as obrigações da incorporação. Delineada a dúvida quanto à existência ou inexistência da relação jurídica (art. 4.º, n. I, do CPC), ou seja, no “vinculum juris” entre os autores e a atual proprietária Construtora Waquil na condição de incorporadora atual, em razão dos contratos iniciais e obrigações bilaterais entre adquirentes e incorporadora, possível é a propositura de ação declaratória”;

d) as medidas cautelares, pleiteadas pelos autores, representam, efetivamente, uma série de cuidados assecuratórios de seus direitos, que, presentes os pressupostos do “fumus boni iuris” e “periculum in mora”, e lastreados no teor do art. 798 do CPC, poderiam ser, como estão sendo, solicitados (cf. fls.);

e) a arguição de ilegitimidade de parte, feita pelas rés, insere-se no “meritum causae”, “no que diz respeito à declaratória, evidentemente, uma vez que o tema “consignatória” está superado” — impondo-se, à vista disso, o exame, a final, da defesa por elas, inclusive as

“entidades financeiras e bancárias”, apresentada (cf. também fls.);

f) quanto ao mérito, o primeiro raciocínio deve dirigir-se a que os contratos celebrados entre os autores e a Waldorf conferem, exclusivamente, direitos pessoais, restando, por isso mesmo, àqueles, em razão de quedarem-se inertes ante o inadimplemento contratual desta, “a possibilidade de pedido de devolução das quantias pagas ou habilitação do crédito na falência do incorporador (arts. 35, § 3.º, e 43, n. III, da Lei n. 4.591, de 1964)”: “E conferem somente direitos pessoais, porque os autores não levaram os instrumentos da avença ao cartório registrário, conforme demonstram os suplicados com a certidão de fls. Não averbaram seus contratos à margem da inscrição da incorporação.

“A relação jurídica, oriunda do título do ajuste inicial, não alcança terceiro adquirente, como é o caso da Construtora Waquil.

“O “jus in re” só ligaria os autores à coisa se tivessem procedido na forma do art. 5.º da Lei n. 55.815, de 8.3.1965. . . .” (in fls.);

g) ademais — prossegue a fls. — nada importa constar dos atos notariais em que figuraram, primeiramente, Waldorf e Crefisul, e, ao depois, esta e Construtora A. M. Waquil, “a transferência da responsabilidade da construção e incorporação para eventuais sucessores, que responderão pela evicção”; e isto, porque, nas ocasiões da dação em pagamento e, obviamente, da posterior venda e compra, “havia certidão do 14.º Registro de Imóveis no sentido de que o único ônus existente sobre o imóvel era a hipoteca de Waldorf a Crefisul” (cf. fls.), não se encontrando, portanto, averbados, os ajustes iniciais entre os autores e a incorporadora;

h) mais, ainda, nada obstava a que a Crefisul recebesse o imóvel em pagamento do crédito hipotecário (cf. art. 39,

§ 2.º, da Lei n. 4.380, de 1964) para vendê-lo, como vendeu, dentro do prazo de um ano, estabelecido no art. 35, n. II, da Lei n. 4.595, também de 1964, tudo por meio de atos, enquanto não anulados, válidos e hábeis a posicionar “a credora hipotecária e a construtora adquirente como terceiros em relação ao ajuste inicial (entre autores e Waldorf)” (in fls.);

i) e, por igual, o registro da incorporação pela Waldorf e os atos traslativos de propriedade, com os direitos àquela atinentes, “não autorizam a conclusão de que a atual proprietária e incorporadora (Construtora Waquil) deva responder pelos contratos não averbados (dos autores)”, especialmente por ser a incorporação, como preleciona Caio Mário da Silva Pereira, um complexo de atos empresariais “que acarretam responsabilidades ao incorporador (arts. 28 a 47 da Lei n. 4.591, de 1964). Configurado o inadimplemento do incorporador, não tomadas pelos adquirentes as providências cabíveis, não transferidas no título translativo de propriedade as dívidas e obrigações detalhadas, terceiro adquirente do imóvel não responde pelo inadimplemento do primitivo incorporador. As responsabilidades do primeiro incorporador (Waldorf) são, repita-se, do incorporador e não da coisa” (textual, a fls.);

j) daí serem improcedentes não só a ação declaratória como os pedidos acessórios (cf. fls.), e, óbvia e conseqüentemente, carecedores de ação, os autores, em relação a Banco Safra S/A, Banco Expansão S/A, Coroa S/A — Crédito, Financiamento e Investimentos e Fina-disa Cia. de Crédito Imobiliário (cf., por igual, fls., em seguida à motivação de fls.).

Inconformados com aludido ato decisorio, de que pretendem recorrer para o Tribunal competente, solicitaram-me os autores, pelos seus ilustres patronos, advogados Hércules Machado Florence

Filho e Pedro Mendes Souza Neto, efetivasse análise do mesmo, em prol da ilustração do arrazoado da apelação a ser interposta.

PARECER

I — CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

1. Conceito e caracteres

É o que, após examinar detidamente os autos, passo a fazer, emitindo a minha opinião no sentido de ter sido precipitado o julgamento antecipado da lide, pelo MM. Juiz em exercício na 19.ª Vara Cível desta comarca de São Paulo.

Para tanto, cumpre verificar, em primeiro lugar, a qualificação do negócio jurídico denominado “contrato de incorporação imobiliária”, pelo qual, segundo Orlando Gomes, “Contrato de incorporação imobiliária”, RT 461/11, São Paulo, 1974, “obriga-se alguém a promover a construção de edifício dividido em unidades autônomas para distintos adquirentes da respectiva fração ideal do terreno, sob regime de condomínio especial”.

Assenta-se sua regulação normativa na Lei n. 4.591, de 16.12.1964, fruto, por certo, da necessidade de disciplina-mento legal da incorporação, que vinha sendo utilizada, de há muito, em nosso País, sem “regras determinantes de sua caracterização” — tal como, com precisão, observa Caio Mário da Silva Pereira, “Contrato de incorporação de imóvel — Cessão de direitos”, na RF 228/54, Rio de Janeiro, 1969, “verbis”: “Foi o que ocorreu com a incorporação. Utilizada em nossa vida econômica e praticada há muitos anos como técnica de realização de condomínio em edifícios coletivos, não penetrara, todavia, na disciplina legal. O legislador nenhuma referência lhe fizera, deixando-a ao sabor da imaginação criadora dos interessados, com uma ou outra refe-

rência jurisprudencial, que procurava dar-lhe sistema, sem, contudo, consegui-lo, dado que o ato negocial oscilava ao léu das tendências, de juízes e tribunais”.

Com ela, aliás, e consoante a mesma ensinança, tem-se o contrato de incorporação imobiliária como bilateral, oneroso, consensual: **bilateral**, por resultarem dele direitos e obrigações para ambos os contratantes, isto é, tanto para o incorporador como para o adquirente de unidade autônoma; **oneroso**, em virtude de visarem os signatários à obtenção de vantagem ou utilidade qual seja, respectivamente, o lucro pelo empreendimento e a unidade adquirida — correspondentemente a obrigações recíprocas, cujas prestações se especificam na construção do edifício e transferência da unidade negociada, pelo incorporador, e no pagamento do preço avençado, pelo comprador; e **consensual**, por formar-se em razão do simples acordo de vontades — “solo consensu”.

2. Natureza jurídica

O primeiro dos ilustres civilistas nacionais citados às págs. 14-15, n. 5, adverte demandar segura solução o estabelecimento da natureza jurídica do contrato de incorporação imobiliária, tendo-se em vista, principalmente, o interesse em qualificar o incorporador.

Tenha-se presente, em princípio, para tanto, que despidianda será a profissionalidade ou habitualidade deste, no exercício da atividade de incorporação: pode ser ele, portanto, pessoa física ou jurídica, dedicada, ou não, ao ramo da construção de imóveis em condomínio.

Parece-nos, todavia, diferentemente do que afirma o renomado mestre baiano que, na atual conceituação conferida à empresa, pelo Direito, é o incorporador, como doutrina Cáo Mário da Silva Pereira, “Condomínio e Incorporações”, Rio de Janeiro, 1965, pág. 192, n. 124,

uma empresa imobiliária. E se, como no caso “sub iudice”, é ele uma sociedade anônima, dúvida alguma pode haver quanto à sua qualificação como sociedade comercial imobiliária: “Quando o incorporador é uma sociedade anônima, as operações são mercantis, obrigatoriamente mercantis em decorrência do Decreto-lei n. 2.627, de 26.9.1940, art. 2.º, parágrafo único, capituladas na atividade mercantil por força ou autoridade de lei, da classificação de Carvalho de Mendonça, comercialista. Quando for uma sociedade comercial, ainda não há dificuldade na sua classificação como empresa mercantil: ato de comércio por natureza. Quando é uma empresa de construção, também se lhe atribui, “ex vi legis” a natureza mercantil, expressamente definida na Lei n. 4.068, de 9.6.1962 (art. 1.º: “São comerciais as empresas de construção”). O que é preciso aceitar, e neste ponto é necessário convencer, é que a incorporação de edifício é uma atividade mercantil por natureza, e o incorporador constitui uma empresa comercial imobiliária” (in pág. 193; e observado que a nova Lei das Sociedades Anônimas — n. 6.404, de 15.12.1976 — manteve a redação do mencionado art. 2.º, parágrafo único, também no de n. 2.º, § 1.º).

Daí a certeza de tratar-se, nesta última hipótese, de contrato de natureza mercantil, que se aperfeiçoa, normalmente, com a aposição das assinaturas dos contratantes num impresso ou em papel mimeografado, preparado pelo incorporador com a finalidade de disciplinar, com uniformidade, as diversificadas relações contratuais indispensáveis à concretização da incorporação. É que, como neste particular, lembram J. Nascimento Franco e Niske Gondo, “Incorporações Imobiliárias”, São Paulo, 1972, pág. 96, n. 79, não obstante a celebração, algumas vezes, de um contrato de incorporação, outro de construção e um terceiro de promessa de venda da fração

ideal do terreno, na maior parte delas dá-se preferência à reunião, em único instrumento, dos três diferentes ajustes: “São contratos cumulados que têm a vantagem de abrangendo todos os ajustes relativos ao negócio, dar ao adquirente uma visão global e conjunta dos seus direitos e obrigações em face das várias pessoas com quem contrata”.

Complemente-se que, por ser preestabelecida a figura contratual examinada, a incorporação imobiliária constitui, à evidência, objeto de **contrato típico**; e contrato típico desvestido de qualquer personalismo.

Típicos, ou nominados, são os contratos que, previstos e regulamentados na lei, contemplativa de esquematização e padrão nela definidos, assim também de denominação própria, formam espécies definidas (cf. Washington de Barros Monteiro, “Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações”, II/41, São Paulo, 1975, 13.^a ed.; Sílvio Rodrigues, “Direito Civil — Contratos”, São Paulo, 1973, 4.^a ed., pág. 44, n. 17; Orlando Gomes, “Contratos”, Rio de Janeiro, 1959, pág. 96, n. 60). Ora, acen-tua este, na obra anteriormente citada, à pág. 15, n. 5, a incorporação imobiliária é hoje objeto de contrato típico, posto que disciplinado na Lei n. 4.591, de 1964: “Embora certas disposições legais deixem a impressão de que a venda da fração ideal do terreno, a construção do edifício e a instituição do condomínio conservam a independência como contratos distintos, tão interpenetrados se acham como meios jurídicos para ser alcançada certa e invariável finalidade, que se não pode duvidar de sua unificação numa espécie contratual de traços inconfundíveis. A incorporação imobiliária é hoje objeto de contrato típico”.

Dotados de personalismo, ou personalíssimos, a seu turno, são os contratos que se realizam tendo em vista, essencial e necessariamente, as qualida-

des pessoais dos contratantes. E isto, obviamente, não ocorre no contrato de incorporação imobiliária: como bem explicita Cáo Mário da Silva Pereira, “Contrato de Incorporação”, cit., pág. 55, aquele que contrata “uma tela com um pintor de nomeada tem em vista o quadro de autoria do mestre, não de um pinta-monos qualquer; mas aquele que subscreve a aquisição de unidade autônoma em edifício ou conjunto de edificações tem um “desideratum” em vista, **a obtenção da unidade**, respeitadas na sua escolha as condições de idoneidade técnica, financeira e profissional do incorporador, e mesmo assim **já bem despersonalizadas** pelo fato de o legislador haver instituído um sistema de garantias e de defesas que, guardadas as devidas proporções, **até um certo ponto nivelam as empresas incorporadoras**” (com os três últimos grupos de palavras grifados por nós, também).

3. Cessibilidade do contrato: licitude e restrições

Daí e segundo, ainda, Cáo Mário da Silva Pereira, in ob. ult. cit., págs. 55-56, vigorar a regra da cessibilidade dos direitos e obrigações advindos do contrato de incorporação: a cessão é sempre lícita e possível, desde que não disponham as partes, ao contratar, em sentido contrário, hipótese de exurgente “incessibilidade convencional”.

Não há mesmo, normalmente, qualquer obstáculo à aludida cessão, quer à falta de razão jurídica a ela oponível, quer em virtude da natureza da obrigação, quer, ainda, e derradeiramente, dada a inexistência de proibição legal.

Mas — veja-se bem — posteriormente ao prazo de carência, estabelecido no art. 34, § 2.^o, combinado com o art. 33 da Lei n. 4.591, de 16.12.1964, num máximo de 120 dias, contados do registro da incorporação; ou, ainda, com a negociação de qualquer unidade do edifício, torna-se esta irretratável, não

havendo mais lugar para o exercício do direito de liberação, pelo incorporador.

Vêm a pêlo, neste passo, duas lições dignas de transcrição, a primeira de J. Nascimento Franco e Niske Gondo, e a outra do mesmo Cáo Mário da Silva Pereira. Examinando o prazo de carência, escrevem aqueles, à pág. 79, n. 63, de sua citada obra, corresponder ele ao "termo dentro do qual se faculta ao incorporador desistir do empreendimento (art. 34), denunciando o fato aos interessados e restituindo as importâncias recebidas. Trata-se de prazo de arrependimento dentro do qual o incorporador pode sondar o mercado e renunciar aos seus planos. Inexistindo no processo menção expressa sobre o prazo de carência, a incorporação torna-se irretratável desde o momento em que o incorporador negocia qualquer unidade do edifício". E o preclaro civilista mineiro, de sua vez, enfaticamente afiança ser possível a tentativa de incorporação, em caráter experimental, ou subordinada ao mencionado prazo de carência, dentro do qual se afigura lícita a desistência; mas, concretizada a avença sem ressalva quanto a essa faculdade, ou decorrido o prazo em referência, sem denúncia ao Registro de Imóveis, torna-se a incorporação definitiva e irretratável: "A fração ideal do terreno está comprometida, a construção contratada, e as benfeitorias compromissadas. **Não tem mais cabida o exercício de um direito de liberar-se**" (in "Contrato de Incorporação", cit., pág. 56; grifado).

Em suma — conclui, a seguir, na mesma pág. 56 — relativamente aos adquirentes de unidades ou candidatos à sua aquisição, a exoneração do incorporador, "ou se efetua no prazo da carência, ou não se dará mais, a não ser com anuência dos interessados" (grifado, novamente). Daí por que, não obstante a faculdade de transferir a outrem seus direitos e obrigações contratuais, operada a mutação subjetiva na contra-

tação, permanece vinculados aos mesmos, seja isoladamente, seja juntamente com o cessionário, se não houver assentimento expresso dos adquirentes: "... o incorporador, ao ceder os direitos que da incorporação lhe resultam, procede na qualidade prevista pelo civilista belga, de credor que não pode dissociar a sua condição jurídica da situação de devedor, tendo em vista a bilateralidade do seu contrato.

"Para que se dê a cessão com a liberação completa do incorporador antigo, isto é, para que a cessão envolva simultaneamente a transferência de créditos (direitos do incorporador) e de débitos (deveres do incorporador), **será necessária, como se viu, a anuência dos credores desses direitos (os adquirentes das unidades)**."

"Realizada a cessão da incorporação sem aquela anuência, **o incorporador cedente permanece sujeito aos encargos originários, seja isoladamente, seja conjuntamente com o incorporador cessionário**" (in pág. 57, e igualmente grifado).

Afinado no mesmo diapasão, o eminente Professor das Arcadas, Antônio Chaves, "Incorporação Imobiliária", na RT 498/27, São Paulo, 1977, assim também doutrina (v. especialmente págs. 39-40), após salientar, à pág. 29, que, quando, "com propósito deliberado, com malícia, má-fé mesmo, uma das partes se comporta nas relações contratuais de tal forma que venha a causar à outra injusto prejuízo ou frustrações desarrazoadas, teremos sim, uma responsabilidade contratual, mas que se relaciona com o contrato apenas para iluminar o prosclênio do comportamento que devia ser obedecido e não foi, para, projetando a atitude do co-contratante de maneira a superpô-la ao figurino traçado pela avença, demonstrar, com toda clareza, o quanto ficou transtornada e deformada aquela figura"; e, à pág. 30, com Roberto de Ruggiero, "Instituições

de Direito Civil”, trad. de Ary dos Santos, São Paulo, 1958, vol. III/122, ser muito diferente a responsabilidade, quando haja vontade consciente de não cumprir a obrigação, isto é, o dolo, daquela em que existe apenas uma falta de diligência, caracterizando a culpa: “Enquanto a primeira dará margem a uma responsabilidade em grau máximo, pelo não cumprimento doloso, por violação voluntária e intencional, será atenuada na segunda eventualidade”.

4. Sub-rogação nos direitos e obrigações resultantes da incorporação

Dir-se-á, a esta altura, que a tese desenvolvida teria sua validade condicionada à averbação, pelos autores, à margem da inscrição da incorporação, no 14.º Registro de Imóveis desta comarca de São Paulo, dos documentos probatórios das promessas de aquisição das unidades ora litigiosas, em virtude de nascerem direitos reais, para os adquirentes, não só com a formalização da incorporação, mas, também, e necessariamente, com o registro, delineado, da documentação aquisitiva.

Realmente, essa é a impressão que tem o observador, até mesmo não muito arguto, à primeira vista: como sabido, e proclamado, inclusive pela sentença de fls., o “*ius in re*” só ligaria os autores à coisa se tivessem procedido na forma do art. 5.º do Decreto n. 55.815, de 8.3.1965, “*verbis*”: “A averbação dos contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão desta ou de promessa de cessão aludidas no § 2.º do art. 1.º atribui aos compromissários direito real oponível a terceiros, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso, em o qual o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assento”.

Acontece, todavia, que não se trata, aqui, própria e exclusivamente, de oponibilidade de direitos reais a terceiros, mas, na verdade, da regulação dos

ostentados pelos autores em relação à cessionária do incorporador com quem contrataram, isto é, à sub-rogada nos direitos e obrigações resultantes da incorporação. E tanto isso é certo que, na escritura de fls., foi necessário o acrescentamento de um “Em tempo” para que, devidamente esclarecida a circunstância, se tornasse possível o respectivo registro, e a saber: **“Pela outorgante me foi dito mais que, ainda por esta escritura e melhor forma de direito, sub-roga, na pessoa da outorgada, todos os direitos e obrigações advindos do alvará de construção n. 260.236, de 7.7.1972, bem como da incorporação imobiliária referente ao Edifício Presidente Altino Arantes, a qual está devidamente inscrita sob n. 642 na referida 14.ª Circunscrição da Capital”** (in fls., grifado).

Tal sub-rogação, ademais, deveria ter sido operada com absoluta boa-fé, tanto da outorgante Waldorf como da outorgada Crefisul, agindo ambas — a par de, num espírito de cooperação e confiança recíproca, respeito mútuo e lealdade, como alvitado nos códigos civis dos povos mais cultos — com a preocupação de prevenir quaisquer dúvidas geradoras de situações conflitantes, entre elas mesmas, assim também dos possíveis litígios com os notórios adquirentes de unidades autônomas do Edifício Presidente Altino Arantes, ora autores: como adverte Emilio Betti, “*Cours de Droit Civil Comparé des Obligations*”, Milão, 1958, pág. 81, transcrito por Antônio Chaves, ob. cit., pág. 30, “sob o aspecto positivo, a boa-fé é a regra de conduta própria às relações de obrigação, que impõe a uma parte, como devedora, deveres positivos de cooperação para a satisfação do interesse da outra parte, como credor, sejam deveres constitutivos do conteúdo principal da relação, sejam deveres de ordem instrumental e acessória”.

E isso, à evidência, com a verificação da situação contratual dos autores, cer-

tamente registrada nos livros da outorgante, Waldorf Incoter Incorporadora de Imóveis S/A!...

5. Importância e valor probante dos livros comerciais

É de J. X. Carvalho de Mendonça, "Tratado de Direito Comercial Brasileiro", Rio de Janeiro, 1963, 7.^a ed., atualizada por Roberto Carvalho de Mendonça, vol. II/188, n. 216, a afirmativa de poder comparar-se à escrituração de um negócio mercantil "à fotografia animada da vida econômico-administrativa do comerciante"; complementada, com apoio em Goldschmidt, "System des Handelsrechts", § 30, e Staub's, "Kommentar", vol. 1.^o/206, como segue: "Não é sem fundamento que se afirma serem os livros comerciais instituto de interesse público".

Traduzem, com efeito, os livros do comerciante ou da empresa comercial, pelo fato de conterem gravados os traços das operações por qualquer deles desenvolvidas, a história da vida comercial de seu proprietário. Por isso que, como preleciona Waldemar Ferreira, "Tratado de Direito Comercial", São Paulo, 1960, vol. II/323, n. 314, constitui máxima jurídica corrente não se dar fé ao comerciante, senão quando arrume os seus livros segundo os usos comerciais: "Têm os livros de contabilidade a virtude e o privilégio de, sendo documentos particulares, elaborados e produzidos pelo próprio comerciante ou sob sua vista e mediante suas instruções, por prepostos seus, **valerem contra terceiros, principalmente se também eles comerciantes forem.**

"Rompe o Direito Comercial, desse jeito, com o velho cânone do Direito Civil de a ninguém ser lícito produzir prova, por suas próprias mãos, em seu favor. "Nemu propria manu sibi debitorem adscribit".

"Os livros dos comerciantes fazem prova em benefício deles e contra as

pessoas que com eles contratarem. E isso desde tempos muito remotos é moeda de lei. "Statum concedens fidem libris mercatorum intelligitur duntaxat circa spectantur ad mercaturam" (com os primeiros grifos nossos).

Além do que, conservadas, necessariamente, as provas escritas dos respectivos lançamentos (cf. Teixeira de Freitas, "Aditamentos ao Código do Comércio", Rio de Janeiro, 1878, págs. 343 e 356), bem como as da sua correspondência (cf. Carvalho de Mendonça, ob. e vol. cit., pág. 223, n. 255), é de rigor a respectiva exibição, em juízo, **"como medida de instrução em causa pendente para esclarecer o juiz e dar elementos à sua convicção para bem sentenciar"** (idem, pág. 263, n. 287; uma vez mais grifado); ou — acrescentamos, basificados na mesma ensinança — para proporcionar ao juiz, mediante exame efetuado por peritos, subsídios úteis à formação do seu convencimento, isto é, a possibilidade de bem sentenciar!

Já se decidiu, a propósito, e com excelente motivação, que "a exibição dos livros comerciais em juízo, segundo ensina José Ferreira Borges ("Dicionário Jurídico Comercial", pág. 190), é a tradução da matéria compreendida no Código, no Digesto, nos títulos de "Edendo e de Tabulis exhibendis" e compreende, portanto, não só o simples ato de trazê-los a juízo, mas também a comunicação de seu conteúdo. A exibição dos livros comerciais vem do direito pretoriano. "Exibir" — diz Carvalho de Mendonça ("Direito Comercial", vol. II/225) — é ditar ou dar cópia do registro ou mostrar o livro Diário: "edere est vel dicere, vel tradere libellum, vel codicem proferre", conforme definia Ulpiano, na Lei n. 6, § 7.^o, Digesto "de edendo". Os banqueiros ("argentarii") exerciam ofício público: "officium eorum atque ministerium publicum habet causam", como dizia Gaio (Lei n. 10, Digesto, "de edendo"). E segundo Ulpiano (Lei

n. 4, § 1.º, Digesto, “de edendo”), todos os lançamentos em seus livros tornavam-se comuns aos seus clientes “meum quodammodo instrumentum”. O pretor, sob esses dois fundamentos, admitia a ação “de edendo”, que tinha por fim obrigar os banqueiros a apresentar os livros. Essa ação foi aproveitada pelo Direito Comercial que lhe deu aspecto novo para realizar a exibição ou apresentação dos livros comerciais em juízo (Carvalho de Mendonça, ob. cit.): De acordo com o nosso Código Comercial, arts. 18 e 19, a exibição judicial dos livros comerciais pode ser feita integralmente, a favor dos interessados em questões de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil e falência, ou parcialmente, a requerimento da parte, na pendência da lide, para ser averiguado o ponto controvertido” (v. Darcy de Arruda Miranda Júnior, “Repertório de Jurisprudência do Código Comercial”, São Paulo, 1959, vol. I, tomo I/169, n. 100).

E como salientou, noutra feita, o Excelso Pretório pátrio: **“Jamais se entendeu que o segredo dos livros comerciais fosse muralha chinesa ou cortina de ferro para acobertar apontadas lesões praticadas por comerciantes contra terceiros”** (in RT 258/598, grifado).

II — ATO DECISÓRIO DE MÉRITO PRECIPITADO

6. Julgamento antecipado da lide

Isto posto, é de ser patenteado, em seguida, que, realmente, foi precipitado, no caso “sub examine”, o julgamento prévio do litígio.

Antes de mais nada, é bom lembrar, a propósito, que, como tivemos oportunidade de anotar em nosso “Do Julgamento conforme o Estado do Processo”, São Paulo, 1975, págs. 143-144, n. 78, apresentando-se incontroversos os fatos alegados, tanto na petição inicial, pelo

autor, como na contestação, pelo réu, isto é, expostos com precisão e clareza, e sem nenhuma contradição, de sorte a revelarem certeza quanto à sua veracidade, cumprirá ao juiz, que se presume conhecedor do direito (“iura novit curia”), aplicá-lo aos sucessos evidenciados, tal como foram, e, assim, se oferecerem ao seu convencimento: “narra mihi factum dabo tibi ius”.

É que — complementamos, então — em atenção aos princípios da economia processual e da celeridade na prestação jurisdicional, que informam o processo moderno, dispensável torna-se a instrução em audiência, sendo deveras interessante, sob todos os aspectos, e sempre que possível, a antecipação do julgamento da lide: bem observa J. J. Calmon de Passos, “Comentários ao Código de Processo Civil”, Rio de Janeiro-São Paulo, 1974, vol. III/421, n. 225, que a transferência do exame do mérito da causa para momento ulterior ao do encerramento da fase postulatória, em casos que tais, significa “disciplinar formalidades processuais vazias de sentido, vale dizer, é sobrepor o meio ao fim, numa inversão de valores que traduz péssima política processual, senão uma antipolítica”.

Revela-se, destarte, e indubiosamente, o julgamento antecipado da lide, como consequência da desnecessidade de produção de prova pericial ou oral, ou seja, de instrução probatória completa, por ter-se como suficiente à formação do convencimento do juiz a prova documental oferecida pelos litigantes, com seus articulados, na fase postulatória (cf. Egas Dirceu Moniz de Aragão, “O julgamento conforme o estado do processo”, na RT 502/11, São Paulo 1977, in pág. 17, n. 7).

Isto pode acontecer, como enfatiza, à pág. 18, n. 8, o preclaro mestre paranaense, além da referida, nas hipóteses previstas nos arts. 334, 366, 400, ns. I

e II, 401 e 420 do CPC, assim também quando os fatos a serem provados não se apresentem como pertinentes, relevantes e determinados em relação ao tema do litígio (v., também, nosso "Do julgamento", cit., pág. 145, n. 80; e J. J. Calmon de Passos, ob. e vol. cit., págs. 423-424, n. 226: pertinente é o fato "que diz respeito à causa, o que não lhe é estranho", e relevante, aquele que, "sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa").

Em suma, e na lição, ainda, de Moniz de Aragão, in loc. ult. cit., somente quando não haja qualquer dificuldade para a solução, de plano, do conflito de interesses submetido à apreciação do órgão jurisdicional, deverá haver o julgamento antecipado da lide: "Afora esses casos, cuja solução a lei e a doutrina, em geral, indicam, outros poderão ocorrer, gerando dúvida quanto à necessidade ou desnecessidade de ser produzida prova na instrução da causa. Para resolvê-los, sujeitos que ficam à discricão dos órgãos julgadores, é de boa prudência ter sempre na lembrança a afirmação lançada nos Códigos português e italiano, o primeiro dos quais somente autoriza o julgamento antecipado se "o processo contiver todos os elementos para uma decisão conscienciosa" (art. 510, n. I, "c"); consentindo-a o segundo — mediante remessa do processo ao colégio julgador — quando o juiz instrutor convencer-se de que "a causa esteja madura para a decisão de mérito sem a necessidade de colher provas" (art. 187). **Nunca, portanto, será possível conhecer diretamente do pedido se isso não resultar de o processo estar maduro para ser julgado; qualquer dúvida a esse respeito deve ser solucionada contra o julgamento antecipado.** Jamais seria lícito impedir à parte a produção da prova, pois, como pondera Cunha Gonçalves, "o direito à prova tem sido classificado como um dos direitos da personalidade e certamente está

incluído no originário direito de defesa" (grifado).

Essa, de resto, a orientação jurisprudencial que se vai firmando ao sabor do disposto no art. 330, n. I, do CPC; v. RT 500/130, 498/151, 491/122, 483/142, 475/183 etc.; Athos Gusmão Carneiro, "O Novo Código de Processo Civil nos Tribunais do Rio Grande do Sul e Santa Catarina", Porto Alegre, 1976, vol. II, ns. 395 e 396. Como consta do acórdão publicado in vol. 491/123, se bem que o julgamento antecipado é faculdade atribuída ao juiz, a desnecessidade de produção de outras provas em regular instrução deve resultar de "seu cabal convencimento, que será a base, o sustentáculo, da prestação jurisdicional (art. 131)"; e, por isso mesmo, "Luís Antônio de Andrade, além de salientar a facultatividade do julgamento a que se refere o art. 330, n. I, do novo Código, chega a preocupar-se com o perigo que a medida representará, de desvirtuamento, "em mãos de juízes apressados" (cf. "Aspectos e Inovações do Código de Processo", ed. 1974, n. 207, pág. 171). José Frederico Marques, igualmente, insiste na prudência que deve cercar a aplicação do citado dispositivo (cf. "Manual de Direito Processual Civil", ed. 1974, vol. II/163, n. 441). E, no mesmo diapasão, observa José S. Sampaio: "O juiz deverá ser muito cauteloso ao julgar antecipadamente a demanda. É preciso que, em seu espírito, não parem dúvidas sobre a certeza de estar aparelhado para decidir sem outras provas além daquelas que instruíram a petição inicial e a contestação" (cf. "O Procedimento Comum no Novo Código de Processo Civil", ed. 1975, n. 117, pág. 134)".

7. Restrições ao princípio dispositivo e formação do convencimento do juiz

Poderia ser objetada a formulação desenvolvida no anterior n. 6, com a

afirmação de que, ordenada a manifestação dos interessados sobre a produção de provas especificamente pretendidas (cf. fls.), os atuantes, inclusive os autores, entendendo suficiente a documental, pleitearam o julgamento antecipado da lide (cf. fls.). Daí por que, à falta de requerimento concreto de produção de prova, contentando-se as partes com os documentos exibidos, o pronunciamento deste seria de rigor (v. Athos Gusmão Carneiro, ob. e vol. cit., n. 403).

Ocorre, todavia, que, como agudamente observa Celso Agrícola Barbi, "Comentários ao Código de Processo Civil", Rio de Janeiro-São Paulo, 1975, vol. I, tomo II/530-531, n. 697, o enunciado de que o juiz deve julgar segundo o provado pelas partes, decorrentemente da adoção do princípio dispositivo, como no sistema processual civil vigorante, teve o seu rigor abrandado, "à medida que o processo deixou de ser considerado como instrumento de interesse preponderante das partes, e passou a ser visto, principalmente, como meio de ação do Estado, para atuar as leis que editou".

Com efeito — prossegue o ilustre processualista mineiro — embora não se atribua ao magistrado a preponderância na atividade probatória, posto que as partes, na maioria das vezes, melhor se encontram conscientizadas dos elementos necessários à prova dos fatos da causa, a necessidade de esclarecimento destes, em prol de correto julgamento do "meritum causae", "fez com que alguns códigos modernos permitissem ao juiz a liberdade de iniciativa na escolha das provas". Assim, a codificação nacional de 1973, no art. 130, "verbis": "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias".

Referindo-se ao Código italiano, Piero Calamandrei, "Istituzioni di Diritto

Processuale Civile", Pádua, 1943, vol. II/216, e Mauro Cappelletti, "La Testimonianza della Parte nel Sistema dell'Oralità", Milão, 1962, vol. I/337, evidenciam, a tal propósito, estar o princípio dispositivo reduzido à proposição no sentido de que o juiz deve julgar segundo o alegado pelas partes: "Il vecchio aforisma che imponeva al giudice di decidere "secundum allegata et probata partium" rimane dunque intatto solo per ciò che riguarda gli "allegata partium", che costituiscono sempre il confine invalicabile dell'accertamento del giudice ma in quanto ai "probata partium" il nuovo processo ne diminuisce notevolmente l'importanza, in quanto conferisce al giudice, in misura assai più ampia del vecchio Codice, il potere di trovare da sé, senza attendere il suggerimento delle parti, i mezzi più idonei al raggiungimento della verità" (com os últimos grifos nossos).

E, no que tange ao nosso, não constituirá demasia, por certo, acrescentar, com Celso Agrícola Barbi, ob. e vol. cit., pág. 532, n. 697, que, em razão da amplitude do texto supratranscrito (art. 130), não há limitação dos meios de prova que entenda o juiz conveniente determinar, por sua própria iniciativa: atende, mencionado texto legal, "a um sentimento muito difundido entre nossos magistrados que, com razão, não se satisfazem com uma atitude de inércia, que poderia levá-los, em certos casos, a julgar uma causa em forma não satisfatória, porque insuficientemente esclarecidos os fatos. A norma legal propicia ao juiz, nessas hipóteses, meios para completar sua convicção e, assim, decidir com tranqüilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz, que não é apenas o de decidir, mas sim o de decidir bem, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito".

Especialmente porque — complementamos, e já agora com Hélio Tornaghi,

“Comentários ao Código de Processo Civil”, São Paulo, 1974, vol. I/404 — não obstante tenha o Direito moderno liberado o juiz das peias criadas pelo sistema das regras legais de avaliação da prova, não lhe devolveu “o arbítrio de que gozava no Direito antigo, quando não precisava indicar as razões de sua convicção”. Realmente, pondera o ínclito mestre guanabarrino, ao concluir a análise do art. 131 do mesmo CPC, “A fundamentação é requisito de existência da sentença, ou, para usar a expressão do art. 458, é requisito essencial. Sem fundamentação (tal como sem relatório, ou sem dispositivo) não há sentença. O juiz não pode relatar e em seguida decidir. Tem de fundamentar a decisão e os fundamentos são, não apenas de Direito (normas aplicadas), mas também de fato (provas em que se baseia a conclusão)”.

III — CONCLUSÃO

8. Indispensabilidade de instrução regular

Aplicados tais princípios e ensinamentos ao caso estudado, não é difícil chegar-se à conclusão de que houve, da parte do MM. Juiz pronunciante do ato decisório em referência, inegável precipitação ao proceder ao julgamento antecipado da lide.

Não estava, por certo suficientemente amadurecida a causa, de sorte a ensejar o proferimento de sentença definitiva, relativa ao “meritum causae”, com percuente análise de todas as questões apresentadas nos volumosos autos.

Fazia-se, com efeito, indispensável o esclarecimento de vários e relevantes pontos controvertidos entre os litigantes, mediante a realização de exame pericial abrangente da escrituração e do arquivo das rés Waldorf Incoter Incorporadora de Imóveis S/A e Crefisul São Paulo S/A — Crédito Imobiliário, para a de-

vida compreensão da cláusula aposta no “Em tempo” da escritura pública certificada a fls., isto é, da sub-rogação nos direitos e obrigações resultantes da incorporação discutida (v. n. 4, supra); e, ainda, mediante prova oral consistente, pelo menos, na tomada de depoimento pessoal dos representantes legais das rés para segura verificação dos demais aspectos do grave e rumoroso litígio “sub iudice”.

Além do que, com mais tempo e vagar, compulsando, como de mister, detidamente os autos a par da verificação da revelia, sequer noticiada, do Banco Mercantil do Brasil S/A, atual denominação do chamado a Juízo Banco Mercantil de Minas Gerais, e sobre cuja situação jurídica, no plano do Direito material, a sentença, também, e obviamente, nada proveu — se daria conta o ilustrado julgador de que se encontrando presentes nos autos (cf. fls.), as três suplicadas, aludidas no item 4, letra “a” do ato decisório de fls. — Waldorf Incoter Incorporadora de Imóveis S/A, Crefisul São Paulo S/A — Crédito Imobiliário e Construtora A. M. Waqui Ltda. — resta inadmissível a solução da controvérsia sem considerar-se o (manifestamente omitido) posicionamento da primeira das apontadas rés, hoje Massa Falida de Waldorf Incoter Incorporadora de Imóveis S/A.

Com isso, e com a verificação, também, de circunstâncias indiciárias de suma importância — a serem, por igual, devidamente esclarecidas; e como, “*exempli gratia*”, as exurgentes da cláusula 20.^a e seu § 2.^o do contrato de mútuo de fls. (“A mutuária e a Ultracap Construções S/A, construtora do empreendimento, desde já, autorizam a mutuante, expressa e irrevogavelmente, a proceder à mais ampla fiscalização em suas contabilidades, notadamente no setor da folha de pagamento e no recolhimento de contribuições do INPS e FGTS, sen-

do-lhe facultado, também, o direito de não liberar qualquer numerário, caso constate qualquer insuficiência no recolhimento ou pagamento que, persistindo, ensejará o vencimento antecipado do presente contrato... § 2.º. A mutuária obriga-se a apresentar à mutuante, mensalmente, a partir do início das vendas, uma relação das promessas de compra e venda efetuadas durante cada mês, com a indicação do nome, qualificação e endereço completo dos compromissários" — in fls. dos autos), da certidão de protestos de fls., na qual se verifica a existência de protestos de títulos contra Waldorf Incoter Incorporadora de Imóveis S/A em data anterior às das escrituras de dação em pagamento e de venda e compra de fls., e do documento de fls., informativo da retroação do termo legal da falência da ultimamente referida sociedade por ações, para 15.10.1975 (data confirmada pelo sín-

dico, a fls., e que deverá ceder passo a anterior, ainda, ante a certificação constante de fls.), ou seja, para data também anterior às mencionadas escrituras de fls. — talvez o próprio MM. Juiz "a quo" chegasse a solução totalmente oposta à consubstanciada na apresentação da prestação jurisdicional invocada...

Para tanto, enfim, e qualquer o ângulo apreciado — inclusive referente às demais rés, no tocante à declaração constante de todas as cambiais em circulação, vinculativa de cada uma delas a contrato de promessa de venda e compra de unidade autônoma do Edifício Presidente (ou Governador) Altino Arantes (cf., por exemplo, fls.) — imprescindível será o encaminhamento do feito à instrução regular para colheita de prova pericial e documental.

Esse o meu parecer, s. m. j.

São Paulo, 28 de junho de 1978.

ESPÉCIES DE VAGAS DE GARAGEM *

JOÃO RABELLO DE AGUIAR VALLIM
Advogado em São Paulo

As vagas, espaços ou boxes na garagem coletiva de um edifício de apartamentos, classificam-se em três espécies: 1.^a) como unidade autônoma exclusiva; 2.^a) como cota ideal de unidade autônoma coletiva; 3.^a) como acessório de unidade autônoma exclusiva.

Para que uma vaga possa ser constituída em unidade autônoma exclusiva, deverá conter os seguintes elementos da Lei n. 4.591, de 1964:

a) estar demarcada no solo (art. 32, "p");

b) conter uma designação numérica ou alfabética, para os efeitos de sua identidade e discriminação (art. 1.º, § 1.º);

c) possuir, como parte inseparável, uma fração ideal no terreno e demais coisas comuns, expressa sob forma decimal ou ordinária (art. 1.º, § 2.º).

Com tais elementos, a vaga será objeto de matrícula própria, como coisa individualizada que é, seguindo-se-lhe o registro de sua aquisição. A lei considera tal unidade como propriedade exclusiva, todavia, esdruxulamente, o § 2.º do art. 2.º veda sua alienação, a não ser a outro condômino, excentricidade esta que acarreta sérios transtornos, quer às partes interessadas, quer ao Registro de Imóveis.

* Do livro em elaboração "Direito Imobiliário Brasileiro".

A vaga, como unidade autônoma exclusiva, poderá ser hipotecada, independentemente do apartamento. Se esta hipoteca for executada e nenhum condômino interessar-se pela arrematação, qual a situação do exeqüente? Esta hipótese foi colhida de Elvino Silva Filho que, após judiciosas considerações contra esta absurda restrição legal ao direito de propriedade, frisa tratar-se de "ponto-de-vista pessoal", e como serventúrio da Justiça que é, conclui, melancolicamente o ilustre jurista: "Por enquanto, "legem habemus", e não se pode ignorar o que preceitua o final do § 2.º do art. 2.º, do qual discordamos por todas as razões expostas e por ser discutível a legitimidade de um dispositivo que nega um dos direitos constitutivos da propriedade (o "jus abutendi"), quando a vaga de garagem tenha sido constituída como unidade autônoma e enumerada entre as partes de propriedade exclusiva" ("As Vagas de Garagem nos Edifícios de Apartamentos", n. 22).

Mas as leis devem ser interpretadas e, quando são elas "leges erraticae", leis erráticas, sem destino, impraticáveis, cabe ao Judiciário corrigi-las em sua aplicação concreta, e daí a exatidão do brocardo "judex facit jus".

Vejamos alguns exemplos dessas anomalias legislativas, curadas pelo Judiciário: O Código Civil declara que o instrumento público é da substância dos atos constitutivos de direito real sobre imóvel de valor superior à taxa legal

(art. 134). Os contratos de promessa de compra e venda de imóveis registrados no Registro de Imóveis constituem direito real, portanto, deveria ser da sua essência o instrumento público, mas a jurisprudência vencedora entendeu que tais contratos podem ser firmados também por instrumento particular (acórdão do STF in Frutuoso Santos, "Contrato de Promessa de Compra e Venda", Apêndice, n. 29). Outro exemplo: o antigo Regulamento dos Registros Públicos (Decreto n. 4.857, de 1939), em seu art. 244, visando, obviamente, ao aumento de renda dos Cartórios de Registro de Imóveis, vedava o registro da escritura definitiva se a de compromisso não estivesse previamente registrada.

Ante a enxurrada de reclamações e dúvidas suscitadas pelos serventuários, o Min. Nélson Hungria, quando Corregedor Geral da Justiça do antigo Distrito Federal, baixou a Circular n. 130, de 23.12.1947, declarando ser desnecessário o registro prévio do compromisso quando já tivesse sido lavrada a escritura definitiva. E a jurisprudência de todo o País acolheu este entendimento do erudito professor, uma vez que a escritura de promessa é um pacto preparatório e desde que este pacto se consolidou na escritura definitiva, não há mais necessidade do registro daquela escritura preliminar. Assim, através de uma simples e prudente circular, um dispositivo legal odioso e discriminatório tornou-se letra morta.

O Judiciário, em consonância com seu peculiar bom senso e com a doutrina, corrigiu anomalias da lei que o Legislativo não quis fazer, e deste modo se afastou a possibilidade do "juiz robô" nesta era do computador.

A inteligência do § 2.º do art. 2.º da Lei n. 4.195, de 1964, com as alterações da Lei n. 4.864, de 1965, não pode ser extraída do seu sentido literal, considerando-se que a própria lei declara que a unidade autônoma é propriedade

exclusiva e, como tal, haverá de poder ser alienada a qualquer pessoa, ainda que estranha ao condomínio (a favor: Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado", vol. XII, § 1.363, n. 7; Luiz Adolpho Nardi, "Incorporação e Condomínio", in RT 336/25; J. Nascimento Franco e Nisske Gondo, "Condomínio em Edifícios", n. 39; Elvino Silva Filho, "As Vagas de Garagem nos Edifícios de Apartamentos" n. 22. Contra: Cáo Mário da Silva Pereira, "Condomínio e Incorporações", n. 79, "in fine"; Miguel Maria de Serpa Lopes, "Curso de Direito Civil", vol. VI, n. 211).

Quando a vaga não contiver aqueles elementos legais, "verbi gratia", as chamadas vagas indeterminadas que carecem do primeiro deles (estar demarcada no solo como propriedade determinada, exclusiva), não poderá ela ser constituída em unidade autônoma, quer exclusiva, quer acessória, pois, sendo indeterminada, nada mais é do que mera fração ideal de uma unidade autônoma coletiva (a garagem).

Em tal hipótese, a garagem coletiva, no seu todo, deverá conter os elementos legais para constituir-se em unidade autônoma coletiva e, como tal, ser alienada em cotas-partes ideais (vagas indeterminadas).

Trata-se de um condomínio geral, "pro indiviso", regulado pelas disposições de Direito comum, dentro de um condomínio especial, regido pela Lei de Condomínios (Lei n. 4.591, de 1964, art. 6.º).

A situação fática do dono de uma vaga indeterminada se equipara a de um mensalista de estacionamento que, ao ali chegar, deixa seu carro na entrada para que o manobrista o coloque em qualquer boxe desocupado, com a diferença de ser ele, o dono da vaga e não o manobrista, quem irá procurar o boxe livre para estacionar seu veículo.

Vagas indeterminadas, por serem cotas ideais, indeterminadas, não podem

ser matriculadas. Matricula-se o todo, isto é, a unidade autônoma coletiva (garagem), em nome do proprietário único e ao pé desta matrícula vão-se registrando as alienações das respectivas vagas indeterminadas.

Estas vagas, por não constituírem unidades autônomas, mas meras partes ideais de uma unidade autônoma coletiva, não podem ser alienadas a pessoas estranhas ao condomínio, tendo aqui aplicação, não só a restrição contida no § 2.º do art. 2.º da Lei n. 4.591, de 1964, como também o direito conferido pelo art. 629 do CC, sendo assim lícito ao condômino titular de vaga exigir a qualquer tempo a divisão da garagem comum, ou seja, a determinação das vagas indeterminadas e adjudicação ao respectivo condômino.

Quando as vagas não constituírem unidades autônomas exclusivas, nem cotas-partes ideais de uma unidade autônoma coletiva, serão elas consideradas acessórios de unidade autônoma exclusiva (apartamento) à qual se vincula a vaga, não podendo ser alienada a pessoa estranha ao condomínio, independentemente da unidade a que corresponder (Lei n. 4.591, de 1964, art. 2.º, § 2.º).

Todavia, poderá ser alienada a outro condômino a cuja unidade passará então a vincular-se como acessório que é.

Argumenta o doutíssimo Pontes de Miranda que o estranho ao condomínio não poderá adquirir o direito à garagem porque: "No Direito brasileiro, não havendo direito de superfície, não há direito à garagem transferível a quem não tenha parte indivisa no terreno sobre o qual se construiu o edifício de apartamentos" ("Tratado de Direito Privado", vol. XII, § 1.363, n. 4); mas tal argumento, "data venia", não convence, porque o direito à garagem somente poderá ser alienado juntamente com a respectiva fração ideal que lhe compete no terreno e demais coisas comuns,

portanto, o adquirente daquele direito à garagem tornar-se-á, concomitantemente, proprietário também de uma parte indivisa no terreno sobre o qual se construiu o edifício com a respectiva garagem.

O que a lei deveria ter feito é tolher este esfacelamento da propriedade, não permitindo a alienação do acessório (vaga) separado do seu principal (apartamento), permanecendo assim fiel ao princípio jurídico de que, retirado o principal, o acessório se destrói — "accessorium corrui sublato principali".

Esta licença legal acarreta dispêndio às partes e transtornos ao Registro de Imóveis com as averbações retificadoras da matrícula, pois a fração ideal correspondente ao acessório (vaga) se acha incluída na do principal (apartamento), e assim deverá haver, fatalmente, remanejamento de frações e áreas úteis, não só na matrícula do apartamento do alienante (do qual se desvincula) como na do adquirente (ao qual se integra). A vaga — acessório — não possui matrícula própria, sendo assim sua alusão feita no final da descrição do apartamento ao qual se vincula. Quando alienada, deverá a escritura ser averbada na matrícula do apartamento do adquirente e isto porque, ainda que se trate de ato traslativo e como tal sujeito a registro e não a averbação, ocorre que o ato se refere a acessório e não ao principal. Seria o mesmo que "A", adquirisse de "B" uma casa que este construiu em terreno dele "A". A aquisição deste acessório (a casa) seria averbada na matrícula do principal (o terreno) pertencente a "A".

"Autônomo" vem do grego "autos" (por si mesmo) e "nemo" (distribuo) e quer dizer que se basta ou se governa a si mesmo, independente, próprio.

Assim sendo, há quem observe que a vaga na garagem sujeita a manobrista não seria coisa autônoma, uma vez que

estaria sujeita àquele, não sendo assim independente. Todavia, é bem de ver que a dependência, neste caso, não diz respeito à vaga em si, mas a determinado uso desta, qual seja, o de servir de guarda para automóvel. Se o condômino usá-la para guardar uma bicicleta ou motocicleta, por exemplo, não estará ele sujeito a manobrista que, aliás, poderá até nem saber dirigir motocicletas, cuja habilitação requer outras aptidões estranhas à do automóvel. Vê-se, assim, que a dependência diz respeito ao uso da vaga e não a esta, em si. Parece, pois, ante tudo o que foi exposto, que podemos agora enunciar a

conceituação jurídica de unidade autônoma, que é o acessório imóvel, determinado, designado numérica ou alfabeticamente, edificado em terreno de propriedade comum (principal) e do qual lhe compete uma fração ideal inseparável.

Acessório **imóvel** (apartamento, loja, garagem, boxe etc.); **determinado**, pois, sendo indeterminado, torna-se coisa ideal; **designado** numérica ou alfabeticamente a fim de ficar discriminado; acessório imóvel este **edificado** em terreno de propriedade comum e do qual lhe compete uma cota parte ideal da qual é inseparável.

PROPRIEDADE RESOLÚVEL

JOÃO CARLOS DE SIQUEIRA

Assistente Jurídico da Universidade de São Paulo
— Magistrado aposentado

O conceito comum de propriedade é inequívoco, em decorrência da natural intuição da faculdade de quem quer que seja dono ou proprietário de “usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”, segundo dispõe o Código Civil Brasileiro no art. 524, sob o Título “Da propriedade”.

A propriedade pode ser material ou imaterial, aquela referente às coisas corpóreas, esta às incorpóreas, como os valores econômicos ou morais, referentes à produção intelectual, isto é, os direitos autorais ou os de invenção (CC, art. 649 e segs.; Lei n. 5.988, de 14.12.1973, que regula os direitos autorais, e Código da Propriedade Industrial, Lei n. 5.772, de 21.12.1971, que regula o privilégio de invenção). Tais direitos são, a propósito, por sua natureza, direitos precedentemente morais, (“ut” arts. 25 “usque” 28 da cit. Lei n. 5.988) e por causa do interesse coletivo que reside na sua utilização ou fruição, selados para a resolução, consistindo tal interesse público ou geral na necessidade da cultura e da propagação das obras intelectuais. Estão sujeitos, assim, a caírem sob o domínio público, o que significa fruição geral, nas condições seguintes:

a) os direitos patrimoniais do autor perduram por toda a sua vida;

b) os filhos, os pais, ou o cônjuge também podem gozar desses direitos vitaliciamente por sucessão “mortis causa”;

c) os demais sucessores, pelo período de 60 anos, a contar de 1.º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor;

d) o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras anônimas ou pseudônimas é de 60 anos, a contar de 1.º de janeiro do ano seguinte ao da primeira publicação;

e) será também de 60 anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras cinematográficas, fonográficas, fotográficas, e de arte aplicada, a contar de 1.º de janeiro do ano subsequente ao de sua conclusão;

f) são protegidas por 15 anos as obras encomendadas pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, a contar da publicação ou da reedição;

g) além das obras em relação às quais tenha decorrido o prazo de proteção, pertencem ao domínio público:

I — as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II — as de autor desconhecido, transmitidas pela tradição oral;

III — as publicadas em países que não participem de tratados a que tenha

aderido o Brasil, e que não confirmam aos autores de obras aqui publicadas o mesmo tratamento que dispensam aos autores sob sua jurisdição; tudo na forma dos arts. 42 “usque” 48 da cit. Lei n. 5.988, sendo que, na forma do art. 47, “para os efeitos desta lei, consideram-se sucessores do autor seus herdeiros até o segundo grau, na linha reta ou colateral, bem como o cônjuge, os legatários e cessionários”.

O Código da Propriedade Industrial (Lei n. 5.772 cit.) fixou em 15 anos o privilégio de invenção, e em 10 o de modelo de utilidade e o de modelo ou desenho industrial, a contar do depósito.

A limitação é prevista pela Constituição Federal (art. 153, §§ 24 e 25).

O Código Civil estabelece no Capítulo V — “Da propriedade resolúvel”, do Livro II — “Do direito das coisas”, o seguinte: Art. 647. “Resolvido o domínio pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a detenha”. Art. 648. “Se, porém, o domínio se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que o tiver adquirido por título anterior à resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cujo domínio se resolveu para haver a própria coisa, ou seu valor”. É esta uma regra de resguardo da boa-fé de terceiros.

Antecedentemente, no “Título da propriedade”, Capítulo I — Da propriedade em geral, o Código, na seqüência do art. 524, estabelece no art. 525 que “É plena a propriedade quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel”.

O nosso tema é a limitação pelo segundo motivo.

O domínio — diz Clóvis¹ — é a propriedade das coisas corpóreas ou corporais. É uma espécie do gênero “propriedade”, cuja definição é tarefa não fácil, como adverte o Prof. Washington de Barros Monteiro.²

A lei, entretanto, também emprega o termo “domínio” relativamente a coisas ou bens imateriais (v. CC, art. 649, § 2.º; Lei n. 5.988 cit., arts. 5.º e 47). Tem o termo, assim, na sistemática do Código, sentido unívoco, o de disponibilidade, o que pressupõe “uso, gozo e fruição”, e acarreta a faculdade de proteção pela forma legal adequada, em caso de turbação ou esbulho possessório ou de lesão (quanto às coisas imateriais) do direito por outra forma. Tal o sentido de “reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua” (art. 524 do CC).

É o suficiente para desenvolver o tema em epígrafe — propriedade resolúvel, que se compreende no Direito das Coisas, sendo este — observa Clóvis³ — “o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes aos bens corpóreos (Endemann, II, § 1.º) e ao direito autoral. Nele se compreendem a posse, a propriedade, os direitos reais sobre coisas alheias, e a chamada propriedade literária, científica e artística”.

“Em última análise — prossegue Clóvis⁴ — o seu objeto é a propriedade, a adaptação das coisas do mundo externo às necessidades do homem, na vida social. Mas a propriedade oferece matizes diferentes, desmembra-se, modifica-se, e desses fatos resulta uma grande variedade de relações.

“O Direito das Coisas completa-se, por um lado, com a teoria dos bens exposta na Parte Geral, Livro II, e, por outro

1. “Código Civil Comentado”, arts. 527 e 1.122.

2. “Curso de Direito Civil”, 12.ª ed., vol. 3.º, 91.

3. Ob. cit., comentário ao art. 485.

4. Ibidem.

lado, com a teoria das obrigações e das sucessões, às quais serve de base, porém com as quais se acha em posição de interdependência”, rematou.

O que se pode resolver, portanto, é a propriedade, e por resolução se entende a extinção automática do direito do proprietário, ou seja, sem mais formalidades, pela realização da condição prevista no título, condição que pode ser “*ex facto temporis*” (o decurso de certo prazo) ou um acontecimento ou fato que se verifique segundo a previsão legal ou contratual. Trata-se, assim, de limite temporal ao exercício do direito de usar, fruir e dispor de um bem, seja de que natureza for, material ou imaterial, segundo o título constitutivo da propriedade. Embora limitada, a propriedade é exclusiva. Resolvido o direito, ocorre de modo automático a substituição do proprietário, como, por exemplo, no fideicomisso, sendo o fideicomissário, em certo sentido, “alheio” à “propriedade”, no que tange ao uso, gozo, fruição e disponibilidade da coisa, exclusivos do fiduciário, enquanto pendente a condição. Posto que resolúvel uma propriedade, há, nela, um exercício integral do direito do proprietário, sujeito à cessação ou extinção, com substituição em favor de outrem, ou da outra parte no contrato, assim reversivamente, como adiante mencionaremos.

Sob o prisma da resolubilidade, fica-se, já se viu, no terreno das condições (CC, arts. 114, 118 e 119). As condições resultam, ou do contrato, ou da lei (assim no caso do limite imposto pelo Código Civil à fruição dos efeitos econômicos dos direitos de autor, por parte de seus “herdeiros e sucessores”), ou da vontade da pessoa (doador e testador ou autor da herança, conforme adiante se verá). Nos termos do art. 114 cit., “Considera-se condição a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto”. São lícitas todas as que a lei expressamente não

vede (“*Permittitur quod non prohibetur*”), sendo defesas, inclusive, “as que privarem de todo feito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes”, conforme o art. 115. São as chamadas condições potestativas.

Vejamos agora as hipóteses de “propriedade resolúvel”.

Nc terreno contratual — Na compra e venda:

I — O caso de resgate, ou retrato, na retrovenda (CC, arts. 1.140 e 1.141). Trata-se do resgate convencional, o “que é uma venda sob condição resolutória, como no Direito romano, segundo ensina Clóvis,⁵ cabendo ao vendedor restituir o preço e todas as despesas feitas pelo comprador. É avença que somente se aplica aos imóveis, em razão da finalidade do registro imobiliário, notadamente garantia de terceiros. “É portanto, para o comprador” — explica Clóvis⁶ — uma propriedade resolúvel”.

II — A venda a contento (art. 1.144), o “*pactum displicentiae*”, sob condição normalmente suspensiva, do que resulta — adverte Clóvis⁷ — “que a venda ainda não está ultimada”, ou que “a tradição da coisa não importa transferência do domínio”, podendo, porém, as partes dar à condição o caráter resolutivo, como está previsto no texto em exame. É muito comum esta espécie de venda sob condição resolutória, relativamente a máquinas agrícolas ou industriais e aparelhos elétricos ou eletrônicos em geral, valendo a “displicência” ou desinteresse do comprador, enquanto dure o chamado “prazo de garantia de bom funcionamento”, inerente a todo contrato dessa natureza, independentemente de cláusula expressa e sem que se possa opor o prazo fatal relativo à

5. Ob. cit., comentário ao art. 1.140.

6. Ob. cit., art. 1.144.

7. *Ibidem*.

venda de coisa móvel com vício redibitório (CC, art. 178, § 2.º).

III — O pacto de melhor comprador, salvo condição em contrário, nos termos do art. 1.159 do CC, pacto esse que não se aplica às vendas de móveis (art. 1.160), porque só os imóveis se transferem sob solenidade maior, capaz de resguardar os interesses das partes, o que, em regra, não acontece na transferência de móveis, “que passam de mão em mão”, como explica Clóvis (comentário ao artigo cit.).

IV — O pacto comissório (art. 1.163). É regra dos contratos bilaterais que nenhuma das partes — sem antes cumprir a obrigação que lhe caiba — pode exigir o cumprimento daquela que à outra pertença (art. 1.092 do CC). Pelo contrato de **compra e venda** (art. 1.122), “um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro” (**em dinheiro**, como ensina Clóvis no seu comentário à disposição, “ou em valor fiduciário equivalente”), vale dizer, em dinheiro de **contado**, pago a vista e em moeda corrente, ou em título de crédito de força executiva, nos termos da lei. O comprador (ou o cessionário) obriga-se **ao pagamento** (art. 1.122 cit.), e pelo art. 1.126 — “A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita”, bastando que as partes tenham acordado no objeto e no preço. A fixação deste pode mesmo ser deixada a arbítrio de terceiro (art. 1.123), ou determinada pela taxa do mercado (art. 1.124). Assim, o preço pode ser pago a prazo (v. art. 1.131), mas a regra antecedente (art. 1.131) é que: “Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa, antes de receber o preço”. Podem as partes, porém, o contrário estipular, e daí pode nascer o “pacto comissório”, que é cláusula adjeta ao contrato. Esse pacto não se pode presumir, devendo ser expresso. Pode,

pois, haver um pagamento, em dinheiro ou em valor fiduciário, como se viu acima, passando-se títulos “pro soluto”, e não “pro solvendo” (como nas promessas de venda), ou valendo como tal o reconhecimento do débito na escritura, para época ou épocas certas. Já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Conselho Superior da Magistratura), em recurso de dúvida de registro imobiliário, relator Des. José Carlos Ferreira de Oliveira,⁸ — que “As partes contratantes ajustaram o preço e pagamento, sendo incontroverso o objeto da venda. Atendidos estão os pressupostos previstos no art. 1.126 do CC. Por outro lado, satisfeitos se encontram os requisitos do art. 247 do Decreto n. 4.857, de 1939, aptos a permitirem a transcrição do escrito público, impugnado pelo agravado. No mais, pelos dizeres do título, houve venda definitiva. Não fora essa a intenção dos alienantes, outra seria a redação. Por conseguinte, as notas promissórias vinculadas ao contrato o foram “pro soluto”, com força de quitação, podendo ser adequada à espécie a norma do art. 85 do CC”.

Comisso é o fato de incorrer em uma pena prevista em lei ou em contrato, em consequência da falta de cumprimento de cláusula estipulada ou da condição imposta. Daí a denominação “pacto comissório”, dispondo o Código no art. 1.163 que: “Ajustado que se desfça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato ou pedir o preço. Parágrafo único. Se, em 10 dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda”. Em face do dispositivo, Clóvis⁹ diz que o pacto em questão “não é mais do que uma cláusula resolutiva que se suben-

8. RT 443/200.

9. Ob. cit., art. 1.163.

tende em todo contrato bilateral (art. 1.092), porém, que o art. 1.163 regula, especialmente, em relação à compra e venda, quando expresso, em proveito do vendedor”, ajuntando que “aliás modifica o sistema do Código, dando, ao prazo fixado, um suplemento de 10 dias para que ele opere, de pleno direito, a resolução da venda”. O instituto, notadamente depois do regime legal brasileiro sobre as promessas de venda de imóveis e as vendas com reserva de domínio de coisas móveis (normas disciplinadoras do mercado de capitais e defesa da economia popular), tem dado azo a dissertações, estudos vários e controvérsias.

O que é certo é que tal instituto subsiste, com a sua peculiaridade, na disciplina legal das condições, conforme doutrina e jurisprudência, a contar de um parecer de Clóvis Beviláqua¹⁰ no sentido de poder coexistir a cláusula de pacto comissório com a reserva de domínio, relacionado tal parecer com um caso de venda de automóvel. Após notar que o pacto comissório estava bem caracterizado em uma das cláusulas, combinada a outra, escreveu o egrégio jurista: “É certo que a cláusula comissória melhor se ajusta às vendas, em que há transferência de domínio do vendedor para o comprador; e nas vendas com reserva de domínio, apenas se transfere a posse. Mas, além de ser a posse uma expressão do domínio, não há princípio de direito nem regra legal que dissocie ou proíba a conjunção dessas duas cláusulas”. Após lembrar a alternativa, com escolha do credor, observa: “O vendedor, que preferir usar do direito, que lhe confere o segundo membro da cláusula 4.^a, isto é, que preferir, no caso de não ser paga uma das duplicatas, dar a dívida por vencida em sua totalidade, tem, indubitavelmente, ação para cobrar todas as duplicatas emitidas para o

10. RT 120/18.

pagamento em prestações. Há aí um vencimento antecipado, semelhante ao que a lei determina, no art. 762, n. III, do CC, para o caso de não serem as prestações garantidas por direito real, pontualmente pagas.

“É uma cláusula perfeitamente em harmonia com o nosso Direito; portanto, nada há a opor à ação nela fundada.

“A primeira forma da cláusula 4.^a, não por estabelecer pacto comissório, mas por preestabelecer o valor da depreciação do veículo, é que poderia incorrer na censura do Direito novo (art. 3.^o, n. IV, do Decreto-lei n. 869, de 18.11.1938).

“A antecipação do vencimento de toda a dívida, quando uma das prestações não for paga, não ofende o preceito ético-jurídico, segundo o qual ninguém se deve locupletar com a jactura alheia. Apenas, dada a impontualidade, prejudicial aos interesses do credor, desaparece uma facilidade concedida ao devedor para a solução de sua dívida.

“Somente disposição expressa de lei poderia vedar que, nos contratos ou em determinados contratos, se estipulasse essa cláusula, a que me estou referindo. Mas a lei, em vez de proibi-la, permite-a em certos casos. Devemos concluir que lhe dá seguro apoio.”

Nas hipóteses em que o pacto comissório não se configure, e sim uma promessa de venda, conforme jurisprudência,¹¹ a questão deve ser resolvida pelas normas vigentes sobre a matéria (compromissos de venda e compra). Outros arestos nenhuma dúvida põem a respeito da subsistência da cláusula comissória, com as suas conseqüências (mora “ex re”, pois “Per conditionem tempus demonstratur” — “Dies interpellat pro homine”). No caso em que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹² estabeleceu,

11. RT 217/139, TJSP, relator Des. Ulysses Dória.

12. RT 123/230, TJMG, relator Des. Amílcar de Castro.

pela rejeição de embargos, que se rescinde a compra e venda de imóveis com pacto comissório, se o vendedor não reclama o preço dentro do prazo legal, o então Desembargador, depois Ministro do STF, Orosimbo Nonato, advertia, após formular a pergunta sobre serem ou não incombináveis os pactos "reservati dominii" e o "comissório": "Cumpre, se clausulados simultaneamente, verificar qual deve prevalecer, não acabando pela nulidade do ato, já porque nenhum deles traduz condição impossível, já porque, ainda que, naturalmente, resolutivo, pode o pacto comissório ser estabelecido com outro caráter, como pode o pacto "reservati dominii", naturalmente suspensivo, ser tratado com caráter diferente.

"Admite-o a doutrina (v. Carvalho de Mendonça, "Contratos", vol. e loc. cit.; e Cuturi, livro cit., pág. 583). E, assim, injurídico seria concluir pela nulidade do contrato em que se inscrevam as duas cláusulas, pois o efeito devolutivo de uma pode, por vontade das partes, ser também atribuído à outra.

"Tudo depende, pois, nessa conjuntura, da interpretação da vontade das partes...

"Ao pacto de reserva de domínio, naturalmente suspensivo, deram as partes efeito resolutivo, pois vem ele apenas fortalecer e roborar o pacto comissório, estabelecido com toda a clareza, com a citação do próprio artigo do Código Civil, que o permite (art. 1.163). E verificando que deixou o réu de pagar a prestação a que se obrigara com a sanção do pacto comissório, a rescisão da venda se impõe, já que o vendedor, em vez de pedir o preço, prefere o desfazimento da alienação, nos termos do art. 1.163 e seu parágrafo único do CC. E desfeita se acha a venda desde que, dentro em 10 dias de vencido o prazo, não reclamou o vendedor o preço. A sentença, confirmada pelo acórdão embargado, condenou os réus à restitui-

ção do objeto vendido, com todas as benfeitorias, frutos e rendimentos, e perdas e danos que se liquidarem na execução.

"Ora, "data venia", o comprador não é obrigado à restituição dos frutos por ele percebidos "pendente conditione", ainda que se trate de condição suspensiva, pois ele fica na situação de possuidor de boa-fé (art. 510 do CC; Gasca, in Abgar Soriano de Oliveira, Livro cit., pág. 113, nota 186).

"Trata-se, no caso, de condição resolutória e mais nítido se mostra o direito do comprador de perceber e fazer os frutos antes do advento da condição que carreou o desfazimento da compra. A "fructus perceptio" aí aparece como consequência, quando menos da posse "bonae fidei" do comprador".

Essa questão é importante e suscita dúvidas. Se o pagamento total do preço da venda foi protraído sob a condição resolutória, e o vendedor opta pelo desfazimento da alienação, nada tem para devolver ao comprador inadimplente como é óbvio. Mas, se o pagamento é estipulado em prestações, e várias são realizadas pelo comprador, pergunta-se: cabe a perda do valor que já tenha sido pago? Nesse caso de pagamento parcelado do preço, o recebimento de prestações iniciais, uma que seja, por parte do vendedor, desnatura a cláusula comissória, fazendo com que a situação, por uma razão de ordem pública, passe a ser regida pelas normas atinentes à mora nos compromissos de venda e compra, inclusive de imóveis, nos termos das normas específicas (Decreto-lei federal n. 58, de 10.12.1937, art. 22, segundo a redação dada pela Lei n. 649, de 11.3.1949, mais o Decreto-lei n. 745, de 7.8.1969, diploma este aplicável a todos os compromissos de venda e compra de imóveis)?

A jurisprudência e a doutrina, ao que parece, repelem a possibilidade de purgação da mora em casos tais (pagamento

parcelado do preço), pois não pode ocorrer a “conversão” da avença, o que o nosso Direito repele, nem há confundir o compromisso de vender com a venda de imóvel, esta um contrato perfeito e acabado, embora com o pagamento do preço diferido, resultando de sua falta ou completação a mora “ex re” ou “pleno jure”, nos termos do CC, art. 1.163 e seu parágrafo. Essa regra legal não foi revogada. Consta de aresto do Tribunal de Justiça do Paraná¹³ a ementa seguinte, sem qualquer restrição no corpo do acórdão: “Na compra e venda em que o pagamento é feito mediante títulos cambiais, dados “pro soluto” e para vencimentos em prazos certos, pode ser estabelecido o pacto comissório, e só o caso fortuito ou a força maior poderão livrar o adquirente, relapso no resgate de título representativo da parcela do pagamento, das conseqüências da mora “ex re”, que dispensa a interpelação judicial”.

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio, antigo Distrito Federal, sob a ementa ou epígrafe “Mora — Contrato sem cláusula resolutiva expressa — Resolução não verificada”, estabeleceu¹⁴ que: “A constituição de pleno direito em mora do devedor não causa automaticamente a verificação da condição resolutiva tácita e, em conseqüência, não autoriza a resolução judicial do contrato, ao contrário do que ocorre com o pacto comissório expresso, que é um efeito imediato da mora do devedor”.

Pode ser estipulada, nos casos de pagamento parcelado, no pacto comissório, a perda do que tenha sido pago anteriormente ao inadimplemento?

É a pergunta tanto mais justificável, ao ser considerada a advertência do Prof. Washington de Barros Monteiro¹⁵ a respeito de uma conseqüência da opção do vendedor pelo desfazimento do con-

trato: “Desfeito o contrato, o imóvel retorna ao vendedor, que reporá ao comprador as quantias dele recebidas, a fim de que o primeiro não se locuplete ilicitamente à custa do segundo”. A observação é feita, com remissão a “Arquivo Judiciário” 76/515, nota 16.

Quanto aos frutos, produtos ou rendimentos (art. 60 do CC), parece não haver dúvida, em face das regras atinentes à posse de boa-fé, consoante a irrecusável demonstração de Orosimbo Nonato (cf. a nota 12).

O princípio ético-jurídico contido na observação do Prof. Washington de Barros Monteiro é o de que, se o vendedor exerce o direito de opção pelo desfazimento do contrato, na forma da lei, não poderia reter parte do preço, pela simples razão de que o contrato de compra e venda se resolveu, deixando de existir automaticamente, de pleno direito, com a volta das partes ao “statu quo ante”. Não fosse assim, haveria o locupletamento “aliena jactura”; ficaria ofendido o preceito ético-jurídico a que aludiu Clóvis no parecer citado, referente a hipótese diversa (necessidade de compensação de prejuízos originários do inadimplemento contratual e do desgaste do veículo), objeto do contrato de venda com reserva de domínio e pacto comissório, sendo a primeira garantia real por excelência.

Em contraposição, e para resguardo dos direitos do vendedor, a lei lhe reserva a faculdade ou alternativa de exigir o preço.

Irrecusável, portanto, o ensinamento do Prof. Washington de Barros Monteiro. Vale a analogia com a retrovenda (art. 1.140 do Código).

Não há cogitar de “perdas e danos”, como na ruptura das promessas de compra, quando então o promitente comprador perde as prestações pagas, cujo valor representa a estimativa prévia daquelas, ou seja, dos danos e interesses.

13. RT 440/189, relator Mercer Júnior.

14. RT 305/855, relator Des. Hugo Auler.

15. Ob. e vol. cits., pág. 107.

Pode, porém, ser estipulado que as importâncias pagas pelo comprador, por conta do preço, valham como aluguel da coisa, conforme o caso, do limite do razoável. Não se atenta, com isso, contra o princípio ético-jurídico já referido, sempre presente nas convenções em geral.

Sobre a matéria em exame, de modo geral (cláusula resolutória expressa ou pacto comissório), deve ser lido acórdão do Conselho Superior da Magistratura,¹⁶ relator o então Des. Rodrigues de Alckmin, atualmente Ministro do STF: “Mais precisamente, a condição pactuada há de funcionar como verdadeira cláusula resolutiva ou condição resolutória expressa (CC, art. 119, parágrafo único), por isso que: “Deixando o contratante de cumprir a obrigação na forma e no tempo ajustado, resolve o contrato automaticamente, sem necessidade de interpelação do faltoso (CC, art. 119, parágrafo único). É um efeito da mora “ex re” nas obrigações líquidas a prazo certo (...) que vem operar a rescisão, e ainda sujeitar o inadimplente às perdas e danos” (Cáio Mário da Silva Pereira, ob. cit., vol. III/104 — Anteprojeto do Código de Obrigações, art. 31, in “Instituições de Direito Civil”, vol. I/334), de sorte que somente o contratante prejudicado pode invocá-la.

“Não se confunde, pois, com o pacto comissório expresso, em que se trata de uma condição resolutiva, adjeta ao contrato de compra e venda, em que se integram os elementos etiológicos daquela “conditio” (autor e ob. cit., pág. 150), definidos no art. 1.163 do CC. Uma e outra, embora com características próprias e definidas, estão superadas por tênue linha de diferenciação, sendo diversos seus efeitos (v. a propósito Agostinho Alvim, in “Da Compra e Venda e da Troca”, ed. Forense, 1.ª ed., pág. 218 e segs.; “Da Inexecução das

Obrigações e suas Conseqüências”, ed. Biblioteca Jurídica, 3.ª ed., 1965, pág. 160 e segs.; e Espínola, in “Manual de Direito Civil”, vol. II/436, parte segunda).

“Mas, condição resolutória expressa ou pacto comissório, nenhum se confunde com a simples promessa de venda e compra ou promessa de cessão, que são contratos de outra natureza, absolutamente diferentes da venda e compra ou da cessão de direitos.”

V — Em face da regra contida no art. 648 (revogação superveniente ou resolução da propriedade por causa superveniente, voluntária, mas não potestativa ou proibida), é mencionada a revogação da doação, por ingratidão do donatário (CC, art. 1.183). Nesse caso, a revogação opera “ex nunc”, isto é, sem retroação, como ensina ainda o Prof. Washington de Barros Monteiro.¹⁷ Não há confundir “anulação” e “resolução”, embora em ambos os casos o ato, contrato ou o direito se extinga ou desfaça. Sob o sistema jurídico, importante é a classificação dos institutos, por causa dos efeitos ou conseqüências do desfazimento. Na anulação (nulidade, ou anulabilidade, ambas dependentes de decisão ou sentença), é o juiz que pronuncia o desfazimento, sendo constitutiva a sentença, cujos efeitos retroagem à data da citação ou chamada a juízo, invariavelmente, dado o efeito retroativo inerente às decisões ou sentenças, como explicou Chiovenda em sua “Instituições”. Quando a condição opera a resolução, o contrato assim o faz “per se”, “só intervindo a autoridade judiciária para declará-la formalmente — ensina aquele professor.¹⁸ Clóvis, em face do art. 648,¹⁹ ensina — “Quando o domínio se resolveu por causa superveniente,

17. Ob. e vol. cit., pág. 229.

18. Ob. cit., 2.ª parte, “Direito das Obrigações”, pág. 107.

19. Ob. cit., 3/art. 648.

16. RT 434/146.

isto é, que não está no próprio título, que procede de fato posterior à transmissão da propriedade, não é resolúvel em sua origem, mas se revoga, de fato. "Se o adquirente aliena a coisa, ou sobre ela institui ônus, antes de sobrevir a causa da alienação, esses atos produzem os seus naturais efeitos: a alienação e o gravame subsistem". A ação daquele, no caso o doador revogador, em favor de quem se dá a revogação, é pessoal contra o donatário ingrato. Não prejudica terceiros (art. 1.186 do CC). Ao passo que o desfazimento por vício de nulidade destrói o ato "ab initio" (vício congênito, como diz Clóvis ainda, no passo citado).

VI — Há para considerar, ainda, a doação feita ao nasciturno (que vale, desde que aceita pelos pais — art. 1.169 do CC); a condicionada a casamento futuro "com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro" (art. 1.173), e a do art. 1.174, o pacto de reversão propriamente dito (o "pacto reversivo" segundo o Direito italiano — v. Giuseppe Piola, in "Digesto Italiano", vol. 9, parte 3.^a, 1902, "Donazione", vol. 1.^o/854, "apud" Carvalho Santos, "Código Civil Brasileiro Interpretado", art. 1.174).

Comentando o art. 1.174, ensina Clóvis que "a reversão é uma cláusula resolutiva, usada pelo doador, que não deseja que os bens por ele doados passem a outras mãos, além das do donatário. Se o doador morre antes do donatário, não se realiza a condição resolutiva, e a coisa doada incorpora-se, definitiva e irrevogavelmente, no patrimônio do beneficiado". Em face do art. 1.173, observa que a doação está sob condição suspensiva: "se o casamento se realizar, "si nuptiae fuerint secutae".

A reversão está em todos os casos enumerados acima, salvo substituição ou fideicomisso (que também se admite

por doação, conforme jurisprudência), nos dois casos em que possa caber (arts. 1.169 e 1.174).

A condição suspensiva sugere a resolutiva, de certo modo; no caso (art. 1.173), por negação, ou seja, a não realização ou omissão do fato estabelecido como condição, e por isso se diz que a condição pode a um só tempo ser suspensiva e resolutiva, como reciprocamente o é entre as partes.

Assim, existe o "pacto reversivo" em todas as hipóteses enumeradas, de doação. Escreveu Piola (loc. cit.) que "Il pacto reversivo può essere iscritto in qualunque sia l'oggetto della stessa". Destarte, "caduca", "extinta" ou "resolvida" ("risoluta", segundo os italianos) a doação, o que opera é a condição estabelecida, causa da reversão.

VII — É também resolúvel à propriedade em favor do condômino de coisa indivisível, preterido ou não ouvido para o exercício do direito de preferência (art. 1.139 do CC). O Código diz coisa indivisível, entendendo-se como tal a que materialmente o seja ou não se possa partir "sem alteração na sua substância", e aquela que, embora seja naturalmente divisível, deva permanecer indivisa, ou pela lei, ou pela vontade das partes (v. art. 52). Quanto a imóveis rurais, deve ser atendido o módulo que a legislação federal estabelece através do INCRA para cada região, na execução da política de colonização e reforma agrária, em defesa da produção agrícola ou rural.

VIII — O acolhimento de ação rescisória e o provimento de recurso extraordinário constituem também casos de revogação por causa superveniente.²⁰

No campo ainda dos contratos, poder-se-ia indagar se a alienação fiduciária (legislação sobre mercado de capitais) ou a cessão fiduciária de direitos

20. Washington de Barros Monteiro, ob. cit., vol. 3/230.

relativos a imóveis (art. 167, inciso II, n. 8, 2.ª parte, da Lei de Registros Públicos, Lei n. 6.015, de 31.12.1973) são institutos relacionados com a propriedade resolúvel, o que constitui o nosso tema, ou pertencem à disciplina dos direitos reais de garantia. Paulo Restiffe Neto — “A Propriedade Fiduciária no Anteprojeto do Código Civil”²¹ observa que: “Depois de várias décadas de prática de negócios fiduciários inominados, passou a legislação positiva pátria a viver a experiência da garantia fiduciária e preceituada, sob a forma de cessão fiduciária de crédito (Lei de Estímulo à Indústria da Construção Civil) e alienação fiduciária (Lei de Mercado de Capitais e legislação de incentivo à expansão industrial). Ficou comprovada a superioridade desses institutos peculiares de garantia sobre as formas tradicionais, como instrumentos eficazes de segurança de crédito, com atuação destacada na política econômico-financeira desenvolvimentista concebida pela filosofia revolucionária em pleno curso”. A lei (Lei n. 4.728, de 14.7.1965, de acordo com a redação dada pelo Decreto-lei n. 911, de 1.10.1969) estabelece que essa alienação em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, repetindo a regra geral de condenação à chamada “lex comissoria”: “É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada, em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento” (§ 6.º da citada lei). No mesmo sentido é o princípio do Anteprojeto citado acima, no art. 1.552, com a ressalva do parágrafo único, no sentido de que: “O devedor pode, porém, dar a coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta”. É a confirmação da regra do art. 765 do CC, segundo o qual “é nula a cláusula que autoriza o credor pigno-

21. RT 456/328.

ratício, anticrético ou hipotecário, a ficar com o objeto da garantia se a dívida não for paga no vencimento”. Não há assimilação da alienação fiduciária ao pacto comissório do Código Civil, no qual, pela mora “ex re”, se resolve a venda, voltando as partes à situação anterior, pura e simplesmente, com as conseqüências e ressalvas não desnaturantes já examinadas anteriormente, quando se tratou da matéria.

A lei procurou tornar mais forte a execução da garantia, mas o instituto se encaixa nos direitos reais de garantia, porque o proprietário, inclusive o sujeito à resolução, é aquele que pode “usar, gozar e dispor de seus bens” (art. 527 do CC). O credor fiduciário (ao contrário do “fiduciário” no fideicomisso comum) não tem a disponibilidade, senão um privilégio de execução forte, como acontece com a Fazenda Pública em face da exequibilidade dos atos administrativos.

No campo do Direito das Sucessões, temos duas modalidades de condição resolutiva do direito de propriedade, a saber: a) a habilitação de herdeiros antecedente (por direito de família, ou por causa de testamento) no caso de vacância da herança (Capítulo IV do Livro IV, Título I, do Código Civil — “Da herança jacente”); b) o fideicomisso a que nos referimos em linhas gerais no início do trabalho.

Sustentam alguns que o Estado (na acepção ampla do termo) não é “herdeiro”, a despeito da sua inclusão, em último lugar embora, na gradação do art. 1.603 do CC (Título II — “Da Sucessão Legítima”, Capítulo I — “Da ordem da vocação hereditária”), de tal modo que o seu direito de sucessão somente se verifica após a vacância e o decurso do prazo fatal a que se refere o art. 1.594 do mesmo Código. Assim, não havendo, ou não comparecendo herdeiros ao processo da arrecadação dos bens jacentes, após o chamamento-edital conforme a

lei processual civil, o Estado imitir-se-ia na posse dos bens, por força do "jus imperii"; vale dizer, apropriar-se-ia a Fazenda Pública dos bens. Assim, ainda, não seria aplicável à Fazenda Pública a "saisine" ou apropriação imediata dos bens nos termos da regra do art. 1.572 do Código: "Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

Não nos parece compatível com o sistema do Código semelhante asserção, ainda que haja legislações que efetivamente estabelecem princípio contrário, como a francesa, segundo observa Carvalho Santos, com remissão a doutrinadores (Hermenegildo de Barros, Carlos Maximiliano e Cunha Gonçalves).²² Não importa que a alternativa sucessória em prol do Estado se funde no "jus imperii". A legislação em geral resulta desse poder. Segundo o nosso sistema, a "deserência" ou "vacatio hereditatis aut hereditatis" não caracteriza abandono da propriedade (v. CC, art. 589, n. III, § 2.º), o que é forma de perder a propriedade ou direito. Pelo nosso Código Civil, art. 1.603, a Fazenda Pública sucede também "causa mortis"; não há "vacatio heredis" em nosso sistema.

A questão poderia interessar mais às hipóteses em que se pretenda usucapião de bens de pessoa falecida (não propriamente "ausente"), não havendo processo de arrecadação. Havendo, entretanto, esse ato judicial, é impossível iniciar-se processo ou ação de usucapião, dado que os bens públicos de qualquer natureza são imunes à prescrição aquisitiva.

Ora, não havendo testamento, nem herdeiro descendente ou ascendente, nem colateral sucessível (até o 4.º grau, segundo a legislação vigente), "notoriamente conhecido", além do cônjuge

supérstite (art. 1.591 do Código), é **jacente** a herança, "que ficará sob a guarda, conservação e administração de um curador", nomeado pelo juiz, e fiscalização do Ministério Público. O ato da arrecadação determina, por si mesmo, por sua materialidade legal, a indisponibilidade dos bens; com isso, a possibilidade de virem a cair sob prescrição aquisitiva ou usucapião. Observadas as formalidades da lei processual (art. 1.142 e segs. do CPC), chega-se à fase da declaração da vacância (ato não atributivo de propriedade ou direito), que não se fará senão um ano depois da conclusão do inventário, nos termos do art. 1.591 do CC, "verbis": "Serão declarados vacantes os bens da herança jacente se, praticadas todas as diligências legais, não aparecerem herdeiros. Parágrafo único. Esta declaração não se fará senão um ano depois de concluído o inventário". O art. 1.594 do mesmo Código estabelece: "A declaração da vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Estado, ou ao do Distrito Federal, se o "de cujus" tiver sido domiciliado nas respectivas circunscrições, ou se incorporarão ao domínio da União se o domicílio tiver sido em território ainda não constituído em Estado". Parágrafo único. "Se não forem notoriamente conhecidos, os colaterais ficarão excluídos da sucessão legítima, após a declaração de vacância". Na forma do art. 1.157 do estatuto processual, "passado um ano da primeira publicação do edital (art. 1.152) e não havendo herdeiro habilitado nem habilitação pendente, será a herança declarada vacante". Parágrafo único. "Pendendo habilitação, a vacância será declarada pela mesma sentença que a julgar improcedente. Sendo diversas as habilitações, aguardar-se-á o julgamento da última". Antes, entretanto, existe a

22. "Código Civil Brasileiro Interpretado", 4.ª ed., vol. XXII/346.

regra do art. 1.143, em que é preciso atentar: “A herança jacente ficará sob a guarda, conservação e administração de um curador até a respectiva entrega ao sucessor legalmente habilitado, ou até a declaração da vacância; caso em que será incorporada ao domínio da União, do Estado ou do Distrito Federal”.

Há, assim, uma incorporação desde logo, imediatamente, com retroação à data da abertura da sucessão (art. 1.572 citado), sujeita embora a uma condição, a resolução do direito, qual o comparecimento e habilitação de herdeiro antecedente sucessível. E há a incorporação definitiva, após decorrido o prazo de cinco anos do art. 1.594, a contar da abertura da sucessão, ou seja, do dia da morte do autor da herança. Clóvis, em face do artigo (ob. e vol. cits.), emitiu observações inequívocas, pelas quais se verifica que há uma incorporação provisória, melhor, condicional, pois que sujeita a resolução, e a definitiva, que advém do decurso do prazo, que primitivamente era de 30 anos, ou seja, o prazo máximo da prescrição das ações, inclusive de declaração de nulidade. No regime de 1937, e em defesa dos interesses da Nação, o Decreto-lei n. 1.907, de 1939, relacionado com a imensa fortuna deixada por Paul Deleuse, ao tempo em que o Poder Executivo enfeixava em suas mãos a função legislatória, reduziu o prazo a seis meses, mandando aplicar retroativamente a norma. O prazo, atualmente, volta a ser maior, condizente com a realidade; de cinco anos (art. 1.594 citado). Refere Clóvis, dizíamos, que “A declaração da vacância da herança significa, apenas, que se ultimaram, sem resultado, as diligências feitas para que os herdeiros se apresentassem, e que os bens, não tendo senhor certo, aguardam o momento de serem, definitivamente, incorporados ao patrimônio público”.

O Prof. José Olympio de Castro Filho preleciona:²³ “O critério do art. 1.594 do CC, com a redação do Decreto-lei n. 8.207, evita a incerteza, e marca um prazo fatal: cinco anos, contados da abertura da sucessão. “De lege ferenda”, o critério peremptório do Código Civil, com sua redação atual, também não parece certo. O herdeiro, ou legatário (e muitas vezes é instituição de caridade, menor ou um incapaz...) pode muito bem não ter notícia da abertura da sucessão, que se dá com o falecimento, e, assim, não se justifica venha a perder a herança, se nem teve conhecimento da sua existência... Mais razoável seria fixar-se o prazo de cinco anos a partir da declaração da vacância, publicada esta por editais para conhecimento dos interessados. A demora que houvesse, para se concretizar a incorporação do domínio ao Poder Público, haveria de correr por conta da arrecadação dos bens e fiscalizar e fazer andar o procedimento da vacância”.

A fluência do prazo pressupõe a abertura do processo da arrecadação, e não só: processo válido ou expurgado de nulidades, sem o que não existe “actio nata”, seja de decadência o prazo do art. 1.594 em apreço, seja de prescrição. Florivaldo Linhares²⁴ ensinou em parecer erudito, versando embora situação diversa, qual a do servidor público, que está obrigado a pleitear os seus direitos contra a Administração, em juízo, após a exaustão da via administrativa, o seguinte: “É corrente e sabida a fórmula segundo a qual a prescrição se inicia com o nascimento da ação, verificada a “actio nata” (Regelsberger, “Pandekten”, I, §§ 52, 183, 184). A prática do ato pode não coincidir com o nascimento da ação, como no presente caso, salvo expediente de entender-se como data

23. “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. X/190, Forense, 1.ª ed., 1970.

24. RT 169/768.

do ato, não a sua prática ou realização, mas o dia em que ele se torne definitivo, ou irrevogável, administrativamente.

“4. Quando se subordina o ingresso em juízo a certo prazo ou à verificação de outra circunstância, tira-se, com isto, a pretensão em causa, o elemento que a transformaria em ação, ou, na técnica alemã, de pressuposto geral da ação; e, por isso, não se tem “actio nata”, nem início de prescrição (cf. Regelsberger, § 54, citado; Konrad Hellwing, “Kragrecht und Klagmoglichkeit”, pág. 68)”.

A lei fixa o prazo de um mês, a contar da abertura da sucessão, e ultimando-se nos três meses subseqüentes, o prazo para a abertura de inventário e partilha judiciais (art. 1.770 do CC). Seria quase utópico cumprirem-se, na prática, tais prazos. Como diria Joelmir Beting, “na prática, a teoria é outra”... A lei estabeleceu o prazo da prescrição maior (30 anos), chegou a adotar o de seis meses, como se viu, para resolver uma situação, limitou depois o grau de parentesco para a vocação hereditária na sucessão legítima, e acabou fixando cinco anos, como prazo fatal, para que os herdeiros antecedentes, pelo “jus familiar”, “sanguinis” ou “testamenti”, que às vezes ignoram completamente a arrecadação (que em regra demora anos...), reclamem o seu direito amparado pela “saisine” do art. 1.572. O natural seria o prazo ordinário de prescrição para a petição da herança, pois a quinquenal não tem aplicação quando se trate de direito real. Não se compreenderia que o Estado não pudesse, como não pode, assistir a uma prescrição aquisitiva em favor de particular, para opor prazo de “decadência” contra herdeiros que, pelo fato da morte do “de cuius”, independentemente do conhecimento que tenham tido, ou não, desse fato, receberam o domínio e posse da herança.

É questão essa, porém, “de lege ferenda”, o que dizemos na esteira das

considerações do Prof. José Olympio de Castro Filho a propósito da realidade nas arrecadações.

Resta ter em vista o instituto do fideicomisso, que implica “propriedade restrita e resolúvel”, nos termos do art. 1.733 do CC: “Pode também o testador instituir herdeiros ou legatários por meio de fideicomisso, impondo a um deles, o gravado ou fiduciário, a obrigação de, por sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir ao outro, que se qualifica de fideicomissário, a herança ou o legado”. E o art. 1.734: “O fiduciário tem a propriedade da herança, mas restrita e resolúvel”.

Verificada a condição estabelecida, resolve-se a propriedade, de pleno direito, em favor do fideicomissário.

É de ser lembrado que a doutrina e a jurisprudência fixaram, há muito, a possibilidade de instituir fideicomisso ou substituição, através de doação, a despeito da letra do art. 1.733.

Observe-se, outrossim, que não se admite a disposição que prejudique os herdeiros necessários, na sucessão legítima, pela garantia, que lhes é própria, da legítima, nos termos do art. 1.721 do CC, e bem assim do art. 1.176: “Nula é também a doação quanto à parte, que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”.

Tenha-se em conta, ainda, na prática jurídica, que o fideicomisso, que também não vai além do segundo grau (art. 1.739), não pode ser sub-rogado de roldão com os vínculos que acaso o fideicomitente tenha imposto; a não ser por força de desapropriação.

Sub-rogado o vínculo da inalienabilidade (o que, ainda pela jurisprudência, pode acontecer por evidente utilidade, ou necessidade, devidamente demonstradas), o fideicomisso acompanha o bem até a resolução, na forma e para os efeitos de direito. Não são raros os

casos em que, com a sub-rogação do vínculo, tenha sido incluído... no alvará o próprio fideicomisso, à revelia do fideicomissário, com graves conseqüências e até responsabilidade funcional. Com um caso assim já deparamos, há muitos anos, no exercício da judicatura nesta Capital, no momento em que nos era apresentado, para assinatura, o alvará de sub-rogação dos vínculos.

Pode, entretanto, o fideicomissário, embora “estranho” à fruição e à disponibilidade da coisa, renunciar ao direito que tem, salvo disposição contrária no testamento (ou na doação), “ex vi” do art. 1.735 do Código, com o que se resolveriam impasses na aplicação de um instituto obsoleto, no dizer de grande número de juristas, seus ferrenhos opositores.

Finalmente, cumpre observar que a renúncia da herança (art. 1.581 do CC), embora não venha indicada pelos doutos, sistematicamente, como fonte de resolução de domínio ou propriedade, em seu bojo contém essa eficácia, tendo-se em conta a “saisine” a que alude o citado art. 1.572 do Código. Embora aquele que renuncia à herança deva ser tido até mesmo por falecido antes de seu autor,²⁵ os efeitos da renúncia retroagem à data da abertura da sucessão, para acréscimo, ou devolução, conforme se trate, ou não, de herdeiros da mesma classe. Carvalho Santos²⁶ alude a “uma condição resolutória”, com o ensinar: “Tendo-se em vista, por outro lado, que o Código só admite ser o herdeiro quem o quer ser, fácil é deduzir que a verdade está com aqueles que sustentam que a transmissão da herança se opera desde logo, submetida a uma condição resolutória”. O direito daquele que veio a renunciar à herança existia, posto que

sujeito a uma condição suspensiva,²⁷ e daí ser dito que uma condição pode ser ao mesmo tempo suspensiva e resolutiva. A ementa do acórdão citado, do STF, em hipótese de pacto comissório, estabelece que: “Pode o pacto comissório funcionar como condição suspensiva no desfazimento do contrato de compra e venda, o que não é proibido pela nossa lei”.

Irrelevante nos pareceria redargüir que a renúncia, no sistema do Código, é um dos modos de perda da propriedade imóvel (CC, art. 589, n. II), “além das demais causas de extinção”. Em tal caso, os efeitos da perda do domínio ficam subordinados à transcrição do título (§ 1.º), e, como ensina Clóvis, comentando o artigo em questão, a renúncia não difere do abandono (que não se presume) senão em que: “Se há renúncia expressa, inscrita no Registro de Imóveis, o prédio é, desde logo, considerado vacante e, como tal, de patrimônio público”.

A questão é relevante, por causa dos efeitos decorrentes, notadamente fiscais: a renúncia pura e simples determina adição, ou devolução, a outros herdeiros, sem imposto, por não haver “transmissão”. Não é renúncia a que se faça em favor de determinada pessoa, e sim alienação da propriedade, sob a forma de cessão de direitos, onerosa ou não, dependente de escritura pública, em regra, com todas as conseqüências de direito. Da mesma forma, quando os credores do renunciante recebem o quinhão que a este cabia, na forma do art. 1.587 do Código, há, com isso, duas transmissões, a do art. 1.572 e a verdadeira doação ou cessão de direitos em pagamento, a que naturalmente correspondem dois tributos, um para cada ato.

25. Paulo Pacheco de Medeiros, “Renúncia da herança”, in RT 293/42.

26. Ob. e vol. cit., pág. 106.

27. Acórdão do STF, relator Min. Nelson Hungria, RT 255/576.

JURISPRUDÊNCIA

MANDATO EM CAUSA PRÓPRIA

Cessão de direitos a título oneroso — Irrevogabilidade — Inteligência dos arts. 1.316, ns. I e II, e 1.317, ns. I e II, do Código Civil.

Recurso extraordinário n. 82.490 — RJ — 2ª Turma — Recorrentes: Zaira Maria Santos Marinho da Cruz e outro — Recorridas: Casa Mar e Terra Comestíveis S/A e Maria de Lourdes Mangini (STF).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros da 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em não conhecer do recurso.

Brasília, 2 de abril de 1976 — XAVIER DE ALBUQUERQUE, pres. — CORDEIRO GUERRA, relator.

RELATÓRIO

O Min. Cordeiro Guerra: O acórdão recorrido, da lavra do eminente Des. Ebert Chamoun, está assim redigido (fls.): “Ementa: Mantém-se decisão que reconhece a validade de procurações, dado que não se provou a incapacidade do outorgante. Mandato em causa própria não se extingue com a morte do mandante.

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 86.344, em que são apelantes 1.º) Zaira Maria Santos Marinho da Cruz e outro; 2.º) Ceimo — Expansão Industrial Mercantil e Organização Ltda., sendo apelados 1.º) Os mesmos; 2.º) Casa Mar e Terra Comestíveis S/A e 3.º) Maria de Lourdes Mangini: Acordam os Juízes da 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por unanimidade, em negar provimento aos agravos e à 1.ª apelação e em dar provimento à 2.ª apelação. Custas pelo primeiro apelante.

“O agravo de fls. foi interposto porque o Dr. Juiz, na audiência, despachou no sentido de que a testemunha não estava em condições de depor, porque desafeto da ré. A testemunha foi contraditada em petição da ré, de fls., 11 dias antes da audiência, mas não se encontrava “legalmente impedi-

da”, de sorte que, a rigor, o seu depoimento deveria ter sido tomado por inteiro. Considera-se, entretanto, desnecessário ouvi-la, uma vez que a prova testemunhal já se encontrava cindida e o depoimento de um correitor de imóveis pouco adiantaria quando se tratava de perquirir da capacidade mental de uma pessoa.

“O agravo de fls. foi apresentado porque a autora da ação ordinária seria parte ilegítima, na qualidade de inventariante, pois que o espólio é que poderia ajuizar a ação. Além do fato de a autora haver proposto a ação também em nome próprio, há a circunstância de o inventariante representar a herança, podendo intentar ações nessa qualidade, não passando o “espólio” de uma noção vulgar, sem personalidade e expressão técnico-jurídica.

“Não foi cabalmente feita a prova de que o “de cujus” não se encontrava em seu perfeito juízo. Tal como ressaltou a sentença, o médico neurologista, professor catedrático de clínica neurológica, que o assistiu nos cinco últimos anos de sua vida, não só repeliu o asserto de que ele se encontrava em “estado demencial” como acentuou que sempre esteve mentalmente lúcido, perfeito” e que era “até mesmo intelectualmente brilhante” (fls. da ação consignatória). A lucidez do finado é atestada por outra testemunha que com ele esteve quando se achava hospitalizado. Não é possível, portanto, concluir pela incapacidade do outorgante das procurações de fls. dos autos da ação ordinária.

“Há, realmente, duas procurações, das quais apenas uma, a de fls., é em causa própria. Ocorre que esta outorga à ré da ação ordinária “amplos, gerais, irrevogáveis e irretiráveis poderes... para transferir para o seu próprio nome, ou de quem entender, e pelo preço que ajustar, quaisquer bens mó-

veis ou imóveis”. Dispensável, pois, cogitar da outra.

“E uma vez que o mandato em causa própria não é rigorosamente mandato, senão cessão, ou venda, não se pode pretender se extinga com a morte do mandante.

“E doação que prejudicasse os direitos da filha, autora da ação ordinária, não se configurou, pois que o outorgante da procuração referida dispensou a outorgada da prestação de contas, “visto... já haver recebido” dela a quantia de Cr\$ 48.000,00, da qual deu quitação” (fls.).

“A robustecer a convicção de que o “de cujus” assinou as procurações em seu perfeito juízo, há o fato de que a outorgada com ele conviveu durante 25 anos, tendo celebrado com ele casamento religioso, ao passo que a filha teve a sua paternidade recusada pelo finado, a qual lhe foi imposta judicialmente. Tinha, pois, ele razões para preferir a filha em benefício da companheira.

“Era o finado proprietário do imóvel da R. Sen. Vergueiro (fls. dos autos da ação ordinária). Transferiu os seus direitos, por instrumento público, à concubina que os cedeu ao autor da ação consignatória. Por conseguinte, nem a validade das procurações, nem a alienação do mencionado imóvel são relevantes à questão suscitada pela autora da ação ordinária, relativa à necessidade da liquidação e apuração de haveres da sociedade, já dissolvida, que mantinha o “de cujus” com a sua companheira. Aliás, há ação a esse respeito, promovida pela referida autora no Juízo da 4.ª Vara de Orfãos e Sucessões (fls. dos autos da ação ordinária).

“Nega-se, assim, provimento à primeira apelação.

“E dá-se provimento à segunda. Realmente, não deve a sociedade arcar com os ônus das custas e honorários de advogado da ação consignatória, por isso que a dúvida, quanto ao verdadeiro credor das notas promissórias, em que se exprimiu o preço da cessão, foi suscitada pelo outro réu da referida ação, a autora da ação ordinária, ao notificar a empresa comercial a revelar-se injustificável, em face da validade das procurações. Os ônus em apreço devem, pois, ser suportados exclusivamente pela autora da ação ordinária”.

Interposto recurso extraordinário, foi ele inadmitido por despacho do saudoso Presidente, Des. Néelson Ribeiro Alves, do teor seguinte (fls.): “O acórdão recorrido, de fls., manteve a validade de procurações, em que se argüia incapacidade do mandante, por não

provada essa incapacidade, proclamou, ainda, que o mandato em causa própria não se extingue com a morte do mandante; decidiu também que assim ocorria porque não é rigorosamente um mandato, mas cessão ou venda, a par de que não se configurou doação que prejudicasse os direitos da filha, vistos que houve dispensa da prestação de contas e quitação da quantia de Cr\$ 48.000,00.

“Daí o recurso extraordinário manifestado as fls., que vem fundamentado nas letras “a” e “d” do permissivo constitucional. Indica o recorrente, como dispositivos vulnerados, os arts. 1.316, n. II, e 1.317, n. I, 1.175 e 1.176, 1.744, todos do CC, e sustenta dissídio pretoriano.

“Não logrou o recorrente demonstrar o cabimento de seu recurso a juízo de admissibilidade. Não negou o aresto recorrido vigência aos apontados dispositivos de lei, apenas aplicou a lei que entendeu adequada à espécie que decidiu, segundo a melhor interpretação que lhe apareceu, que por isso mesmo não enseja o apelo extremo à luz da Súmula n. 400. Por outro lado, para que vingasse a apreciação do apelo sob a capa de negócio simulado e deserdação oblíqua da filha, era mister o mais amplo reexame da prova para concluir em sentido contrário ao decidido pelo acórdão recorrido, que soberanamente, com base nos fatos e na prova, negou a doação, rejeitando a simulação e a conseqüente deserdação oblíqua, essa pretensão do recorrente é vedada pela Súmula n. 279.

“Quanto ao dissídio pretoriano, não atende o recorrente às exigências da Súmula n. 291; a par disso, invoca jurisprudência velhíssima, com indicação equívoca de repositórios, como exaltado e demonstrado na impugnação, e que não se choca com a tese dirimida pelo acórdão recorrido, sendo mister, como faz o recorrente, distorcer o decidido em tema fático, o que é inviável como já foi dito (Súmula n. 279), para se configurar a pretendida divergência jurisprudencial.

“Por tudo isso, indefiro o recurso.”

Provido o agravo para melhor exame, arazoaram as partes, sustentando os recorrentes a negativa de vigência dos arts. 1.316, 1.317, 1.175, 1.176 e 1.744 do CC, bem como a existência do dissídio jurisprudencial.

A Procuradoria-Geral da República assim se manifesta (fls.): “Assentou o acórdão recorrido a validade do mandato outorgado “in rem propriam”, que, sobre não se ex-

tinguir com a morte do mandante, fora passado por quem cuja incapacidade não resultara provada (fls.).

"Contra esse "decisum" é que se interpõe, com suporte nas alíneas "a" e "d", o presente recurso extraordinário que, a nosso ver, não merece prosperar por qualquer dos fundamentos invocados.

"Com efeito, incorre a alegada negativa de vigência aos vários dispositivos do Código Civil enumerados na petição recursal nem, de outra parte, se configura o dissídio jurisprudencial ensaiado, pois, ao propósito, não se mencionaram, dos vários acórdãos trazidos à conferência, as circunstâncias capazes de assemelhar ou identificar os casos confrontados (Regimento Interno, art. 305, e Súmula n. 291).

"Diz o art. 1.316, n. II, do CC, que pela parte do mandante cessa o mandato. Mas, no particular, afirmou a decisão recorrida textualmente que "o mandato em causa própria não é rigorosamente mandato, senão cessão ou venda". Por conseguinte, conclui-se que, se não constitui propriamente mandato o conferido "in rem propriam", não se lhe pode dizer aplicável a regra do art. 131, n. II, sendo lícito concluir com o acórdão que não se pode pretender se extinga ele com a morte do mandante (fls.).

"Por sua vez, reza o art. 1.317, n. I, ser irrevogável a procuração passada em causa própria. Ora, em nenhum passo o acórdão atacado fez afirmativa em sentido contrário. Antes, considerou até que, embora morto o mandante, permanecia de pé o mandato, que qualificou de autêntica cessão. Onde, então, a negativa de vigência?

"No que pertine aos arts. 1.175 e 1.176, é bem de ver que sua invocação constitui descabida inovação da matéria até aqui debatida, eis que em nenhum momento prequestionada pela Corte de Justiça Estadual (Súmulas ns. 282 e 356).

"Por último, busca ainda a recorrente inovar o debate, acoimando o art. 1.744 do CC de vigência denegada. Não lhe assiste razão ainda neste particular, porque inconfundíveis os institutos da cessão e da deserção, este último sequer cogitado pelo acórdão impugnado (Súmula n. 282).

"A míngua, pois, dos pressupostos constitucionais autorizativos do apelo extremo, o parecer é pelo seu não conhecimento."

É o relatório.

VOTO

O Min. Cordeiro Guerra (relator): A recorrente, como filha natural de Pedro de Oliveira Santos e inventariante de seu espólio, moveu uma ação ordinária visando a anular ou negar efeito a procurações em causa própria outorgadas pelo "de cujus" à recorrida, sua companheira de mais de 25 anos, sob duplo fundamento: 1.º) incapacidade do outorgante; 2.º) revogabilidade do mandato "in rem propriam", pela morte do outorgante.

O Juiz de primeiro grau e o acórdão recorrido deram pela improcedência da ação, com o que não se conforma a recorrente, na dupla qualidade que invoca.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois ao repelir a incapacidade do outorgante, fê-lo o julgado com base na prova dos autos, inclusive atendo-se ao depoimento do ilustre Prof. Ary Borges Fortes, assaz conhecido por sua idoneidade profissional e moral na cidade do Rio de Janeiro.

Matéria, por conseguinte, de fato, que escapa ao crivo do recurso extraordinário. Súmula n. 279.

Quanto ao segundo fundamento, diz o acórdão recorrido, após examinar os instrumentos do mandato: "O mandato em causa própria não é rigorosamente mandato, senão cessão, ou venda, não se pode pretender se extinga com a morte do mandante. E doação que prejudicasse os direitos da filha, autora da ação ordinária, não se configurou, pois que o outorgante da procuração referida dispensou a outorgada da prestação de contas, "visto... já haver recebido" dela a quantia de Cr\$ 48.000,00, da qual deu quitação" (fls.).

Invoca a recorrente diversos julgados em sentido contrário, porém sem especificar fatos circunstanciais, de modo a evidenciar a divergência, em frontal desatenção à Súmula n. 291.

Inobstante, também, por este fundamento improcede o recurso, pois a jurisprudência do STF se fixou no sentido da irrevogabilidade do mandato em causa própria e de que ele não se extingue com a morte do mandante.

Ninguém melhor que o eminente Min. Aliomar Baleeiro tratou da espécie nesta Corte, concluindo pela irrevogabilidade do mandato constituído na forma dos arts. 1.316 e 1.317, ns. I e II, do CC, consoante as li-

ções de Clóvis Beviláqua, Serpa Lopes, João Luiz Alves e vários autores estrangeiros (recursos extraordinários ns. 50.052-BA, RTJ 47/174, e 58.622-RS, in RTJ 39/1.662).

Este julgado foi confirmado pelo Tribunal Pleno, à unanimidade, embargos em recurso extraordinário n. 50.052-BA, sendo relator o eminente Min. Hermes Lima, RTJ 44/148.

Por outro lado, tem-se sempre entendido neste Tribunal que o mandato em causa própria é constituído em favor do mandatário e vale como cessão.

É o que se decidiu no recurso extraordinário n. 20.775-RS, de que foi relator o eminente Min. Mário Guimarães, que ressaltou em seu douto voto: "Tenho, pois, como indiscutível que a procuração em causa própria acarreta, na verdade, uma cessão. Já veio assim do Direito romano: O procurador, em tais condições, não era um mandatário, mas um cessionário" (23.10.1952).

No mesmo sentido, RTJ 51/340, o acórdão do recurso extraordinário n. 70.509-SC, 1.ª Turma, relator eminente Min. Barros Monteiro, assim ementado: "Sendo irrevogável o mandato, a faculdade de revogação só pode existir no caso em que o contrato haja sido celebrado no exclusivo interesse do mandatário. Se foi outorgado no interesse do mandatário, não pode ser revogado pela vontade exclusiva do mandante" (24.9.1970).

Finalmente, no recurso extraordinário n. 69.424-SC, ainda relatado pelo eminente Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 68/670.

Em consequência, forçoso será reconhecer que o acórdão recorrido, neste passo, não discrepa da jurisprudência prevalente nesta Corte.

Por outro lado, reconhecido ao contrato não o caráter de doação, mas o de cessão a título oneroso, bem ou mal, de acordo com as Súmulas ns. 279 e 454, não há como ter-se por violados os arts. 1.175 e 1.176 do CC, e muito menos o art. 1.744 do mesmo Código.

A cessão feita por procuração "in rem propriam" era válida, e o foi a título oneroso, pois que a simulação não resultou demonstrada.

Assim, o julgado recorrido se limitou a aplicar o direito aos fatos, como do exame das provas lhe pareceu mais acertado.

Nessa conformidade, não conheço do recurso.

(Pedi vista o Min. Moreira Alves.)

VOTO

O Min. Moreira Alves: Da leitura dos autos, verifico que, no caso, não se alegou, quando da propositura da ação, a simulação da procuração "in rem propriam", razão por que o acórdão recorrido deixou de lado o exame da outra procuração que outorgava poderes amplos de administração sobre os bens aparentemente já cedidos pela procuração em causa própria. Aliás, a sentença de primeira instância contém, a respeito, esta ressalva: "Penso que a procuração em causa própria poderia, eventualmente, ser atacada, com base no art. 1.176 do CC, se se demonstrasse que encobria doação, e que seu valor excedia a cota disponível pelo outorgante. Entretanto, nem esse é o fundamento da ação, nem se provou nada em tal sentido (fica ressaltado o direito da autora de discutir o assunto em ação própria)" (fls.).

Nos termos em que a ação foi proposta e decidida, outra não poderia ter sido a conclusão a que chegou o eminente Relator, em seu voto. Acompanho, pois, S. Exa.

EXTRATO DA ATA

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Min. Moreira Alves, depois do voto do Relator que não conhecia do recurso. Presidiu o julgamento o Min. Xavier de Albuquerque, no impedimento do Min. Thompson Flores, pres.

Decisão: Não conhecido, unânime.

Presidência do Min. Xavier de Albuquerque, no impedimento do Min. Thompson Flores, pres. Presentes à sessão os Mins. Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra e Moreira Alves. 2.º Subprocurador-Geral da República, Dr. Joaquim Justino Ribeiro.

CASAMENTO

Anulação ou declaração de nulidade — Cessação das relações pessoais e econômicas entre os contraentes — Inexistência de comunhão de seus bens a partir da data em que o casamento foi celebrado.

A dissolução da sociedade conjugal, por anulação ou declaração de nulidade do casamento, retrotrai à data em que este foi celebrado. Na partilha dos bens serão separados, para cada cônjuge, aqueles que trouxe para a sociedade conjugal.

Apelação cível n. 265.507 — São José dos Campos — Apelantes: Adalberre Marini e Irineu Farina — Apelada: Jandira de Souza Rodrigues (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 265.507, da comarca de São José dos Campos, em que são apelantes Adalberre Marini e Irineu Farina, sendo apelada Jandira de Souza Rodrigues; Acordam, em 6.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, dar provimento parcial à apelação.

Trata-se de ação de reintegração de posse, movida pelos adquirentes do imóvel sito à R. Carvalho de Araújo 187, em São José dos Campos, contra Jandira de Souza Rodrigues, que o détem e se recusa a desocupá-lo, sob o fundamento de que, embora seu casamento com o primitivo vendedor Francisco Rodrigues tivesse sido anulado por ser ela bigama, fls., tem direito à meação uma vez que com ele mantivera uma sociedade de fato durante a qual foi adquirido com dinheiro e trabalho comum, circunstância que não era ignorada pelos atuais adquirentes.

Julgou o Juiz improcedente a ação, ensejando o presente recurso, que merece provimento.

“Anulado o casamento ou declarado nulo — observa Clóvis — cessam as relações pessoais e econômicas por ele estabelecidas. Se o casamento é nulo — como ocorreu na espécie (CC, arts. 207 e 183, n. VI) — não houve comunhão, porque não houve casamento, em sociedade conjugal. O mesmo se deve dizer do casamento anulado. A confusão, em que estiveram os bens antes da sentença, que declara a nulidade, é um mero estado de fato; cada cônjuge retira o que

lhe pertence com os frutos não consumidos e os acessórios correspondentes” (“Comentários ao Artigo 267”).

“Nestas hipóteses — do art. 267, que se refere ao casamento nulo ou anulável — a dissolução da comunhão retrotrai à data em que o casamento nulo foi celebrado, a não ser que se verifique a hipótese do art. 221 (casamento contraído de boa-fé). Vale dizer: na partilha dos bens, que o casamento nulo ou anulável tornou comuns, serão separados para cada cônjuge não a metade dos bens que formam a massa “pro indiviso”, mas, sim, precisamente aqueles bens que cada cônjuge trouxe para a sociedade conjugal, observando-se ainda o que preceitua o art. 222” (Carvalho Santos, “Código de Processo Civil Interpretado”, n. V, pág. 81, 2.^a ed., em “Comentários ao Artigo 267”).

Por outro lado, não se tratando da hipótese de boa-fé — uma vez que a ré já era casada quando contraiu o segundo matrimônio — não se aplica a norma do art. 221, mas a do art. 232 do citado Código, incorrendo na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente, inclusive “as doações “propter nuptias”, realizadas pelos cônjuges ou por terceiros, uma vez que se não realizou a condição a que se subordinava: o casamento” (Faria Coelho, “Nulidade e Anulação do Casamento”, n. 128).

Conseqüentemente, a posse da ré sobre parte do imóvel é considerada de má-fé.

A procedência da ação é, portanto, inafastável, invertido o ônus da sucumbência, ficando excluídas da condenação, porém, as perdas e danos, porque não comprovadas.

São Paulo, 9 de fevereiro de 1978 — CÉSAR DE MORAES, pres. vencido, em parte, com a seguinte declaração de voto: A meu ver, com vênia da douta maioria, a sentença devia prevalacer.

Embora não tenha figurado como compradora, Jandira foi nomeada, assim na escritura como no registro na qualidade de consorte do comprador, sob o regime de comunhão universal.

É verdade que, anulado o casamento, dissolve-se a comunhão, dissolução que retrotrai à data do casamento; é o que dispõe o art. 267, n. II, do CC; a rigor, o caso não é de dissolução da comunhão, porque, nulo o casamento, comunhão não existiu, como observa Pontes de Miranda, invocado pelos autores.

Ocorre, contudo, que não se cuida de bem trazido pelos concubinários para a comunhão, à época do casamento; trata-se, isso sim, de aqüesto, de bem adquirido no período de convivência, com o esforço comum.

Há notícia, mesmo, de que a autora teria concorrido para a aposta, na Loteria Esportiva, que beneficiou seu ex-marido; e de que a ré exercia profissão lucrativa, antes de levar vida em comum com o adquirente do imóvel.

Bem andou, assim, o Dr. Juiz de Direito em aplicar à hipótese os princípios da sociedade de fato; a ré exerce a posse por direito próprio, posse não inquinada por nenhum vício; inviável a imissão e inaplicável o art. 505 do CC, porque o domínio dos autores não se mostra evidente, já que toldado pelas circunstâncias de fato mencionadas.

Meu voto, conseqüentemente, negava provimento à apelação, para confirmar o julgado de primeiro grau.

Em decorrência, condenava os apelantes ao pagamento das custas do recurso — ÍTALO GALLI, relator — Participou do julgamento, com voto vencedor, o Des. Euler Bueno.

PRIORIDADE

Conflito de títulos com a mesma origem — Composição pela prioridade do registro imobiliário.

Feita a promessa de cessão relativa à aquisição de cotas de um mesmo terreno a duas pessoas, prevalece o título da que o registrou em primeiro lugar no Registro de Imóveis.

Apelação cível n. 3.429 — Rio de Janeiro — Apelantes: Sebastião de Mendonça Barreto e Delphim Salum de Oliveira e sua mulher — Apelados: os mesmos (TJRJ).

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 3.429, em que é primeiro apelante Sebastião de Mendonça Barreto e segundos apelantes Delphim Salum de Oliveira e sua mulher: Acordam os Juizes da 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em julgar as apelações como consta da minuta: "Rejeitadas as preliminares, por unanimidade. Dado provimento em parte à primeira apelação apenas para retificar a sentença na parte em que declara os primeiros apelados proprietários, e dado provimento à segunda apelação para arbitrar os honorários, a car-

go dos segundos apelados, em 15% do valor da causa. Decisões também por unanimidade".

1. A preliminar de intempestividade dos embargos não procede, porque, em 1974, o dia 18 de janeiro, data da imissão de posse, foi uma sexta-feira e o primeiro dia do prazo seria no sábado. Assim, só começaria a fluir a partir do primeiro dia útil, isto é, segunda-feira, dia 21, e a petição dos embargos foi despachada a 24 de janeiro (art. 184, § 3.º, do CPC). Por tais razões, foi rejeitada a preliminar, unanimemente.

2. Não há ofensa à coisa julgada, uma vez que na ação cominatória não se decidiu nenhuma matéria que impedisse a apreciação dos presentes embargos de terceiro. De fato, na ação cominatória, pediu o embar-

gado a entrega da loja, com as obras concluídas, sob pena do pagamento de uma multa diária, e o acórdão apenas concedeu o que foi pedido: multa diária, custas e honorários. Não há, assim, coisa julgada impeditiva dos presentes embargos de terceiro. Não existe a tríplice identidade de pessoas, objeto e "causa petendi".

3. Quanto ao cabimento dos embargos de terceiro, também não têm procedência as alegações do embargado. O Código prevê que os embargos de terceiro podem ser de senhor e possuidor ou somente de possuidor, como dispõe, de forma expressa, o § 1.º do art. 1.046.

Não deixando qualquer dúvida a respeito, declara o referido art. 1.046 do CPC que "cabem embargos de terceiro a quem não for parte no feito e sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens, por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto etc.". Depois de conceituar o cabimento dos embargos de forma genérica, exemplifica algumas hipóteses, dizendo, textualmente: "Em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha".

A enumeração é exemplificativa, não é taxativa e, assim, não cabe o argumento de que não tendo o Código se referido à imissão de posse, são incabíveis contra ela embargos de terceiro. Improcede a arguição.

4. No concernente ao mérito da demanda, verifica-se que a firma falida prometeu ceder a cota de terreno e venda da questio-

nada loja ao embargante, ora segundo apelante, e ao embargado, ora primeiro apelante. A este por escritura de 1963 e, ao outro, por escritura de 1967, que averbou o seu título no registro de imóveis, em 1967, enquanto o embargado só o prenotou em 1969, não conseguindo registrá-lo até a presente data.

Sendo a promessa de venda inscrita direito real, o conflito entre os dois títulos resolve-se pela prioridade do registro. No caso, o título do embargante foi registrado em 1967, ao passo que o do embargado apenas foi prenotado em 1969.

Assim bem decidiu a sentença apelada ao reconhecer o direito do embargante. Todavia, merece reparo a sentença quando reconhece o embargante, segundo apelante, como proprietário. Nesta parte tem razão o primeiro apelante ao mencionar o engano ocorrido.

A sentença deve ser mantida apenas para julgar procedente os embargos de terceiro possuidor e reintegrar o embargante na posse dos bens, excluído o reconhecimento do direito de propriedade do mesmo embargante.

5. Quanto ao segundo recurso, deu-se provimento para fixar os honorários de 15% do valor da causa, como sugere o Dr. Procurador da Justiça. Rejeitadas as preliminares.

6. Em resumo, foi dado provimento em parte às apelações, como consta da minuta já transcrita neste acórdão.

Rio de Janeiro, 17 de novembro 1977 — OLAVO TOSTES, pres. — CLÓVIS PAULO DA ROCHA, relator.

REGISTRO

Formal de partilha — Caracterização deficiente do imóvel — Incerteza quanto à disponibilidade — Dúvida procedente.

REGISTRO

Requisitos legais — Observância dos vigentes à data do ingresso do título no cartório.

Denega-se matrícula e registro de formal de partilha se deficiente a caracterização do imóvel e incerta a sua disponibilidade.

Os requisitos legais para serem observados nos registros de títulos são os vigentes à data da sua apresentação ao oficial, por força do princípio "tempus regit actum".

Apelação cível n. 270.503 — Registro — Apelante: João Geraldo de Oliveira — Apelado: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 270.503, da comarca de Registro, em que é apelante João Geraldo de Oliveira e apelado o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da comarca: Acordam por votação unânime, negar provimento ao recurso, pagas as custas "ex lege".

1. Rebelá-se o recorrente contra a sentença que, acolhendo dúvida inversa, denegou matrícula e registros de formais de partilha, sob fundamento de deficiência na caracterização da coisa e incerteza quanto à disponibilidade. Sustenta o recurso que às peças apresentadas não se aplicavam as exigências de lei posterior.

2. Inconsistente o recurso.

Como é indispensável a matrícula do terreno (arts. 227, 228 e 236 da Lei n. 6.015, de 31.12.1973), os instrumentos apresentados não contêm os elementos que se exigem minudentes, da precisa identificação da coisa (art. 176, parágrafo único, n. II, 3 e 5). Basta reparar na vaga descrição (fls.), que nem reproduz a deficiente caracterização das transcrições anteriores (fls.), circunstância que não deixa de constituir desconformidade impenhente da matrícula (art. 225, § 2.º).

Não aproveita ao recorrente a época das partilhas, porque os requisitos legais por ob-

servar são os vigentes à data do ingresso do título no registro imobiliário, por força do princípio "tempus regit actum" (apelação cível n. 262.368).

Acresça-se a necessidade de apresentação de certidões negativas, passadas dos cartórios a cuja circunscrição pertenceu o terreno, em nome dos transmitentes, para efeito de comprovação da disponibilidade. Manifesta é a insuficiência, se não inocuidade, de certidão em nome do adquirente (fls.), desde que ainda não está em jogo a transmissão deste para o apresentante, seu herdeiro.

Nem, por fim, à bem lançada sentença ficou despercebida à perplexidade quanto ao domínio de Nascimento Francisco de Oliveira, cujo espólio cedeu direitos hereditários concernentes à fração ideal que tinha sobre o Sítio Itopamirim (fls.). A comunhão, ao que se infere, não foi extinta, porque ausente prova da alienação dos consortes, estando impreciso eventual remanescente que tocasse aos herdeiros daquele.

3. Do exposto, acordam negar provimento ao recurso, para manter a sentença apelada, inclusive por seus fundamentos. Custas "ex lege".

São Paulo, 23 de junho de 1978 — ACA-CIO REBOUÇAS, pres. — ANDRADE JUNQUEIRA, corregedor geral e relator — COSTA MANSO, vice-pres.

COMPRA E VENDA

Gleba de terra — Legalização posterior — Falecimento do titular — Venda por sucessor sem prévio inventário — Ação anulatória — Procedência.

Se o título (embora não devidamente registrado) da concessão das terras é anterior à data do falecimento da "de cujus", a posse e o domínio desta, como comunheira, já estão definitivamente reconhecidos pelo Estado; de conseguinte, a posse e domínio sobre o imóvel são transmitidos por sucessão hereditária, sendo, pois, nula a venda dessas terras efetuada por um só dos cônjuges, sem antes ter procedido ao competente inventário.

Apelação cível n. 12.705 — Xanxerê — Apelantes: Antônio Grigol e sua mulher — Apelados: Donevil D. Correia e sua mulher (TJSC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 12.705, da comarca de Xanxerê, de que são apelantes Antônio Grigol e sua mulher, sendo apelados Donevil D. Correia e sua mulher: Acordam, em 1.ª Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Trata-se de ação ordinária de anulação de escritura pública de compra e venda e de registro de imóvel movida por Donevil Dalla Picola Correia e sua mulher contra Antônio Jacinto Correia e Antônio Grigol e sua mulher.

Dizem os autores que seus pais e sogros Antônio Jacinto Correia e Marina Dalla Picola Correia — compraram de Galdino Ribeiro dos Santos, em 26.4.1948, uma área de terras, situada na localidade de Taboas, município de Fachinal dos Guedes.

Que havendo dúvidas sobre o título de propriedade, então o réu, Antônio Jacinto Correia (pai do autor varão), em 23.4.1960, requereu ao Instituto de Reforma Agrária de Santa Catarina — IRASC a legalização dessas terras, o que lhe foi deferido, inclusive com a área já corrigida, em 28.11.1965.

Que com o falecimento de Marina Dalla Picola Correia (mãe do autor varão), ocorrido em 30.4.1965, e quando já havia sido expedido o novo título pelo IRASC, ou seja, este a 30.9.1964, o réu Antônio Jacinto Correia, por registrar o referido título no Cartório competente somente a 28.11.1965, então já na condição de viúvo, vendeu ditas

terras aos réus Antônio Grigol e esposa, sem tê-las inventariado.

Esclareceram os autores que também são herdeiros da aludida área outros irmãos, a maioria deles ainda menores, cujos nomes estão relacionados na inicial.

Para provarem a nulidade da venda, trouxeram à colação um acórdão deste Tribunal publicado na "Jurisprudência Catarinense" vol. 5/6, págs. 242-246, em que foi apreciado caso semelhante.

A inicial se fez acompanhar de documentos.

Citados, apenas os réus Antônio Grigol e sua mulher ofereceram contestação, alegando, em resumo: 1) que os autores não têm ação contra eles contestantes, porquanto Antônio Jacinto Correia já era viúvo quando lhe foi outorgado pelo IRASC o título definitivo das terras que antes eram devolutas; 2) que compraram legitimamente e de boa-fé essas terras, que não se confundem com aquelas vendidas pelo casal Galdino Ribeiro dos Santos ao réu Antônio Jacinto Correia; 3) que a propriedade do casal Galdino Ribeiro dos Santos se origina de uma escritura de cessão e transferência de direitos, não constituindo título de domínio; 4) que até o falecimento da mulher do réu Antônio Jacinto Correia, este apenas tinha mera posse sobre o imóvel em exame.

A final pediram os contestantes fosse a ação julgada improcedente.

Também juntaram documentos.

Após instruída e debatida a causa, em que funcionou o representante do Ministério Público, prestaram depoimentos o autor varão

e o réu contestante e quatro testemunhas arroladas pelos litigantes, sentenciou o Dr. Juiz de Direito julgando procedente a ação para declarar nula a escritura de compra e venda do imóvel, bem como o seu registro, condenando ainda os réus Antônio Jacinto Correia e Antônio Grigol e sua mulher a pagarem em proporção, as custas e os honorários advocatícios, estes em 10% sobre o valor dado à causa.

Não se conformando, apelaram os réus Antônio Grigol e sua mulher e com suas razões, agora acrescentadas de outros argumentos, procuram convencer este Tribunal do desacerto da sentença.

O recurso foi contra-arrazoado pelos autores.

O Dr. Promotor Público, como já fizera antes em suas razões, se manifestou pela confirmação da sentença.

Nesta instância, o representante da douta Procuradoria-Geral do Estado também opinou pelo desprovimento do recurso, pelas razões que aduziu em seu proficiente parecer.

Não há dúvida que a razão está com o Dr. Juiz de Direito.

Como se vê, gira toda a controvérsia em torno de saber-se se o réu (revel) Antônio Jacinto Correia podia ter vendido a gleba de terras em questão, após ocorrido o falecimento da esposa, sem antes ter procedido o competente inventário do imóvel, dada a existência de herdeiros obrigatórios, inclusive os ora autores.

É certo que o título definitivo das terras, expedido pelo IRASC, em 30.9.1974 (documento de fls.), somente foi registrado no Cartório competente a 16.12.1965, quando Marina Dalla Picola Correia já havia falecido.

Por outro lado, quando o título foi expedido (30.9.64) pelo IRASC, Marina Dalla Picola Correia — esposa do réu Antônio Jacinto Correia e mãe dos autores — ainda era viva, de vez que esta só veio a falecer a 30.4.1965 (documento de fls.).

Quer isso dizer que antes de falecer, a posse e o domínio de Marina Dalla Picola Correia nas terras, como comunheira, eis que casada com Antônio Jacinto Correia sob o regime de comunhão universal de bens (certidão de casamento de fls.) já estavam definitivamente reconhecidos pelo Estado.

O fato de o réu Antônio J. Correia ter somente registrado o título após o falecimento da esposa não invalida a posse e o domínio desta, eis que reconhecidos anteriormente pelo Estado.

De conseguinte, não só a posse como também o domínio foram transmitidos por sucessão hereditária aos ora autores e aos outros filhos do casal, em face do art. 1.572 do CC, quando diz: "Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

Exigível, portanto, a inclusão das terras no acervo hereditário de Marina Dalla Picola Correia, de vez que o casal já era titular do imóvel quando aquela faleceu.

Aliás, matéria semelhante à versada nos autos já foi objeto de acurado estudo no acórdão publicado na "Jurisprudência Catarinense", do qual também fui o Relator.

Note-se que naquela outra hipótese, apenas o IRASC havia deferido a concessão das terras, sem ter expedido o título, antes de a esposa ter falecido. Enquanto neste caso, conforme ficou demonstrado, a mulher ainda era viva quando foi expedido o título definitivo.

Assim, não há fugir ser nula a venda das terras pelo cônjuge e réu Antônio Jacinto Correia, sem ter este procedido o competente inventário delas.

E a nulidade atinge toda a gleba, nos termos do art. 1.580 do CC.

Irrelevantes, por sua vez, os argumentos do réu Antônio Grigol e sua mulher, de que as terras não são as mesmas que foram adquiridas pelo réu Antônio Jacinto Correia, do casal Galdino Ribeiro dos Santos, eis que resultou provado, e de forma irrefutável, terem aqueles comprado as terras concedidas pelo IRASC a Antônio Jacinto Correia.

Também não pode servir de salvatério o argumento de que o réu Antônio J. Correia gastou quase todo o dinheiro, apurado na venda do imóvel, com a doença da falecida mulher. Isto porque, antes de partilhada a gleba em epígrafe, não podia o cônjuge supérstite ter vendido nem mesmo a sua meação, porquanto é indivisível a herança.

Por derradeiro, não resultou provada acusação de má-fé dos autores e seu suposto conluio com o pai e sogro, por ter este deixado o processo correr à revelia, visto não encontrar ela nenhuma receptividade nos autos.

Pelas razões expostas e os bens lançados fundamentos do Dr. Juiz de Direito, nega-se provimento ao recurso.

Florianópolis, 13 de abril de 1978 —
— EDUARDO LUZ, pres. — RID SILVA,
relator — AYRES GAMA — RAOUL
BUENDGENS — SEBASTIAO SEVERINO
DA LUZ, procurador.

BEM DE INCAPAZ

Parte ideal em pequeno imóvel rural — Venda ajustada pelos demais condôminos — Hipótese em que deve ser deferido alvará.

O pedido de alvará para venda de partes ideais em imóvel, pertencentes a menores, não pode obedecer a princípios rígidos de direito, senão às circunstâncias de fato de cada espécie.

Apelação cível n. 261.665 — Matão — Apelante: Ercília Roseira Lunardi — Apelado: Juízo de Direito (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 261.665, da comarca de Matão, em que é apelante Ercília Roseira Lunardi, sendo apelado o Juízo: Acordam, em 3.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, sem divergência, dar provimento ao apelo para deferir o alvará, guardadas as cautelas abaixo especificadas. Custas na forma da lei.

Trata-se de pedido de alvará para venda de partes ideais de três menores impúberes, em dois pequeninos imóveis rurais que houveram por herança de seu pai, juntamente com mais sete irmãos maiores. Assim, cada parte ideal representa 1/10 das duas pequenas glebas, com a área de 4,31 alq e 2.549,45 m², respectivamente.

O fundamento do pedido foi o de que a viúva meeira e mãe dos menores não dispõe de meios para a exploração de tais imóveis e nem os filhos maiores se interessam por eles, dadas as suas diversas profissões, todas industriais. Por esse motivo, convencionaram a venda a terceiros das duas glebas, impondo-se, portanto, também, a alienação das partes ideais dos menores, cujo produto poderia ser aplicado na compra de outro imóvel urbano ou em depósito na Caixa Econômica do Estado, com juros e correção monetária, além de se evitar a sua comunhão com estranhos. Daí a manifesta vantagem para os menores na transação projetada.

O Dr. Curador da comarca manifestou-se favoravelmente ao pedido. Não obstante, o Magistrado indeferiu-o por entender que não atendia a nenhum dos pressupostos do art. 386 do CC, além de que a valorização imobiliária sempre suplantaria a aplicação do

produto da venda das partes dos menores em depósitos na Caixa Econômica Estadual, mesmo com a correção monetária.

Apelou a mãe dos menores, com apoio do Dr. Curador Geral da comarca.

Não obstante, o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça foi pela confirmação da sentença recorrida.

“Data venia”, o recurso merece integral acolhida.

O pedido de alvará para venda de partes ideais de menores em imóveis não pode obedecer a princípios rígidos de direito, senão às circunstâncias de fato de cada espécie.

No caso vertente, cada parte ideal dos menores representa apenas 1/10 de duas pequeninas glebas de terras totalmente improdutivas por falta de sua exploração agrícola, dado o desinteresse de seus demais condôminos maiores. E todos estes já alienaram a estranhos as suas partes ideais, restando apenas em condomínio as partes ideais dos três menores. Consequentemente, ainda que não se possa negar a grande valorização imobiliária rural nos últimos anos, tudo indica que os menores não devem permanecer em comunhão com estranhos, que por eles não se interessam e nem lhes prometem qualquer vantagem. Concorrem, pois, na hipótese, os dois pressupostos do art. 386 do CC: a necessidade e a evidente utilidade da venda para os menores. Tanto mais que o produto da venda, inicialmente depositado na Caixa Econômica do Estado, pode ser aplicado na aquisição de outro imóvel urbano, que também se valoriza e pode produzir renda para os menores.

Equivoca-se o parecer ao aludir ao fato superveniente do apelo, qual a venda dos

quinhões dos outros herdeiros a estranhos, pois ele já fora denunciado na petição inicial.

Nessas condições, em se tratando de pedido de alvará em favor de menores sob o pátrio poder, não há justificativa alguma para se negá-lo, pois a sua genitora, com a assistência de seus filhos maiores, é a pessoa que melhor pode zelar pelo interesse dos filhos menores, como é curial.

Em consequência, o apelo merece integral provimento para que seja expedido o alvará

em questão, com a cautela de que o Dr. Curador Geral da comarca assista à escritura de alienação, recolhendo o produto total da venda à Caixa Econômica do Estado para oportuna aquisição de outro imóvel urbano em nome dos menores, com real proveito para estes.

São Paulo, 14 de julho de 1977 — FERREIRA DE OLIVEIRA, pres. e relator — Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Gentil Leite e Costa Leite.

PENHORA

Imóvel vendido pelo devedor por escritura não registrada — Inexistência de impedimento à efetivação da penhora.

A escritura sem registro gera obrigações recíprocas entre os contratantes, mas não tem qualquer eficácia contra terceiros, pela ausência de requisito essencial, vale dizer, o registro.

Agravo de instrumento n. 46/78 — Londrina — Agravante: Banco do Brasil S/A — Agravado: Waldomiro Modesto (TAPR).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 46/78, de Londrina, 3.^a Vara, em que é agravante o Banco do Brasil S/A e agravado Waldomiro Modesto.

Alega o agravante nas razões de recurso: em 15.7.1976, instaurou contra o agravado execução forçada, com apoio em título extrajudicial, e na inicial indicou o bem a ser penhorado; em 11.8.1976, o agravado foi citado e a constrição se realizou em 7.10.1976, e dela o agravado e sua mulher foram intimados em 12 de outubro; demonstrou, posteriormente, que o agravado, através de escritura pública de compra e venda, data de 12.5.1976, matriculada somente em 20.8.1976, havia alienado o imóvel penhorado a Anízio Domiciano da Silva, configurando fraude à execução, pois o registro foi efetivado, no Cartório imobiliário, após o ajuizamento da execução; esclarece, ainda, que o oficial de justiça não encontrou outros bens que pudessem ser penhorados; pediu a averbação da penhora, o que foi deferido, mas, em seguida, o Dr. Juiz reconsiderou a deliberação, sob o fundamento de que a penhora se fez após a transcrição,

quando o devedor não era mais o titular do domínio do imóvel.

Contra dita decisão é que se insurge o agravante e argumenta em suas razões, em substância, que se caracterizou, na espécie, fraude à execução, e conclui pleiteando a manutenção da penhora e sua inscrição no Cartório competente.

Formado o instrumento, o agravado deixou de refutá-lo e manteve o Dr. Juiz o seu respeitável entendimento.

1. Merece ser atendido o recurso.
2. A escritura de compra e venda foi lavrada, efetivamente, antes do ajuizamento da execução, da citação e da penhora, isto é, em 12.5.1976.
3. Sucede, no entanto, que a transcrição não foi providenciada imediatamente, pois se efetivou em 20.8.1976 e anteriormente, ou seja, em 11.8.1976, o agravado já havia sido citado, o que equivale a dizer, quando a transcrição se cumpriu existia lide pendente; a constrição poderia alcançar o bem, já que a escritura, sem registro, gerou obrigações recíprocas entre os contratantes, mas não tem qualquer eficácia com relação a terceiros, como o agravante, pela ausência de requisito essencial, vale dizer, da transcrição.

4. Ficou positivada, de outra parte, a insolvência do agravado, eis que certificou o oficial de justiça, encarregado da diligência, que não encontrou outros bens em condições de ser penhorados.

Ante o exposto: Acordam os Juizes da 2.^a Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná, por unanimidade de votos, em dar pro-

vimento ao agravo para determinar que a penhora persista e que se faça, ainda, a sua inscrição no registro imobiliário. Custas da lei.

Curitiba, 21 de junho de 1978 — PLÍNIO CACHUBA, pres. e relator — LEMOS FILHO — HAROLDO DA COSTA PINTO.

PENHORA

Alienação posterior do imóvel — Ineficácia absoluta em relação à execução, mesmo que não registrada aquela.

A alienação de bem já penhorado é absolutamente ineficaz em relação à execução, pouco importando que o adquirente esteja, ou não, de má-fé, ou que a penhora tenha sido, ou não, levada a registro.

Embargos infringentes na apelação cível n. 59.864 — Rio de Janeiro — Embargante: Sociedade Brasileira de Psicanálise do Rio de Janeiro — Embargado: Estado do Rio de Janeiro (TARJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos infringentes na apelação cível n. 59.864, em que é embargante Sociedade Brasileira de Psicanálise do Rio de Janeiro e embargado Estado do Rio de Janeiro: Acordam os Juizes do 2.^o Grupo de Câmaras Cíveis do 1.^o Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em rejeitar os embargos.

Confirmando decisão que julgou improcedente embargos de terceiro, a 1.^a Câmara Cível declarou ineficaz a alienação de bem já penhorado (fls.).

Dessa orientação, divergiu o douto Juiz Relator, por entender que a tese da maioria constituía “um precedente perigosíssimo”, pois, “a partir daí, ninguém pode adquirir imóvel sem o risco de vê-lo arrebatado, sob o fundamento de suposta fraude à execução”. Observou, mais, que a dívida não era do alienante, mas “de sociedade da qual fazia parte” (fls.).

Daí os presentes embargos infringentes, postulando a apelante a prevalência do voto vencido (fls.).

Não há, porém, como acolher os embargos.

A alienação de bem já penhorado é absolutamente ineficaz em relação à execução,

pouco importando que o adquirente esteja, ou não, de má-fé, ou que a penhora tenha sido, ou não, levada a registro.

O ato de constrição judicial opera como verdadeira expropriação e retira do dono o poder de disponibilidade da coisa, para subordinar o bem à execução forçada.

No caso, quando a alienação foi feita à embargante, o bem já estava penhorado e, assim, o ato alienatório afigura-se inoponível ao processo executório, que dele não toma conhecimento.

A rigor, os presentes embargos de terceiro deveriam ter sido rejeitados “in limine”, eis que o art. 1.046 do CPC só autoriza o exercício desse tipo de embargos a “quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens, por ato de apreensão judicial”.

Na espécie, como se viu, a penhora não incidiu em bem da recorrente; ela é que adquiriu um bem já penhorado e, por isso mesmo, não poderia invocar o art. 1.046 do estatuto processual, uma vez que esse dispositivo nada tem a ver com aquisição posterior à penhora.

Finalmente, observe-se que a afirmação do voto vencido, no sentido de que “a dívida

não era do alienante”, apresenta-se despiciente. A uma, porque a penhora foi declarada subsistente, e a duas, porque o depositário do bem penhorado era o próprio alienante.

Incensurável, pois, o acórdão recorrido. Rio de Janeiro, 14 de março de 1978 — SEVERO DA COSTA, pres. sem voto — NARCIZO PINTO, relator.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Mulher casada — Marido em lugar ignorado — Escritura definitiva — Recebimento pela mulher — Deferimento.

A mulher não precisa de autorização marital para receber escritura definitiva decorrente de compromisso de compra e venda.

Apelação cível n. 266.939 — Capital — Apelante: Tiyoco Hasegawa Urano — Apelado: Juízo de Direito (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 266.939, da comarca de São Paulo, em que é apelante Tiyoco Hasegawa (ou Hasegawa) Urano, sendo apelado o Juízo: Acordam, em 2.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotado o relatório de fls., dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

1. Assinale-se, desde logo, que a hipótese parece não guardar identidade com aquela apreciada por esta mesma Câmara, em julgamento relatado pelo Des. Macedo Bitencourt (cf. RT 497/68).

Naquele caso, ao que tudo indica, o marido não se encontrava em lugar incerto e não sabido, motivo pelo qual a ação, objetivando o suprimento de seu consentimento, não chegou a ser apreciada, no seu merecimento, por inoportunidade de qualquer das hipóteses previstas no art. 245 do CC.

Aqui, o varão, que juntamente com a mulher prometeu adquirir o imóvel descrito na escritura que instrui a inicial, encontra-se em lugar incerto e não sabido, tanto que foi citado editalmente e seus interesses, ante a revelia, estão sendo resguardados pelo Ministério Público.

Aplicável, portanto, o art. 251, “uma vez que o marido não pode dar o consentimento nem o assentimento”; necessária apenas a autorização judicial para que a mulher possa representá-lo na outorga da escritura definitiva, uma vez que alega encontrar-se o preço avençado totalmente pago.

2. De outra parte, é certo que, em princípio, nada impediria a apelante de receber, sozinha, a escritura definitiva, uma vez que “nos termos do art. 242, n. II, do CC, a mulher não precisa da autorização marital para adquirir, mas apenas para alienar ou onerar bens imóveis”.

Ocorre, todavia, que a promessa de compra e venda também foi assinada por seu marido, podendo, por isso, o promitente vendedor, com justa razão, opor-se a passar a escritura somente em nome da mulher, apesar de o imóvel, ante o regime matrimonial adotado — cf. fls. — passar imediatamente à comunhão e, assim, ficar pertencendo também àquele, por metade.

Por isso, como lembrou a douta Procuradoria-Geral da Justiça, a pretensão deduzida na inicial, por não acarretar qualquer prejuízo à família ou ao ausente, deve ser examinada à luz do art. 1.109 do CPC que, em hipóteses análogas, desobriga o juiz de observar critério de legalidade estrita, permitindo-lhe adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna. Sopesadas as circunstâncias, acima apontadas, conclui-se que deve ser deferido o pedido tal como formulado na petição inicial e nas razões do apelo, expedindo-se alvará autorizando a apelante a receber a escritura definitiva também em nome de seu marido, que se encontra em lugar incerto e não sabido.

Para tal fim, dão provimento ao recurso. São Paulo, 14 de fevereiro de 1978 — JOÃO DEL NERO, pres. — VIEIRA DE MORAES, relator — Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Arthur de Godoy e Teixeira de Andrade.

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

Sentença que a concede, determinando o cancelamento de hipoteca que onerava o imóvel — Decisão “ultra petita” — Cassação do cancelamento.

Recurso extraordinário n. 85.266 — PR — 2ª Turma — Recorrentes: Israel Herch Aidelsohn e sua mulher — Recorrida: Província Crédito Imobiliário S/A (STF).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, 4 de junho de 1976 — THOMPSON FLORES, pres. e relator.

RELATÓRIO

O Min. Thompson Flores: Promoveram os recorrentes, em 16.8.1972, perante a 11.ª Vara Cível de Curitiba, Capital, contra Barichello S/A — Construção Civil e Empreendimentos, ação ordinária para obterem a transferência dos apartamentos que lhes prometeu vender, assim concluindo seu pedido, fls.: “Em face do exposto, nos termos do art. 346 do CPC e da Lei n. 649, em 11.3.1949, pleiteiam os autores seja admitido o depósito do restante do preço, no montante de Cr\$ 13.200,00, como ato inicial do processo, e, ainda, em final, sejam adjudicados aos autores os apartamentos ns. 101, 102, 103, 104, 105 e 106 do Edifício Dom Diego, situado à R. Ubaldino do Amaral, nesta cidade.

“Pede-se, ainda, por força do princípio da sucumbência, seja a ré condenada nas custas e honorários de advogado, que V. Exa. arbitrará.”

2. Contestado e saneado o feito, originando agravo processual, fls., determinada a intervenção da ora recorrida, credora hipotecária dos imóveis referidos, fls., ocasionou agravo atermado a fls. Citada, manifestou-se a fls., pela improcedência da ação.

Colhidas as provas, a termo sentenciou o Magistrado, acolhendo o pedido. Determinou, outrossim, o cancelamento da inscrição hipotecária, na porção alusiva aos apartamentos objeto da lide, fls.

3. Apelaram a ré e a litisconsorte, credora hipotecária.

O Tribunal de Justiça, por sua 1.ª Câmara Cível, em acórdão unânime de 10.6.1975, depois de julgar prejudicado o primeiro agravo, proveu, em parte, a apelação da ora recorrida, negando-o à da ré e, bem assim, do respectivo agravo no auto do processo.

Resultou, assim, mantida a sentença, salvo no pertinente ao cancelamento parcial da inscrição hipotecária, fls.

A ementa do julgado é a seguinte, fls.: “Adjudicação compulsória. Promessa de compra e venda de apartamentos, em caráter irrevogável e irretroatável, com o pagamento integral do preço.

“Garantia hipotecária dada a instituição financeira envolvendo as unidades imobiliárias prometidas.

“Tratando-se de ação adjudicatória, é defeso ao juiz anular a hipoteca sem que nesse particular tivesse havido pedido expresso do autor.

“Embora procedente a ação de adjudicação dos imóveis, é de se excluir da sentença a declaração de nulidade da hipoteca, ficando ressalvada a subsistência do gravame hipotecário, até que através dos meios de direito próprios seja essa garantia cancelada.”

4. Daí o recurso extraordinário, manifestado a fls., fundado nas letras “a” e “d” da permissão constitucional, inconformados com a reforma parcial da sentença, alusiva à insubsistência do cancelamento da hipoteca.

5. Admitido pelo despacho de fls., processou-se com razões das partes, fls.

É o relatório.

VOTO

O Min. Thompson Flores (relator): Não conheço do recurso.

2. Para acolher, em parte, o apelo da ora recorrida, assim se fundamentou o acórdão, fls.: “Todavia é certo, também, que o

Dr. Juiz podia, "ex officio", declarar nula a hipoteca, mesmo parcialmente, como declarou, porque isto não foi objeto da inicial

"A ação é simplesmente de adjudicação do imóvel. Não houve pedido de anulação da hipoteca. E diz o art. 460 do CPC: "É defeso ao juiz proferir sentença a favor do autor de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".

"Como se sabe, a hipoteca é direito real da garantia. "Instituída para garantir uma obrigação, conferindo ao credor hipotecário, para que obtenha esse fim, um duplo direito: 1.º) o de preferência, que consiste em fazer vender judicialmente a coisa dada em garantia, para sobre o preço ser pago o que lhe é devido, com preferência a qualquer outro credor; 2.º) o de seqüela, ou seja, o de procurar e perseguir a coisa onde quer que se encontre ou em poder de quem quer que seja que esteja, penhorando-a". "A hipoteca tem como caráter distintivo principal, que a distingue dos outros direitos reais de garantia (como o penhor e a anticrese), não exigir, para sua validade, que o objeto hipotecado passe das mãos do devedor para a posse do credor, o que mostra que, se ela cria um direito real, não é, todavia, um contrato real" (J. M. de Carvalho Santos, in "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 25/15).

"Cunha Gonçalves, citado nesse comentário de J. M. de Carvalho Santos, declara até que a hipoteca não é um direito real — mas quando muito um ônus real — porque "o direito real tem como características o ser um "jus in realienam", uma fração do direito de propriedade, e, como tal, é exercido diretamente sobre a coisa e pode ser oposto a todos os terceiros; enquanto que o credor hipotecário nenhum direito exerce sobre a coisa, mas, sim, sobre o valor dela, antes e depois de vendida".

"Assim, ao que transparece da opinião dos doutrinadores, não se antepõe maior obstáculo à adjudicação compulsória, no caso em exame.

"O que não se pode, independentemente de ação própria, é declarar nula, mesmo em parte, a hipoteca. Nesse particular, "data venia", a sentença excedeu-se."

3. Sustentam os recorrentes que, em assim decidindo, o acórdão denegou vigência aos arts. 756 do CC e 5.º do CPC, dissentindo, outrossim, de arestos de outros tribu-

nais, indicados na petição recursal e cujos destaques leio a fls.

4. Penso que não se verificaram os pressupostos em questão.

Duas foram as razões pelas quais resultou reformada a sentença para que não prevalecesse o cancelamento da inscrição da hipoteca. Uma, que não fora pedida; a outra que, nem assim, ficaria obstada a adjudicação, de resto mantida, eis que, apenas, sobre os imóveis pesaria o ônus real sobre eles instituído. Permitiu, todavia, o uso da ação competente para discutir o invocado cancelamento.

Assim procedendo, não vejo tenha denegado vigência ao art. 5.º do vigente CPC.

Dele, em verdade, não cuidaram, seja a sentença, seja o acórdão, à forma de questão incidental, e sobre ele não opuseram os autores, nela interessados, embargos declaratórios para dirimir possível omissão. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356.

De outra parte, nada adiantou o aresto sobre a nulidade da hipoteca, face ao art. 756 do CC. Apenas, porque omitto o libelo na porção, deixou expressa a ação própria.

Não disse, nem avançou admitir, que, se fora nula a constituição do ônus real, ainda assim seria indispensável a ação. E foi nesse rumo que se situaram os paradigmas, alguns deles focando hipóteses diversas.

Todavia, cabe assinalar que a inscrição da promessa de venda somente resultou inscrita no registro imobiliário, com as retificações que a tanto pudesse proporcionar, após a inscrição da hipoteca.

E, sem ela, não haveria falar em direito real oponível a terceiros, como sempre se reconheceu, o que poderia afastar a consideração de nula a hipoteca, como se invocou, com base no art. 756 do CC. Mas, isto é tema para outra ação por ventura a ser proposta.

5. Em conclusão, não verificados nem a negativa de vigência dos preceitos citados, nem o dissídio, como se faria mister, nos termos do Regimento Interno, art. 305 (Súmula n. 291), descabe o conhecimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

Decisão: Não conhecido, unânime.

Presidência do Min. Thompson Flores. Presentes à sessão os Mins. Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra. Ausentes, justificadamente, os Mins. Xavier de Albuquerque e Moreira Alves. 2.º Subprocurador-Geral da República, Dr. Joaquim Justino Ribeiro.

REGISTRO

Promessa de cessão — Omissão do estado civil do promitente cedente — Inexistência de alusão ao registro precedente — Inobservância de outros requisitos legais — Dúvida procedente.

Denega-se o registro de instrumento particular de promessa de cessão de direitos se não consta do contrato o estado civil do cedente, nem o número do registro precedente e não foram observados outros requisitos legais.

Apelação cível n. 270.642 — São Paulo — Apelante: Carmine Capua Filho — Apelado: Oficial do 15º Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 270.642, da comarca da Capital, em que é apelante Carmine Capua Filho e apelado o Oficial do 15.º Cartório de Registro de Imóveis da Capital: Acordam, por votação unânime, negar provimento ao recurso, pagas as custas "ex lege".

1. Insurge-se o recorrente contra a sentença que, acolhendo dúvida, denegou registros de instrumentos particulares, que careceriam de vários requisitos de acesso ao registro público. O recurso argumenta com que o apresentante estaria na posse da coisa, assegurada por decisões judiciais, e não se justificaria rigoroso formalismo para reconhecer a eficácia e a validade de instrumento particular.

2. Inconsistente o recurso.

Posto se deplora a situação concreta do apresentante, na faina de regularizar, se não assegurar, a materialização dos seus direitos aquisitivos do apartamento, esta não é razão bastante para contornar as vistosas deficiências dos instrumentos apresentados, que não atendem aos pressupostos de acesso ao registro imobiliário. A sentença guerreada foi minudente no realçar os impedimentos dos registros.

O contrato de promessa de cessão omite o estado civil do promitente cedente. Admitido que é casado (fls.), necessário se faz o consentimento da mulher, em se tratando de negócio cujo registro do instrumento outorgará direito real, assecuratório da transmissão forçosa da coisa (art. 235, n. I, do CC). A rigor, aliás, nem constam as exi-

gências do art. 176, parágrafo único, n. III, 2, "a", da Lei de Registros Públicos, que têm de ser observadas, segundo o princípio do "tempus regit actum", ainda que se cuide de título nascido antes da vigência da Lei n. 6.015, de 31.12.1973. Doutro lado, os acórdãos invocados, que se limitaram a apreciar e desatar questão possessória, não assecuraram dispensa da intervenção uxória ou dos outros requisitos de ingresso no registro de imóveis. Este Conselho, aliás, em data recente, teve oportunidade de acentuar a natureza real do direito consequente ao registro de promessa, conquanto não incidente sobre apartamento (apelação cível n. 269.731).

Acresça-se carência da alusão necessária ao registro precedente e à praxeada desvinculação previdencial, indispensável em cada negócio, arts. 222 e 223 da Lei de Registros Públicos e 154 do Decreto n. 77.077, de 24.1.1976. Porque se forrasse à necessidade de minuciosa descrição da coisa, era mister que em se versando de apartamento a cuja identificação bastariam referências menos pormenorizadas, o instrumento contivesse menção do registro da incorporação. Tais defeitos, não os suprem as declarações sobrevindas no curso deste procedimento de dúvida, pois cumpre indagar da coexistência de requisitos interiores aos títulos apresentados para registro (cf. RT 484/99 e apelação cível n. 269.516).

Revele-se, por derradeiro, que se não reconheceu a firma de uma testemunha, consoante é de rigor (art. 221, n. II, da Lei de Registros Públicos).

Inexequível o registro.

Ora, suposto se conceda caráter de promessa de cessão ao segundo instrumento,

como negócio jurídico preliminar subjacente ao recibo de sinal, também marcado de omissões, impossível seria autorizar-lhe o registro, enquanto ato subordinado ao registro prévio do já analisado instrumento de promessa. Denegado esse, inexcogitável aquele.

A solução às aflições do apresentante deve perseguida na ação de adjudicação compulsória já proposta, cujo bom sucesso independe

do registro do contrato (cf. RT 495/155). O que não faz senso é condescender nos pressupostos indeclináveis do registro imobiliário.

3. Do exposto, acordam negar provimento ao recurso, pagas as custas "ex lege".

São Paulo, 23 de junho de 1978 — ACÁCIO REBOUÇAS, pres. — ANDRADE JUNQUEIRA, corregedor geral e relator — COSTA MANSO, vice-pres.

CONDOMÍNIO

Venda de parte ideal localizada — Inadmissibilidade se não anuírem os demais condôminos.

Não há dúvida de que o condômino pode alienar sua parte indivisa. Mas, no estado de indivisão, o direito de cada sócio não se estende além de sua respectiva parte, nem se acha ainda localizado na coisa comum. Portanto, a nenhum é lícito dispor dela em sua totalidade ou de uma parte materialmente fixada.

Apelação cível n. 966/77 — Curitiba — Apelante: Marli Borges — Apelada: A Justiça (TAPR).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 966/77, de Curitiba, 14.^a Vara, em que é apelante Marli Borges e apelada a Justiça.

A dúvida suscitada pelo digno Oficial da 4.^a Circunscrição de Imóveis desta Capital, em torno da compra e venda lavrada no 3.^o Tabelionato, livro 343, fls. 155, traslado de fls. 6 a 8 verso, de que foi outorgante vendedor o Espólio de Elias Moisés Schelela, referente à parte ideal de 183 m² do lote n. 29 da Planta Elias Schelela e restrita às edificações e benfeitorias localizadas na referida área, foi julgada procedente pela sentença proferida a fls., mediante o fundamento de que, sendo a aludida área indivisível, por força de lei municipal, a matrícula, tendo a apelante como exclusiva proprietária de supramencionadas benfeitorias, não era admissível.

Nas razões de apelação, de fls., a recorrente sustenta que não pretende a matrícula ao efeito de individualizar no imóvel em comum as edificações e benfeitorias, senão para constituir o condomínio; havia já precedente, quando em favor de Joaquim José Albano foi o registro procedido, embora irregularmente, como se sublinha na sentença

recorrida, mas de qualquer forma criando situação de desigualdade entre as partes; essa situação se agravava porque as partes beneficiadas com o registro irregular perdiam interesse na constituição do condomínio; assim o interesse dela apelante não era forçar o digno Oficial do Registro de Imóveis a reicindir no equívoco, mas que fosse corrigido o erro e regularizado o condomínio.

2. A matéria no tocante à inadmissibilidade da compra e venda de edificações e benfeitorias localizadas em imóvel indivisível foi magnificamente exposta, quer pelo emérito Dr. Juiz "a quo", na sentença recorrida, neste passo, a fls.

3. Como bem esclarece Orlando Gomes, "Para definir os direitos e obrigações próprios de uma situação de condomínio, é indispensável ter uma noção segura de parte ideal. É a fração que, na coisa indivisa, corresponde a cada condômino. Há, portanto, uma justaposição de direitos de propriedade sobre cotas abstratas. Mas, cada proprietário, como esclarece René Dekkers, pode se dizer dono, por sua parte, da coisa comum, na sua integralidade. Seu direito não se circunscreve, com efeito, à parte ideal. Estende-se a toda a coisa" ("Direitos Reais", n. 167). Por isso que, como salienta Caio Má-

rio da Silva Pereira, "no condomínio, a idéia mestra está no 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 nos consócios ou co-proprietários" ("Condomínio e Incorporações", n. 33). Em conseqüência, no condomínio, onde cada condômino exerce seu domínio sobre toda a coisa comum, não é possível que algum deles seja proprietário exclusivo de uma parte, mesmo que se trate de construção.

Diferente seria evidentemente se fosse o caso da chamada "propriedade horizontal", em relação à qual "cada condômino de um edifício coletivo guarda poder exclusivo sobre a sua unidade, e sujeita-se à comunhão do terreno, dos alicerces, das paredes externas, do pórtico de entrada, das áreas de serviço, dos elevadores, daquilo enfim que se torna indispensável à coesão orgânica de um conjunto econômico-jurídico" (Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., n. 34).

Segundo admitiu a própria impugnante, o terreno é indivisível nos termos da lei local. Logo, o que evidentemente se pretende, através da escritura impugnada, contornando as posturas municipais que proíbem a subdivisão de lotes de tamanho reduzido, é delimitar partes abstratas e dividir imóvel indivisível. Mas, "quando se proíbe um fato, implicitamente ficam vedados todos os meios conducentes a realizar o ato condenado, ou iludir a disposição impeditiva" (Carlos Maximiliano, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", n. 229, IV).

E quer, no judicioso parecer da ilustrada Procuradoria-Geral da Justiça, da lavra do

nobre e culto Promotor de Justiça convocado, Dr. Sílvio de Albuquerque Maranhão, nos seguintes tópicos, a fls.: "Com efeito, a matéria sob exame versa a admissibilidade ou não de ser levada a registro escritura pela qual o condômino aliena sua parte indivisa, mediante indicação expressa da área, já que nela está erigida uma construção que se pretende, também, registrá-la.

"Evidentemente, tal registro é absolutamente impossível, eis que a lei veda expressamente que seja levada a registro escritura pela qual o condômino aliena sua parte indivisa, individualizando-a, como se fora coisa certa e determinada.

"Como bem salienta o ilustre Juiz prolator da decisão recorrida, que no condomínio, onde cada condômino exerce o seu domínio sobre toda a coisa comum, não é possível que algum deles seja proprietário exclusivo de uma parte, mesmo que se trata de construção.

"Tal é o entendimento de nossos tribunais: "Não há dúvida que o condômino pode alienar sua parte indivisa. Mas, no estado de indivisão, o direito de cada sócio não se entende além de sua respectiva parte, nem se acha ainda localizado na coisa comum; portanto, a nenhum é lícito dispor dela em sua totalidade ou de uma parte materialmente fixada" (RT 261/301).

4. Ante o exposto: Acordam os Juízes da 2.^a Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento à apelação. Custas "ex lege".

Curitiba, 30 de março de 1978 — JORGE ANDRIGUETTO, pres. — LEMOS FILHO, relator — PLÍNIO CACHUBA.

MANDATO

Procuração "ad negotia" — Irrevogabilidade — Preço a critério do mandatário — Dispensa de prestação de contas — Configuração da "in rem suam" — Venda pelo mandatário a si próprio — Validade — Inteligência do art. 1.133, n. II, do Código Civil.

Quem insere cláusula de irrevogabilidade em mandato não pode revogar.

Quando o procurador é investido de poderes para tratar de certo negócio, como coisa sua, no seu próprio interesse, fazendo suas as vantagens do mesmo negócio, definido está o mandato em causa própria.

O procurador em causa própria pode transferir a outrem ou a si mesmo o objeto do mandato.

Apelação cível n. 240.652 — Itanhaém — Apelantes: Antônio Alceu Tavares e sua mulher e outros e Waldemar Augusto Pereira e sua mulher e outros — Apelados: Os mesmos (1ª TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação n. 240.652, da comarca de Itanhaém, sendo apelantes e apelados Antônio Alceu Tavares e sua mulher e outros e Waldemar Augusto Pereira e sua mulher e outros: Acordam, em 1.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, adotado o relatório de fls., por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao apelo dos autores na ação principal para elevar a verba honorária a 5% sobre o valor da causa, mantida a proporção da sentença, e negar provimento às demais apelações.

Extrai-se dos autos que os litigantes varões constituíram uma sociedade comercial em Itanhaém, denominada Auto-Posto Itacar Ltda.

Em seguida, tornaram-se compromissários compradores de lotes de terreno naquela cidade, alugando-os à sociedade, que neles edificou instalações para a exploração de seu comércio.

Os réus mais tarde desligaram-se da sociedade, consoante a alteração contratual de fls., dando-se por pagos e satisfeitos de seus haveres sociais, assumindo os sócios remanescentes integral responsabilidade pelas dívidas da firma (fls.).

Os sócios que se retiraram, juntamente com suas mulheres, passaram procuração aos remanescentes para a venda dos imóveis aludidos no referido compromisso, segundo ins-

trumentos de fls., em caráter irrevogável, competindo aos mandatários a fixação do preço, sem obrigação de prestação de contas de seus atos.

Em oportunidade subsequente, os sócios que permaneceram na sociedade cederam suas cotas a terceiros e trataram de vender os imóveis. Serviram-se para tanto das aludidas procurações, substabelecendo-as a Joaquim de Almeida Batista que, em nome dos outorgantes, anuiu na alienação dos imóveis aos próprios autores.

Os réus, sabedores do fato, cuidaram de revogar aquelas procurações e apreçoaram o intento de anular a venda, chegando a aforrar protesto contra a alienação de bens.

Sustentam os autores que as mencionadas procurações foram em causa própria e destinaram-se a compensá-los pelas extensas dívidas sociais que assumiram, não tendo sentido a pretensão dos réus de exigir-lhes prestação de contas da venda dos imóveis.

Os réus, de seu turno, argumentam que as referidas dívidas se compensaram com sua parte no patrimônio da sociedade, de que abriram mão ao deixá-la. O negócio jurídico relativo aos imóveis nada tem a ver com sua retirada da sociedade e os autores não se desobrigaram da prestação de contas, sem embargo dos termos em que vazadas as procurações. Ademais, a indigitada venda é nula, já que violadora do preceito contido no art. 1.133, n. II, do CC.

Criou-se, pois, clima de incerteza, a suportar solução por via da ação declaratória. Presta-se esta, como ensina Alfredo Buzaid, à "declaração de existência ou inexistência de uma relação jurídica, oriunda de cláusula contratual, reputada nula por uma parte e válida pela outra" ("Ação Declaratória", pág. 102). No mesmo sentido sempre julgou esta Corte: RT 450/142, 430/165 etc.

A incerteza no caso resulta dos termos das citadas procurações e da apontada alteração do contrato societário.

A prova dos autos mostra sem dúvida que os dois negócios referidos estavam entrelaçados e as procurações em causa própria foram outorgadas para que os autores pudessem ressarcir-se das dívidas contraídas com a retirada dos réus.

Arthur de Oliveira Filho, antigo sócio da firma, dela retirante nas mesmas condições dos réus, asseverou que os autores ficaram com os imóveis para se pagarem e os réus somente se rebelam contra o avençado porque entenderam que o negócio acabou não sendo bom, exigindo mais Cr\$ 20.000,00 para não impugnar a venda.

De outro modo, aliás, não teriam explicado as procurações em causa própria outorgadas. E que elas são desta natureza, não se vacila. Deixou-se a fixação do preço por conta dos mandatários. Facultou-se o poder de representação no interesse dos outorgados. Foram eles dispensados de prestar contas aos mandantes. Consignou-se a irrevogabilidade das procurações.

Estão aí os requisitos da procuração em causa própria, como se lê em Pontes de Miranda, "Tratado de Direito Privado", tomo 43/142 e segs.

Nem importa que elas não contivessem cláusula expressa a respeito, pois, como já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: "Embora lhe tenha sido dada denominação diversa, considera-se como mandato em causa própria o contrato que contém todos os elementos característicos desse instituto" (RT 298/367).

Por isso mesmo que se trata de procurações deste teor, não há violação do art. 1.133, n. II, do CC, já que é da essência do instituto adquirir o procurador o direito ao objeto sobre que versa a procuração.

Pontes de Miranda lembra que: "Tanto o procurador pode transferir a outrem como a si mesmo e, se o bem é divisível, a duas ou mais pessoas, dentre as quais se pode pôr" (ob. e loc. cit., pág. 157).

É inquestionável, em síntese, que os autores adquiriram o direito à venda dos imóveis, a eles próprios, se quisessem, sem obrigação de prestar contas, porque assim expressamente se convencionou e porque as relações jurídicas subjacentes não levam a outra conclusão.

A situação de incerteza provocada pelos réus merecia deslinde pela via declaratória, a despeito de pecados técnicos da inicial, que, contudo, não prejudicaram os réus.

A condenação dos duplicados em perdas e danos não era de decretar-se, porque não houve provas pertinentes, não derivando danos do simples ajuizamento do protesto contra a alienação de bens.

Quanto à sustação desta medida, objeto do apenso, embora inadmissível a coisa julgada na ação cautelar, não havia motivos para revogá-la àquela altura e o Juiz bem andou ao indeferir o pedido de contracautela dos autores.

Estes têm razão no tocante à verba honorária. Fixado o valor da causa, sem impugnação, em Cr\$ 1.500.000,00, a honorária de Cr\$ 15.000,00 é irrisória, cabendo elevá-la a 5% do valor da demanda, já que não incidente a norma do art. 20, § 3.º, do CPC.

A repartição dos encargos da sucumbência foi bem estabelecida pela sentença. O pedido principal era o declaratório, em relação ao qual triunfaram os autores. Não satisfeitos no secundário de perdas e danos, estavam jungidos a 1/3 da sucumbência. Custas na forma da lei.

São Paulo, 18 de abril de 1978 — MACEDO BITTENCOURT, pres. com voto — CARLOS ANTONINI, relator — CARLOS ORTIZ, vencedor, com a seguinte declaração de voto:

1. Com o eminente Juiz Relator, dou provimento, em parte, à apelação dos autores na ação, a fim de elevar a verba honorária a 5% sobre o valor da causa, e nego provimento à apelação dos réus e à dos autores na medida incidente.

2. Não merece prosperar a apelação dos réus, que não afeta os jurídicos fundamentos de mérito da sentença recorrida, bem lançada, da lavra do Juiz Luiz Antônio Morato de Andrade.

Os réus constituíram, em 3.11.1967, com o autor Waldemar de Oliveira Filho, uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada com sede em Itanhaém para explorar o ramo de comércio de veículos, peças, acessórios, combustíveis, lubrificantes e oficina

mecânica, com o nome de Auto-Posto Itacar Ltda. (fls.). No dia 17.11.1967, os quatro sócios, em nome próprio, compromissaram a compra de imóvel onde passou a funcionar o estabelecimento da firma (fls.), lá sendo erguidos dois prédios comerciais devidamente averbados no registro imobiliário (fls.).

Em 30.6.1970, os dois autores varões, Arthur de Oliveira Filho e o réu Antônio constituíram outra sociedade por cotas de responsabilidade limitada para exploração do mesmo ramo, com sede em São Vicente, denominada São Vicente Veículos Ltda. (fls.).

Em princípios de 1973, os réus e Arthur retiraram-se de ambas as firmas: em 4.1.1973, efetivava-se a alteração do contrato social da Itacar Ltda. com o ingresso do autor Fausto e a saída dos réus e de Arthur, que se declararam "pagos e satisfeitos de seus haveres relativos ao capital subscrito e integralizado, tão-somente, pelo que dão e recebem plena e geral e irrevogável quitação referente aos negócios sociais" (fls.). Na São Vicente Veículos, em 8.1.1973, por instrumento particular, o réu Antônio cedeu suas cotas aos autores, dando quitação de seus haveres (fls.), o que restou reiterado na alteração do contrato social, datada de 9.1.1973 (fls.).

Nessa mesma época, em 4.1.1973, os réus outorgaram aos autores procurações com poderes especiais, irrevogáveis e irretroatáveis, para outorgarem a escritura do imóvel do estabelecimento da Itacar Ltda. "a quem entender", podendo aceitar condições, receber citações e substabelecer, dispensados expressamente de prestação de contas (fls.).

Com base nessas procurações, que substabeleceram a terceiro, foi outorgada aos autores a escritura definitiva do imóvel pelo espólio do promitente vendedor, comparecendo o substabelecido como anuente em nome dos réus (fls.).

Posteriormente, vieram os autores a ser notificados de revogação das procurações, tendo os réus, ainda, tentado medida cautelar de protesto contra alienação de bens (primeiro apenso), indeferida em primeiro grau, mas acolhida por aresto da 5.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça (fls. do primeiro apenso).

Os autores, que já transferiram a terceiros a firma Itacar Ltda. e o imóvel, objetivaram, ante o comportamento dos réus, obter, por via da presente ação declaratória, o reconhecimento judicial da inexistência de qualquer relação jurídica pendente com os mesmos, cumulando esse pedido com o de

perdas e danos decorrentes da conduta dos réus. Incidentalmente, postularam o cancelamento do protesto contra alienação de bens (segundo apenso).

Era mesmo de se declarar a inexistência de qualquer relação jurídica pendente entre os litigantes, descabida a tentativa de revogação dos mandatos e impertinente a alegação de que nula seria a anuência dada pelo terceiro substabelecido, em nome dos réus, quando da outorga da escritura definitiva aos autores.

Bastaria a circunstância de ser irrevogável o mandato para que não se pudesse revogá-lo, nos termos expressos do art. 1.317, n. 1, do CC. Já prevaleceu, especialmente na jurisprudência, o entendimento de que a cláusula de irrevogabilidade no mandato constituiria obrigação de fazer, que, inadimplida por ulterior revogação, acarretaria, simplesmente, indenização por perdas e danos. Tal entendimento, ainda que tenha o endosso de Washington de Barros Monteiro, está hoje totalmente superado. Carvalho Santos bem coloca a questão ao anotar que, em primeiro lugar, "a admitir-se que a cláusula de irrevogabilidade do mandato importasse apenas em uma obrigação de não fazer, inútil e desnecessário seria o art. 1.317 do CC, por não haver necessidade de o legislador reproduzir com relação ao mandato um princípio geral por ele firmado. Em segundo lugar, porque não se fazia mister declarar nula a revogação do mandato, para que esta fosse a sanção imposta contra a cláusula que estipulou a irrevogabilidade do mandato, precisamente porque declarando expressamente que o mandato é irrevogável, implicitamente proíbe ao mandante revogá-lo; a transgressão dessa proibição importará, sem dúvida, em nulidade, de vez que, não permitindo a prática do ato, naturalmente lhe nega qualquer efeito" ("Código Civil Brasileiro Interpretado" vol. XVIII/314-315, Ed. Freitas Bastos, 7.ª ed., 1961). No mesmo diapasão, Pontes de Miranda coloca que "o mandato não revogável não é mandato com a obrigação, para o outorgante, de não o revogar. É, objetivamente, irrevogável. A obrigação (o dever) de não revogar seria outro efeito, que não se confundiria com o de irrevogabilidade. Quando o mandante ou o outorgante da procuração insere a cláusula de irrevogabilidade, cessa o poder de revogar. Ser irrevogável não significa haver, para o outorgante, obrigação de não revogar. Os que incorrem em confusão mergulham em passado que desconhecia a irrevogabilidade do man-

dato ou da procuração. Sem razão, portanto, todos os julgados que pretenderam reduzir a irrevogabilidade à existência de dever de não revogar. Quem insere cláusula de irrevogabilidade não assume dever e obrigação de não revogar: não pode revogar. O seu ato de revogação seria como o de quem manifestasse a vontade de revogar manifestação de vontade que subscreveu em letra de câmbio, ou nota promissória, já emitida" ("Tratado de Direito privado", vol. XLIII/80, Ed. Borsoi, 2.^a ed., 1963, § 4.690, n. 1). Esse é, igualmente, o magistério de Serpa Lopes ("Curso de Direito Civil", vol. IV/298-302, Ed. Freitas Bastos, 1.^a ed., 1958, ns. 589 a 591) e de Sílvio Rodrigues ("Direito Civil", vol. III/319, Ed. Max Limonad, 2.^a ed., n. 129). Esse é entendimento que é, atualmente, iterativo na jurisprudência (RT 405/380 e 413/335), inclusive do Pretório Excelso (RTJ 47/177).

É bem verdade que, no caso em exame, os autores, por via do substabelecimento, utilizaram-se dos mandatos para a anuência dos mandantes à outorga da escritura definitiva do imóvel em nome deles, mandatários. Vedando, o art. 1.133, n. II, do CC, a compra pelos mandatários de bens, de cuja administração ou alienação estejam encarregados, poder-se-ia supor, "prima facie", que o referido negócio seria nulo, porque infringente desse dispositivo impeditivo.

Acontece que, ao revés do que se afirmara no acórdão da 5.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça, ao exame perfunctório dos instrumentos de procuração, no âmbito da medida cautelar, ainda que dos mandatos de fls. não tenha constado, expressamente, cláusula "in rem suam", ou "in rem propriam", foram os mesmos, inequivocamente, outorgados em causa própria. Atente-se, em primeiro lugar, que os mandatos foram feitos na época em que os mandantes retiraram-se das sociedades, dando quitação de seus haveres e cientes de que a Itacar Ltda. teria seguimento com a admissão de novos sócios, por isso que, como é óbvio, o imóvel não iria ser vendido a terceiros. Quando, pois, consignado ficou nos mandatos que a venda seria feita a quem os mandatários entendessem, abrangia-se a situação óbvia de ser a escritura outorgada aos próprios mandatários. Outrossim, indubitado que as procurações foram feitas no exclusivo interesse dos autores, delas constou a cláusula de irrevogabilidade e, em especial, a isenção daqueles a qualquer prestação de contas. Com esses expressivos, amplos e ilimitados poderes, sem limites quanto a preço e condições, não resta dúvida de que os mandatos foram

"in rem propriam". Como, a propósito, leciona Sílvio Rodrigues, "a procuração em causa própria é aquela outorgada no interesse exclusivo do mandatário. Por isso é negócio de natureza diversa do mandato ordinário, que visa a atender interesse do mandante. Assim, ao contrário do mandato ordinário, é negócio irrevogável, isenta o mandatário do mister de prestar contas e compreende todos e quaisquer poderes necessários para alcançar os fins constantes do mandato" (ob e vol. cit., n. 129, pág. 319). Tais requisitos do mandato em causa própria são também assinalados por Pontes de Miranda, assentado em Coelho da Rocha (ob e vol. cit., § 4.699, n. 2, pág. 143). Reynaldo Porchat, calçado em Ramalho, já assinalara que "procurador em causa própria é aquele que trata de negócios por utilidade própria e não do mandante" ("Pandectas Brasileiras", vol. III/327). E. Carlos de Carvalho, na sua "Nova Consolidação das Leis Cíveis", pontificara que, "se ao mandatário pertencer todo proveito e dano do mandato, será considerado procurador em causa própria" (art. 1.339). Com esteio nesses ensinamentos, assinala-se em julgado da 4.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça, relator o Des. Ferreira de Oliveira, que, "quando o procurador é investido de poderes para tratar de certo negócio, como coisa sua, no seu próprio interesse, fazendo suas vantagens do mesmo negócio, definido está o mandato em causa própria" (RT 271/467). Em julgado anterior, o Min. Mário Guimarães, apoiado em Lafayette, já consignará que "o contrato caracteriza-se e qualifica-se pela natureza do objeto e das cláusulas estipuladas, e não pela denominação que as partes lhe dão, a qual, por ignorância do Direito, pode ser errada. Se as partes, chamando ao contrato procuração, tiveram por fim fazer uma cessão de direito, como cessão há de ser considerada" (RT 85/47). Finalmente, outro aresto da 5.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça, relator o Des. Alcides Faro, tem a seguinte ementa: "Embora lhe tenha sido dada denominação diversa, considera-se como mandato em causa própria o contrato que contém todos os elementos característicos desse instituto" (RT 298/367).

Ora, sendo, ainda que sem cláusula expressa, "in rem suam" os mandatos de fls. e só por isso não se haveria de invocar a vedação do art. 1.133, n. II, do CC. Como ainda uma vez, leciona Pontes de Miranda, na procuração em causa própria, "o que se transfere não é direito de crédito, ou de propriedade, ou outro direito transferível: é o poder de transferi-lo, com todo proveito

e dano desde o momento em que se deu a procuração em causa própria. Tanto o procurador pode transferir a outrem como a si mesmo e, se o bem é divisível, a duas ou mais pessoas, dentre as quais se pode pôr. Há, portanto, atribuição de direito formativo dispositivo. Não houve a transferência do direito de que se pode dispor, houve a transferência ou a constituição do poder de dispor do direito como seu" (ob. e vol. cit., § 4.700, n. 3, pág. 157).

Esclarecedor, a propósito da matéria, nos autos, o depoimento do outro sócio, que se retirou da Itacar Ltda. à mesma época e também outorgou procuração aos autores, no mesmo teor das ora examinadas (fls.).

Assim, em resumo, os mandatos de fls., com cláusula de irrevogabilidade, contendo poderes amplos e dispensando os autores de prestação de contas, efetivados ao tempo em que os réus saíam das sociedades e davam aos autores quitação de seus haveres, foram em causa própria, no interesse único dos mandatários, que, assim, poderiam, como o fizeram, substabelecer para que o substabelecido comparecesse pelos mandantes à outorga da escritura definitiva em favor deles, mandatários e substabelecidos.

Era, por conseguinte, descabida a serôdia revogação e válida fora a outorga da escritura definitiva aos autores legitimados para postulare a declaração judicial da inexistência de relação jurídica pendente com os réus.

3. Não dou abrigo, todavia, à pretensão dos autores, quando postulam indenização por perdas e danos. É que, a destempo a pretendida revogação pelos réus, não surtiu a mesma qualquer efeito; como não surtiu

efeito o protesto contra a alienação de bens pelos mesmos requerido, posto que, embora deferido em segundo grau, não chegou a ser executado. Não houve, portanto, prejuízo algum que comportasse ressarcimento, nem os autores lograram produzir prova de danos outros que lhes houvessem causado as atitudes dos réus.

4. A apelação nos autos da medida incidente de cancelamento do dito protesto, igualmente, não merece prosperar. Ainda que, efetivamente, não tenha o efeito da "res judicata" a decisão concessiva de medida cautelar, é bem de ver que, no caso em exame, subsistiam, até então, as razões que determinaram o seu deferimento pelo Tribunal de Justiça. Ademais, não seria cabível o cancelamento em primeira instância de medida deferida em segunda instância, salvo se ocorridos fatos supervenientes, não mencionados no pedido de cancelamento.

5. Merece guarida, por último, o apelo dos autores, relativamente à verba honorária. O valor da causa, não impugnado, foi de Cr\$ 1.500.000,00, por isso que a verba arbitrada na sentença foi de 1%, que se há de ter como ínfima, não correspondente aos critérios do § 3.º do art. 20 do CPC. Como a procedência da ação foi parcial, reajusto os honorários advocatícios dos autores, a serem pagos pelos réus, ao valor correspondente a 5% do valor da causa.

6. Por essas razões, que me permiti somar aos excelentes fundamentos do voto do eminente Juiz Relator, também dei provimento, em parte, à apelação dos autores na ação, a fim de elevar a verba honorária a 5% sobre o valor da causa, negando provimento aos demais recursos.

DOAÇÃO

Reserva de usufruto e imposição de cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade — Extinção do "jus utendi" — Subsistência das disposições restritivas — Recurso provido.

A extinção do usufruto estipulado numa mesma escritura de doação juntamente com as cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade não importa na extinção destas últimas cláusulas.

Apelação cível n. 9.823 — Frutal — Apelante: Ministério Público — Apelados: Bertoldino Antunes de Oliveira Filho e sua mulher (TAMG).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 9.823, da comarca de Frutal, sendo apelante Ministério Público e apelados Bertoldino Antunes de Oliveira Filho e sua mulher: Acorda, em Turma, a 1.ª Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls. e sem divergência na votação, dar provimento, pelos fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas, devidamente autenticadas, que ficam fazendo parte integrante desta decisão. Custas na forma da lei.

Belo Horizonte, 2 de março de 1977 — OLIVEIRA LEITE, pres. e relator — LINCOLN ROCHA — OTTOGAMIZ DE OLIVEIRA.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O Juiz Oliveira Leite: E. Câmara, Dr. Procurador-Geral do Estado, eminente Dr. Advogado do apelante. O Dr. Aristóteles Atheniense disse bem que a tese perfilhada nesse processo não é inédita. Para mim, sei que não é, mas continua surpreendente porque, na realidade, mais surpreendente ainda se torna depois de adotada pela palavra do brilhante orador, que amplia um pedido de lineamentos próprios a uma verdadeira ação de fundo contencioso, invocando a nulidade da escritura pela incapacidade de uma das partes, pedido que, a meu ver, não se comporta na estreiteza da medida requerida pelo apelado.

Reconheço que a matéria se tornou polêmica após um comentário isolado do eminente Prof. Washington de Barros Monteiro. Mas já está se pacificando, como se pode

verificar através de um mero estudo, de um mero repasse na jurisprudência atual.

Meu voto, em suma, é o seguinte: a legitimidade recursal do nobre órgão do Ministério Público é ponto pacífico em lei (art. 499, § 2.º, do CPC).

Conheço do recurso.

É até certo ponto surpreendente a celeuma levantada com a densa corrente jurisprudencial, anotada pelo apelado varão, em torno do forçado cancelamento das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, quando se extingue o usufruto estipulado numa mesma escritura de doação. Na verdade, o direito codificado, dada a eloquência do art. 1.676 do CC, jamais abrigou dúvidas a respeito. Nenhuma conotação existe entre as cláusulas: enquanto uma, a reserva de usufruto, limita uma parcela da propriedade ("jus utendi"), as outras limitam outra parcela ("jus disponendi"). Sempre puderam coexistir e sempre as últimas puderam sobreexistir à primeira. Embora arrolado entre as "disposições testamentárias em geral", o art. 1.676 admite ou amplia até as doações, "data venia" inclusive de opiniões do tomo das que se lêem em Itabaiana de Oliveira. Por melhores razões, se as cláusulas são admissíveis em célula testamentária, de cunho originariamente unilateral, elas encontram maior receptividade na doação, em que as vontades convergem na formação do contrato. A doação de que tratam os autos é perfeita e acabada. O que tinha de nitidamente ineficaz foi suprimido com a desistência do direito de um segunda usufrutuária, contemplada por uma disposição de usufruto sucessivo — esta, sim, írrita e inaceitável. Não se discute o desprestígio das cláusulas cerceadoras da circulação de riquezas.

Ao juiz deve bastar a imperatividade da lei — “jus cogens” — proibindo a invalidação da cláusula em qualquer caso, salvo expropriação e execução por dívidas fiscais, para deter-se no seu trabalho de aplicação da lei. Esta, quando pretendeu evoluir ou afrouxar a severidade da norma, estabeleceu a sub-rogação como fórmula nova e tendente a suavizar a paralisia econômica resultante da inalienabilidade.

“Data venia” da jurisprudência citada, estou com o parecer do eminente Dr. Procurador-Geral do Estado. As cláusulas não podem ser emasculadas, em jurisdição graciosa, por razões que não se sustentam no bom Direito e que se inspiram numa premissa falsa, “data venia”, como a de que a cessação de uma (usufruto) implica a cessação das outras. Por esta razão é que, dispensando-me de colecionar acórdãos (pois que os há de parte a parte) — v. a propósito, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo in RT 487/56 — dou provimento à apelação e reformo a sentença para indeferir o pedido inicial. Custas pelos apelados.

O Juiz Lincoln Rocha: Cogita-se, no presente recurso, se, extinto o usufruto, subsistem ou não as cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade impostas na doação.

A matéria não é pacífica, porém é de se reconhecer que a jurisprudência dominante neste Tribunal (apelação n. 4.884) e no Tribunal de Justiça (in “Jurisprudência Minei-

ra” XXXII/504-505, n. 3) não favorece a tese sustentada com brilhantismo pelo Dr. Aristóteles Atheniense em nome dos apelados.

Tenho entendido, na esteira do excelente parecer da douta Procuradoria do Estado, da lavra do Dr. Pedro Rolla Sobrinho, que, em se tratando de usufruto pelo doador, a permanência dos vínculos restritivos não transgride a doação e está em perfeita consonância com o art. 1.676 do CC, segundo o qual a cláusula de impenhorabilidade e inalienabilidade temporária ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, salvo nos casos de expropriação por necessidade ou utilidade pública, ou de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade.

Pretendeu o legislador manter íntegra a vontade de quem doou e, no caso vertente, a restrição está expressa no item 5 da escritura de doação, de forma clara e indiscutível (fls.).

Diante disso, nos termos do parecer da douta Procuradoria do Estado, dou provimento, acompanhando o eminente Juiz Relator. Custas na forma da lei.

O Juiz Ottogamiz de Oliveira: Ouvi com atenção os votos de V. Exas. e também o que disse o advogado em brilhante tese.

Dou provimento à apelação.

MANDATO

Outorga ao marido — Utilização em compromissos de venda de imóveis — Escrituras definitivas outorgadas após o falecimento da mulher — Validade.

Se o marido, como procurador da esposa, celebrou compromisso de venda de imóveis são válidas as escrituras definitivas outorgadas após o falecimento da mulher, pois o mandato não cessou, de acordo com a exceção prevista no art. 1.308 do Código Civil.

Apelação cível n. 264.416 — São Paulo — Apelantes: Miguel Munhoz Bonilha e sua mulher — Apelados: Irene de Castro Straviotti e outros (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação cível n. 264.416, de São Paulo, em que são apelantes Miguel Munhoz Bonilha e sua mulher, sendo apelados Irene de Castro Straviotti e outros.

1. Trata-se de pedido de nulidade de duas escrituras de compra e venda de imóveis, passadas depois da morte da esposa do vendedor, utilizando-se este de antiga procuração que lhe dera a falecida (pedido de anulação que envolve, por via de consequência, as respectivas transcrições imobiliárias).

Autores são os herdeiros da esposa do vendedor; réus são os compradores.

A contestação foi no sentido de que as escrituras se lavraram há mais de 10 anos e, assim, ocorreram as prescrições extintiva e aquisitiva dos arts. 178, § 9.º, n. V, "b", e 551, do CC; no mérito, dizem os réus que as escrituras apenas formalizaram negócios efetivamente realizados em vida de ambos os vendedores, tendo sido lavradas na presença de filhos ou pelo menos com o pleno conhecimento destes, entre os quais os autores. Os contestantes afirmam que ignoravam, na ocasião, o falecimento da mulher do outorgante da escritura de venda. Admitem, agora, o falecimento dela, mas alegam boa-fé. O vendedor utilizou-se de procuração, também de boa-fé, para evitar, naturalmente, as despesas de alvará judicial. Por último, argumentam que os autores não provaram que os imóveis alienados iriam, pelo direito hereditário, integrar suas legítimas.

Regularmente instruída a causa, foi proferida a sentença, cujo relatório mais circunstanciado se adota (fls.): o Magistrado julgou a ação procedente.

Dai a apelação dos vencidos, normalmente processada. Pleiteiam a reforma integral da sentença ou, pelo menos, o reconhecimento da validade dos negócios, relativamente à meação do vendedor, ou, ainda, noutras palavras, o reconhecimento de que os réus, pelas escrituras, adquiriram o direito de meação do vendedor.

2. Os pais dos autores, Florentino Vaz da Silva e Clélia de Castro Silva, quando esta última estava viva, compromissaram a venda dos imóveis, objeto das escrituras cuja nulidade agora se argúi, ao réu varão (v. o documento de fls., escrito em 14.11.1955, e a certidão de óbito da promitente vendedora, a fls., onde se vê que ela morreu em 21 de janeiro do ano seguinte). O marido, vendedor, dispunha, sem dúvida, quando assinou o compromisso de venda, de procuração da mulher, outorgada em 27.12.1929 (fls.).

Os vendedores receberam o sinal e as prestações, segundo confessou o varão, pai dos autores, nas escrituras públicas de venda dos imóveis (fls.) bem como, depois de ajuizada esta demanda, numa outra escritura pública de declaração, em que historiou os fatos e os motivos que o levaram a cumprir sua obrigação, após o falecimento de sua mulher (fls.).

Embora não estivesse com selos ou com a firma reconhecida, o compromisso de venda foi confirmado pelo vendedor, que, na ocasião, representava igualmente a esposa —

tanto assim que ele o cumpriu (e ainda, mais tarde, confirmou sua validade, na mencionada escritura pública de declaração).

No que se refere a terceiros, os autores não o são, em sua qualidade de descendentes, herdeiros e sucessores dos alienantes. Mas, se pudessem invocar a posição de "terceiros", receberiam a notícia do compromisso pela transcrição posterior das escrituras definitivas de venda no registro imobiliário.

O compromisso de venda, pois, que está nos autos, deve ser aceito como perfeitamente válido, tendo sido assinado a 14.11.1955, quando o pai dos autores, por si e como procurador da esposa, de quem os mesmos autores são herdeiros, recebeu a importância de 50.500 "cruzeiros", moeda da época, estipulando-se que o restante do preço o comprador pagaria em três parcelas mensais de Cr\$ 31.000,00 velhos. Essas parcelas conforme se infere pela confissão do vendedor, nas escrituras públicas referidas, foram pagas, assim, presumivelmente, em 14.12.1955, 14 de janeiro e 14.2.1956.

Quando a mãe dos autores faleceu, em 21.1.1956, a maior parte do preço da venda já estava paga (cerca de 3/4 partes).

Nessas condições, embora devesse o mandato extinguir-se, ou cessar, na hipótese, quando faleceu a mandante, antecessora dos autores, o procurador, que era o marido e pai dos mesmos autores, estava na obrigação legal de concluir aquele negócio, por si e na qualidade de mandatário da falecida esposa, em virtude de exceção à mencionada regra, prevista expressamente em lei (CC, art. 1.308).

Aliás, e além da hipótese expressamente prevista no art. 1.308 do CC, que se aplica à hipótese, inclusive sob o aspecto de "perigo na demora" da outorga da escritura definitiva, ante a possível negativa dos filhos em honrar o negócio (possibilidade que, agora, com esta demanda, tornar-se-ia certeza) — a doutrina admite outra exceção à regra de se extinguir o mandato com a morte do mandante: o mandato subsiste se foi dado no interesse comum do mandante e do mandatário, como aconteceu na espécie, em que estes últimos eram marido e mulher, em regime de comunhão de bens (Carvalho Santos, "Código Civil Brasileiro Interpretado", 2.ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1938, vol. 28/306 a 308, nota 4 ao art. 1.316, com apoio em Baudry-Wahl, Aubry et Rau e Paul Pont).

Assinale-se, a esta altura, que, com o falecimento do pai dos autores no curso da lide (fls.), estes se tornaram herdeiros e su-

cessores da mandante e do mandatário da procuração — origem das escrituras de compra e venda cuja nulidade argüem, pelo indevido uso (a seu ver) que o próprio genitor dela fizera, após a morte da mandante, esposa do mandatário e mãe dos mesmos autores...

3. Pelo exposto, o Tribunal de Justiça, em 3.^a Câmara Civil, sem divergência, pro-

vê ao recurso, para julgar improcedente a ação, invertido o ônus da sucumbência, com prejuízo das preliminares de prescrição.

São Paulo, 22 de dezembro de 1977 — FERREIRA DE OLIVEIRA, pres. — COSTA MANSO, relator — Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Arthur de Godoy e Pinheiro Franco.

REGISTRO

Nulidade decretada em procedimento de dúvida — Inadmissibilidade.

Em processo administrativo de dúvida, a que foram estranhos os atingidos pelo cancelamento, não é possível pronunciar, por via indireta, a nulidade do negócio jurídico para chegar à nulidade do registro respectivo.

Apelação cível n. 5.469 — Magé — Apelantes: Amélia Melo Anetzeder e outros — Apelados: Oficial do 1.^o Ofício do Registro de Imóveis e outro (TJRJ).

RELATÓRIO

O Oficial do Registro de Imóveis do 4.^o e do 5.^o Distritos do município de Magé, suscitou dúvida em transcrever escritura de venda de uma área de terras que fazia Catherine D'Urso a Aureliano Pinto Machado. Esta área é de 3.823.512 m².

Fundava-se a dúvida no fato de que, dentro dessa área, havia outras menores, pertencentes a terceiros, cujos títulos se acham inscritos uns e transcritos outros. Conclui a serventúria suscitante expondo que, da área total de 3.823.512 m², uma de 55.000 m² e outra de 286.250 m² já estão transferidas e 3.069.568 m² está prometida vender, por escrituras inscritas, restando apenas 412.694 m² em nome da transmitente.

Ouvido o suscitado (requerente do registro), pediu a declaração da nulidade das inscrições das promessas, eis que passadas por procuradores (mediadores) cujo mandato se teria extinguido com a morte do mandante (João de Souza Mendes) e de cujas escrituras não constaria alvará do Juízo sucessório.

O Ministério Público da comarca opinou pela nulidade "pleno jure" das inscrições, pronunciável de plano (fls.).

Pela sentença de fls., o MM. Juiz declarou a nulidade dos registros das escrituras de promessa de compra e venda, porque, "... sendo promitente vendedor o Espólio

de João de Souza Mendes, mister se fazia a autorização do Juízo orfanológico ... Esta não foi concedida nem à inventariante e nem aos mediadores... Daí não constar dos títulos nenhuma menção ao alvará de autorização" (fls.).

Intimadas as partes alcançadas pelo pronunciamento da nulidade, vieram os recursos de fls., acentuando — uns e outros — que teria havido erro na menção do espólio como promitente vendedor. As terras prometidas pertenceriam, com exclusividade, à Catherine D'Urso e não ao espólio. Catherine está viva e de pé o mandato por meio do qual foram outorgadas as questionadas escrituras. Os primeiros apelantes, para confirmar a asserção, juntaram a certidão de fls., da própria serventúria suscitante.

Contra-razões a fls.

A ilustrada Procuradoria, entendendo que a matéria só pode ser apreciada na via contenciosa, opina pelo provimento do recurso, ou melhor, dos recursos (fls.).

Rio de Janeiro, 27 de março de 1978.

DORESTE BAPTISTA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 5.469, em que são ape-

lantes Amélia Melo Anetzeder e outros; Alda Rodrigues Mello Costa e seu marido, apelados o Oficial do 1.º Ofício do Registro de Imóveis da comarca de Magé e Aureliano Pinto Machado: Acorda, unanimemente, a 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em dar provimento ao recurso para acolher a dúvida suscitada e indeferir a transcrição requerida. Custas pelo suscitado.

1. Relatório, fls., que a este se incorpora, na forma regimental.

2. As nulidades do registro são absolutas ou relativas. Não se confundem, todavia, com as dos negócios jurídicos objeto do registro. O negócio jurídico pode ser nulo, ou anulável, sem que o seja o respectivo registro, assim como o registro pode ser nulo, ou anulável, sem que o seja o negócio jurídico. É a lição de Pontes de Miranda ("Tratado", XI, § 1.230, n. 1). Embora — acrescenta-se — o pronunciamento da nulidade do título provoque, inevitavelmente, o esvaziamento do registro.

O mesmo autor, sem esgotar, enumera nulidades decretáveis de ofício: as que decorrem de não ter sido feito pelo oficial ou por seu substituto legal; o registro lançado em lugar impróprio; o registro feito noutra ofício (oficial incompetente).

Como no Direito anterior (art. 230), é também nulo o registro efetuado após sentença de abertura de falência ou do termo legal (art. 215).

Registros anuláveis seriam o erro na numeração dos registros; violência contra o oficial; simulação e fraude; transcrição de título entre vivos sem registro anterior do imóvel, ressalvado o caso de usucapião etc.

3. Na espécie em exame, as escrituras de promessa teriam sido passadas por espólio sem autorização judicial. Os primeiros apelantes juntam certidão do próprio Cartório afirmando que (pelo menos parte da área) pertenceria a Catherine D'Urso e não ao espólio. Este, só por equívoco, constara como promitente vendedor.

Mas, de qualquer forma, em processo administrativo de dúvida, a que foram estranhos os atingidos pelo cancelamento, não é possível pronunciar, por via indireta, a nulidade do negócio jurídico para chegar à nulidade do registro respectivo.

Só pela via contenciosa se faz idôneo o ataque à validade dos títulos registrados.

Rio de Janeiro, 18 de abril de 1978 — RODRIGUES SILVA, pres. — DORESTE BAPTISTA, relator.

CARTA DE ADJUDICAÇÃO

Documento resultante de processo executório — Certificado de Quitação do IAPAS — Desnecessidade — Dúvida improcedente.

O Certificado de Quitação com o IAPAS será necessário, enquanto ato do contribuinte devedor, para a expedição de carta de adjudicação ou arrematação, quando se configure possibilidade de fraude contra a credora autárquica. Dispensável o é, no entanto, para o registro imobiliário, em cuja sede não quadra discutir dos requisitos da expedição.

Apelação cível n. 270.748 — Nhandeara — Apelante: Caixa Econômica Federal — Apelado: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis e Anexos (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 270.748, da comarca de Nhandeara, em que é apelante a Caixa Econômica Federal e apelado o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis e Anexos da comarca: Acordam, por maioria, dar provimento ao recurso, pagas as custas "ex lege".

1. Insurge-se a recorrente contra a sentença que, acolhendo dúvida, sustentou exigência de apresentação do certificado de quitação para com o INPS, ao registro de carta de adjudicação, passada em processo executório. Argumenta o recurso com que essa não era a orientação prevalecente na jurisprudência, que tem dispensado a exibição do documento em casos idênticos.

2. Consistente o recurso.

A apresentação de certificado de quitação de débitos previdenciários não constitui pressuposto necessário do registro de cartas de adjudicação ou de arrematação de bens imóveis.

As contribuições, devidas à autarquia previdenciária, em não se equiparando a tributos incidentes sobre prédios, escapam ao império do art. 130, e seu § 1.º, do Código Tributário Nacional, que se filia ao princípio da responsabilidade do sucessor, estatuído no art. 677, parágrafo único, do CC. Seria incoerente elucubrar a esses créditos para-fiscais — regime de tutela jurídica mais incisiva que a do reservado aos próprios tributos da União.

Deve, em conseqüência, recomposto o sentido axiológico da disposição contida no art. 152, § 3.º, "d", do Decreto n. 77.077, de 24.1.1976, por que não conduza a exegese de estrita literalidade a disparatadas conclusões. E percebe-se, sem esforço, que, no estender a exigência, primordialmente dirigida aos negócios jurídicos de disponibilidade de parte de empresa contribuinte, aos atos jurisdicionais de realização de crédito, em que se reconhece o caráter expropriatório dessa mesma faculdade de disposição de bens ao devedor, se engendrou expediente destinado a atalhar a fraude. Obstada de consumir transmissão de bens, por atos de alienação, poderia a contribuinte devedora lograr idêntico resultado no concertar créditos fictícios, sujeitos a execução forçada, ou compor-se com arrematantes. Daí ganhar significado a

exceção exclusiva da exigência, quando seja a carta expedida a favor da Fazenda Pública, ou em processo intentado do hipossuficiente. Nestes não havia presumir ânimo de conluio.

Condicionar, pois, a operância da transmissão forçosa, decorrente de ato jurisdicional, ainda que se não desenhe fraude, valeria por deixar a sorte dos processos executivos ao aviso das devedoras, ou transformar os arrematantes judiciais em garantes imediatos das dívidas previdenciárias, comprometendo o interesse público subjacente à atividade jurisdicional. "Est modus in rebus"!

O certificado será, destarte, necessário, enquanto ato do contribuinte devedor, para a expedição de carta de adjudicação ou arrematação, quando se configure possibilidade de fraude contra a credora autárquica — possibilidade ausente na espécie. Dispensável o é, no entanto, para o registro imobiliário, em cuja sede não quadra discutir dos requisitos de expedição. Esta tem sido a orientação do Plenário do Tribunal (cf. "Revista de Jurisprudência do TJSP", Lex, XXXIV/172) e do Conselho Superior da Magistratura (cf. RT 483/106 e apelação cível n. 267.372).

3. Do exposto, acordam, contra o voto do Presidente, dar provimento ao recurso, pagas as custas "ex lege".

São Paulo, 29 de junho de 1978 — ACÁCIO REBOUÇAS, pres., vencido — ANDRADE JUNQUEIRA, corregedor geral e relator — COSTA MANSO, vice-pres.

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

Carência — Compromisso não inscrito no registro imobiliário.

A necessidade da inscrição imobiliária consta expressamente da Lei n. 649 de 1949 para a adjudicação compulsória.

Apelação cível n. 245.245 — São Paulo — Apelante: Imobiliária Economizadora Ltda. — Apelado: Manoel Fernandes (1ª TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação n. 245.245, da comarca de São Paulo, sendo apelante Imobiliária Economizadora Ltda. e apelado Manoel Fernandes:

Acordam, em 5.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

1. A firma-ré fez na sua defesa várias alegações, mas improcedentes. Assim é que não era necessária interpelação prévia para exi-

gir a escritura; e a cláusula de arrependimento é inoperante desde que o preço integral da aquisição já foi pago.

Entretanto, uma das suas alegações merece acolhida: a da falta de registro do compromisso no Cartório de Imóveis.

2. A necessidade da inscrição imobiliária consta expressamente da Lei n. 649, de 1949, para a adjudicação compulsória. E tal requisito tem sido exigido reiteradamente pelo STF (RTJ 82/528, 66/610, 57/330 e 652 e 893).

Alguns acórdãos do Tribunal de Alçada de São Paulo têm dispensado esse registro, entendendo que ele somente seria necessário para valer contra terceiros; assim, entre as próprias partes contratantes, não seria necessária a inscrição imobiliária ("verbi gratia" RT 495/155, 470/176, 441/173 e 180). Tais decisões invocam um julgado do STF no recurso extraordinário n. 70.363 cuja ementa saiu publicada no DJU de 6.11.1970; esse julgado, porém, não é encontrável nos repertórios de jurisprudência, para conhecimento do seu conteúdo.

3. O certo é, porém, que a inscrição é indispensável. Os compromissos de compra e venda de imóveis estão sujeitos a especial disciplina e sob regime jurídico rígido; e, em atenção às circunstâncias especiais de tal sistema, a lei concedeu a excepcional faculdade de o promitente-comprador obter judicialmente a adjudicação compulsória, substitutiva da escritura pública. E, por isso mesmo que se trata de faculdade excepcional, a lei cercou o seu exercício de vários requisitos, entre eles, o da inscrição do contrato no Registro Imobiliário.

4. O autor é, pois, carente da ação, incumbindo-lhe o pagamento das custas e verba honorária de 10% sobre o valor da causa; o pedido de justiça gratuita, por ele formulado inicialmente, não foi atendido pelo Juiz.

Participaram do julgamento os Juizes Octávio Stucchi e Machado Alvim.

São Paulo, 14 de junho de 1978 — TOLEDO PIZA, pres. — RODRIGUES PORTO, relator.

DOAÇÃO

Donatário menor, absolutamente incapaz — Sendo pura a doação desnecessita da formalidade da nomeação de tutor "ad hoc" — Aplicação do art. 1.170 do Código Civil.

Sendo pura e simples, a doação feita pelo pai a filho menor absolutamente incapaz desnecessita, para sua plena e imediata validade, de formalidades tais como a nomeação de tutor "ad hoc".

Apelação cível n. 29.880 — Santa Maria — Apelantes: Luiz Hladovetz e sua mulher e Helenita de Lourdes Hladovetz — Apelado: Oficial do Registro de Imóveis (TJRS).

ACÓRDÃO

Acordam, em 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, sem voto discordante, em negar provimento à apelação para confirmar a sentença que julgou procedente a dúvida oposta pelo Oficial do Registro de Imóveis de Santa Maria, cujo zelo louvam e a quem será remetida cópia do presente aresto.

Como razões de decidir, adotam as da sentença, desenvolvidas e explicitadas nas notas taquigráficas em apenso, às quais igualmente se reportam, incorporando-as ao presente decisório. Custas pelos apelantes.

Participou também do julgamento o emittente Des. Cristiano Graeff Júnior.

Porto Alegre, 2 de maio de 1978 — OSCAR GOMES NUNES, pres. — ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, relator.

RELATÓRIO

O Des. Athos Gusmão Carneiro (relator): Reporto-me, de início, ao relatório da sentença (fls.).

Na comarca de Santa Maria, o MM. Juiz de Direito julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis daquela cidade acerca da "regularização de registro imobiliário" pretendida pelo casal Luiz Hladovetz, com o fim de tornar in-

subsistente o adendo "em tempo" e demais averbações relativas à transcrição n. 32.557, do livro 3-AK, de 18.9.1957, onde consta que o imóvel foi adquirido pelo referido casal para sua filha H. L. H., então menor, com 14 anos de idade. Considerou o Magistrado tratar-se "de uma compra e venda com doação simultânea", feita pelos pais à filha menor, considerada aceita pela incapaz, pois realizada pura e gratuitamente, sendo, pois, desnecessária a ratificação; o Código Civil "exige a aceitação para a doação se tornar eficaz, sendo ela onerosa, mas em se tratando de doação pura, que somente vantagens traz ao donatário, entende aceita por este, quando menor, sem a intervenção de seu representante legal"; dessa forma, o imóvel entrou para o patrimônio da donatária "bem antes do seu desquite", e "a posição adotada pelos suscitados é sofismática e contrária ao espírito do art. 1.170 do CC, sendo ineficaz o pretenso distrato da doação". Declarou "integralmente válido e eficaz o registro efetuado", e condenou os suscitados ao pagamento das custas processuais.

Recorrem em tempo hábil os vencidos, rebatendo as considerações do Magistrado. Alegam ser nula de pleno direito a transcrição no que se refere à doação, pois o registro só poderia ser promovido se acompanhado da prova de aceitação pela beneficiária; como a aceitação da pretendida doação ocorreu somente "após o desquite da beneficiária, válido e perfeito seu desfazimento, pelo mútuo consenso manifestado na escritura pública que originou a dúvida suscitada". Acrescentam que a doação não se efetivou, sendo "ineficaz e inexistente a transcrição nessa parte", pois, para que exista, "a doação exige uma transcrição própria", independente da de compra e venda. Rogam provimento ao recurso, julgando-se improcedente a dúvida.

Intimado, o suscitante não respondeu ao apelo.

Após a manifestação do representante do Ministério Público (fls.), preparados, subiram os autos.

Neste Tribunal, ouvido, o Dr. Procurador da Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Des. Athos Gusmão Carneiro (relator): Sr. Presidente. Como vimos do relatório, o casal Luiz Hladovetz adquiriu um bem imóvel urbano e, na escritura pública de com-

pra e venda, declarou que o fazia "para sua filha menor, absolutamente incapaz, H. L. H., com 14 anos de idade" (fls.). Já agora, longos anos transcorridos, vêm os pais e a filha pretender que, através de cancelamento no registro imobiliário, seja declarada a ineficácia, a desvalia jurídica da invocada doação à filha. E isso porque da pública escritura — e a lide se centraliza nesse ponto, considerado fundamental — não consta a assinatura de representante da donatária. Estaria, portanto, ausente a aceitação, considerada indispensável à própria existência da doação, como contrato.

A matéria tem realmente suscitado, na doutrina como na jurisprudência, bastante perplexidade, diante do disposto nos arts. 1.170, e 427, n. III, do CC. Pelo art. 1.170, "às pessoas que não puderem contratar, é facultado, não obstante, aceitar doações puras". Já o art. 427, que trata dos poderes do tutor, dispõe: "Compete-lhe, também, com autorização do juiz: ... III — aceitar por ele (pelo tutelado, pelo "órfão") heranças, legados, ou doações, com ou sem encargos".

Finalmente, é norma básica inicial a de que considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita (art. 1.165 do CC).

Diante dessas normas legais, três posicionamentos fundamentais podem ser adotados. Inclina-se alguns juristas pelo entendimento de que o art. 1.170 do CC refere-se apenas às pessoas relativamente incapazes, as quais têm a possibilidade de manifestação pessoal de vontade, de comparecer ao ato das escrituras de doação e formular, então, a sua aceitação, sem necessidade da anuência de assistente legal.

Outra interpretação inclina-se pela necessidade da presença de tutor, na forma do art. 427, n. III, para representar os incapazes, nas hipóteses em que esses estejam sob tutela ou não possam ser representados pelos seus pais.

Uma terceira exegese, mais liberal, dispensa qualquer formalismo, opinando que, em se tratando de doação pura e sem encargos, a aceitação será tida como existente por força de lei, ou tacitamente pelo procedimento posterior dos donatários, menores à época da liberalidade.

Tive oportunidade de indagar da evolução da jurisprudência, principalmente em prol da orientação preconizada na terceira solução, que me parece a mais consentânea com as exigências do comércio jurídico e da prática e da experiência da vida nos tempos atuais.

A RT 45/265 publica parecer de Jair Lins, nos idos de 1924, quando a matéria começava a ser discutida face ao então recente Código Civil. Jair Lins lembrou a ordenação do Livro IV, Título 63, que permitia, nas doações puras e simples, quando lavradas por escritura pública, a aceitação simbólica por intermédio do tabelião. E concluiu que bastava a transcrição do ato de doação pura e simples, sendo desnecessária a aceitação.

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de que foi relator o eminente Amílcar de Castro, aos 11.5.1938, decidiu de acordo com a seguinte ementa: "Doação de pais a filhos. Esta e a partilha em vida podem ser feitas livremente, sem necessidade de expedição de alvarás, intervenção de tutor "ad hoc" e do promotor de justiça" (RF 75/155).

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, aos 24.11.1952 (RT 208/360), em Câmaras Cíveis Reunidas e por maioria de votos, exigiu fossem as doações aceitas por tutor, ainda que designado especialmente para o ato. Votos vencidos lembraram o magistério de Orosimbo Nonato, constante de aresto, in RT 124/709.

E de 14.4.1958 acórdão da 3.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT 277/309) pela desnecessidade da aceitação expressa, sob invocação ao magistério de Josserand ("Os Móveis nos Atos Jurídicos de Direito Privado", n. 159), no sentido de que, neste tipo de liberalidades, a disposição a título gratuito aparece para o gratificado "como mero ato de adesão".

Já em 25.2.1959, as Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, modificaram aquela anterior orientação (RT 286/440), lendo-se da ementa: "Doação. Liberalidade sem encargo a pessoa absolutamente incapaz. Desnecessidade da aceitação expressa. Aceitação tácita ou presumida. Revista improcedente. Inteligência e aplicação dos arts. 1.166 e 1.170 do CC. É válida a doação feita a pessoa absolutamente incapaz, quando pura e simples, sendo desnecessária a intervenção de tutor, já que a aceitação expressa é simples formalidade".

E mencionado nesse acórdão, quer a lição de Clóvis Beviláqua como também a lição de João Luiz Alves. Quanto a este último, é aludido o seguinte: "Embora permitisse a aceitação da doação pura por intermédio do tabelião e considerasse válidos os contratos com menores e pessoas a eles equiparadas, quando lhes fossem vantajosos, o Direito anterior não consignava preceito idêntico ao

deste (art. 1.170); mas, como observa Clóvis Beviláqua, era "um fato admitido e consagrado a vigência da doação sem a aceitação do donatário, sendo ela pura e simples". É esse o entendimento do STF, como assinala Washington de Barros Monteiro, em seu "Direito das Obrigações", pág. 138. É certo que se argumenta com os arts. 82 e 84 que estabelecem preceito geral em virtude do qual os incapazes não podem contratar diretamente, e bem assim com o art. 427, n. III, que atribui ao tutor aceitar, em nome do tutelado, heranças, legados ou doações com ou sem encargos. Mas, como ainda bem pondera João Luiz Alves, trata-se, no art. 1.170, de uma exceção ao preceito geral, exceção esta que se verifica "pela própria natureza do ato, que só vantagens e nenhum prejuízo pode trazer aos incapazes, como são as doações puras, isto é, que não representem em parte uma obrigação do doador nem contenham condição ou encargo".

A 1.^a Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT 383/179), em acórdão de 14.3.1966, também julgou "desnecessária a intervenção de tutor, já que a aceitação expressa é simples formalidade. Validade da doação feita a pessoa absolutamente incapaz, quando pura e simples".

Da "Revista de Jurisprudência do TJSP", em seu tomo 28/139, colhi manifestação do 2.^o Grupo de Câmaras Cíveis daquele conceituado pretório, alusiva a doação de pais a filhos com reserva de usufruto, sendo salientada a desnecessidade da aquiescência dos donatários por não haver encargo. É acórdão de 28.12.1972.

Finalmente, o Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, em decisão que está na aludida "Revista", tomo 36/330, proferida em 18.9.1975, apreciou dúvida do Oficial do Registro de Imóveis em transcrever escritura de doação de pais a filhos com reserva de usufruto e cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e incommunicabilidade, por falta de curador especial aos donatários, unanimemente decidindo o órgão censório ser desnecessária a intervenção do curador especial no ato da escritura.

O Conselho Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, em 1968, na Circular n. 2, de 1968, cuidou de hipótese semelhante. Era uma escritura em que os menores foram representados pelos próprios pais, que eram também os doadores. Pela circular da Corregedoria, entendeu-se desnecessária a formalidade de aceitação, com alusão, essa circular, aos ensinamentos quer de Clóvis Beviláqua como de Carvalho Santos, e remis-

são também à lição de Pontes de Miranda. Da lição de Pontes, é trazido o excerto constante do "Tratado de Direito Privado", tomo XLVI/226 e segs., ed. 1964, "verbis": "Nenhuma base teria hoje dizer o tabelião que aceita a liberalidade pura e simples. O instrumento público ou o instrumento particular contém a manifestação da vontade do doador. O elemento da tradição ou transmissão é essencial. Falta a aceitação, que pode ser expressa ou tácita, ou resultar da incidência do art. 1.170 do CC, ou do art. 1.173. O que importa é que o donatário não haja recusado a doação".

O STF (in RT 191/399), por acórdão de 8.7.1948, e de que foi relator o eminente Min. Castro Nunes, aplica o art. 1.170 do CC, lendo-se da ementa: "Na faculdade dos incapazes de aceitar doações puras, não se distingue entre os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes". Lê-se interessante voto do eminente Orosimbo Nonato, em que o insigne jurista inclusive refere que seria "antigalha" aquela antiga aceitação por parte do tabelião, aceitação esta que Orosimbo, considerou tratar-se "de simples anacronismo, que serve, apenas, de tema histórico, controvertendo-se sobre sua prosápia romana ou medieval, debate em que avultam graves doutores, como Voccio, Covarruvas e outros de igual suposição". Aceita o caráter contratual da doação entre vivos; ao final, reporta-se a Jossierand e à lição de Clóvis Beviláqua, e adota a orientação referida na ementa.

Bem mais recentemente o STF, por sua 2.^a Turma, relator o eminente Min. Vítor Nunes Leal (RTJ 35/351), decidiu sob a seguinte ementa: "Doação pura. Aceitação. Donatário incapaz. 1. Desnecessária a formalidade da aceitação quando a mãe, no exercício do pátrio poder, faz ou ratifica doação pura a filhos incapazes, de quem é representante. 2. A exigência legal da aceitação é instituída em benefício do donatário, não podendo a falta ser alegada contra ele, especialmente se for incapaz".

O meu ponto-de-vista, de certa forma já manifestado, é no sentido de julgar procedentes as objeções expostas pelo zeloso Oficial do Registro de Imóveis, Antônio Augusto Brum Ferreira, contra o registro desta escritura, pela qual os interessados pretenderam invalidar a apontada doação feita pelo casal à sua filha.

No caso de doação pura e simples, permito-me uma observação. Pode acontecer, em partindo a liberalidade de terceiros, que mesmo que a doação seja pura e simples, con-

corram razões de ordem moral que desaconselhem o negócio jurídico, que desaconselhem a aceitação. Nessas hipóteses, considero inclusive razoável a exigência de que o menor donatário, absolutamente incapaz, seja representado ou por seus pais ou, na forma do art. 427, n. III, pelo seu tutor. O art. 427, n. III, pressupõe esteja o menor sob tutela, seja um órfão, hipótese alheia aos presentes autos. Entretanto, quando são os pais os próprios doadores e a doação apresenta-se pura e simples, não vejo a possibilidade de razões, quer no plano patrimonial, quer razões de ordem moral, que possam ser invocadas para que a doação não seja considerada de logo como aceita. Dir-se-á: como os próprios pais são os doadores, cumpriria solicitassem ao magistrado a nomeação de um tutor "ad hoc" que viesse representar o donatário menor, assinando a escritura de doação. Em verdade, esta designação de curador "ad hoc" para aceitar a doação pura e simples seria um ato tão formal, tão vazio de real conteúdo prático e axiológico como a antiga aceitação por parte do tabelião, na forma permitida pelo antigo Direito reinícola.

Em se tratando de doação pura de pais a filhos, dou pela absoluta desnecessidade de qualquer aceitação. A aceitação é considerada existente no momento da doação, pois o doador é o próprio representante legal do donatário, e inexistente entre eles conflito de interesses.

Agora, mesmo adotando posicionamento mais rigoroso, pode-se também argumentar em que a donatária ratificou expressamente a aceitação, ou que aceitou posteriormente, quando requereu, em 25.2.1977, a averbação do seu nome de casada e também o retorno ao nome de solteira. Teria havido, então, uma expressa ratificação da aceitação tácita. E esta ratificação não poderia deixar de retroagir à data em que fora efetuada, bem ou mal, a impugnada transcrição.

Apresento, outrossim, argumento que, aliás, parece-me o mais ponderável, e que torna todas as objeções impertinentes à hipótese. É que, no caso, compradores não são os genitores; compradora realmente foi a própria menor, representada pelos pais; os pais apenas efetuaram a doação do dinheiro para que a filha, por eles representada, pudesse adquirir o bem. Os pais compareceram e compraram em nome da filha, como representantes legais da filha. Aliás, é o que transparece dos termos de escritura: "compram para a sua filha, fulana de tal". E eventuais

incorreções de técnica cartorária não irão, evidentemente, prejudicar a substância do ato.

Como último argumento, seria de mencionar que os cancelamentos administrativos de registros públicos só são permitidos quando anuentes todos os interessados. Se um cancelamento pode atingir a esfera jurídica de outrem que não anuiu, o cancelamento deverá ser pleiteado pela via jurisdicional. No caso dos autos, verifica-se que a donatária, no interregno entre a doação e o pedido de cancelamento, contraiu matrimônio sob o regime de comunhão universal de bens, e posteriormente veio a se desquitar. Impossível relegar ao oblvio a possibilidade de eventual cancelamento atingir a esfera jurídico-patrimonial do ex-marido da donatária.

Por todos esses motivos, nego provimento à apelação, ressaltando, contudo, a excelente impressão que me causou a exposição feita pelo nobre advogado, no seu muito bem lançado memorial, que com excelência depõe em prol da cultura jurídica do seu subscritor.

Cópia do acórdão será remetida ao serventário interessado.

É o voto.

O Des. Oscar Gomes Nunes (pres.): Também nego provimento à apelação. Aliás V. Exa., em seu longo e brilhante voto, abordou todos os aspectos que a controvérsia encerra, pouco restando a se considerar sobre o tema. Mas a exigência da aceitação da doação visa evidentemente a proteger o interesse do incapaz. É evidente que, ainda que se trate de doação pura e simples, como foi mencionado no voto de V. Exa., pode haver motivos de ordem moral, principalmente, que não recomendem a aceitação da doação, ou motivos de ordem econômica quando se trate de doação com encargos. O que me impressiona, na espécie, é que não se alude a nenhum motivo de qualquer ordem que fizesse conveniente ou necessária a aceitação expressa por um curador especial. Da doação, assim entendido o ato de que se trata, não resultou prejuízo algum para a donatária. Aliás, trata-se de ato remoto no tempo. A escritura pública data de 1957, e o pedido de cancelamento é de 1977, 20 anos passados da prática de um ato público no Registro de Imóveis e que, pelo só transcurso do tempo, vem a se colocar acima e

soberano de qualquer vício que pudesse ter na sua origem.

Acompanho inteiramente o voto de V. Exa. e consigno também a impressão excelente que me causou o trabalho do nobre procurador da parte, aliás, o que não me surpreende porque o conheço de longa data e sei de sua atuação brilhante como Professor de Direito Civil na Universidade do Rio dos Sinos.

O Des. Cristiano Graeff Júnior: Acompanho os eminentes colegas, louvando o zelo do Oficial de Registros, por não ter permitido que, com esta escritura de 1977, se desfizesse uma compra e venda de 1957. Como acentuou o ilustre Relator, esta escritura de compra e venda, que deve ser interpretada na forma do disposto no art. 85 do CC, atendendo-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem, registra típica compra e venda pura, em que os pais da compradora a representaram, na forma do art. 84 do CC.

A transcrição, aliás, neste ponto é correta, a despeito de ter posto que eles figuraram como comprando para a filha. Quem compra para a filha está comprando em nome da filha. A manifestação de vontade que a menor impúbere não podia fazer, os pais a fizeram. Eram de uma inutilidade gritante as anotações que fizeram depois, referentemente a suposta doação. De doação pode ter havido o numerário fornecido para a compra e venda. Evidentemente, em virtude dos fatos posteriores (o casamento com comunhão de bens), tornava inadmissível o registro de qualquer escritura no sentido inverso sem a anuência do outro interessado. Ieso, todavia, é que se pretendeu, como alegado brilhantemente da tribuna.

O zeloso Oficial do Registro de Imóveis de Santa Maria muito bem suscitou a dúvida, não admitindo registro de outra escritura em sentido inverso, com nome espúrio, que a pudesse desfazer. Li o brilhante memorial e admirei o poder dialético do eminente expositor, que plantou espinhos em matéria tão simples e tão corriqueira, que se pratica todos os dias no interior — os pais comprando em nome dos filhos — a ponto de provocar voto tão brilhante como o do eminente Relator.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Contrato não registrado — Ineficácia contra hipoteca inscrita — Embargos de terceiro improcedentes.

Compromisso de compra e venda não registrado não prevalece contra hipoteca inscrita.

Apelação cível n. 234.167 — São Carlos — Apelante: Banco Econômico de Investimento S/A — Apelados: Ibrahim Remaili e sua mulher (1ª TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação n. 234.167, da comarca de São Carlos, em que é apelante Banco Econômico de Investimento S/A, sendo apelados Ibrahim Remaili e sua mulher: Acordam, em 5.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Os promitentes compradores, em execução hipotecária, opuseram embargos de terceiro, a fim de arrear o vínculo construtivo. O compromisso particular de compra e venda não inscrito está datado de 1969 e a escritura de confissão de dívida, com a outorga de hipoteca do mesmo imóvel, é de 1973. A sentença deu razão aos embargantes, pois “o domínio foi-lhes transferido através de título hábil” e desde a aquisição são titulares de justa posse.

A primeira afirmativa do julgado não é certa, pois a simples promessa de alienação não tem eficácia transmissiva do domínio. A posse indireta, a título precário e em nome da promitente vendedora, é a que encontra definição em cláusula contratual.

A titularidade de um compromisso de compra e venda pode autorizar a via dos embargos de terceiro, mas, como anota a sentença, cumpre examinar, particularizadamente, a situação concreta. E esta não pode favorecer os embargantes, ainda que se vise a tutelar a posse, porque domínio não têm. O entendimento contrário representa a supressão dos efeitos da hipoteca. A garantia hipotecária domina todos os direitos reais registrados posteriormente e, no caso, sequer foi efetivado o registro.

O compromisso não inscrito não era impeditivo da alienação, pois, traduzindo até então mera relação obrigacional, não eliminava o poder de disposição. A alienação assim feita não estaria eivada de nulidade e descaberia cogitar de ineficácia, precisamente por inexistir infração da regra jurídica sobre indisponibilidade. E a hipoteca foi outorgada por quem, na oportunidade, ainda conservava o poder de disponibilidade. Aliás, como lembra Pontes de Miranda, “se a hipoteca foi constituída por pessoa que constava do registro como dono do bem ou enfitentea, existe e vale a inscrição” (“Tratado de Direito Privado”, vol. XX, § 2.447, n. 5). Seja da própria hipoteca, seja de outro direito real e, fundamentalmente, do domínio, “a fé pública do registro protege quem nele confia”.

Há de prevalecer, pois, a hipoteca inscrita e não o compromisso sem registro. Mas, dir-se-á, os apelados receberam a posse e esta, no teor do art. 1.046 e seu § 1.º do CPC, por si só, legitima a via eleita. Não é bem assim. Quem executa hipotecariamente não precisa reivindicar, nem agir possessorialmente. A hipoteca não se dirige contra o possuidor próprio como não se dirige contra o adquirente do bem gravado ou contra o constituinte da hipoteca: dirige-se contra todos” (Pontes de Miranda, ob. e vol. cit. § 2.437, n. 3).

Por fim, cabe inverter a proposição da sentença, quanto a desdobráveis responsabilidades da executada, por constituir hipoteca afirmando a inexistência de ônus, remetendo o embargado à sua reclamação. Desdobráveis responsabilidades, sim, mas da executada perante os embargantes, por gravar o imóvel depois de prometida a venda.

Impõe-se, destarte, o provimento do recurso, a fim de serem rejeitados os embargos de terceiro, com a reversão, na sua exata medida, dos encargos da sucumbência.

Tomou parte no julgamento o Juiz Silva Costa, revisor.

São Paulo, 13 de julho de 1977 — TOLEDO PIZA, pres. com voto — OCTAVIO STUCCHI, relator.

TERRAS DEVOLUTAS

Registro do Vigário — Efeitos.

O registro da Lei n. 601, de 1850, pelo regulamento de 1854, não tinha finalidade puramente estatística, mas visava a legalizar a situação de fato das posses que se multiplicaram nos três séculos anteriores.

Recurso extraordinário n. 80.416 — Goiás — 1ª Turma — Recorrente: Jonas Dias de Moraes — Recorridos: Alvino Silva e Instituto de Desenvolvimento Agrário de Goiás (STF).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros da 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso.

Brasília, 16 de dezembro de 1975 — ELOY DA ROCHA, pres. — CUNHA PEIXOTO, relator “ad hoc”.

RELATÓRIO

O Min. Cunha Peixoto: 1. O recorrente, na qualidade de inventariante e cessionário de direitos hereditários dos bens deixados por morte de Tereza de Freitas Silveira, propôs contra Goiás ação de demarcação combinada com queixa de esbulho dos imóveis denominados “Bêbado” e “Itaipava”. Alegou que esse Estado vendeu uma gleba de terras ao primeiro recorrido, dentro da área compreendida por todos os imóveis demarcados.

2. O MM. Juiz, a fls., julgou o recorrente carecedor da ação, por falta de título de domínio sobre as referidas terras.

3. A 2.ª Turma do Tribunal de Justiça de Goiás, a fls., confirmou a sentença pelos seus fundamentos, ficando, no entanto, corrigida a conclusão para julgar improcedente a ação, ao invés de julgar o autor carecedor da ação.

O acórdão, a fls., traz a seguinte ementa: “A pretensão de ver demarcada a propriedade exige prova plena de domínio, o que se faz com a exibição do “jus in rem”.

“Esse direito à demarcação é assegurado pelo art. 569 do CC e só o proprietário pode pedir a demarcação.

“Se o promovente não prova o seu domínio sobre o imóvel, a sua pretensão é improcedente, pois a questão abrange o mérito, ou, em outros termos, o direito material.

“Por isso, a falta de titularidade do direito material importa na improcedência da ação e não em sua carência, pois esta ocorre quando se trata de falta de titularidade do direito formal, que se não confunde com a primeira.

“O registro paroquial não prova domínio e apenas constitui um valioso subsídio para sua apuração.

“As “posses” transmitidas por título hábil, anteriormente à Lei n. 601, de 1850, foram todas legitimadas por esta lei. Entretanto, se não houve essa transmissão, as “posses” caíam em comisso e o domínio continuou com o Estado.

“Assim, há necessidade da prova dessa transmissão, por um título legítimo, para que se considere o imóvel como do domínio privado, máxime quando tenha sido contestada a sua legitimidade.”

4. A fls., o autor recorre extraordinariamente, fundado nas letras “a” e “d”, arguindo negativa de vigência aos arts. 530,

n. I, e 569 do CC, e 415 do CPC, além de dissídio com acórdãos do TFR e de outros tribunais, in RF 126/454, 708, 709 e 712.

5. O recurso foi admitido a fls., pelo nome Presidente Gomes de Castro, nos seguintes termos: "Vistos etc.

"Jonas Dias de Moraes, representando o Espólio de Tereza de Freitas Silveira, irrepresentado com o acórdão unânime de fls., da 2.ª Turma da 1.ª Câmara Cível, nos autos da apelação n. 6.390, da comarca de Israelândia, recorre extraordinariamente para o STF, com fundamento no art. 119, n. III, "a" e "d", da Constituição Federal.

"O cabimento do recurso não foi impugnado.

"Trata-se, na espécie, de ação demarcatória, cumulada com queixa de esbulho, proposta pelo recorrente contra o Estado de Goiás e outros, julgada improcedente pelo acórdão recorrido pelos motivos que resumimos assim: a) só o proprietário pode pedir a demarcação (CC, art. 569); b) o registro paroquial não prova o domínio e apenas constitui um valioso subsídio para sua apuração; c) as posses transmitidas por título hábil, anteriormente à Lei n. 601, de 1850, foram todas legitimadas por esta lei. Entretanto, se não houve essa transmissão, as posses caíam em comisso e o domínio continuou com o Estado; d) há necessidade da prova dessa transmissão, por um título legítimo, para que se considere o imóvel como do domínio privado, máxime quando tenha sido contestada sua validade.

"Diz o recorrente que, não admitindo seu domínio sobre o imóvel, o acórdão negou tacitamente vigência aos arts. 530, n. I, e 569 do CC, pois, a fls. 16 (rubrica "Brugger"), se encontra uma escritura de doação lavrada e pactuada nos idos de 1877, transcrita no Registro de Imóveis (fls.), em que figuram como donatários Tereza de Freitas Silveira e seus filhos, focalizada no relatório de fls.

"Por outro lado, prossegue o recorrente, existe dissídio entre o acórdão impugnado e a jurisprudência indiscrepante dos tribunais, citando, entre outros, este julgado: "Presume-se pertencer a propriedade àquele em cujo nome estiver transcrito o título de propriedade, e não havendo prova em contrário a essa presunção, é o titular parte legítima para pedir a demarcatória, independentemente de mais requisitos relativos à prova da propriedade" (TFR, embargos à apelação n. 342, Pleno, in A. de Paula, "O Processo Civil à Luz da Jurisprudência", 53/54, II/707, verbete 21.168, repr. RF 126/454).

"Admitimos o recurso pela alínea "d", no efeito devolutivo, e mandamos se abra vista dos autos ao recorrente e aos recorridos, sucessivamente, para, no prazo de 10 dias, apresentarem suas razões."

6. O Dr. Wálter Medeiros, pela Procuradoria-Geral da República, opina pelo não provimento nestes termos: "Pelo alegado dissídio pretoriano, não há como se conhecer do apelo excepcional, eis que os arestos colacionados para confronto, sobre serem assimétricos com a hipótese em que especificamente se cuida do registro paroquial, a que não se conferiu caráter atributivo de dominialidade, não tiveram demonstradas as circunstâncias capazes de identificar ou assemelhar os casos cotejados, com o rigor exigido pela Súmula n. 291.

"Nestas condições, não poderia o apelo, por tal fundamento, merecer conhecimento, o mesmo ocorrendo, como se verá em seguida, com a invocada alínea "a" da casuística constitucional.

"Muito em verdade se tem discutido, mormente na área reservada ao Distrito Federal, atribuindo-lhe alguns efeitos meramente estatísticos, enquanto outros, em pólo oposto, nele pretendem ver título de domínio.

"Em verdade, não se comportaria nos limites de um simples parecer a análise aprofundada do tema questionado, embora haja justo anseio de muitos setores, particularmente o administrativo, em ver definida, pela palavra soberana do STF, a diretiva a ser dada ao assunto.

"Cingir-nos-emos ao exame, ainda que perfunctório, dos dois títulos acostados a fls. do primeiro volume, relativos ao chamado registro paroquial, de onde se deve partir para o estudo e conclusão do tema aqui em debate. Ambos são datados de 1858 e foram declarados perante o Vigário João Baptista Leite. No primeiro (fls.), sob o n. 41, Jozé de Moraes Bueno declarou ser possuidor de um sítio denominado "Bêbado", do qual se disse o primeiro possuidor, "com habitual cultura de plantação e criação", dando em seguida os seus limites. No segundo registro (fls.), sob n. 22, João Alves de Araújo, perante o mesmo Pároco, afirma: "Tenho humas terras de cultura e criação neste Destricto do Rio Claro no lugar denominado "Entaepava", que compreende mais ou menos 3/4 de léguas de comprimento e meia de largura, que houve por herança de minha prima Joanna Maria de Jezus".

"Vê-se, pois, dos autos que outros títulos, anteriores aos aludidos registros paroquiais, não foram apresentados. Daí constituírem eles

o ponto de partida para os que se lhes seguiram.

"O registro paroquial teve por berço a Lei n. 601, de 18.9.1850, que veio regular, de forma inusitada, a situação das terras no Brasil, até então sob o regime de concessão de sesmarias, modo de aquisição da propriedade imobiliária pela ocupação primária, distinta das capitâneas, conferidas com exclusividade, ao alvedrio dos monarcas portugueses, àqueles que se revelassem merecedores da gratidão régia. Suspensas as cartas de sesmarias pelo Alvará de 17.7.1822, longos anos decorreram até que em 1850 viesse a Lei n. 601 disciplinar matéria de tão alto alcance social, político e econômico.

"Não é preciso dizer que as terras, no Brasil, após a Descoberta, integravam o patrimônio da Coroa Portuguesa. Eram, por origem, eminentemente públicas. Após a Independência, 1822, passaram à propriedade do Império do Brasil, continuando, assim, no domínio público, salvo, é claro, aquelas que por lei viessem a ser declaradas do domínio particular.

"E foi exatamente a isto que visou regular a Lei n. 601, de 1850, a partir da qual ficaram terminantemente proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não o de compra (art. 1.º). Foi este realmente o marco inicial da regulamentação da propriedade de terras no Brasil.

"Mister, então, se fazia extremar as terras do domínio público daquelas integrantes do domínio privado. Fê-lo o legislador por exclusão, definindo o art. 3.º as terras devolutas. E foi no § 4.º deste artigo que restou definida a situação de quantos ocupavam terras sem outro título que não a simples posse. Dispôs, com efeito, o referido dispositivo: "Art. 3.º. São terras devolutas: ... § 4.º. As que não se acharem ocupadas por posses que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta lei."

"Por conseguinte, interpretando, "a contrario sensu", a norma transcrita, compreendem-se por não devolutas as terras que se achassem ocupadas por posses que, apesar de não fundadas em título legal, fossem legitimadas pela Lei n. 601, de 1850. Estas terras, cujas posses foram legitimadas pelo referido diploma legal, estariam então definitivamente integradas no domínio particular.

"Eram, assim, a justa homenagem que o legislador prestava àqueles que, mourejando no trabalho diuturno de lavar-se a terra, em que se adentraram sem justo título, mas com boa-fé, dela extraíam o sustento para si pró-

prio e sua família. Nada mais razoável do que a solução preconizada, para a qual se exigiu apenas, do possessor sem justo título, a legitimação estabelecida na lei.

"Qual, no entanto, essa legitimação? Di-lo a Lei n. 601, posteriormente regulamentada pelo Decreto n. 1.318, de 30.1.1854, que traçou "modus procedendi" pelo qual deveria ser ela orientada. Fixou a primeira os princípios norteadores da legitimação nos seguintes artigos: "Art. 5.º. Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo possessor ou de quem o represente, ..."

"No art. 6.º, excluíram-se do conceito de princípio de cultura, para efeitos de legitimação de posse, "os simples roçados, derribadas ou queimas de matos ou campos" etc.

"Art. 7.º. O Governo marcará os prazos dentro dos quais deverão ser medidas as terras adquiridas por posses ou por sesmarias ...

"Art. 8.º. Os possuidores que deixarem de proceder à medição nos prazos marcados pelo Governo serão reputados caídos em comisso, e perderão o direito que tenham a serem preenchidos das terras concedidas por seus títulos, ou por favor da presente lei, conservando-o somente para serem mantidos na posse do terreno que ocuparem com efetiva cultura, havendo-se por devoluta o que se achar inculto.

"Art. 11. Os posseiros serão obrigados a tirar títulos dos terrenos que lhes ficarem pertencendo por efeito desta lei, e sem eles não poderão hypothecar os mesmos terrenos, nem alienar-os por qualquer modo.

"Esses títulos serão passados pelas repartições provinciais que o Governo designar ...

"Art. 21. Fica o Governo autorizado a estabelecer, com o necessário regulamento, uma repartição especial que se denominará — Repartição Geral de Terras Públicas — e será encarregada de dirigir a medição, divisão e descrição das terras devolutas ..."

"Pelo regulamento aprovado pelo Decreto n. 1.318, de 1854, sob o capítulo III, que cuida da revalidação, legitimação e modo prático de extremar o domínio público do particular, foi dada minuciosa regulamentação à matéria, que tem na medição das terras o pressuposto de todo o processo de legitimação da posse.

"Isto, contudo, não se fez no caso em apreço, onde o recorrente juntou apenas os

registros paroquiais relativos às glebas de que se diz proprietário.

“O registro paroquial, que teve sua criação determinada pelo art. 13 da Lei n. 601, foi amplamente disciplinado no Capítulo IX do Decreto n. 1.318, de 1854, em cujo art. 94, “in fine”, se estabelece expressamente que as declarações feitas ao vigário não conferem direito algum aos possuidores. Ainda mais se agiganta a finalidade meramente estatística do registro paroquial se se atentar para a parte final do art. 102 do Regulamento, por onde se vê que, quando as partes insistissem no registro de suas declarações, não poderiam os vigários recusá-las.

“Logo, de tudo se conclui ter sido imposto ao possuidor que pretendesse ver legitimada sua posse o requerimento para que se procedesse à medição das terras por ele ocupadas. Nem em outro sentido pode ser entendida a expressão consignada no início do art. 37 do Regulamento: “Requerida a medição ...”

“Ao que deixasse de requerer a medição de suas terras, para efeito de legitimação, cominava o art. 8.º da Lei n. 601, de 1850, a sanção do comisso, perdendo o direito a que faria jus por favor da referida lei, mantida tão-somente a posse do terreno efetivamente ocupado por cultura.

“E, em seguida à medição, ficavam os interessados obrigados a tirar os respectivos títulos dos terrenos que passassem a lhes pertencer, sem o que não poderiam hipotecá-los nem tampouco aliená-los. É o que dispõe o art. 11 da Lei n. 601.

“Ora, de tais títulos não há notícia nos presentes autos, em que o recorrente apenas apresentou os registros paroquiais, cujas finalidades, como já se demonstrou, eram de mero controle estatístico, pois não conferiam direito algum aos possuidores.

“De outra parte, a escassa jurisprudência que logramos compilar sobre o registro paroquial está toda orientada no sentido aqui por nós preconizado, ou seja, não constituir ele título atributivo de domínio. Nesta trilha, por exemplo, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão de sua 4.ª Câmara, na apelação cível n. 58.680, julgada em 27.5.1952 e relatada pelo Des. Theodomiro Dias, de cujo voto extraímos o seguinte trecho: “Ora, o registro paroquial não constitui título de domínio. Instituído pela Lei n. 601, de 18.9.1850, cuja execução foi regulamentada pelo Decreto n. 1.318, de 30.1.1854, tinha finalidade meramente estatística, para verificação das terras ocupadas e não ocupadas. No Capítulo IX, cuidou o

citado regulamento do registro das terras possuídas, tornado obrigatório pelo art. 91. O art. 107 determinou que, findos os prazos estabelecidos para o registro, os exemplares emassados se conservariam no arquivo das paróquias, e os livros de registro seriam remetidos ao Delegado do Diretor-Geral das Terras Públicas da província respectiva para, em vista deles, formar o registro geral das terras possuídas.

“O registro era feito mediante simples declaração do possuidor, sem exigência de prova de domínio.

“Por conseguinte, do registro paroquial decorre apenas uma simples presunção de posse, ou melhor, ânimo de possuir, porque nem mesmo a posse era provada, ao ser feita a declaração.

“É, pois, evidente que o mero registro paroquial não constitui título hábil de domínio capaz de legitimar o exercício da ação de reivindicação” (RT 203/296).

“Da mesma Corte paulista é o acórdão da 4.ª Câmara, de 3.8.1953, com a seguinte ementa: “Reivindicação — Registro paroquial ou do vigário. Sua desvalia como prova de domínio. Falta do “jus in re” por parte do autor. Não identificação, ademais, do imóvel reivindicando. Ação improcedente. Decisão confirmada.

“O registro paroquial, feito mediante simples declaração do interessado, desacompanhado de prova de domínio, não lhe confere direito algum.

“Constitui, quando muito, indício de posse, ou mais precisamente, do ânimo de possuir, porque nem mesmo o fato material da posse, o “corpus” tem a virtude de provar (RT 225/193).

“Vale, por último, como subsídio valioso, a transcrição de decisão prolatada por este STF, nos idos de 1936, na apelação cível n. 3.169, relatada pelo Min. Costa Manso, cujo voto foi assim redigido: “As razões de decidir exaradas pelo Dr. Juiz Seccional são estas: “Para a demarcação, é indispensável a prova do “jus in re” do promovente. Para demonstral-o, exhibiram os autores uma certidão de registro parochial, effectuado em 1858, outra de partilha de Espólio de D. Alexandrina Angelica Martins, mulher de Belchior Martins effectuada em 1911, e escrituras pelas quaes os autores adquiriram os 500 adjudicados nessa partilha aos demais herdeiros. Mas o registro parochial não é título de domínio, como declaram a Lei n. 601, de 18.9.1850, e o registro n. 1.318, de 30.1.1854. A partilha em inventário não pode ser oposta a terceiros, onde a inuti-

lidade das escripturas de aquisição dos quinhões partilhados. O autor, em depoimento pessoal, confessou que o contestante se achava na posse da totalidade do immovel, cuja demarcação era pedida desde 11.2.1899, o que é confirmado pela prova testemunhal. O próprio inventário já foi feito, pois, sem que o espólio tivesse a posse do immovel. A disposição do art. 67, paragrapho único, do Decreto n. 720, de 1890, que permite addicionar ao pedido de demarcação o de restituição de terrenos invadidos, só se refere à hypothese da usurpação de uma porção do immovel.

“Quando todo elle esteja fora da posse do demarcante, é indispensável a prévia reivindicação.

“Parece-me que o caso está bem julgado. Os autores não provaram o seu “jus in re”. Mesmo, pois, que se admitta o pedido de reivindicação cumulado ao da demarcação, desde que a esta precedeu uma ação ordinária, apta, em these, para dirimir qualquer litigio, não se poderia considerar provado o domínio dos autores. O abandono do recurso nesta instância é forte indício de que elles não se sentem capazes de destruir os fundamentos da sentença.

“Confirmo-a, negando provimento à apelação” (“Jurisprudência” n. 2, vol. 17/158).

“Na mesma assentada de julgamento, o eminente e nunca por demais festejado Min. Eduardo Espínola proferiu voto nos seguintes termos: “A sentença de primeira instância julgou improcedente a acção porque os réos appellantes não exhibiram justo título da propriedade — o “jus in re” — ou posse legítima escoimada de vício e indutiva do domínio, pois, para prova de seu direito, juntaram certidão do registro parochial do immovel e certidão de uma sobrepartilha, deixando de apresentar o título acquisitivo de Belchior, que foi quem fez o registro alludido, o qual por si só, nos termos do registro n. 1.318, de janeiro de 1854, não tem valor attributivo de propriedade, como também não no tem, em relação a terceiros, a certidão de sobrepartilha.

“Acrescentou a sentença que, além da insufficiência de títulos, os terrenos que constituem o immovel, cuja demarcação pedem os appellantes, estão, na sua totalidade, na posse dos contestantes, em cujos títulos de aquisição dos sítios Palmeiras, Bom Retiro e Bugre foram compreendidos, sendo o facto de sua posse exclusiva, confessada pelo appellantes em seu depoimento pessoal (fls.), onde reconhece que a posse do contestante data de 1899, o que é confirmado pela pro-

va testemunhal. Aos appellantes, porque não tinham advogado constituído nesta cidade, foi assignado em audiência o prazo para arazoar, o que não fizeram, pelo que se deu o lançamento (fls.).

“Arrazoaram os appellandos a fls. Nego provimento à appellação pelos fundamentos da sentença.”

“Como se vê, o caso versado no acórdão vem a talho de foice encaixar-se sobre a espécie de que cuidam os presentes autos, em que se pretende declarada a procedência de ação demarcatória sem prova inconcussa do “jus in re”, já que o registro paroquial, conforme se demonstrou, não constitui título hábil à prova do domínio.

“Assim entendida a questão, não poderiam os títulos posteriores aos aludidos registros paroquiais cuidar de alienação do domínio, como pretende o recorrente com a certidão da escriptura de doação (fls. do 1.º vol.), pois ninguém pode doar aquilo que lhe não pertence.

“Nestas condições, temos para nós por bem decidida a controvérsia pelo Tribunal de Justiça de Goiás, dando pela improcedência da demanda, razão também pela qual não pode prosperar o recurso extraordinário interposto, já porque não restou demonstrada a alegada divergência jurisprudencial, pois sequer um acórdão discrepante foi pelo interessado objeto de colação.

“Pelo não conhecimento ou improvimento do apelo.”

É o relatório.

VOTO

O Min. Cunha Peixoto (relator): 1. Lê-se no acórdão, a fls.: “Poderia a parte ter feito a prova da aquisição pelo usucapião, ocorrido antes do Código Civil. Entretanto, não foi feita, e nos autos nem mesmo prova existe de posse jurídica no imóvel, que justificasse o pretendido esbulho. De maneira que falta ao espólio promovente titularidade em relação ao domínio sobre o imóvel demarcando, o que torna improcedente a sua pretensão, pois a ação demarcatória exige que o requerente seja proprietário, exigindo o seu “jus in rem”, conforme dispõe o art. 569 do CC.

“Não provado o domínio, a sua pretensão é improcedente, ao invés de carecedor, como equivocadamente decidiu a sentença recorrida. Dá-se a carência de ação quando falem as chamadas condições da ação, todas de natureza formal, enquanto que a falta de prova do direito fundamental é matéria de

mérito que conduz à improcedência da ação, o que equivale dizer que o autor não tem o direito subjetivo material pretendido e para o qual pediu a tutela jurídica.”

2. Não creio que o registro do vigário, do Regulamento de 1854, tivesse finalidades puramente estatísticas. Provendo o cumprimento da Lei n. 601, de 1850, esta e ele são dois textos dos mais sábios e realísticos nas circunstâncias da época, tendo em vista as circunstâncias históricas em que se desenvolveu, nos três séculos anteriores, o parcelamento das terras públicas, com ostensiva tolerância da Coroa.

Esta sensatamente punha acima das magras vendas realengas o interesse do povoamento e do aproveitamento do país imenso e bárbaro. E assim se fez o Brasil atual.

Atribuo, pois, à Lei de 1850 e ao regulamento do vigário (1854) efeitos de consolidação das posses que, bem ou mal, foram tomadas em terras às províncias.

3. Mas o recurso não tem condições regimentais para conhecimento e provimento, nas condições em que está lançado.

Certo é que os antecessores do recorrente registraram, em 1858, terras que, em 1864, 1877 e posteriormente, foram transferidas por documentos de mais de século e que estão juntos aos autos.

Ressalvo ao recorrente as ações que acaso lhe caibam, inclusive para prova do usucapião, que o STF iterativamente tem admitido sobre terras públicas pelo decurso de 40 anos antes do Código Civil — a “prescriptio longissimi temporis.”

(Pediú vista o Min. Rodrigues Alckmin.)

VOTO

O Min. Rodrigues Alckmin: Ação demarcatória com queixa de esbulho foi tida como improcedente pelo acórdão recorrido, porque o registro paroquial “não prova o seu domínio sobre o imóvel, a sua pretensão é improcedente, pois a questão abrange o mérito, ou em outros termos, o direito material.

“Por isso, a falta de titularidade do direito material importa na improcedência da ação e não em sua carência, pois esta ocor-

re quando se trate de falta de titularidade do direito formal, que se não confunde com a primeira.

“O registro paroquial não prova domínio e apenas constitui um valioso subsídio para sua apuração.

“As posses transmitidas por título hábil, anteriormente à Lei n. 601, de 1850, foram todas legitimadas por esta lei. Entretanto, se não houve essa transmissão, as posses caíram em comisso e o domínio continuou com o Estado.

“Assim, há necessidade da prova dessa transmissão, por um título legítimo, para que se considere o imóvel como do domínio privado, máxime quando tenha sido contestada a sua legitimidade” (fls.).

Interposto recurso pelas letras “a” e “d”, o eminente relator, Min. Cunha Peixoto, não toma conhecimento dele. Diz S. Exa.: (lê).

Estou de acordo com a conclusão do eminente Relator, que ressalva eventual ação de usucapião aos interessados. E adito, às considerações de seu douto voto, que o acórdão recorrido manteve a sentença por seus fundamentos (v. fls.) e a sentença, apreciando os pretendidos títulos de domínio, ainda teve que a escritura de doação à Tereza Freitas Silveira não abrangia as fazendas “Bêbado” e “Itaipava”, pois “as terras anexas”, a que se referia a escritura, “não são, nem nunca foram as fazendas questionadas”: fundamento que se prende à apreciação de provas e do teor do documento, insuscetível de revisão nesta instância.

Não conheço do presente recurso.

EXTRATO DA ATA

Decisão: Adiado o julgamento por haver pedido vista o Min. Rodrigues Alckmin, depois do voto do Relator que não conhecia do recurso. Ausente, ocasionalmente, o Min. Bilac Pinto.

Decisão: Não conhecido, unânime.

Presidência do Min. Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Mins. Bilac Pinto, Antônio Néder, Rodrigues Alckmin e Cunha Peixoto.

1.º Subprocurador-Geral da República, Dr. José Fernandes Dantas.

BEM DE INCAPAZ

Parte ideal em imóvel — Alienação — Menor representado por sua mãe — Desnecessidade de hasta pública — Aplicação do art. 386 do Código Civil.

Tratando-se de bem, de menor assistido ou representado por sua mãe, não há necessidade de hasta pública para a sua alienação, que pode ser feita mediante simples alvará judicial.

Apelação cível n. 270.498 — Capital — Apelante: Ministério Público — Apelados: J. L. T. e outra (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 270.498, da comarca de São Paulo, em que são apelante Ministério Público e apelados J. L. T. e outra, menores assistidos e representados por sua mãe, M. T.: Acordam, em sessão da 4.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotado o relatório, de fls., como parte integrante deste, dar provimento parcial ao recurso.

Os menores J. L. T. e S. A. T., ora apelados, são proprietários, cada um, de uma fração ideal de 1/16 do prédio e respectivo terreno da R. Pirajussara n. 588, 13.º Subdistrito de Butantã, desta Capital, estando tais frações ideais em condomínio com sua avó paterna e tias. O imóvel, que tem o valor venal de Cr\$ 271.424,00, atualmente desocupado, estava alugado por Cr\$ 4.000,00, por mês, sendo de Cr\$ 250,00 a renda mensal de cada uma das aludidas partes ideais. A proposta para a sua aquisição, pelo Banco Brasileiro de Descontos S/A, pelo preço de Cr\$ 1.000.000,00 à vista, considerados o estado de comunhão da coisa e a renda ínfima produzida, justificava a pretendida alienação, com a aplicação do numerário auferido, dada a evidente utilidade da prole. Desnecessária, na espécie, a hasta pública, por não se cuidar de bens sujeitos à tutela, consoante ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira ("Instituições de Direito Civil", ed. 1976, vol. V/227 e 240), Sílvio Rodrigues

("Direito Civil — Direito de Família", vol. VI/356, 6.ª ed.), Washington de Barros Monteiro ("Curso de Direito Civil — Direito de Família", 14.ª ed., 1976, pág. 257) e de José Olympio de Castro Filho ("Comentários ao Código de Processo Civil", 1.ª ed., 1976, vol. X/84), citados pelos apelados. No mesmo sentido a lição de J. M. Carvalho dos Santos ("Código Civil Brasileiro Interpretado", 7.ª ed., 1961, vol. VI/84-85) e a de Clóvis Beviláqua ("Código Civil", 6.ª ed., vol. 2/367-368), bem como de acórdãos ("Revista de Jurisprudência do TJSP" 46/168, 42/178-180 e 8/393-395). Aplicável, pois, ao caso em exame o art. 386 do CC, e não os invocados art. 429 desse diploma legal e 1.113, § 3.º, do CPC. Assim, comprovada a "evidente utilidade da prole", podia a venda ser efetuada mediante simples alvará judicial, precedida, porém, da avaliação do imóvel, com o posterior depósito das partes que couberem aos menores, na Caixa Econômica do Estado de São Paulo S/A ou Banco do Estado de São Paulo S/A, à disposição do Juízo "e em contas correntes com juros e correção monetária, até melhor aplicação".

Por esses fundamentos nos termos do parecer da Procuradoria da Justiça, que adotam, integralmente, dão provimento parcial à apelação. Custas na forma da lei.

São Paulo, 8 de junho de 1978 — HENRIQUE MACHADO, pres. — CAMPOS GOUVEA, relator — Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Batalha de Camargo e Tito Hesketh.

INDISPONIBILIDADE DE BENS

Diretor de instituição financeira em liquidação extrajudicial — Falecimento — Inventário e partilha — Registro desta — Posterior arresto de todos os bens, inclusive a meação da viúva — Inadmissibilidade.

A partilha dos bens deixados por ex-diretor de instituição financeira, que haviam sido declarados indisponíveis, não é nula de pleno direito, só podendo ser desconstituída por ação própria, mormente se já registrada no Registro de Imóveis.

Apelação cível n. 3.714 — Rio de Janeiro — Apelante: Ministério Público — Apelada: Arlette Ribeiro Fortes Fagundes (TJRJ).

ACÓRDÃO

Vistos e examinados os autos da apelação cível, da 18.ª Vara Cível da comarca da Capital, em que é apelante o Ministério Público e apelada Arlette Ribeiro Fortes Fagundes: Acordam, por maioria de votos, os Juízes que integram a 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, negar provimento à apelação interposta para confirmar a sentença que julgou procedentes os embargos de terceiro e determinou o levantamento do seqüestro incidente sobre os bens mencionados na inicial, condenando a embargada ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa.

Assim decidem incorporando a este o relatório de fls., para servir-lhe de parte expositiva.

O caso é o seguinte: decretada a liquidação extrajudicial da Real Rio — Crédito Financiamento e Investimento, faleceu um dos diretores da sociedade, o marido da embargante.

Procedeu-se ao inventário dos bens do "de cujus", tendo sido a partilha homologada por sentença transitada em julgado em 1971.

Expedido o formal de partilha, foi a 8.11.1971 transcrita a meação da embargante no Registro de Imóveis.

Em julho de 1975 efetivou-se, a requerimento do Ministério Público, o arresto dos bens do falecido marido da embargante, sem qualquer ressalva à meação desta.

Daf os embargos de terceiro oferecidos com fulcro no § 3.º do art. 1.046 do CPC, que assim reza: "Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de

bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação".

A questão a enfrentar e decidir nestes autos é a seguinte: Considerados indisponíveis todos os bens do marido da embargante, nos termos do Decreto-lei n. 685, de 17.7.1969, revigorado pela Lei n. 6.024, de 13.3.1974, deve ser considerada nula "pleno jure" a partilha dos bens inventariados e, conseqüentemente, nula também a transcrição da meação no registro imobiliário?

Impõe-se a resposta negativa.

Se nulidades existir, terá de ser decretada por sentença judicial.

"Ex vi" do disposto no art. 34 da Lei n. 6.024, de 13.3.1974, aplicam-se à liquidação extrajudicial as disposições da Lei de Falências.

Invocou-se muito neste processo o art. 52 da lei falimentar, que contempla o elenco de atos que "não produzem efeitos relativamente à massa, tenha ou não o contratante conhecimento do estado econômico do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores".

Mas a ineficácia tem de ser declarada judicialmente, por via de ação revocatória.

Se há uma lei falha de técnica jurídica, é a Lei n. 6.024; ora fala em seqüestro, ora em arresto, quando essas duas medidas são inconfundíveis.

Arresto é a apreensão de coisas para garantia de dívida líquida e certa, enquanto o seqüestro é o depósito da coisa litigiosa para ser entregue ao vitorioso na pendência judiciária.

É o próprio Ministério quem diz a fls.: "somentemente no caso de execução e apurados os bens penhorados, é que se cogitará de

devolver a meação da mulher, por isso que apenas a parte do cônjuge homem (ex-administrador da financeira) responderá perante os credores prejudicados”.

Há aqui uma “contradictio”.

Se só os bens do cônjuge varão vão responder perante os credores prejudicados, por que o arresto de todos os bens?

O Dr. Juiz baseou-se, para decidir pela procedência dos embargos, no art. 3.º da Lei n. 4.121, de 27.8.1962.

Efetivamente, o art. 3.º fala em título de dívida firmado por um dos cônjuges, o que não é o caso.

Ainda que não tenha aplicabilidade à espécie o art. 3.º, merece mantida a sentença, porque não é possível fazer tábula rasa da transcrição de meação no registro imobiliário.

Meação não é herança. Antes de dissolvida a sociedade conjugal, a meação é ideal, mas após a dissolução, feita a partilha, ela é definida e merece respeitada, ainda mais transcrita no registro imobiliário.

Em face do exposto, negam provimento ao apelo para confirmar a decisão recorrida, contra o voto do eminente revisor, o douto Des. Cavalcanti de Gusmão, sempre lúcido e admirável na defesa dos seus respeitáveis pontos-de-vista.

Rio de Janeiro, 30 de maio de 1977 — HAMILTON DE MORAES E BARROS, pres. — ABEYLARD GOMES, relator — CAVALCANTI DE GUSMÃO, vencido com a seguinte declaração de voto: “Data venia” da douta maioria, dava provimento ao recurso para rejeitar os embargos, condenada a embargante nas custas e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa.

Já estavam os bens indisponíveis na data do falecimento do diretor, cujo óbito ocorreu a 6.11.1969 (fls.). Vigia, então, o art. 1.º e seu § 1.º do Decreto-lei n. 685, de 17.7.1969, hoje revogado pela Lei n. 6.024, de 13.3.1974, que repete, em seu art. 36 e parágrafos, o preceito da indisponibilidade de bens, “verbis”: “Art. 1.º. Os adminis-

tradores, gerentes e conselheiros fiscais das sociedades sujeitas ao regime de liquidação extrajudicial, nos termos do Decreto-lei n. 48 ... ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, ser alienados ou onerados, até final e definitiva apuração e liquidação de suas responsabilidades. § 1.º. A indisponibilidade de que trata o presente artigo decorre do ato que decretar a liquidação ou falência e atinge todos aqueles ...”. A partilha, homologada a 8.6.1971 (fls.), fez-se com violação da lei, pois os bens estavam indisponíveis desde a decretação da liquidação a 31.1.1969. O arresto, realizado a 31.3.1975 (fls.), apenas confirmou a indisponibilidade. Trata-se, portanto, de nulidade e não de anulabilidade. A partilha é nula de pleno direito, em face do que prescreve a Lei n. 6.024. A lei proibitiva implica a nulidade dos atos que lhe são contrários, sem que haja necessidade de expressamente prever a nulidade (Merlin, “apud” Martinho Garcez, “Nulidades dos Atos Jurídicos”, 2.ª ed., vol. 1.º/144). Dispensável a prévia decisão anulatória do art. 152 do CC.

A decisão recorrida (fls.) fez aplicação da Lei n. 4.121 (direitos da mulher casada). Deu ao art. 3.º do citado diploma “interpretação liberal”. A indisponibilidade atingiria, apenas, a meação do administrador casado. Mas o administrador de estabelecimento bancário exerce uma profissão e desse exercício está ciente a esposa, que dele se beneficia. A situação é bem diversa da prevista no Estatuto da Mulher Casada, cujo art. 3.º prevê: “Pelos títulos de dívida, de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime de comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação”. Trata-se, pois, de dívida assumida sem o consentimento do outro cônjuge, coisa bem diversa das obrigações assumidas pelo marido “ex vi legis” no exercício de atividade lícita e conhecida do outro cônjuge.

CARTA DE ARREMATACÃO

Registro — Recusa do oficial — Falta de averbação de construção referida no título — Decisão confirmada — Aplicação do art. 167, n. II, 4, da Lei n. 6.015, de 1973.

É juridicamente impossível consumir, por ato de registro imobiliário, a transmissão de direitos cujo nascimento depende de registro prévio.

Apelação cível n. 267.370 — São Paulo — Apelante: Floriza Dias Ribeiro — Apelado: Oficial do 14º Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 267.370, da comarca da Capital, em que é apelante Floriza Dias Ribeiro e apelado o Oficial do 14.º Cartório de Registro de Imóveis da comarca: Acordam, por votação unânime, negar provimento ao recurso, pagas as custas "ex lege".

1. Não se conforma a recorrente com a sentença que denegou registro de carta de arrematação, sob fundamento de que carecia esta de prova de quitação de débitos previdenciários e não se procedera à necessária averbação das construções constantes do título. Argumenta o recurso com que se não poderia desprezar o auto de penhora, que demonstraria a existência daquelas acessões.

2. Conhece-se do recurso.

Conquanto assentado em enunciação literal da vigente Lei de Registros Públicos (art. 198), o entendimento esposado em primeiro grau tem sido costeadado por orientação menos estrita deste Conselho. A chamada dúvida inversa é criação pretoriana, que pode sustentada à luz das normas vigorantes, pois à cognição de dissenso entre o interessado e o oficial basta que a matéria se apresente ao juízo competente, ainda que por via oblíqua (cf. apelação cível n. 255.634).

3. Nega-se-lhe provimento.

Arredados os fundamentos concernentes à prova do regime de casamento dos devedores, que a própria sentença cuidou inexigível à apelante, e à necessidade de exibição de certificado de quitação de dívidas previdenciárias, que este Conselho vem dispensando quando se não desene indício de fraude (cf. apelação cível n. 367.372), subsiste ponderado obstáculo ao registro.

É que, constando do título apresentado (carta de arrematação) a transferência de direitos abrangentes de duas construções (fls.), é pressuposto necessário do registro perseguido que a existência jurídica destas decorra da prévia averbação de sua edificação (arts. 167, n. II, 4, e 346, parágrafo único, da Lei n. 6.015, de 31.12.1973). Se da transcrição a que se vincula não consta a averbação das construções (fls.), não lhes exsurge disponibilidade dependente de acesso ao registro imobiliário. Noutras palavras, é juridicamente impossível consumir, por ato de registro imobiliário, a transmissão de direitos cujo nascimento depende de registro prévio.

Nem quadra determinar apenas o registro circunscrito ao aspecto do terreno. A uma, porque não há cindir o título, destacando a só transferência dos direitos incidentes sobre o terreno. Este procedimento, que careceria de base jurídica, acabaria descaracterizando a unidade do objeto do ato expropriatório, inerente à arrematação. A duas, porque estimularia negócios jurídicos, à margem do registro, com graves riscos à confiança de terceiros desavisados.

Nem se entrevê rigor na solução. Será singela a providência de obtenção de certidão do "habite-se" das duas casas, para instruir o requerimento a que se refere o art. 246, parágrafo único, já invocado.

4. Do exposto, acordam, por votação unânime, negar provimento ao recurso, pagas as custas "ex lege".

São Paulo, 15 de maio de 1978 — ACÁCIO REBOUÇAS, pres. — ANDRADE JUNQUEIRA, corregedor geral e relator — COSTA MANSO, vice-pres.

HIPOTECA

Garantia de dívida futura — Contrato de abertura de crédito — Admissibilidade — Inocorrência de cláusula potestativa.

Enquanto o creditado não se constitui devedor, usando o crédito, a hipoteca espera a dívida para garanti-la. Se a dívida não se forma a hipoteca fica sem efeito. Não sendo proibida a garantia hipotecária por dívida futura, seu registro não pode ser obstado.

Apelação cível n. 1.113/77 — Curitiba — Apelante: Cia. Brasileira de Petróleo Ipiranga — Apelada: A Justiça (TAPR)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 1.113/77, de Curitiba, 14.^a Vara, em que é apelante Cia. Brasileira de Petróleo Ipiranga e apelada a Justiça.

Não fora já o precedente pretoriano colacionado pela apelante as fls., tem-se ainda que a razão está toda ao seu lado, como demonstra proficientemente seu ilustre patrono nas razões do recurso a fls., e como acentua, com o brilho que lhe é peculiar, o Dr. Murilo Rodrigues Cordeiro, autor do ilustrado parecer de fls.

Com efeito, como assinala o aludido parecer, reproduzindo lição de Clóvis Beviláqua, é perfeitamente válida a garantia hipotecária de obrigação futura e, como exemplo, cita-se o de hipoteca, assegurando "o cumprimento de obrigação futura e que é constituída para a garantia da abertura de um crédito em conta corrente. Enquanto o correntista não se constitui devedor, usando o crédito, a hipoteca espera a dívida para garanti-la; se a dívida não se forma, a hipoteca fica sem efeito".

"Mutatis mutandis", tal preleção se aplica aqui, no caso do mutuário e creditado, vale dizer, à firma Auto Reuter Paraná Ltda.

Logo, como adverte o mesmo parecer "porque não vedada pelo direito, antes permitida, a garantia hipotecária por dívida futura, o registro respectivo também não pode ser obstado" (fls.).

Finalmente, quanto à existência de cláusula potestativa, na verdade não se encontra ela caracterizada, pois o que se convencionou na avença foi o pagamento das duplicatas, que seria à vista ou a prazo, não se referindo a cláusula ao arbítrio da recorrente de fornecer ou não os produtos que comercia.

Ante o exposto: Acordam os Juízes da 2.^a Câmara Cível do Tribunal de Alçada, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso para, reformando a sentença apelada, determinarem que se registre a hipoteca, na forma requerida pela recorrente a fls. Custas "ex vi legis".

Curitiba, 13 de março de 1978 — JORGE ANDRIGUETTO, pres. — ZANONI GONÇALVES, relator — PLÍNIO CACHUBA.

RETIFICAÇÃO DE ÁREA

Gleba de terra — Área maior que a constante do título — Retificação — Aplicação do art. 213 da Lei n. 6.015, de 1973 — Recurso provido para prosseguimento do processo — Voto vencido.

A retificação de erro constante de registro público pode ser solicitada pelo interessado, como dispõe o art. 213 da Lei n. 6.015, de 1973.

Apelação cível n. 262.573 — Santa Cruz do Rio Pardo — Apelantes: Antônio Brondi e sua mulher e outros — Apelado: Juízo de Direito (TJSP)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 262.573, da comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que são apelantes Antônio Brondi e sua mulher e outros, sendo apelado o Juízo: Acordam, em 6.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

1. Os autores, afirmando que adquiriram duas glebas de terras no local denominado "Ribeirão dos Cubas", vieram a Juízo para solicitar a retificação das respectivas transcrições. Justificando o pedido, disseram, em substâncias, que a área efetiva dos imóveis ultrapassa a constante dos títulos.

Citados o alienante e os confrontantes, sem que estes demonstrassem interesse no feito, sobreveio a sentença que julgou extinto o processo, sem lhe examinar o mérito. Observou o Magistrado que a ação era inadequada para o fim proposto e que apenas por meio de usucapião poderiam os autores obter a alteração preconizada.

Dai o presente recurso, que é tempestivo, visando à reforma do aludido decisório, com o conseqüente prosseguimento do feito.

Oficiou a ilustrada Procuradoria-Geral da Justiça, fazendo-o pela manutenção da sentença.

2. Em que pesem os judiciosos argumentos alinhados na decisão recorrida e os que foram, mais tarde, desenvolvidos no parecer do Ministério Público, o apelo deve ser provido.

A retificação de erro constante de registro público pode ser solicitada pelo interessado, como o disciplina o art. 213 da Lei

n. 6.015, de 31.12.1973, e essa alteração é possível, mesmo que implique modificação da área indicada, como prevê, às expressas, o § 2.º do referido dispositivo. Com efeito, não limita este a retificação a erro "do" registro, mas é amplo, alcançando qualquer erro "constante" do registro.

Destarte, ao menos em princípio, não é lícito concluir que a alteração preconizada somente pode ser atingida por via de usucapião, o que leva a considerar-se como adequada a ação eleita.

Não resta dúvida, porém, que cada caso apresenta suas peculiaridades, donde ter a lei previsto a utilização da via ordinária quando ocorre impugnação fundamentada do pedido, bem assim anotado que a retificação não pode acarretar prejuízo a terceiros.

3. Frente ao exposto, o recurso é provido, a fim de que tenha o processo regular seguimento, apreciando o Magistrado a solicitação que lhe dirigiram os autores.

São Paulo, 6 de julho de 1978 — CESAR DE MORAES, pres., vencido, com a seguinte declaração de voto: Divergindo da ilustrada maioria, meu voto negava provimento à apelação.

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

Comentando-o, pondera Washington de Barros Monteiro que "o registro não é imutável e intangível. Se não exprime a realidade jurídica ou a verdade dos fatos, comporta modificação mediante pedido do prejudicado e com audiência dos interessados" ("Direito das Coisas", pág. 430).

É bem de ver que o erro há de advir do registro e não do título translativo; o Decreto n. 4.857, de 9.11.1939, já havia dado

ênfase a esse aspecto quando, no art. 228, admitia a retificação para a correção dos "erros cometidos na tomada de indicações constantes dos títulos" ou, na hipótese de correção administrativa, dos "enganos evidentes cometidos no registro".

A Lei n. 6.015, de 31.12.1973, em nada alterou a disciplina da retificação; possibilitou-a no caso de "erro constante do registro" (art. 213).

A alusão à alteração da área do imóvel — hipótese que interessa à controvérsia — há que ser entendido com o "caput" do artigo, vale dizer, admite-se a retificação, mesmo que importe alteração da área do imóvel, desde que advenha de "erro constante do registro".

A distinção é informada pelos princípios do Direito imobiliário formal e do Direito imobiliário material, hauridos do Direito alemão e que se ajustam ao Direito brasileiro como anota Orlando Gomes ("Direitos Reais", pág. 138).

Analisando o aspecto material da transcrição, adverte o insigne civilista baiano que "se o registro não exprime a verdade, pode ser retificado" (pág. 140).

Inviável é a retificação que vá alcançar o título translativo, alterando-o, corrigindo-o ou emendando-o.

A lição de Serpa Lopes, invocada pelo acórdão desta Câmara, na apelação cível n. 171.476, da mesma comarca de Sorocaba (cf. RT 411/118), longe, "data venia", de abonar o caminho escolhido pelos autores, veda-lhes a via jurídico-processual; ali se admite a ação bilateral de retificação "no caso de certos elementos da transcrição ou inscrição, como os característicos do imóvel não se encontrarem exatos"; a errônia ou a deficiência há de inserir-se, então, nos elementos da transcrição ou da inscrição, não no título translativo.

O acréscimo de área — e na espécie se cuida de acréscimo — ou qualquer alteração substancial quebra o princípio da continuidade do registro imobiliário, como bem acentuou o Dr. Juiz de Direito.

Dai por que meu voto confirmava o julgado que deu pela carência da ação, com a devida vênia — VISEU JÚNIOR, relator — Participou do julgamento, com voto vencedor, o Des. Euler Bueno.

COMPRA E VENDA

Imóvel — Escritura pública — Preço parte à vista e parte em cambiais — Falta de pagamento destas — Ação objetivando anulação do negócio — Carência.

Tratando-se de venda de imóvel com parte do preço a prazo não pode o vendedor pleitear anulação do negócio pela falta de pagamento. Cabe-lhe, apenas, cobrar o que lhe é devido.

Apelação cível n. 234.513 — Bragança Paulista — Apelante: Antônio Leme da Silva — Apelados: Alentino Garcia Ramiro e sua mulher (1ª TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação n. 234.513, da comarca de Bragança Paulista, em que é apelante Antônio Leme da Silva e apelados Alentino Garcia Ramiro e sua mulher: Acordam, em 5.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, integrado neste o relatório de fls., negar provimento ao recurso.

Não havendo o comprador efetuado o pagamento das parcelas em que se desdobrava o preço do negócio, pretenderam os vendedores anulá-lo, sob o fundamento de ter omi-

tido prestação a seu cargo (o preço) essencial à formação do contrato. Mas era evidente a impossibilidade jurídica do pedido, pelo que decidiu acertadamente o Juízo "a quo" ao dar pela carência da ação. Com efeito. Tratando-se, no caso, de compra e venda pura, havia de considerar-se obrigatória e perfeita, acabada, desde que as partes se acordaram no objeto e no preço (CC, art. 1.126). É o que se depreende da escritura pública que instrui, por certidão, a inicial, da qual consta expressamente que, pelo preço certo e previamente convencionado de Cr\$ 215.000,00, que confessavam ter rece-

bido naquele ato do outorgado, em moeda corrente do País, que contaram e acharam exata e da qual lhe davam plena, geral e irrevogável quitação de pagos e satisfeitos, para nunca mais o repetirem, lhe transmitiam a posse e o domínio do bem vendido (fls.). É certo que linhas adiante se consignou que o preço se desdobraria em duas parcelas, respectivamente de Cr\$ 115.000,00 e Cr\$ 100.000,00, representadas por duas notas promissórias que ficavam vinculadas à escritura e se venceriam, respectivamente, em 23.9.1975 e 23.3.1976, sem que o outorgado as tivesse resgatado quando se tornaram exigíveis. Porém, isso não quer dizer que o contrato tivesse deixado de se aperfeiçoar. Na verdade, não se depara, na espécie, qualquer das causas gerais de nulidade do ato jurídico especificadas no art. 145 do CC (muito menos se pode cogitar aqui de anulabilidade por inalegado qualquer vício do consentimento). E é manifesto que a compra e venda se aperfeiçoou, para o que bastava que os vendedores se obrigassem (como de fato se obrigaram) a transferir o domínio certo da coisa e o comprador se comprometesse (como de fato se comprometeu) a pagar-lhes certo preço em dinheiro, o que não obstava que se convencionasse o pagamento mediante títulos de crédito, como é usual (aliás, o comprador já tinha pago parte do preço, que na realidade era superior ao que ficou constando da escritura). Nem cabe, na hipótese "sub iudice", a invocação do parágrafo único do art. 1.092 do CC, pelo qual, no contrato sinalagmático, a parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão, com perdas e danos. É que esse princípio não se aplica à venda salvo quando celebrada com pacto comissório, o que incorreu aqui, em que ela foi pura. Realmente, quando ajustado que se desfaza a venda se o preço não for pago até certo dia é que poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, a não ser que prefira pedir o preço (art. 1.163). Na espécie, todavia, como já se salientou, a venda não se celebrou com pacto comis-

sório, tendo sido pura. Tal aspecto é bem elucidado no acórdão do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, publicado na RT 343/138. Esse aresto, colacionado pelos réus em sua contestação, proferido em grau de embargos infringentes, explica com maestria: "A condição resolutiva em princípio se subentende em todos os casos em que uma das partes não satisfaça obrigação assumida em contrato sinalagmático. Especificamente no tocante ao não pagamento como causa de rescisão, constitui o pormenor o denominado "pacto comissório", que nos adveio do Direito Romano, onde era regido pela "lex commissoria" ("Digesto" XVIII, III, V, "verbi gratia", Van Wetter, "Cour Élémentaire", II/194). Relativamente à compra e venda, nossa lei civil instituiu exceção ao princípio da implícita existência do "pacto comissório" nos contratos bilaterais, em dispositivo (art. 1.163) que constituiria exceção se também nessa hipótese o art. 1.092, parágrafo único, garantisse a rescisão do negócio por falta de pagamento do preço (v. Sebastião de Souza, "Da Compra e Venda", n. 159, Carvalho Santos, "Código Civil Brasileiro Interpretado", 2.ª ed., vol. XV/246, "in fine", e vol. XVI/261). Ora, no contrato de fls. não há qualquer cláusula prevendo a atuação de "pacto comissório". Tratando-se de uma venda definitiva com parte do pagamento a prazo, aos alienantes restava, pois, apenas postular a devida satisfação do preço, como bem ressaltou o douto voto vencido de fls., que fica considerado como parte integrante deste". "In casu", também, poderão os autores promover a cobrança judicial das cambiais, o que não podem é, com fundamento na ausência de pagamento dos títulos vinculados ao contrato, pleitear a rescisão deste. Pelo exposto, confirma-se a sentença apelada, negando-se, conseqüentemente, provimento ao recurso.

Tomaram parte no julgamento os Juízes Toledo Piza, revisor, e Rodrigues Porto.

São Paulo, 10 de agosto de 1977 — MACHADO ALVIM, pres. e relator.

DIREITO DE CONSTRUIR

Zoneamento — Área em que é proibida a construção de residências — Inocorrência de apossamento indireto pela Municipalidade, obrigando-a à indenização — Limitação que não fere o direito de propriedade.

O indeferimento de diretrizes para a implantação de conjunto habitacional, visto estar o imóvel situado em zona especial, onde se acha proibida a construção de residências, não envolve apossamento indireto, obrigando à indenização. Caracteriza-se, simplesmente, a imposição de limites normais ao direito de construir, sem ofensa ao direito de propriedade.

Agravo de instrumento n. 71.112 (agravo regimental) — SP — 2ª Turma — Agravantes: Adelina Mazzei e outra (STF).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos: Acordam os Ministros da 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade com a ata de julgamentos e notas taquigráficas, em negar provimento ao agravo, por unanimidade de votos.

Brasília, 4 de novembro de 1977 — DJACI FALCÃO, pres. — LEITÃO DE ABREU, relator.

RELATÓRIO

O Min. Leitão de Abreu: Este o despacho agravado: "Opina a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Procurador Mauro Leite Soares: "Como esclarece o despacho agravado de fls., do Presidente Lopes Aliende, a ação de desapropriação indireta foi julgada improcedente porque não ocorreu apossamento do imóvel por parte da agravada. Por ter esta negado a implantação de um conjunto habitacional no imóvel em questão, obedecendo a normas relativas a construções residenciais, não infringiu o direito de propriedade. Questão, simplesmente, de posturas municipais.

"Somos pelo não provimento do agravo de instrumento" (fls.).

"Pelos fundamentos, que adoto, do parecer supratranscrito, indefiro o agravo, nos termos do art. 22, § 1.º, do Regimento Interno, bem como determino o arquivamento dos autos" (fls.).

Em agravo regimental, insistem as agravantes em que, na hipótese, foi ofendida a

garantia constitucional da propriedade. Alegam que intentaram ação de desapropriação indireta por haver a agravada, Prefeitura Municipal de Guarulhos, indeferido pedido de diretrizes para implantação de um conjunto habitacional, em imóvel de sua propriedade. O pedido, entretanto, foi indeferido com base em despacho concebido nestes termos: "Deverá ser informado ao peticionário que a área de sua propriedade encontra-se na zona especial, sendo vedada, portanto, a construção de residências. A área destina-se à implantação de equipamentos que venham a proteger sua localização central, podendo ainda vir a ser ocupada institucionalmente pelo Município". Concluem daí as agravantes que o indeferimento não foi motivado por questões regulamentares de construção, mas sim porque no imóvel era defesa a implantação de conjunto habitacional, por se achar fora de comércio, já que, por se tratar, em virtude de lei, de zona especial, nela só se admitiam determinados equipamentos de interesse público. Argumentam que, contrariamente ao que foi decidido, caracterizou-se, no caso, apossamento administrativo, decorrente de dispositivo de lei, que retirava a área da livre disposição dos agravantes, e não mera limitação do direito de construir.

É o relatório.

VOTO

O Min. Leitão de Abreu (relator): Reza o despacho presidencial que indeferiu o extraordinário: "O fulcro da questão posta no presente processo cinge-se, em essência, no

indagar se o indeferimento administrativo de um pedido de diretrizes para implantação, no imóvel, de um conjunto habitacional, se equipara à desapropriação indireta do mesmo.

“O acórdão ora impugnado, confirmando a decisão inferior, optou pela negativa. E com fundamentos que exprimem razoável exegese dos princípios legais aplicáveis à espécie.

“Com efeito. A área pertencente às autoras foi erigida em zona especial, em que estão proibidas as construções residenciais, por força da Lei n. 1.689, de 1971, do Município requerido. E a restrição imposta ao direito de construir — vedando a utilização do terreno para fins residenciais — configura, ao ver do acórdão, uma limitação administrativa, de caráter genérico, que não priva o proprietário do poder de disponibilidade sobre a área questionada. Não houve efetivo apossamento administrativo, mas negativa de se autorizar uma categoria restrita de construções, de tipo proibido pela legislação de zoneamento.

“A limitação administrativa imposta pode ser atacada, no seu aspecto de legalidade, pois que, como tranquilamente se aceita, não se admitem limitações absolutas ou arbitrárias. Mas representa questão diversa a pretensão deduzida pelas recorrentes: a de, conformando-se com o indeferimento do pedido de diretrizes, dar como desapropriada a área, indiretamente. Para que tal se configurasse, necessário seria que, com a restrição ao di-

reito de construir, privados ficassem os proprietários do exercício integral dos poderes do domínio. E como tal não ocorre no caso presente, razoável se entremostra a solução do acórdão impugnado, sem que nele se possa vislumbrar ofensa ao mandamento constitucional invocado ou aos preceitos dos arts. 524 e 572 do CC. A abertura da instância extraordinária, no caso concreto, pois encontra óbice na Súmula n. 400” (fls.).

A questão se acha colocada, em termos adequados, no despacho acima transcrito do nobre Presidente do 2.º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Não se configura, realmente, na hipótese, o apossamento indireto, do imóvel, argüido pelas agravantes, mas unicamente a imposição, mediante posturas municipais, de limites ao direito de construir, a que o proprietário está sujeito. Por estes fundamentos, nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

Decisão: Negado provimento ao agravo regimental. Unânime.

Presidência do Min. Djaci Falcão. Presentes à sessão os Mins. Leitão de Abreu e Moreira Alves. Ausente, justificadamente, o Min. Xavier de Albuquerque. Ausente, ocasionalmente, o Min. Cordeiro Guerra.

1.º Subprocurador-Geral da República o Dr. Joaquim Justino Ribeiro.

REGISTRO

Requisitos — Enunciação dos característicos e confrontações do instrumento — Correspondência literal com os dados constantes da transcrição — Desnecessidade — Imprescindibilidade dos elementos minudentes da identificação do imóvel — Requisito presente — Dúvida inversa improcedente.

Para que se opere a matrícula e o registro não há demandar correspondência literal entre a enunciação dos característicos e confrontações do instrumento e os dados constantes da transcrição ou registro anteriores, que é coisa nem sempre possível e exigência despropositada. O que se estatui para assegurar a continuidade dos registros se a segurança dos atos transmissivos, é a necessidade da presença de elementos minudentes de identificação da coisa.

Apelação cível n. 268.792 — Santa Cruz do Rio Pardo — Apelante: Jorge da Cunha Bueno — Apelado: Oficial do Cartório de Registro de Imóveis (CSMSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 268.792, da comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, em que é apelante Jorge da Cunha Bueno e apelado o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da comarca: Acordam, por votação unânime, dar provimento ao recurso, pagas as custas "ex causa".

1. Insurge-se o recorrente contra a sentença que, acolhendo dúvida inversa, denegou matrícula e registros dos instrumentos apresentados, sob fundamento de que, para além de alguns destes não aludirem à transcrição anterior nem à comarca, as características e confrontações mencionadas não se conformariam com as constantes do registo procedente. Argumenta o recurso que é indubitosa a coincidência entre as descrições dos títulos e as dos registros anteriores, notando-se apenas divergências acidentais irrelevantes.

2. Procedente o recurso.

Conquanto lhe não fosse defeso, a decisão atacada, com motivação convincente, repudiou os fundamentos deduzidos do oficial suscitante e acolheu a dúvida inversa por outras razões. Mas, no fazê-lo, desacertou.

Não eram, em realidade, consistentes as objeções do oficial, enquanto exigia que os instrumentos apontassem a comarca como circunscrição da Fazenda, quando a explícita remissão ao registo anterior, originário daquele cartório, não autorizava dúvidas no particular. Não menos infundadas, no entan-

to, são-no as em que se assentou a sentença por recusar os registros pretendidos.

Consoante, à larga, demonstrou o recurso, substancialmente coincidentes se mostram as minuciosas características e confrontações, lançadas nos instrumentos, e a individuação emergente da transcrição anterior (fls.). A descrição dos títulos apóia-se, outrossim, no levantamento de planta elaborada, obra de 50 anos (fls.), que constitui subsídio estimável de segurança do domínio. Por que se operem a matrícula e os registros perseguidos, não há demandar correspondência literal entre a enunciação dos característicos e confrontações do instrumento e os dados constantes da transcrição ou registo anteriores, que é coisa nem sempre possível e exigência despropositada. O que se estatui, para assegurar a continuidade dos registros e a segurança dos atos transmissivos, é a necessidade da presença de elementos minudentes de identificação da coisa. Se, no descrevê-la com observância dos requisitos legais (arts. 176, parágrafo único, n. II, 3, e 225, "caput", da Lei n. 6.015, de 31.12.1973) ainda que despontem discrepâncias secundárias, se guardou precisa individuação da coisa, bastante para a compatibilidade com o registo a que se vincula e certeza do domínio, estão, "quantum sufficit", configurados os pressupostos da continuidade dos registros públicos.

É o que sucede na espécie, onde o conjunto de referências individualizantes das escrituras se afina com as circunstâncias elementares da transcrição anterior e não sub-

siste, portanto, a mais ténue dúvida quanto à coincidência dos objetos.

3. A omissão, por fim, do registo anterior em alguns dos instrumentos, apresentados na mesma oportunidade, não embaraça a prática dos atos conseqüentes.

Posto não vingue o argumento concebido da douda Procuradoria, para contornar a dificuldade remanescente, porquanto a norma do art. 222 da vigente Lei de Registros Públicos apenas ressuscita condição entrevista no art. 247, 1.º, do Decreto n. 4.857, de 9.11.1939, "in casu" desnecessário o rigor inculcado na decisão.

É que, apresentando-se os títulos para matrícula e registo em conjunto, concernentes todos à mesma propriedade, havida por força da transcrição mencionada no instrumento que servirá de base para a matrícula, essa peculiaridade supre a exigência. Não se vislumbra deficiência que impossibilite cumprimento ao art. 176, parágrafo único, n. II, 5, da invocada Lei n. 6.015.

4. Do exposto, acordam, por votação unânime, dar provimento ao recurso, pagas as custas "ex causa".

São Paulo, 15 de maio de 1978 — ACÁCIO REBOUÇAS, pres. — ANDRADE JUNQUEIRA, corregedor geral e relator — COSTA MANSO, vice-pres.

BEM RESERVADO DA MULHER

Reconhecimento da reserva — Condição que não consta do ato de aquisição e, em conseqüência, do Registro de Imóveis.

A condição de bem reservado que até se presume pelo art. 246 do Código Civil, pode ser reconhecida quando provada sua aquisição com o produto do trabalho ou de outros bens pessoais da mulher.

Agravo de instrumento n. 851 — Rio de Janeiro — Agravante: Estado do Rio de Janeiro — Agravado: Espólio de Fausto Amorim Goulart de Andrade e outros (TJRJ).

ACÓRDÃO

Vistos e discutidos os autos do agravo de instrumento n. 851, em que é agravante o Estado do Rio de Janeiro e agravado o Espólio de Fausto Amorim Goulart de Andrade e outros: Acordam os Juízes da 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, ficando vencido o Des. Relator que o provia.

O autor da herança era casado pelo regime da separação obrigatória.

Adquiriu a mulher, funcionária pública, um apartamento e pretende que o mesmo não esteja sujeito à partilha que se dará no inventário do marido. Seria bem reservado.

Entende o Estado que, para que o bem adquirido pela mulher se tenha como reservado, faz-se mister que dita reserva conste de documento hábil para a competente averbação no Registro de Imóveis.

Além disso, mesmo no regime de separação legal, comunicam-se os aqüestos, como deixou tranqüilo a Súmula n. 377 do STF.

O Dr. Juiz de primeiro grau, como se vê a fls. destes autos, deu razão à viúva, vindo, por isso, o presente agravo do Estado.

A Procuradoria da Justiça é por que se lhe dê provimento.

Essa Câmara, entretanto, desatende ao parecer e nega provimento ao agravo, para confirmar, por inteiro, a decisão do primeiro grau.

Existe, a respeito do tema, divergência doutrinária, repercutindo nos julgados.

Uma corrente, cuja tese beneficia o Estado, em Orlando Gomes, "Direito de Família", entende que a reserva do bem é condição que deve constar no título de aquisição, para poder figurar, assim, no Registro de Imóveis.

Tudo que afeta o direito do "dominus" deve ser claro, expresso e constar daquele registro, para ciência de terceiros.

A outra corrente admite o reconhecimento de condição de bem reservado, ante a prova inequívoca de haver sido o bem adquirido com o produto do trabalho da mulher.

Como a lei não criou qualquer exigência especial, prova-se a reserva pelos meios normais de direito. É o magistério de Caio Mário da Silva Pereira ("Instituições de Direito Civil", "Direito de Família").

Mostra a prova produzida a aquisição feita pela mulher assistida pelo marido.

Como servidor público, declarou à sua repartição não ter bens. Agora, já contribuinte do imposto de renda, repete essa declaração. Significa isso nunca ter tido a respeito do bem que não comprou o "animus domini", descabido até em seu regime de casamento.

Acresce que a filha do "de cujus", que não é filha da viúva titular do bem reservado, concorda com a separação do imóvel pela viúva adquirido. Ante, pois, as inequívocas manifestações do "de cujus" e a concordância de quem seria a herdeira única do imóvel, se ao morto pertencesse, não há porque prevaleça o exclusivo interesse fiscal em cobrar o imposto de transmissão "causa mortis", por transmissão que não houve nem poderia haver.

Além disso, a transcrição do título de aquisição no Registro de Imóveis não é apenas meio de conhecimento e garantia de terceiros, eis que, por força do n. I do art. 530 do CC, é o modo por que se adquire a propriedade imóvel.

A regra do art. 246 do CC é a de que, salvo disposição expressa em contrário, constante do pacto antenupcial, são bens reservados os adquiridos pela mulher que exercer profissão lucrativa diversa da do marido. Não provou o Estado tivessem os cônjuges criado a exceção, razão por que vige com todo o vigor a regra da reserva.

A situação de direito e de fato anteriores ao óbito, de aquisição do bem pela mulher — só ela; de declarar o marido à repartição fiscal e àquela a que se ligava pelo vínculo de servidor público, que nada tinha de seu, não é situação que se altere pelo exclusivo vínculo da morte.

Em verdade, não criou a lei como condição de reconhecimento de reserva do bem aquela vislumbrada pelo Estado. A lição de Orlando Gomes vale como cautela, como segurança dos atos de aquisição, como tranquilidade maior do comprador, não se alcançando, porém, tal declaração à natureza jurídica do requisito irrenunciável da reserva.

Para reconhecer direito, não pode o intérprete exigir aquilo que o legislador dispensou.

Rio de Janeiro, 6 de junho de 1977 — PEDRO BANDEIRA STEELE, pres. sem voto — HAMILTON DE MORAES E BARROS, relator designado — CAVALCAN-

TI DE GUSMÃO, vencido, com a seguinte declaração de voto: A inventariante do espólio agravado era casada com o "de cujus", Fausto Amorim Goulart de Andrade, pelo regime de obrigatória separação de bens (art. 258, n. I, combinado com o art. 183, n. XIII, do CC).

Na constância do casamento, a mulher, ora inventariante, adquiriu o apartamento n. 201 do edifício n. 23 da R. Santa Clara. Falecido o marido, requereu abertura de merorrolamento, com a concordância da herdeira maior, filha do anterior casamento do falecido, alegando que dito imóvel constitui bem reservado de sua exclusiva propriedade, por ter sido adquirido com o produto do seu trabalho, nos termos dos arts. 246 e 263, n. XII, do CC, redação da Lei n. 4.121, de 27.8.1962, o denominado "Estatuto da Mulher Casada", e assim excluído da comunhão e consequentemente de inventário.

O Estado, ora agravante, impugnou tal pedido, sustentando haver comunhão de aqüestos (súmula, verbete 377), desde que não constou do título aquisitivo a expressa declaração da reserva para competente averbação no registro imobiliário. Impõe-se, destarte, avaliação para pagamento do imposto.

Na decisão de fls., o Dr. Juiz "a quo" considerou que há suficiente prova de ser o bem reservado. Não constando de lei a exigência de prova especial, não há que exigila, pois se a comunhão de aqüestos se presume, tal presunção é simplesmente "juris tantum", suscetível de ser elidida.

De tal decisão agrava o Estado.

A tese da Procuradoria do Estado encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. Havendo, no caso, comunhão de aqüestos e adquirido o imóvel a 15.6.1966 (fls.), isto é, na constância do casamento realizado sob regime de obrigatória separação de bens aos 21.12.1959 (fls.), haveria que declarar na respectiva escritura a reserva do bem como exclusivamente de propriedade da mulher, para averbação no registro imobiliário.

Não importa que ao caso não se aplique o art. 167, n. II, "1", da atual Lei de Registros Públicos, que entrou em vigor a 1.º.1.1976, quando o óbito ocorrera a 8.9.1975 (fls.). A anterior Lei de Registros Públicos (Decreto n. 4.857, de 9.11.1939) já se preocupava com a "averbação das convenções antenupciais, especialmente em relação aos imóveis existentes ou posteriormente adquiridos que forem atingidos pela cláusula exclusiva do regime legal" (art. 178, "c", n. I).

Manifesta, portanto, a preocupação do legislador com as conseqüências, em relação

a terceiros, em qualquer caso de aquisição imobiliária que excepcione o regime matrimonial de bens, por natureza imutável.

Como bem salienta o eminente Juiz Severo da Costa, na apelação cível n. 28.138, da 2.^a Câmara do Tribunal de Alçada, citada pelo agravante: "Deve constar, quando da aquisição do bem reservado por parte da mulher, que o mesmo tem tal natureza, que é do interesse não só do casal, como de terceiros".

Essa garantia de terceiros é exigência que deflui, naturalmente, do regime de registro imobiliário no Direito brasileiro. Antes mesmo de firmar-se a exigência da transcrição do título para aquisição de imóveis, já se estabelecia, no Decreto n. 169-A, de 19.1.1890, art. 8.^o, e no Decreto n. 370, de 2.5.1890, art. 23, a obrigatoriedade do registro para eficácia contra terceiros.

É verdade que alguns julgados, contornando a questão de direito, têm admitido seja feita a prova de que o imóvel foi adquirido com o produto do trabalho da mulher, para caracterização da reserva. E, ao que se saiba, essas decisões têm, todas, rejeitado a qualificação de bem reservado ante a prova testemunhal ou circunstancial oferecida ("Revista de Jurisprudência" 25/415, 31/318 e 38/212).

ALIENAÇÃO JUDICIAL

Arrematação — Imóvel já alienado em parte pelo executado antes da penhora — Eficácia da alienação — Nulidade.

Nula é a arrematação de imóvel quando parte deste já fora anteriormente vendida.

Apelação cível n. 72.321 — São Paulo — Apelante: Manuel Cosme Jorge Reis — Apelado: Antônio Cláudio Furcin Druzian (2.^o TACIVSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação n. 72.321, da comarca de São Paulo, em que é apelante Manuel Cosme Jorge Reis, sendo apelado Antônio Cláudio Furcin Druzian: Acordam, em 4.^a Câmara do 2.^o Tribunal de Alçada Civil, adotado o relatório da fls., por votação unânime, rejeitar a preliminar de não conhecimento e negar provimento à apelação. Custas como de direito.

Tratando-se de propriedade imóvel, há que admitir que tal ponto-de-vista funda-se em terreno perigoso e movediço.

Mas o acórdão da 7.^a Câmara Cível do antigo Tribunal de Justiça, na apelação cível n. 68.138, julgada a 4.8.1970, enfrentou o problema diretamente. Relatado pelo eminente Des. Pedro Bandeira Steele, esse acórdão assentou: "Bens reservados, a que se referem os arts. 246 e 263, n. XII, do CC, com as redações dadas pela Lei n. 4.121, de 27.8.1962. Somente podem ser considerados os adquiridos pela mulher com a declaração de que, como tais, não de ser tidos. Dita reserva deve constar de título hábil para a competente averbação no Registro de Imóveis" ("Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do TJRJ" 26/458).

Esta também é a opinião de Orlando Gomes, trazida à colação pelo agravante, e constante do "Direito de Família", 1968, pág. 148. Assim se expressa o renomado mestre de Direito Civil: "Mas, em relação aos bens imóveis, a reserva deve constar do ato de aquisição para a competente averbação no Registro, embora a sua alienação esteja sujeita a restrição".

Por tais fundamentos, "data venia" da douda maioria, dava provimento ao recurso para que o imóvel em causa fosse incluído em inventário.

Dois eminentes processualistas pátrios, acolhendo parcialmente a tese de Zanzucchi, sustentam que a arrematação é uma ação incidente de terceiro, arrematante, no processo de execução: Pontes de Miranda e Celso Neves.

Entende o primeiro que o terceiro que lança "entrou no processo executivo como autor (fungível) de ação incidental, inserta na execução", e que, se há demanda, há relação jurídica processual. E conclui dizendo

que a arrematação é "processo de ação constitutiva, metido, sagitalmente, no processo de execução" ("Comentários ao Código de Processo Civil de 1973", Forense, ed. 1976, vol. X/351-352).

O segundo, revendo sua anterior posição e procurando conciliar as teorias de Pugliatti e Zanzucchi, afirma que a arrematação em verdade, não constitui um ato jurídico processual, "simpliciter", e sim um procedimento específico, sendo o arrematante um terceiro interveniente, cujo pedido é o lance. Nega, porém, nele haja uma pretensão à tutela jurisdicional, e sim à tutela juris-integrativa. A sua colocação é explicitada na conclusão que assim se expressa: "A arrematação é, pois, procedimento juris-integrativo de ação incidental de transferência coativa de bens penhorados ao terceiro interveniente que melhor lance oferecer, inserido no processo executório a cuja finalidade juris-satisfativa serve" ("Comentários ao Código de Processo Civil de 1973", Forense, vol. VII/95-96).

Já Frederico Marques nega existir na arrematação uma ação, em que o arrematante seja o autor. "A posição deste, no processo, é a de terceiro. Nem pode o lance ser equiparado a pedido ou pretensão", anota o eminente processualista ("Manual de Direito Processual Civil", vol. IV/198, ed. 1976, § 892).

Como quer que seja, a verdade é que o arrematante passa a fazer parte de um processo, seja através de ação incidente que suscita a formação de uma relação jurídica processual, seja como mero partícipe efêmero do processo de execução, cabendo-lhe as

posições subjetivas ativas e passivas próprias da sua situação peculiar.

E o ato decisório que anula a arrematação põe fim a essa relação jurídica a que o arrematante está vinculado.

Cuida-se, portanto, de ato processual que tem todas as características de sentença.

Apropriado, bem por isso, o recurso de apelação para a impugnação de semelhante ato decisório.

É rejeitada, em consequência, a preliminar de não conhecimento do recurso.

No mérito, entretanto, desassiste razão ao recorrente.

A penhora atingiu a totalidade do imóvel adquirido pelos executados através da transcrição n. 62.710, ao que se infere da leitura do auto de fls.

Ocorre, entretanto, que bem antes da efetivação do ato de constrição judicial, em outubro de 1964, os executados haviam alienado parte do imóvel a terceiro, ao que dá fé à certidão de fls.

A outra metade foi vendida após a penhora, portanto em fraude de execução, como sustenta o apelante (v. fls.).

A verdade é, porém, que a arrematação atingiu a totalidade do imóvel adquirido através da transcrição acima referida, o que jamais poderia ocorrer à vista da existência de alienação anterior eficaz.

Daf, por que a nulidade da arrematação foi bem declarada.

Participaram do julgamento os Juízes Müller Valente, revisor e Manoel Alves.

São Paulo, 21 de junho de 1978 — CARVALHO NEVES, pres. — KAZUO WATANABE, relator.

LOTEAMENTO

Área objeto de ação possessória — Registro não obstante — Apelação improvida.

Ação possessória não impede o registro de loteamento.

Apelação cível n. 232.032 — Indaiatuba — Apelante: Santoro Mirone — Apeladas: Santa Carmen S/A — Agricultura, Comércio e Indústria e outra (1ª TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação n. 232.032, da comarca de Indaiatuba, sendo apelante Santoro Mirone e apeladas Santa Carmen S/A — Agricultura, Comércio e Indústria e outra: Acordam, em

1.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, adotado o relatório de fls. por votação unânime, negar provimento ao recurso.

1. Sob o fundamento de que na área cujo loteamento foi requerido pelas requerentes, ora apeladas, foi incluído o leito da estrada

municipal que liga a Fazenda Pimenta, de sua propriedade, à atual estrada Indaiatuba-Itupeva, cuja obstrução é objeto de ação de reintegração de posse por ele promovida perante o Juízo da comarca, impugnou Santoro Mirone o registro do mencionado loteamento.

E, rejeitada a impugnação, apelou o impugnante, visando ao acolhimento de sua pretensão.

2. Sem razão, todavia, pois, consoante vem ressaltado no parecer da ilustrada Procuradoria da Justiça, “temos para nós que o recurso não merece provimento, pelos próprios fundamentos da sentença, sucintos e precisos e que estão bem desenvolvidos e sustentados, doutrinária e jurisprudencialmente, nas contra-razões, as quais pedimos vênha para adotar” (fls.).

Realmente, a impugnação assenta-se exclusivamente na existência de ação possessória sobre leito de estrada que estaria incluído na área loteada, mas, conforme lembrado pelo Dr. Juiz de Direito, na sentença, “preleciona Serpa Lopes, servindo-se de aresto do Tribunal de Justiça do Distrito Fe-

deral, “os ônus reais, os impostos, as ações reais e pessoais não impedem o registro” (“Tratado”, vol. III/84). Esse entendimento, aliás, vem de ser reafirmado por Tribunal paulista, como oportunamente lembrou-se a fls. (RT 469/164-5), resultando do que vem prescrito no art. 1.º, § 2.º, do Decreto-lei n. 58, de 1937” (fls.).

3. E se nem mesmo as ações reais impedem o registro do loteamento (RT 469/164), muito menos poderá fazê-lo ação possessória, como a ajuizada pelo recorrente contra uma das apeladas, com a observância de que nada obsta que inscreva dita ação, a fim de resguardar seus interesses em relação aos futuros adquirentes.

4. Daí negar-se provimento ao apelo para confirmar-se a decisão apelada por seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais se somam os constantes das contra-razões das requerentes.

Tomou parte no julgamento o Juiz Nogueira Garcez.

São Paulo, 24 de maio de 1977 — CARLOS ORTIZ, pres. com voto — JURANDYR NILSSON, relator.

COMENTÁRIO

O Decreto-lei n. 58, de 10.12.1937, assim dispõe: “Art. 1.º ...

“§ 2.º. As certidões positivas da existência de ônus reais, de impostos, e de qualquer ação real ou pessoal, bem como qualquer protesto de dívida civil ou comercial não impedem o registro.”

Em atendimento a esta disposição, os loteadores, ao apresentarem o memorial de loteamento para ser registrado, devem depositar no cartório respectivo, não só os documentos exigidos pelo art. 1.º, ns. I a V, como ainda a certidão de ações e de protesto de títulos.

Se a certidão do Distribuidor acusar a existência de qualquer ação, real ou pessoal, inclusive, pois, as possessórias e fiscais contra o proprietário loteador, tal circunstância não poderá impedir o registro do memorial, e isto não só porque a lei assim dispôs, expressamente, como também porque estas certidões são juntadas aos autos de loteamento e, assim, qualquer interessado na compra de lotes, ao manusear os autos, verificará que contra o loteador há tal ou qual ação que poderá abranger o lote que pretende adquirir.

Como observa o Prof. Waldemar Ferreira, autor do projeto: “A certidão servirá para pôr os interessados de sobreaviso. Constituirá uma advertência. Não tem outra função. Pretende a lei não seja ninguém iludido na sua boa-fé, de modo a ajustar a compra de lotes a prazo ciente da situação atual do proprietário” (“O Loteamento...”, vol. I/105, Ed. Revista dos Tribunais, 1938).

Ora, se dos autos irá existir esta advertência, não há razão jurídica para impedir-se o registro do memorial de loteamento, cujo loteador, após esta formalidade, poderá safar-se de uma situação financeira constrangedora, ao organizar sua “carteira” com o produto da venda dos lotes.

Suponhamos a hipótese de um loteador que está envolvido num executivo fiscal pelo não recolhimento dos impostos. Com a venda dos lotes, poderá ele receber o numerário necessário para saldar sua dívida fiscal e assim, com a extinção do processo, desembaraçar os lotes, quer os prometidos à venda, quer os livres de compromisso.

Ocorre ainda que o autor diligente, ao citar o loteador réu, deverá providenciar o registro de sua citação (Lei n. 6.015, de 1973, art. 167, inciso I, n. 21) e, assim, o

interessado, além de tomar ciência, através da certidão do Distribuidor, da existência da ação, tomará ainda conhecimento da mesma pelo registro da citação respectiva.

Por estas razões é que o ajuizamento de qualquer ação não impedirá o registro do loteamento projetado pelo proprietário da gleba, estando assim absolutamente certo o acórdão da 1.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, relatado pelo eminente Juiz Jurandyr Nilsson, ao decidir que "a possessória não impede o registro de loteamento".

JOÃO RABELLO DE AGUIAR VALLIM

LOCAÇÃO

Cláusula de vigência em caso de alienação — Inadmissibilidade de sua celebração pelo usufrutuário do imóvel.

O usufrutuário não tem disponibilidade do imóvel que o habilite a celebrar contrato de locação com a cláusula de vigência, no caso de alienação.

Apelação cível n. 4.361 — Rio de Janeiro — Apelante: Auto Central S/A — Apelado: Oficial do 2º Ofício do Registro Geral de Imóveis (TJRJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação cível n. 4.361, apelante Auto Central S/A e recorrido o Oficial do 2.º Ofício do Registro Geral de Imóveis: Acordam os Juízes da 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Assim decidem, incorporando ao presente julgado o relatório de fls., porque a espécie não é semelhante à que aflora com frequência nos tribunais, do nu-proprietário que, falecido o usufrutuário, recusa-se a cumprir a locação por este celebrada. Ao celebrar o contrato de locação, convencionou o usufru-

tuário cláusula de vigência, no caso de alienação. Ora, não sendo proprietário, não pode ele alienar; está, portanto, assumindo obrigação a ser cumprida por outrem, o nu-proprietário, único habilitado a vender, depois que se consolidar o domínio em suas mãos.

Também é esdrúxula a cláusula que rescindiu contrato de locação anterior sem a presença da parte interessada, o locatário desse primitivo contrato.

Justa, portanto, a objeção do ilustre Oficial do 2.º Ofício de Imóveis e acertada a douda decisão recorrida.

Rio de Janeiro, 2 de agosto de 1977 — RODRIGUES SILVA, pres. — OLAVO TOSTES FILHO, relator.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA**Falta de constituição em mora do promissário comprador — Ação de rescisão improcedente.**

Não se conhece de recurso extraordinário contra o julgamento de improcedência de ação de rescisão de compromisso de compra e venda que decidiu pela improcedência por não ter o promitente vendedor constituído em mora o promissário comprador.

Recurso extraordinário n. 73.257 — MG — Recorrente: Antônio Salustiano Dias — Recorrida: Yara Jenz Carneiro (STF)

ACÓRDÃO

Vistos: Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em 1.^a Turma, à unanimidade de votos e na conformidade das notas taquigráficas, não conhecer do recurso.

Brasília, 23 de agosto de 1977 — BILAC PINTO, pres. — PEDRO SOARES MUÑOZ, relator.

RELATÓRIO

O Min. Pedro Soares Muñoz: Antônio Salustiano Dias propôs, contra Yara Jenz Carneiro, ação ordinária visando à rescisão do contrato pelo qual prometeu vender à ré um imóvel, em janeiro de 1963, alegando que, do preço global de Cr\$ 2.500,00, somente recebeu Cr\$ 50,00, estando a promitente compradora a lhe dever o restante que, nos termos do aludido contrato, “devia ser pago por intermédio do IPASE, quando o Instituto convocasse para a escritura”. O contrato, consoante outra cláusula, “é irrevogável, irretroatável, assegurando o promitente vendedor à promitente compradora todas as garantias da Lei n. 649, de 11.3.1949” (fls.).

Em primeira instância, o Dr. Juiz de Direito julgou improcedentes a ação e a reconvenção e, apelando apenas o autor, a 1.^a Câmara Civil do Tribunal de Minas Gerais confirmou a sentença, contra o voto do eminente Des. Hélio Costa. Com suporte nesse pronunciamento, o vencido interpôs embargos infringentes que foram, por igual, improvidos, com a discrepância dos eminentes Des. Hélio Costa e José de Castro.

Destaco do voto vencedor proferido pelo eminente Des. Mello Júnior, no recurso de apelação e que prevaleceu nos embargos infringentes, o núcleo de sua fundamentação:

“Pelo contrato de compromisso de compra e venda, aceito pelas partes como irrevogável, irretroatável e inarrendável — ficou estabelecido o preço de Cr\$ 2.500,00 novos, sendo 50 de sinal e o restante “por intermédio do IPASE, quando o Instituto convocar para a escritura, com o que o promitente vendedor declarou estar de pleno acordo”. Como se vê, um prazo não certo para o pagamento, um prazo que dependia de ato de terceiro e não exatamente da vontade dos contratantes.

“Assim, ante uma cláusula tão mal aceita pelo promitente vendedor, não se pode dizer que houve mora da promissária compradora no cumprimento de sua obrigação.

“Antes de procurar constituir em mora a promissária compradora, ingressou o autor em Juízo com o pedido de rescisão. Tenho como absolutamente certo que não podia fazê-lo se expressamente concordara em que o pagamento fosse feito por intermédio do IPASE e quando este convocasse as partes para a escritura. Sem qualquer outra exigência ou formalidade” (fls.).

E do voto vencido do eminente Des. José de Castro, o tópico principal está assim redigido: “Ao meu entender o voto vencido melhor consulta o direito das partes e a Justiça. Pelo que se vê, a promessa de compra e venda feita entre os litigantes tinha por objeto a venda definitiva de imóvel residencial do autor à ré para que a mesma fizesse o pagamento por intermédio do IPASE quando o mesmo os convocasse para a escritura.

“Acontece que o compromisso de compra e venda foi realizado em 23.1.1963 e registrado no registro de títulos e documentos em fevereiro daquele ano, e no registro de

imóveis em 10.1.1958, tendo a ação rescisória sido proposta em fevereiro de 1965 (v. fls.), e, durante todo esse tempo, isto é, desde 23.1.1963 a fevereiro de 1965, não se conseguiu cumprir o contratado: a embargada não conseguiu ser convocada pelo IPASE para receber a escritura e nem o embargante conseguiu o pagamento do preço estipulado.

“Então, a argumentação, “data venia”, do voto vencido se impõe: “E torna-se inegável que para ambos a prestação se impossibilitou sem culpa deles.

“Para o promissário comprador porque, salvo se pretendesse lhe impor a suportação de lesão enormíssima, não poderia ele vender mais, pelo preço fixado na promessa, o prédio que seria objeto da venda. É que, em razão da inflação galopante, o custo das utilidades, principalmente da propriedade imobiliária, cresceu na mesma proporção da desvalorização da moeda, o que, entre a data da efetivação da promessa e da propositura da ação, andava na ordem dos 1.000%. Assim, se o promitente vendedor nada teve a ver com a demora na efetivação da venda definitiva, há que se entender que para ele era impossível a prestação do preço avençado.

“E para a promissária compradora, a prestação de sua obrigação, que seria o ato de compra, se tornou impossível porque na dependência de um financiamento que não se efetivou”.

“E na verdade não há prova nos autos de que tenha a embargada obtido o financiamento referido e, em sendo assim, a cláusula então firmada no contrato — “aguardando o financiamento pelo IPASE” — ficou impossível de realização. Tornou-se como que uma condição suspensiva a que não podia o embargante suportar, pois de imprevisível solução.

“Nem vem ao caso, “data venia”, alegar-se que seria necessário pôr em mora a embargante, pois a cláusula, pelo que se expôs, não tinha duração certa” (fls.).

Inconformado com o pronunciamento majoritário que integrou o acórdão prolatado nos embargos infringentes, o embargante recorre extraordinariamente, invocando a letra “a” do permissivo constitucional (art. 119, n. III), com o alegar malferidos os arts. 85 e 879 do CC.

Em sua petição de recurso, aduz o recorrente, em síntese: “O fato, pois, de uma cláusula contratual vir redigida de forma insuficiente e problemática cria a necessidade de investigar-se o verdadeiro propósito das partes, máxime se seu sentido literal leva a

uma consequência inusitada e manifestamente ruínosa para uma das partes.

“Não se vê, no mundo dos negócios imobiliários, tanta complacência na estipulação do tempo do pagamento do preço. Que o promitente vendedor não se dispôs a esperar tanto, depreende-se do fato de nem ao menos juros compensatórios terem sido estipulados. Fora de dúvida que essa preocupação com o tempo do pagamento não houve porque, ao reportar-se ao financiamento do IPASE, tinha o credor em mente um processo de empréstimo em vias de realizar-se, um pagamento que se faria logo. Contrato firmado no ápice da espiral inflacionária, está subtendido, só por isso, que a indeterminação do tempo se referia apenas àquele lapso adequado à tramitação normal de um processo de financiamento imobiliário. Mas, já são passados quase nove anos!

“Por outro lado, há que se atender à regra da cláusula “rebus sic stantibus”. Decorrido tanto tempo, com tamanha alteração do preço das coisas, haveria, por outro lado, um evidente enriquecimento ilícito daquele que paga exatamente a importância de Cr\$ 2.500,00 por um apartamento de quatro quartos!” (fls.).

O eminente Presidente Des. Gentil Guilherme de Faria e Souza inadmitiu o recurso, em despacho assim fundamentado: “A decisão censurada não se distanciou da lei, porquanto as partes acordaram expressamente que o pagamento da promessa de compra e venda seria feito pelo IPASE, a quem a promissária formulou pedido de empréstimo, e quando esse Instituto os “convocasse para a escritura”. Exigindo a prévia constituição em mora dessa promissária, diante de tal cláusula contratual, com a apresentação da prova do indeferimento do seu pedido de empréstimo, o que tornaria impossível o cumprimento da prestação prometida, absolutamente não negou ela vigência aos aludidos artigos do Código Civil, ao revés deulhes o exato entendimento ou, pelo menos, não se excedeu dos limites da razoável interpretação (Súmulas ns. 400 e 454)” (fls.).

A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer pelo não conhecimento do recurso extraordinário, nestes termos: “Incurável é a decisão recorrida.

“O recorrente se comprometeu em vender o imóvel sob a condição de financiamento por instituto, sem nenhuma cláusula quanto ao prazo. Como bem disse o Tribunal “a quo”, o recorrente contratou mal, não conseguindo provar, por outro lado, que a recorrida não tivesse solicitado o aludido em-

préstimo, o qual ainda não foi conseguido por fatores estranhos à sua vontade.

“O certo é que o recorrente concordou expressamente, sem limitação de prazo, quanto a esperar o financiamento, não podendo agora pretender arrepender-se de tal condição suspensiva. Também não se pode falar em falta de previsão, pois à época do contrato, 1963, já havia espiral inflacionária, do mesmo modo que não se poderia prever prazo certo para obtenção de financiamento por instituto. O recorrente contratou livremente, segundo sua vontade, e assim não lhe é lícito alegar imprevisibilidade ou modificação de vontade.

“Somos pelo não conhecimento do recurso extraordinário” (fls.).

É o relatório.

VOTO

O Min. Pedro Soares Muñoz (relator): Funda-se o apelo extremo na letra “a” do art. 119, n. III, da Constituição da República, por ter o acórdão recorrido negado vigência aos arts. 85 e 879 do CC.

Dispõe o art. 85: “Nas declarações de vontade, se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

A decisão impugnada teria violado essa regra legal, consoante o recorrente, em razão de não ter considerado, interpretando cláusula contratual, a parte essencial ou nuclear desta, atenta à vontade dos contratantes, pois “o fato de uma cláusula contratual vir redigida de forma insuficiente e problemática cria a necessidade de investigar-se o verdadeiro propósito das partes, máxime se seu sentido literal leva a uma consequência inusitada e manifestamente ruína para uma das partes” (fls.).

Essa impugnação, porém, não pode ser objeto de recurso extraordinário, “ex vi” da Súmula n. 454: “Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário”.

E o art. 879 estabelece: “Se a prestação de fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação, se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos”.

Os votos em que se arrima o acórdão impugnado afastaram a aplicação, à espécie, do mencionado dispositivo legal, acolhendo o pronunciamento vencedor do eminente Des. Mello Júnior, no julgamento da apelação, “verbis”: “Pelo contrato de compromisso de compra e venda, accito pelas partes como irrevogável, irretroatável e inarrepensível —

ficou estabelecido o preço de Cr\$ 2.500,00 cruzeiros novos, sendo 50 de sinal e o restante “por intermédio do IPASE, quando o Instituto convocar para a escritura, com o que o promitente vendedor declarou estar de pleno acordo”. Como se vê, um prazo não certo para o pagamento, um prazo que dependia de ato de terceiro e não exatamente da vontade dos contratantes.

“Assim, ante uma cláusula tão mal aceita pelo promitente vendedor, não se pode dizer que houve mora da promissária compradora no cumprimento de sua obrigação.

“Antes de procurar constituir em mora a promissária compradora, ingressou o autor em Juízo com o pedido de rescisão. Tenho como absolutamente certo que não podia fazê-lo se expressamente concordara em que o pagamento fosse feito por intermédio do IPASE e quando este convocasse as partes para a escritura. Sem qualquer outra exigência ou formalidade...”

“Por outro lado, provado está que, por motivo que não interessa investigar, o promitente vendedor não entregou o imóvel na data referida no contrato. Sendo este firmado a 11.2.1963, o autor se comprometeu à entrega das chaves no dia 1.º de abril seguinte, independentemente de qualquer condição ou exigência. E continua a ocupar a casa, cuja venda hoje não mais lhe interessa, pelo preço do contrato, ante a efetuada e galopante valorização, pelo preço da propriedade imobiliária” (fls.).

Estou em que essa fundamentação, encostada ao art. 960, segunda parte, do CC, tem em seu prol a Súmula n. 400: “Decisão que deu razoável interpretação a lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra “a” do art. 101, n. III, da Constituição Federal”.

Ademais, a aplicação ao caso do art. 879 exige o reexame de provas, pois somente depois dele se poderá concluir que a promessa de compra e venda se impossibilitou sem culpa do recorrente; essa operação, todavia, é defesa no recurso extraordinário (Súmula n. 279).

Ante o exposto, dele não conheço.

EXTRATO DA ATA

Decisão: Não conhecido, à unanimidade de votos.

Presidência do Min. Bilac Pinto. Presentes à sessão os Mins. Antônio Néder, Rodrigues Alckmin e Soares Muñoz. Licenciado o Min. Cunha Peixoto. Subprocurador-Geral da República o Dr. Antônio Torreão Braz.

DIVISÃO**Ação ajuizada por nu-proprietário — Carência.**

Enquanto perdurar o direito do usufrutuário o imóvel não pode ser dividido contra a sua vontade.

Apelação cível n. 271.795 — Santos — Apelante: Maria da Glória de Jesus Lourenço — Apelada: Ida Alves Lourenço (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 271.795, da comarca de Santos, em que é apelante Maria da Glória de Jesus Lourenço, sendo apelada Ida Alves Lourenço: Acordam, em 1.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, adotado o relatório de fls. retro como parte integrante deste, dar provimento ao recurso, invertido o ônus da sucumbência. Custas na forma da lei.

A promotora da divisão é simplesmente nua-proprietária dos prédios descritos na inicial. Aqueles estão gravados com usufruto. O nu-proprietário não possui o domínio pleno enquanto não houver a extinção do usufruto. Enquanto viver o usufrutuário, a sua propriedade é limitada. Não pode, por isso, cogitar de divisão do imóvel gravado, contrariando a vontade do usufrutuário. Segundo Washington de Barros Monteiro, citando Fúlvio Maroi, o usufrutuário é o verdadeiro proprietário, que tem pela frente um credor da restituição do "tantum dem", ou seja, do equivalente ("Direito das Coisas", pág. 303). Carvalho Santos, trazendo à colação lição de Dalloz, diz que, quanto ao imóvel adquirido em comum por várias pessoas e destinado ao uso de terceiro, enquanto perdurar o direito do terceiro, a divisão não é possível. O mesmo se verifica em relação a imó-

vel sujeito ao ônus de usufruto. Enquanto perdurar o direito do usufrutuário, o imóvel não poderá ser dividido contra a sua vontade. No caso dos autos, as usufrutuárias têm o direito de usar e gozar dos imóveis em sua totalidade. Enquanto elas viverem os nus-proprietários não poderão modificar o destino dos imóveis. Somente depois da morte das usufrutuárias é que os nus-proprietários poderão providenciar a divisão dos mesmos. Enquanto perdurar a atual situação, a apelante não pode propor a ação de divisão, porque é dela carecedora. É certo que cabe aos condôminos o direito de reclamar a divisão da coisa comum. A regra não é absoluta. Casos há em que se impõe a permanência da indivisão. A própria lei admite o acordo com os consortes para que fique indivisa a coisa por tempo não maior de cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior. É o que ficou assentado no julgamento da apelação n. 62.464, in RT 213/229, e no agravo de instrumento n. 216.244, in RT 450/96.

Julgada a autora carecedora de ação, as custas e honorários de advogado ficam a seu cargo, estes fixados em 5% sobre o valor da causa.

São Paulo, 8 de agosto de 1978 — CAR-DOSO ROLIM, pres. — PACHECO DE MATTOS, relator — Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Oliveira Lima e Carmo Pinto.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Mora do promissário comprador — Notificação judicial — Validade, desde que observe os requisitos do Decreto-lei n. 58, de 1937, especialmente quanto à notificação pelo oficial do Registro de Imóveis e ao curso do prazo para pagamento no respectivo cartório.

A notificação para a constituição do promissário em mora deve-se processar no Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do art. 14 e seus parágrafos do Decreto-lei n. 58, de 1937, só valendo a notificação judicial que cumpra os requisitos estabelecidos na mesma lei, mormente os que se referem à citação pelo oficial de registro e ao curso do prazo para o pagamento no aludido Cartório.

Apelação cível n. 247.154 — São Paulo — Apelante: Cia. Comercial e Imobiliária Vila Itaqueruna — Apelados: Maria de Jesus dos Santos e seu marido (1ª TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação n. 247.154, da comarca de São Paulo, em que é apelante Cia. Comercial e Imobiliária Vila Itaqueruna e apelados Maria de Jesus dos Santos e seu marido: Acordam, em 6.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

1. Dando por rescindido o compromisso de compra e venda de um terreno loteado, por não ter a promissária prestamista purgado a mora em que foi constituída por interpelação judicial, contra a mesma ajuizou a Companhia loteadora a presente ação de reintegração de posse.

A sentença, em julgamento equivalente à declaração de carência da ação, julgou extinto o processo, nos termos do art. 267, n. IV, do CPC, impondo à autora os ônus sucumbenciais.

Fundou-se o julgado, ora em reexame, na ineficácia da notificação, indispensável para formalizar a mora e operar a rescisão do compromisso, porque não feita nos moldes do art. 14 e seus §§ do Decreto-lei n. 58, de 1937. Assim, não constituído em mora o promissário e sem validade o cancelamento do registro da escritura de compromisso, porventura feito, não se deu a rescisão contratual alegada e nem se converteu em esbulo a posse transmitida ao adquirente e por ele exercida.

2. A sentença, acolhendo os convincentes fundamentos da contestação, merece ser mantida.

A notificação constitutiva da mora e com a força de acarretar o cancelamento do registro do compromisso de compra e venda, tal como foi prevista e regulada pela legislação de regência, integra o sistema legal organizado para a venda pública, em prestações, dos terrenos urbanos.

Por isso mesmo, foi a notificação estabelecida em moldes simples e econômicos, mas o quanto possível eficientes, não se compreendendo por que fugir da lei, pela escolha da notificação judicial mais dispendiosa, mais demorada e, em si mesma, menos eficiente.

A unanimidade, decidiu a 3.ª Câmara do 2.º Tribunal de Alçada Civil: "A interpelação para constituir em mora o promitente comprador de lote deve ser feita pelo oficial do Registro de Imóveis" (RT 490/160, relator Milton Coccaro, revisor Luiz Francisco e pres. com voto, Joviano de Aguirre).

Citou-se, nesse julgamento, o ensinamento de Pontes de Miranda: "Tudo se passa perante o oficial do Registro. Trata-se de interpelação formal, de natureza administrativa, espécie intermediária, que não é a interpelação judicial nem a interpelação extrajudicial privada; feita no plano do Direito Público Administrativo, como ato de administração de serviços públicos, de registro, que atende a intuítos especiais de política jurídica. Ressalva o douto juriconsulto a possibilidade do emprego da interpelação judicial desde que dela conste a carta a que se refere o art. 14, § 3.º, do Decreto n. 3.079, e seja remetida pelo juiz, ao cartório do Registro de Imóveis, a via que há de ser arquivada, com cópia autêntica da intimação"

(cf. "Tratado de Direito Privado", 1955, tomo XIII/161 e segs.).

3. Observe-se, no caso dos autos, que tão flagrante a inoperância da notificação judicial pela autora feita aos réus que o oficial do Registro Público não deferiu o requerido cancelamento da averbação do compromisso de compra e venda e nem efetuou dito cancelamento. Limitou-se a registrar a entrada em Cartório dos autos da notificação, a tanto equivalendo a simples protocolização a que se refere a certidão de fls., em a qual, aliás, consta, equivocadamente, como apresentante do título protocolado, a própria promissória notificada.

Não cancelado o compromisso, prosseguiram válidos o contrato e a sua averbação constitutiva de direito real em favor do adquirente de lote.

Sem o cancelamento, não há que se falar da rescisão do compromisso, de pleno direito e, de tal modo, seria realmente exigível a prévia rescisão judicial do contrato para se cogitar da pretendida reintegração de posse.

Acredita-se, enfim, que a sentença deve ser confirmada e divulgada, em estímulo ao cumprimento da lei, em seus simples e literais termos e de modo a evitar litígios como o presente.

Tomou parte no julgamento o Juiz Freitas Camargo, revisor.

São Paulo, 1 de agosto de 1978 — MACEDO COSTA, pres. com voto — PAULA BUENO, relator.

SENTENÇA

Vistos etc.

Cia. Comercial e Imobiliária Vila Itaque-runa ajuizou a presente ação de reintegração de posse contra Maria de Jesus dos Santos e seu marido Inácio Apolinário dos Santos, alegando, em resumo, que celebrou com os suplicados um contrato de compromisso de venda e compra relativo ao lote de terreno n. 16, da quadra "Y-1", do loteamento denominado "Cidade Nova São Miguel — Gleba B".

Deixando os réus de efetuar o pagamento das prestações avençadas a partir de maio de 1971, a autora notificou-os perante o Juízo da 1.ª Vara Distrital de São Miguel Paulista, tendo decorrido o prazo legal sem a efetiva purgação da mora.

Diante disto, a autora promoveu o cancelamento da averbação do compromisso junto à 12.ª Circunscrição Imobiliária.

Em conseqüência, tendo em vista que os réus detêm irregularmente a posse do imóvel, ajuizou a presente ação, postulando a reintegração definitiva na posse do lote.

A causa foi atribuído o valor de Cr\$ 16.300,00.

A inicial veio instruída com os documentos de fls.

Os réus foram citados e ofereceram resposta (fls.).

Preliminarmente argüiram a ineficácia da notificação judicial, eis que, realizada sem a observância das formalidades legais (art. 14 e §§ do Decreto-lei n. 58, de 1937).

No mérito, salientaram que a autora recusou-se deliberadamente em receber as quantias referentes às prestações, motivo pelo qual a ação deveria ser julgada improcedente.

Réplica a fls., vieram para os autos os documentos de fls.

É o breve relatório.

Decido: Impõe-se, na verdade, o desate do litígio segundo o estado do processo.

Cuida-se de ação pela qual objetiva a autora reintegrar-se na posse do lote descrito na inicial, prometido à venda aos réus conforme instrumento de compromisso de compra e venda acostado a fls.

Com efeito, pelo atento exame dos documentos que instruíram a peça vestibular, verifica-se que a autora promoveu a notificação através do Juízo da 1.ª Vara Distrital de São Miguel Paulista (fls.).

Decorrido o prazo de 30 dias, concedido da aludida peça notificatória, requereu o cancelamento da averbação do compromisso ao oficial do registro imobiliário (fls.), ajuizando, a seguir, a presente ação possessória.

Contudo, a meu ver, a ineficácia do procedimento que culminou com o cancelamento da averbação do precontrato impõe o decreto de carência com a conseqüente extinção do processo sem o julgamento do mérito.

Na verdade, dispõe o Decreto-lei n. 58, de 1937, em seu art. 14, que vencida e não paga a prestação, considera-se o contrato rescindido 30 dias depois de constituído em mora o devedor. Para esse efeito, estatui o § 1.º do mesmo dispositivo, o devedor será intimado pelo oficial do Registro, o qual será também o competente para cancelar a averbação do compromisso, desde que não seja purgada a mora em cartório (§ 2.º do art. 14 do Decreto-lei n. 58, de 1937).

Tudo se passa perante o oficial do Registro, como anota Pontes de Miranda, salvo o recurso para o juiz respectivo quando o

oficial transgrida a lei ("Tratado de Direito Privado", 1955, tomo XIII/161 e segs.).

Pois bem, no caso "sub judice", como sustentaram os réus, a notificação promovida pela autora encontra-se em completa desarmonia com o Decreto-lei n. 58, de 1937.

Realmente, os réus foram notificados judicialmente para efetuar o pagamento das prestações em atraso, sendo posteriormente promovido o cancelamento da averbação do compromisso pelo oficial do Registro, com base tão-só na afirmação da autora.

Tal interpelação não pode evidentemente prevalecer.

As normas legais não contêm, com efeito, preceitos inúteis, sendo promulgadas, assim, para serem obedecidas.

Ora, o art. 14 do citado Decreto-lei n. 58, de 1937, estatui que o devedor será intimado pelo oficial do Registro, fixando ainda a lei o próprio cartório como o local do pagamento (§ 3.º do Decreto-lei n. 58, de 1937).

E no caso dos autos, além de a notificação não ter sido realizada pelo oficial do Registro, o local indicado para o pagamento era diverso daquele previsto em lei.

Dentro desta linha de raciocínio, não se pretende negar a possibilidade de a notificação ser feita judicialmente, o que, aliás, já foi, e encontra-se expressamente apoiado pela jurisprudência.

Porém, realizada judicialmente, necessariamente deverá o compromitente vendedor cumular o pedido de reintegração de posse com o de rescisão de contrato.

É, assim, impossível que o vendedor certifique a mora do devedor para, então, postular o cancelamento da averbação do compromisso.

E isto simplesmente porque somente o oficial tem a competência para dar o devedor como moroso, e em seguida promover o cancelamento.

Dáí por que a 1.ª Câmara do 2.º Tribunal de Alçada Civil deixou pontificado que "somente o cartório do registro imobiliário tem a competência para receber as prestações atrasadas do promitente comprador e dá-lo como moroso se as não pagar depois de notificado" (RT 490/161).

Em suma, feita judicialmente a notificação do comprador, a rescisão do precontrato dependerá, necessariamente, de sentença, afirmando-se incabível a ação possessória desde logo. De outro lado, o cancelamento da averbação do compromisso só será eficaz quando precedido de interpelação dirigida ao devedor pelo oficial do Registro, nos expressos termos da lei.

Destarte, dada a ineficácia da interpelação, não há falar em resolução do contrato que, por tal motivo, inexistiu. Conclui-se, pois, ser incabível a possessória sem a regular rescisão do compromisso.

Pelo exposto, julgo a autora carecedora da ação e, em consequência, extinto o processo, sem o julgamento do mérito, com fundamento no art. 267, n. IV, do CPC.

Arcará ainda a vencida com o pagamento das custas processuais e verba advocatícia que fixo em 10% sobre o valor dado à causa, atento à regra do art. 20, § 4.º, do CPC.

P.R.I., expedindo-se, após o trânsito em julgado, mandado ao 12.º Cartório de Registro de Imóveis desta Capital para que seja restabelecida a averbação do compromisso.

São Paulo, 8 de fevereiro de 1978.

RENATO SANDRESCHI SARTORELLI.

COMENTÁRIO

A intimação ou notificação para constituir em mora o compromissário comprador de terreno objeto de loteamento registrado nos termos do Decreto-lei n. 58, de 1937, deve ser feita pelo oficial do Cartório do Registro de Imóveis, conforme determina o art. 14 da referida norma jurídica.

Aliás, esse princípio jurídico é confirmado pelo acórdão da 6.ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil, apelação n. 247.154-SP, acima publicado, quando decidiu: "A notificação constitutiva da mora com força de acarretar o cancelamento do registro do compromisso de compra e venda, tal como foi prevista e regulada pela legislação de regência, integra o sistema legal organizado para a venda pública, em prestações, dos terrenos urbanos. Por isso mesmo, foi a notificação estabelecida em moldes simples e econômicos, mas quanto possível eficiente".

Eis a regra. Regra essa, contudo, que comporta exceção. Tanto assim, que o próprio acórdão mencionado, alicerçando-se nos ensinamentos de Pontes de Miranda, acrescenta: "Tudo se passa perante o oficial do Registro. Trata-se de interpelação formal, de

natureza administrativa, espécie intermediária, que não é a interpelação judicial nem a interpelação extrajudicial privada; feita no plano do Direito Público Administrativo, como ato de administração de serviços públicos, de registro, que atende a intuítos especiais de política jurídica. Ressalva o douto jurista a possibilidade do emprego da interpelação judicial desde que dela conste a carta a que se refere o art. 14, § 3.º, do Decreto n. 3.079, e seja remetida pelo juiz ao Cartório do Registro de Imóveis a via que há de ser arquivada, com cópia autêntica da intimação”.

Disto resulta a conclusão de ter o mestre admitido a validade da notificação judicial, condicionando-a, todavia, à formalidade de ser remetida pelo juiz ao Cartório do Registro de Imóveis uma via da carta do compromitente vendedor. Carta essa que estipula “as prestações vencidas, as que se vencerem até o pagamento e juros convencionados, ou a obrigação, as custas do processo, e quando por eles se tenha obrigado, os impostos e taxas devidos, e multas” (§ 1.º do art. 14 do Decreto n. 3.079).

Ora, a remessa da referida carta ao oficial do Registro de Imóveis tem por finalidade levar ao conhecimento do serventuário a importância que deve ser depositada em cartório para purgação da mora e, ao mesmo tempo, restabelecer a validade plena do contrato como estabelecem os §§ 2.º e 4.º do art. 14 do Decreto n. 3.079, no caso de não preferir o inadimplente pagar diretamente ao compromitente vendedor a totalidade do débito. Muito embora esta forma de pagamento direto ao credor — que na prática sempre funcionou satisfatoriamente, pois o compromitente vendedor e requerente da intimação ao receber o que lhe é devido deve dar plena quitação e requerer o arquivamento do processo — já foi, sem razão, argüida de irregular, conforme se verifica do acórdão n. 42.295 publicado na “Revista do IRIB” 3/115.

Pois bem, se a finalidade da carta é dar ciência ao serventuário do total a ser recebido, nada impede seja ela enviada ao Cartório do Registro de Imóveis pelo próprio compromitente vendedor, mesmo porque não há dispositivo legal que fixe ou determine ao juiz essa incumbência. Porém, quanto ao arquivamento, não procede a lição do eminente jurista, uma vez que o processo da notificação é arquivado por inteiro.

Ademais, a notificação judicial não se torna descipienda sem a remessa da carta-cobrança ao oficial, posto que aquela finalidade é perfeitamente alcançada sem esse formalismo. Isso porque, após ser intimado o compromissário comprador, judicialmente, terá ele meios para purgar a mora diretamente no cartório imobiliário, bastando, para tanto, que apresente ao oficial a contrafé da notificação ou a carta-cobrança que lhe foi entregue.

Vale lembrar, aqui, as palavras de Moniz de Aragão, comentando o art. 154 do CPC: “Forma nos atos processuais — A forma assume particular relevância no Direito. Desde os primórdios de Roma, revestiu-se de importância marcante. Se se tomar em consideração o primeiro período do processo civil dos romanos, ver-se-á que as ações da lei seguiam um ritual excessivo, uma verdadeira teatralização, em que se exacerbava, com extremos de rigor, o dever de seguir o modelo traçado pelos sacerdotes. A célebre distração do litigante, que perdeu a causa por ter falado em parreira, quando deveria ter dito árvore, é sintoma eloqüente” O eminente professor paranaense faz esse comentário para depois concluir que o novo Código “procura reduzir esse reinado a proporções sensatas, de modo a que a forma não se sobreponha ao fundo” (“Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. II/15 e 19, Forense).

Observa-se, assim, que o formalismo demasiado está se tornando arcaico, dando lugar a uma maior flexibilidade processual.

Os arts. 154 e 244 do CPC espelham essa tendência mais condizente com a atualidade fixando que — art. 154 — “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”, e o art. 244 o completa nestes termos: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Desses textos legais decorre a ilação de que a notificação judicial é perfeitamente válida se preferida e adotada pelo compromitente vendedor.

De resto, confirmando a tese sustentada neste comentário, o STF, no recurso extraordinário n. 70.553, em 15.9.1970, relator Aliomar Baleeiro, decidiu: “A notificação judicial de fls. é tão válida quanto a do oficial do Registro, do art. 14 do Decreto n. 3.079. Não pode ser tida como inexistente ou nula para os efeitos desse dispositivo. A notificação é tão segura e eficaz, senão mais, quanto a do oficial do Registro Público”.

JETHER SOTTANO

TESTAMENTO

Liberdade de disposição — Limitação exclusivamente legal — Inexistência de impedimento a legado a cônjuge, seja qual for o regime de bens.

O poder de livre disposição no testamento só encontra limite na lei. Como qualquer capacidade de exercício, a capacidade de adquirir por testamento é a regra. A incapacidade é a exceção. Os arts. 1.717 a 1.720 do Código Civil, que regulam a capacidade para adquirir por testamento, não contêm qualquer restrição quanto aos cônjuges, seja qual for o regime de bens. O art. 226 do Código Civil, pertinente ao instituto da doação não pode ser aplicado, por analogia, à hipótese de deixa testamentária.

Agravo de instrumento n. 1.201 — Rio de Janeiro — Agravante: Espólio de Heitor Fogaça Pereira — Agravada: Diamantina da Silva Pereira (TJRJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento n. 1.201, do Rio de Janeiro, sendo agravante o Espólio de Heitor Fogaça Pereira e agravada Diamantina da Silva Pereira: Acorda a 7.^a Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Heitor Fogaça Pereira, casado em segundas núpcias com Diamantina da Silva Pereira, sob o regime da separação de bens, instituiu-a herdeira de sua parte disponível do único bem que deixou, adquirido em comum com a mesma, após o casamento.

Em setembro de 1974, veio a falecer, e foi aberto o respectivo inventário.

Invocando o art. 226 do CC, intentou o inventariante desconhecer a deixa testamentária, mas sua pretensão foi repelida por despacho que se encontra por traslado a fls.

Inconformado, agravou o inventariante, insistindo em que, casado sob o regime de separação legal de bens, por infração do art. 183, n. XIII, do CC, estava impedido de fazer doação ao cônjuge.

A agravada refutou a alegação do agravante e sustentou que o caso de que se

cuida não é de doação, e sim de instituição de herdeiro por testamento público.

A Curadoria de Resíduos e a Procuradoria do Estado (fls.) opinaram pelo não provimento do recurso. Mantido o despacho (fls.), assim também entendeu a douta Procuradoria da Justiça (fls.).

Com efeito, o recurso não merece provimento, assim porque o poder de livre disposição, no testamento, só encontra limite na lei.

Como qualquer capacidade de exercício, a capacidade de adquirir por testamento é a regra; a incapacidade é a exceção.

Os arts. 1.717 a 1.720 do CC, que regulam a capacidade para adquirir por testamento, não contêm qualquer restrição quanto aos cônjuges, seja qual for o regime de bens.

O art. 226 do CC, pertinente ao instituto da doação, não se aplica à hipótese de deixa testamentária. Já se decidiu que "o dispositivo que impede o cônjuge de fazer doação à esposa, com quem se casa sem haver feito inventário da primeira, não pode, por analogia, ser aplicado à hipótese de deixa testamentária" (RT 439/249).

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 1977 — ITABAIANA DE OLIVEIRA, pres. — RONALD DE SOUZA, relator.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Negócio simulado — Garantia de dívida e não intenção de transferência de domínio — Fraude à lei — Proibição do pacto comissório — Improcedência da ação — Aplicação do art. 765 do Código Civil.

A proibição do pacto comissório é de ordem pública e a violação da norma constitui causa de nulidade absoluta, que pode ser pronunciada até mesmo de ofício "incidenter tantum".

Embargos infringentes na apelação cível n. 251.155 — Moji-Mirim — Embargantes: Eugênio Scomparim e sua mulher — Embargado: Espólio de Adelino Cassemiro da Silva (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de embargos infringentes n. 251.155, da comarca de Moji-Mirim, em que são embargantes Eugênio Scomparim e sua mulher, Antônia Bizigatto Scomparim, e embargado o Espólio de Adelino Cassemiro da Silva, representado por sua inventariante Maria Palhari Cassemiro da Silva, também conhecida por Maria Palhari; Acordam, em 3.º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, receber os embargos. Custas na forma da lei.

Trata-se de ação cominatória pela qual o espólio autor pretende compelir os réus, sob pena de multa, a outorgarem a escritura definitiva de imóvel objeto de compromisso de compra e venda.

A sentença de primeira instância julgou improcedente a ação, acolhendo a defesa dos réus, segundo a qual o negócio teria sido simulado, para disfarçar um pacto comissório.

A 6.ª Câmara Civil, pelos votos dos Des. Euler Bueno (relator designado) e Sousa Lima, deu provimento à apelação do autor, para julgar procedente a ação, com limitação da pena, prejudicado o apelo dos réus. Ficou vencido o Des. Azevedo Franceschini, que negava provimento ao recurso do autor, embora retificando a conclusão da sentença, de improcedência para carência, e provia a apelação dos réus para elevar a verba honorária a 20% sobre o valor da causa.

Daf os presentes embargos infringentes oferecidos pelos réus, argüindo a nulidade do acórdão, porque teria decidido "ultra petita".

No mérito, os embargantes pleiteiam o restabelecimento da sentença de primeira instância.

É o relatório.

Ao contrário do que alegam os embargantes, não houve decisão "ultra petita". O acórdão foi claro ao cominar a multa de Cr\$ 200.000,00, pedida na inicial, posto como limite o valor do imóvel. Com isso, o acórdão concedeu tão-somente aquilo que foi pedido, impondo contudo uma restrição. De acordo com o julgado, a multa deverá ser reduzida, caso seja superior ao valor do imóvel a ser apurado em execução.

No mérito, porém, "data maxima venia", os embargos devem ser recebidos, pois a prova é convincente no sentido da existência de um negócio simulado, em que a verdadeira intenção das partes não foi a transferência do domínio do imóvel, mas a outorga de garantia de dívida. A simulação teve por objeto fraudar a norma cogente do art. 765 do CC, que proíbe o pacto comissório.

O réu varão era devedor da quantia de Cr\$ 10.000,00, representada por uma nota promissória. Após o vencimento do título, outorgou ao credor um compromisso particular de venda de imóvel, por Cr\$ 13.500,00.

O espólio autor alega que a promessa foi outorgada em pagamento da dívida de Cr\$ 10.000,00, tendo os réus recebido a diferença de Cr\$ 3.500,00. Se assim fosse, porém, os réus deveriam ter recebido a quitação da promissória saldada por meio da suposta cessão de direitos em pagamento. Estranhamente, contudo, não houve tal quitação, tendo o autor conservado em seu poder a nota promissória. Além disso, os réus ainda emitiram uma segunda nota promissória.

sória de Cr\$ 3.500,00. Ora, se a dívida era de Cr\$ 10.000,00 e se o imóvel dado em pagamento valia Cr\$ 13.500,00, os réus tornar-se-iam credores da diferença. No entanto, apesar de terem transferido ao credor um imóvel de valor superior ao débito, os réus ainda assumiram uma nova dívida cambial, sem quitação da anterior. E no documento de fls. ficou expresso que o autor ainda poderia protestar e executar as notas promissórias, caso não recebesse a escritura definitiva do imóvel.

Como se vê, a hipótese de dação em pagamento não se ajusta às circunstâncias do caso, pois, ao invés de extinguir-se pelo pagamento, a dívida cresceu.

Pondere-se também que, na petição inicial, o próprio autor afirma que o imóvel valia Cr\$ 200.000,00 na ocasião da propositura da ação. Isso evidencia que o compromisso foi celebrado por um preço vil, ainda que se leve em conta o tempo decorrido entre o negócio e a instauração da demanda.

Todas essas circunstâncias tornam perfeitamente verossímil o depoimento de Antônio Guedes, que acompanhou as negociações e afirmou com segurança que o imóvel foi dado em garantia da dívida (fls.).

Houve, portanto, fraude à lei. A proibição do pacto comissório é de ordem pública e a violação da norma constitui causa de nulidade absoluta, que pode ser pronunciada até mesmo de ofício, "incidenter tantum". Nesse sentido os acórdãos publicados na RT 447/223, 455/121 e 354/183, que se

apóiam em ensinamentos doutrinários e em precedentes jurisprudenciais. Assim também já decidiu a 5.^a Câmara Civil deste Tribunal, por votação unânime, no julgamento da apelação n. 251.975, em 18.8.1976, e no julgamento da apelação n. 254.382, em 2.12.1976.

Daf a conclusão no sentido da carência da ação, restando ao espólio autor a possibilidade de executar seu crédito quirografário. Aliás, foi isso que as partes expressamente ajustaram no documento de fls., para a hipótese de não ser outorgada a escritura definitiva do imóvel.

Em seu recurso, contudo, os embargantes se limitam a pedir o restabelecimento da sentença de primeira instância, sem renovar o pedido de elevação da verba honorária, que havia sido objeto de sua apelação, provida pelo respeitável voto vencido do Des. Azevedo Franceschini.

Sendo assim, os embargos são recebidos, para que prevaleça a conclusão do voto vencido, no sentido da carência da ação, sem a elevação dos honorários.

São Paulo, 23 de dezembro de 1976 — DIMAS DE ALMEIDA, pres. — MACEDO BITENCOURT, relator — Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Des. Coelho de Paula e Azevedo Franceschini e, com votos vencidos, os Des. Euler Bueno e Sousa Lima.

(Acórdão embargado na RT 502/72).

HIPOTECA

Execução pelo primeiro credor hipotecário — Necessidade de notificação judicial do segundo credor.

O primeiro credor hipotecário, que adquire o imóvel em arrematação por ele promovida, sem a notificação judicial do segundo, assume o ônus de adquirir o imóvel gravado pela segunda hipoteca.

Apelação cível n. 2.766 — Rio de Janeiro — Apelante: ECIA — Irmãos Araújo Engenharia, Comércio Ltda. — Apelada: Morada — Associação de Poupança e Empréstimo (TJERJ).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2.766, em que é apelante ECIA — Irmãos Araújo Engenharia,

Comércio Ltda. e apelada Morada — Associação de Poupança e Empréstimo: Acordam os Juízes da 6.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, dar pro-

vimento à apelação para indeferir o pedido de cancelamento formulado pela apelada.

Relatório a fls. Preliminarmente, há que ponderar não caber, no presente requerimento ao oficial do Registro de Imóveis, apreciar a validade da arrematação. Deve decidir-se, tão-somente, quanto a perdurar ou não a segunda hipoteca.

"Data venia" das doudas opiniões invocaadas pela apelada, a resposta afirmativa se impõe.

Os argumentos usados para subtrair à exigência do art. 826 do CC a hipótese da execução pelo primeiro credor hipotecário não procedem.

Diz-se que essa notificação seria desnecessária quando a execução pelo primeiro credor hipotecário não deixa sobras para a satisfação do crédito do segundo credor hipotecário. Note-se, em primeiro lugar, que, no caso dos autos, isto não foi demonstrado. Ainda que o fosse, convém lembrar que se o segundo credor houvesse sido notificado, como manda a lei, teria podido licitar, não se sabendo quais as conseqüências dessa participação.

A refutação dada a esse argumento no acórdão citado a fls., "data venia", não procede. Diz-se: "Não se argumenta com a alegação feita de que a notificação o habilitaria a licitar e impedir a arrematação por preço vil, porque, para esse fim, seria terceiro licitante e como tal devia ter tido conhecimento da praça como qualquer outra pessoa pela publicação dos editais". Com a devida vênia, insustentável essa equiparação do credor hipotecário a "qualquer pessoa", pois à evidência ele não é.

Assim, o primeiro credor hipotecário que adquire o imóvel em arrematação por ele promovida, sem a notificação judicial do segundo, assume o ônus de adquirir o imóvel gravado pela segunda hipoteca.

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 1976 — DÉCIO PIO BORGES, pres., com a seguinte declaração de voto: Também votei, dando provimento ao recurso.

Prevaleceu na sentença apelada a tese de que a notificação instituída pelo Código Civil, no art. 826, e que foi também objeto de todas as legislações processuais dos Estados, do Código de 1939 (art. 971) e do atual (art. 687), só se impõe ao credor da primeira hipoteca, não ao segundo credor, que é o caso dos autos.

Os fundamentos, apresentados pela apelada, e aceitos pelo Dr. Juiz, assentam todos numas decisões muito antigas, do Tri-

bunal de São Paulo, baseadas em pareceres também antigos de Clóvis Beviláqua e Eduardo Espinola, pareceres esses que, com a devida vênia, nenhum argumento sério possuem para convencer da validade da tese sustentada.

Realmente, o Código Civil, no art. 826, nenhuma distinção faz entre primeira e segunda hipotecas e a notificação, pelo que está no texto, deve ser dirigida a todos os credores hipotecários.

No caso, porém, antes de se penetrar nesse ponto nevrálgico da controvérsia, deve-se ponderar que há um assunto sério de suma gravidade, aliás, que é o relativo ao abuso que está havendo por parte de algumas instituições financeiras — que se arvoram em autoridades judiciais, e chamam a si o poder de executar quaisquer dívidas provenientes de hipotecas — pondo termo final às execuções hipotecárias perante o Poder Judiciário.

Instituiu-se a cédula hipotecária, transmissível mediante simples endosso, assim como a execução extrajudicial — no caso uma forma de justiça privada — não propriamente uma execução, porque suprimiu-se a defesa do devedor, que ou paga o que o credor pede, ou perde o bem hipotecado.

Até aí, vá lá: certo ou errado, tem que ser feito assim, e ninguém pode se insurgir contra isso.

O que se deve ponderar, no entanto, é que está havendo abusos, e a execução extrajudicial está-se fazendo, onde não deve ser feita.

Quando a Lei n. 70, de 21.11.1966, instituiu a cédula hipotecária, previu três modalidades de operações, ou sejam: 1) operações compreendidas no SFH; 2) hipotecas de que sejam credores instituições financeiras em geral e companhias de seguros; e 3) hipotecas entre outras partes (é o caso), desde que a cédula hipotecária seja originariamente emitida em favor das pessoas jurídicas a que se refere o inciso 2 supra.

Então a cédula hipotecária poderá ser emitida em qualquer tipo de hipoteca, mesmo entre particulares, uma pessoa jurídica, uma sociedade comercial e uma pessoa física, como é o caso dos autos, mas somente quando emitida em favor de instituições financeiras.

Essas hipotecas, quando não pagas no vencimento, diz a lei, podem ser objeto de execução judicial ou extrajudicial.

Para fazer a execução extrajudicial — ainda diz a lei — "vencida e não paga a hipoteca", deverá o credor participar o fato

ao agente fiduciário até seis meses antes da prescrição do crédito.

Ora, no caso a hipoteca não estava sequer vencida, e a execução extrajudicial só pode ser feita em relação às hipotecas que não forem pagas no seu vencimento. O prazo aqui era de 15 anos. A mora pelo não pagamento de encargos, ou de prestações, é outra coisa, e foi prevista no parágrafo único do art. 29, apenas importa em exigibilidade de toda a dívida.

Ora, uma coisa é o não pagamento da hipoteca, no todo ou em parte, no seu vencimento, outra coisa é admitir-se a exigibilidade de toda a dívida, antes do vencimento.

Parece que são hipóteses diferentes, mormente quando se está num terreno assaz delicado como este.

Para a hipoteca não paga "no vencimento", para a hipoteca que "está vencida" e não paga, "no todo ou em parte", é que o legislador instituiu a execução extrajudicial (Decreto-lei n. 70, de 21.11.1966, art. 31).

Para a exigibilidade da dívida toda, antes de vencida, não há a execução particular, e não há outra conclusão a tirar-se, diante do que dispõem os arts. 29 e 31 do Decreto-lei n. 70.

No caso, a hipótese não estava vencida, pois fora ajustada pelo prazo de 15 anos.

Então, não estando vencida, não podia ser executada extrajudicialmente.

O devedor é que estava em mora, coisa diferente, e pelo contrato, segundo se vê de fls., essa mora apenas sujeitava o devedor a 3% de juros, mais 10% de pena convencional no caso da cobrança judicial. Essas ações de cobrança não foram transferidas do Poder Judiciário às instituições financeiras; somente a execução depois de vencida a hipoteca, e não paga a dívida, no todo ou em parte. Está claro isso no art. 31 do Decreto-lei n. 70. Então, por esse aspecto, o título não tem a virtude de operar o cancelamento de uma hipoteca, devidamente inscrita, e que não está ainda vencida.

Mais: o credor era um cessionário, através de um endosso numa cédula hipotecária, mas não estava sequer averbado no Registro de Imóveis, de modo que, em relação à apelante, era um quirógrafo. Seu endosso valia entre as partes, não em relação a terceiros, e não há dúvida que tivesse ele vindo a Juízo, a primeira exigência do Juízo seria esta: averbar primeiro seu endosso no Registro de Imóveis para que pudesse invocar a condição de credor hipotecário. To-

davia, executou ele a hipoteca, sem sequer ter a cessão averbada no Registro de Imóveis.

Mas volta-se à tese principal, a do art. 826 do CC. Não há a menor dúvida de que esse artigo se aplica a todo e qualquer credor hipotecário, seja primeiro, seja segundo. Porque excluir da intimação o segundo credor hipotecário, e fazer essa distinção, quando o Código Civil não a faz?

A jurisprudência invocada pela apelada, da década de 1930, ficou nela só, em desacordo com jurisprudência tomada antes e depois.

E a citada jurisprudência tem como fundamento, unicamente, o parecer de Clóvis Beviláqua, já citado, parecer que, "data venia", não convenceu porque Clóvis, sem nenhuma dúvida, se baseou em legislação revogada, e de há muito revogada, como era o Decreto n. 169-A, de 1890, incompatível com o sistema hipotecário do Código Civil.

Entendia Clóvis, realmente, que o objetivo da notificação prevista no art. 826 do CC era fazer com que o credor opusesse embargos, e o dispositivo do art. 16 do citado decreto (de 1890) se referia unicamente às execuções promovidas por credores quirografários.

Dizia porém ele que o segundo credor não pode impedir a praça do imóvel na execução promovida pelo credor hipotecário inscrito em primeiro lugar, considerando que "em relação ao primeiro, o segundo equiparase ao quirografário na execução, como se vê do art. 847 do CC" (v. parecer cit. a fls.).

Ora, esses conceitos do grande mestre implicam negar ao segundo credor um direito fundamental inscrito no Código Civil, no art. 814, que é o de se sub-rogar nos direitos do primeiro credor hipotecário.

O segundo credor tem o direito de pôr fora o primeiro credor, e tomar o seu lugar, podendo, conseqüentemente, até mesmo impedir a execução dele. Está isso expresso no art. 814 do CC, cuja existência é a bem dizer negada pelo grande Clóvis.

Mas, em matéria de hipoteca, o que se vê é que Clóvis com a devida vênia sempre claudicou, e ora dizia uma coisa, ora outra, como é o caso do efeito da notificação dirigida ao credor hipotecário, na execução promovida pelo credor quirografário. Na primeira edição de seus comentários, disse uma coisa; na terceira, disse outra.

Ora, em matéria de Direito hipotecário, é preciso não se perder de vista que, ao tempo do Código Civil, andava misturado o

Direito novo com o velho — o Regulamento Hipotecário cuja estrutura foi totalmente modificada pelo Código Civil e hoje está inteiramente revogado.

Na época, dispositivos havia, antes do Código de Processo de 1939, que ficavam a cargo das legislações estaduais, e faltava até mesmo competência ao Congresso Nacional para legislar sobre processo civil, o que era da competência dos Estados-membros.

Daí a confusão reinante, e que veio a final a traír o grande Clóvis Beviláqua, que chegou mesmo a expor determinada opinião em certas ocasiões, para depois reconhecer o erro e voltar atrás.

Ao tempo da jurisprudência citada pelo apelado — década de 1920 e 1930, vigoravam estes princípios que hoje estão revogados: o credor quirografário não podia executar o imóvel hipotecado, e Clóvis chegou a negar esse direito; o credor hipotecário podia embargar a execução do credor quirografário. Isso hoje não é possível, e o quirografário executa e põe em praça o imóvel hipotecado. O que não pode é levantar o produto da arrematação enquanto não pago o crédito do hipotecário, que deve ser intimado para a execução, sob pena de nulidade.

E o princípio sadio do art. 826, exigindo a intimação de todos os credores hipotecá-

rios, sejam primeiros, sejam segundos, sem qualquer distinção. Se não houver a intimação, é nula a arrematação, diz o STF, em jurisprudência recente.

Serpa Lopes, em longa decisão, quando Juiz Eleitoral mostrou o erro de Clóvis Beviláqua e firmou a boa doutrina em torno do assunto; a arrematação só extingue a hipoteca se para ela tiver sido intimado o credor hipotecário. Se não o for, é ato inoperante para o cancelamento ("Tratado dos Registros Públicos", vol. II, § 383). No mesmo sentido, é Pontes de Miranda (tomo X/397-398).

Procurou-se fazer muitas distinções, mas foram todas refutadas pelo STF que reputa nula a arrematação, se para ela não for intimado o credor hipotecário (recurso extraordinário n. 59.947, RT 41/229 e 56/101).

Aliás, despidiendia seria hoje qualquer discussão a respeito, por isso que a Lei de Registros Públicos no art. 25 é muito clara: "O cancelamento da hipoteca só pode ser feito: ... II — em razão de procedimento administrativo ou contencioso, no qual o credor tenha sido intimado (art. 698 do CPC)".

Assim, a questionada arrematação é ineficaz para determinar o cancelamento da hipoteca regularmente inscrita — BASILEU RIBEIRO FILHO, relator — LUIS LOPES DE SOUZA.

LOTEAMENTO

Registro — Impugnação — Alegação de divisão irregular — Não acolhimento.

Ações reais não impedem o registro de loteamento.

Apelação cível n. 235.998 — Itapeverica da Serra — Apelante: Elcio Salvador Brossi — Apelada: Territorial Trabulsi Ltda. (1ª TACivSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação n. 235.998, da comarca de Itapeverica da Serra, sendo apelante Elcio Salvador Brossi e apelada Territorial Trabulsi Ltda.; Acordam, em 1.ª Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

1. Inconformado com a sentença que julgou improcedente a impugnação que apresentou e, em consequência, determinou a inscrição do loteamento solicitada pela requerente, apelou o impugnante, pleiteando sua

reforma, para que seja acolhida sua impugnação.

Regularmente processada a apelação, opinou a Procuradoria da Justiça por seu improvimento (fls.).

2. Apesar da insistência do impugnante, ora apelante, o qual se insurge contra a inscrição do loteamento requerida pela ora apelada, sob o fundamento de que irregular teria sido a divisão feita entre ela e Anna Silleg da Silva, localizando-se indevidamente em parte do imóvel, que integrava área maior, tal circunstância, por si só, é insuficiente

para justificar o indeferimento do pedido de inscrição do loteamento.

Daf o parecer da ilustrada Procuradoria da Justiça pela confirmação da decisão apelada, onde é ressaltado que "a só litigiosidade do direito real" não é "suficiente para obstar o registro porque, embora contestada em juízo, produz a transcrição de tal direito todos os seus efeitos legais, inclusive o de autorizar o pedido de loteamento" (fls.).

Aliás, a matéria é regulada pelo art. 2.º, §§ 2.º e 3.º, do Decreto n. 3.079, de 1938, e os acórdãos citados na sentença são nesse mesmo sentido (RT 425/152 e 469/164), assim a tendo julgado esta Câmara, na apelação n. 232.032, em aresto relatado pelo relator deste (in "Tribuna da Justiça — Jurisprudência", n. 632, pág. 4.392).

Mesmo porque, segundo a lição de Serpa Lopes, as ações reais não impedem o registro ("Tratado dos Registros Públicos", vol. II/84), motivo por que, rejeitando o Juiz a impugnação não profere nenhum julgamento sobre o direito do impugnante, apenas não reconhece ser sua pretensão suficiente para obstar a inscrição do loteamento, devendo as questões suscitadas pelo apelante serem resolvidas através das vias ordinárias.

Nega-se, por isso, provimento ao recurso, para confirmar-se a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Tomou parte no julgamento o Juiz Assis Moura.

São Paulo, 9 de fevereiro de 1978 — MACEDO BITTENCOURT, pres. com voto — JURANDYR NILSSON, relator.

MANDATO EM CAUSA PRÓPRIA

Irrevogabilidade — Falecimento do mandante — Irrelevância — Reivindicatória procedente.

O falecimento do mandante não extingue o mandato outorgado em causa própria.

Apelação cível n. 262.424 — São Paulo — Apelantes: Urbano Canavina e sua mulher e outros — Apelados: Antônio Russo e sua mulher (TJSP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 262.424, da comarca de São Paulo, em que são apelantes Urbano Canavina, sua mulher e outros, sendo apelados Antônio Russo e sua mulher: Acordam, em 3.ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, negar provimento à apelação para manter a decisão apelada, cujos relatório e fundamentos são adotados para que integrem o presente aresto.

Trata-se de ação reivindicatória fundada em escritura de compra e venda devidamente transcrita, cujo outorgante era procurador em causa própria, constituído o mandato com expressas cláusulas de irrevogabilidade e irrevogabilidade, havendo-se, no instrumento,

estipulado preço e tendo sido recolhidos, por ocasião da constituição do mandato, os devidos impostos de sisa.

Foram assim repelidos os argumentos da defesa de que, à feitura da escritura, se achava extinto o mandato, por ter havido antes dela o falecimento do mandante.

E o decidido é de ser mantido, uma vez que já se assentou que a extinção do mandato pela morte do mandante comporta exceções, entre as quais, quando a procuração tenha sido dada em causa própria.

E assim é por representar o mandato em causa própria, quando do instrumento constarem todos os elementos da compra e venda (coisa, condições e preços), uma verdadeira alienação; "teoricamente, é contrato intermediário; representação na forma de alienação na essência".

E a evidenciar tal, está a circunstância de ter sido recolhida, conforme consta do instrumento a fls., a sisa, os impostos de transmissão "inter vivos".

Contra tal título, não podia prevalecer a documentação ofertada pelos réus apelantes, documentação de caráter particular, desaparecidos os que a outorgaram.

A sentença, destarte, não é carente de reforma.

São Paulo, 7 de julho de 1977 — FERREIRA DE OLIVEIRA, pres. com voto — COSTA LEITE, relator — Participou do julgamento, com voto vencedor, o Des. Vi-seu Júnior.

ÍNDICE ALFABÉTICO

- Ação de divisão** — Vide: Divisão
- Ação real** — Inexistência de impedimento a registro de loteamento (1.º TACivSP) 159
- Adjudicação** — Vide: Carta de adjudicação.
- Adjudicação compulsória** — Carência — Compromisso não inscrito no registro imobiliário (1.º TACivSP) .. 116
- Sentença que a concede, determinando o cancelamento de hipoteca que onerava o imóvel — Decisão “ultra petita” — Cassação do cancelamento (STF) 101
- Afrânio de Carvalho** (Prof.) — Artigo sobre: As margens dos rios e os “terrenos reservados” 9
- Alienação judicial** — Adjudicação em processo executório — Certificado de Quitação do IAPAS — Desnecessidade — Dúvida impropriedade (CSMSP) 115
- Arrematação — Imóvel já alienado em parte pelo executado antes da penhora — Eficácia da alienação — Nulidade da arrematação (2.º TACivSP) 142
- Anulação de casamento** — Vide: Casamento.
- Área** — Vide: Retificação de área.
- Arrematação** — Execução hipotecária — Imóvel gravado por duas hipotecas — Arrematação pelo primeiro credor, sem notificação judicial do segundo — Ônus que subsiste (TJRJ) . 156
- Imóvel já alienado em parte pelo executado antes da penhora — Eficácia da alienação — Nulidade da arrematação (2.º TACivSP) 142
- Vide também: Carta de arrematação.
- Averbação** — Construção — Inexistência daquela — Carta de arrematação mencionando a edificação — Inadmissibilidade do registro (CSMSP) . 132
- Bem de incapaz** — Parte ideal em imóvel — Alienação — Menor representado por sua mãe — Desnecessidade de hasta pública — Aplicação do art. 386 do Código Civil (TJSP) 129
- Parte ideal em pequeno imóvel rural — Venda ajustada pelos demais condôminos — Hipótese em que deve ser deferido alvará (TJSP) 97
- Bem reservado da mulher** — Reconhecimento da reserva — Condição que não consta do ato de aquisição e, em consequência, do Registro de Imóveis (TJRJ) 140
- Cancelamento de registro** — Vide: Registro.
- Característicos do imóvel** — Vide: Registro.
- Carta de adjudicação** — Documento resultante de processo executório — Certificado de Quitação do IAPAS — Desnecessidade — Dúvida impropriedade (CSMSP) 115
- Carta de arrematação** — Registro — Recusa do Oficial — Falta de averbação de construção referida no título — Decisão confirmada — Aplicação do art. 167, n. II, 4, da Lei n. 6.015, de 1973 (CSMSP) 132
- Casamento** — Anulação ou declaração de nulidade — Cessação das relações pessoais e econômicas entre os contraentes — Inexistência de comunhão de seus bens a partir da data em que o casamento foi celebrado (TJSP) 91
- Certificado de Quitação do IAPAS** — Registro de adjudicação em processo executório — Dispensa daquele — Dúvida impropriedade (CSMSP) ... 115
- Cessão** — Vide: Mandato em causa própria.
- Cláusula** — Vide: Inalienabilidade.
- Código Civil** — Art. 246 140

— Art. 386	129	cia de domínio — Fraude à lei —	
— Arts. 647 e 648	71	Proibição do pacto comissório —	
— Art. 765	155	Aplicação do art. 765 do Código Ci-	
— Art. 1.170	117	vil (TJSP)	155
— Art. 1.133, n. II	106	Condomínio — Vagas de garagem —	
— Art. 1.308	112	Espécies — Artigo do Dr. João Ra-	
— Art. 1.316, ns. I e II	87	bello de Aguiar Vallim	67
— Art. 1.317, ns. I e II	87	— Venda de parte ideal localizada —	
Compra e venda — Efetivação de com-		Inadmissibilidade se não anuírem os	
promisso de compra e venda celebra-		demais condôminos (TAPR)	104
do pelo marido, como procurador		Conflito de títulos — Vide: Prioridade.	
da esposa — Outorga posterior ao		Confrontação de imóvel — Margem de	
falecimento da mulher — Validade		rio — Artigo do Prof. Afrânio de	
— Aplicação do art. 1.308 do Código		Carvalho sobre: As margens dos rios	
Civil (TJSP)	112	e os “terrenos reservados”	9
— Gleba de terra — Legalização pos-		— Vide também: Registro.	
terior — Falecimento do titular —		Construção — Vide: Averbação.	
Venda por sucessor sem prévio in-		Contrato de incorporação imobiliária —	
ventário — Ação anulatória — Pro-		Conceito e caracteres — Natureza	
cedência (TJSC)	95	jurídica — Cessibilidade: licitude e	
— Imóvel — Escritura pública — Preço		restrições — Sub-rogação nos direi-	
parte à vista e parte em cambiais —		tos e obrigações resultantes da in-	
Falta de pagamento destas — Ação		corporação — Parecer do Prof. Ro-	
objetivando anulação do negócio —		gério Lauria Tucci	52
Carência (1.º TACivSP)	135	Contrato de locação — Vide: Locação.	
Compromisso de compra e venda —		Decreto-lei n. 58, de 1937 — Art. 1.º,	
Celebração pelo marido, como pro-		§ 2.º	144
curador da esposa — Escritura defi-		— Art. 14	150
nitiva outorgada após o falecimento		Direito de construir — Zoneamento —	
da mulher — Validade — Aplicação		Área em que é proibida a construção	
do art. 1.308 do Código Civil (TJSP)	112	de residências — Inocorrência de	
— Contrato não registrado — Ineficá-		apossamento indireto pela Municipa-	
cia contra hipoteca inscrita — Em-		lidade, obrigando-a à indenização —	
bargos de terceiro improcedentes (1.º		Limitação que não fere o direito de	
TACivSP)	122	propriedade (STF)	137
— Falta de constituição em mora do		Direito de propriedade — Restrição em	
promissário comprador — Ação de		virtude de zoneamento — Proibição	
rescisão improcedente (STF)	146	da construção de residências em de-	
— Falta de registro — Carência de		terminada área — Limitação que não	
ação de adjudicação compulsória		fere aquele direito (STF)	137
(1.º TACivSP)	116	Disponibilidade — Incerteza decorrente	
— Mora do promissário comprador —		de caracterização deficiente do imó-	
Notificação judicial — Validade,		vel em formal de partilha — Regis-	
desde que observe os requisitos do		tro recusado — Dúvida procedente	
Decreto-lei n. 58, de 1937, especial-		(CSMSP)	94
mente quanto à notificação pelo ofi-		Dívida futura — Vide: Hipoteca.	
cial do Registro de Imóveis e ao		Divisão — Ação ajuizada por nu-pro-	
curso do prazo para pagamento no		prietário — Carência (TJSP)	149
respectivo cartório (1.º TACivSP) .	150	Doação — Donatário menor, absoluta-	
— Mulher casada — Marido em lugar		mente incapaz — Sendo pura a doa-	
ignorado — Escritura definitiva —		ção desnecessita da formalidade da	
Recebimento pela mulher — Deferi-		nomeação de tutor “ad hoc” —	
mento (TJSP)	100	Aplicação do art. 1.170 do Código	
— Negócio simulado — Garantia de		Civil (TJRS)	117
dívida e não intenção de transferên-			

— Reserva de usufruto e imposição de cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade — Extinção do “jus utendi” — Subsistência das disposições restritivas — Recurso provido (TAMG)	111	Indisponibilidade de bens — Diretor de instituição financeira em liquidação extrajudicial — Falecimento — Inventário e partilha — Registro desta — Posterior arresto de todos os bens, inclusive a meação da viúva — Inadmissibilidade (TJRJ)	130
Domínio — Conceito	72	INPS — Vide: Certificado de Quitação do IAPAS.	
Dúvida — Nulidade de registro decretada na sua decisão — Inadmissibilidade (TJRJ)	114	Jether Sottano (Dr.) — Comentário a acórdão sobre: Compromisso de compra e venda — Mora do promissário comprador — Notificação judicial — Validade, desde que observe os requisitos do Decreto-lei n. 58, de 1937, especialmente quanto à notificação pelo oficial do Registro de Imóveis e ao curso do prazo para pagamento no respectivo cartório .	152
Espécies de vagas de garagem — Artigo do Dr. João Rabello de Aguiar Vallim	67	João Carlos de Siqueira (Dr.) — Artigo sobre: Propriedade resolúvel ..	71
Estado civil — Omissão, quanto ao promitente cedente, em instrumento particular de promessa de cessão — Registro recusado — Dúvida procedente (CSMSP)	103	João Rabello de Aguiar Vallim (Dr.) — Artigo sobre: Espécies de vagas de garagem	67
Formal de partilha — Caracterização deficiente do imóvel — Incerteza quanto à disponibilidade — Registro recusado — Dúvida procedente (CSMSP)	94	— Comentário a acórdão sobre: Loteamento — Área objeto de ação possessória — Registro não obstante .	144
Garagem — Edifício em condomínio — Espécies de vagas — Artigo do Dr. João Rabello de Aguiar Vallim	67	Legado — Vide: Testamento.	
Hipoteca — Execução pelo primeiro credor hipotecário — Necessidade de notificação judicial do segundo credor (TJRJ)	156	Lei n. 601, de 1850 — Registro paroquial — Efeitos (STF)	123
— Garantia de dívida futura — Contrato de abertura de crédito — Admissibilidade — Inocorrência de cláusula potestativa (TAPR)	133	Lei n. 4.591, de 1964 — Art. 32, “p” .	67
— Registro — Prevalência sobre compromisso de compra e venda não registrado (1.º TACivSP)	122	Lei n. 6.015, de 1973 — Art. 167, n. II, 4	132
IAPAS — Vide: Certificado de Quitação do IAPAS.		— Art. 213	134
Impugnação a loteamento — Vide: Loteamento.		Locação — Cláusula de vigência em caso de alienação — Inadmissibilidade de sua celebração pelo usufrutuário do imóvel (TJRJ)	145
Inalienabilidade — Imposição em doação, concomitante com reserva de usufruto — Extinção deste — Subsistência da disposição restritiva (TAMG)	111	Loteamento — Área objeto de ação possessória — Registro não obstante — Apelação improvida (1.º TACivSP)	143
Incapaz — Vide: Bem de incapaz, Menor.		— Registro — Impugnação — Alegação de divisão irregular — Não acolhimento (1.º TACivSP)	159
Incorporação — Conceito e caracteres do contrato — Natureza jurídica — Cessibilidade — Sub-rogação nos direitos e obrigações do incorporador — Parecer do Prof. Rogério Lauria Tucci	52	Mandato — Outorga ao marido — Utilização em compromissos de venda de imóveis — Escrituras definitivas outorgadas após o falecimento da mulher — Validade (TJSP)	112
		— Procuração “ad negotia” — Irrevogabilidade — Preço a critério do mandatário — Dispensa de prestação de contas — Configuração da “in rem suam” — Venda pelo man-	

- datário a si próprio — Validade — Inteligência do art. 1.133, n. II, do Código Civil (1.º TACivSP) 106
- Mandato em causa própria** — Cessão de direitos a título oneroso — Irrevogabilidade — Inteligência dos arts. 1.316, ns. I e II, e 1.317, ns. I e II, do Código Civil (STF) 87
- Irrevogabilidade — Falecimento do mandante — Irrelevância — Reivindicatória procedente (TJSP) 160
- Vide também: Mandato.
- Margem de rio** — Servidão e “terrenos reservados” 9
- Menor** — Absolutamente incapaz — Doação pura — Desnecessidade de tutor “ad hoc” — Aplicação do art. 1.170 do Código Civil (TJRS) 117
- Alienação de parte ideal em imóvel — Representação pela mãe — Desnecessidade de hasta pública — Aplicação do art. 386 do Código Civil (TJSP) 129
- Mulher casada** — Marido em lugar ignorado — Recebimento de escritura definitiva, em cumprimento de compromisso de compra e venda, pela mulher — Deferimento (TJSP) 100
- Notificação** — Vide: Compromisso de compra e venda.
- Nulidade de registro** — Vide: Registro.
- Pacto comissório** — Artigo do Dr. João Carlos de Siqueira sobre: Propriedade resolúvel 71
- Vide também: Compromisso de compra e venda.
- Pacto de melhor comprador** — Artigo do Dr. João Carlos de Siqueira sobre: Propriedade resolúvel 71
- Parte ideal localizada** — Venda sem anuência dos demais condôminos — Inadmissibilidade (TAPR) 104
- Partilha** — Anulação de casamento — Inexistência de comunhão a partir da data em que foi celebrado (TJSP) 91
- Registro — Posterior arresto dos bens do “de cujus” por ser diretor de instituição financeira em liquidação extrajudicial — Inclusão da meação da viúva — Inadmissibilidade (TJRJ) 130
- Penhora** — Alienação posterior do imóvel — Ineficácia absoluta em relação à execução, mesmo que não registrada aquela (TARJ) 99
- Imóvel vendido pelo devedor por escritura não registrada — Inexistência de impedimento à efetivação da penhora (TAPR) 98
- Possessória** — Área objeto desta — Loteamento — Inexistência de impedimento ao registro (1.º TACivSP) 143
- Preço** — Vide: Compra e venda.
- Princípio da continuidade** — Título de concessão de terras anterior ao falecimento do titular — Transmissão por sucessor sem prévio inventário — Inadmissibilidade (TJSC) 95
- Prioridade** — Conflito de títulos com a mesma origem — Composição pela prioridade do registro imobiliário (TJRJ) 92
- Procuração** — Vide: Mandato.
- Procuração em causa própria** — Vide: Mandato em causa própria.
- Promessa de cessão** — Instrumento particular omisso quanto ao estado civil do promitente cedente e ao registro precedente — Registro recusado — Dúvida procedente (CSMSP) 103
- Propriedade resolúvel** — Artigo do Dr. João Carlos de Siqueira 71
- Regime de bens** — Vide: Casamento.
- Registro** — Compromisso de compra e venda — Inexistência daquele — Carência de ação de adjudicação compulsória (1.º TACivSP) 116
- Formal de partilha — Caracterização deficiente do imóvel — Incerteza quanto à disponibilidade — Dúvida procedente (CSMSP) 94
- Inexistência — Ineficácia contra terceiros (TAPR) 98
- Nulidade decretada em procedimento de dúvida — Inadmissibilidade (TJRJ) 114
- Promessa de cessão — Omissão do estado civil do promitente cedente — Inexistência de alusão ao registro precedente — Inobservância de outros requisitos legais — Dúvida procedente (CSMSP) 103
- Requisitos — Enunciação dos característicos e confrontações do instrumento — Correspondência literal com os dados constantes da transcrição — Desnecessidade — Imprescindibilidade dos elementos minudentes da identificação do imóvel — Requisito presente — Dúvida inversa improcedente (CSMSP) 139

— Requisitos — Observância dos vigentes à data do ingresso do título no cartório (CSMSP)	94	licitude e restrições — Sub-rogação nos direitos e obrigações resultantes da incorporação	52
— Servidão sobre margem de rio — Necessidade do registro imobiliário — Artigo do Prof. Afrânio de Carvalho sobre: As margens dos rios e os “terrenos reservados”	9	Servidão — Artigo do Prof. Afrânio de Carvalho sobre: As margens dos rios e os “terrenos reservados”	9
— Vide também: Loteamento.		Simulação — Vide: Compromisso de compra e venda.	
Registro do Vigário — Vide: Registro paroquial.		Terras devolutas — Registro do Vigário — Efeitos (STF)	123
Registro paroquial — Efeitos (STF) ..	123	Testamento — Liberdade de disposição — Limitação exclusivamente legal — Inexistência de impedimento a legado a cônjuge, seja qual for o regime de bens (TJRJ)	154
Renato Sandreschi Sartorelli (Juiz) — Sentença sobre: Compromisso de compra e venda — Mora do promissário comprador — Notificação judicial — Validade, desde que observe os requisitos do Decreto-lei n. 58, de 1937, especialmente quanto à notificação pelo oficial do Registro de Imóveis e ao curso do prazo para pagamento no respectivo cartório ..	151	Título — Conflito entre dois com a mesma origem — Composição pela prioridade do registro imobiliário (TJRJ) ..	92
Requisitos do registro — Vide: Registro.		Usufruto — Imóvel onerado — Inadmissibilidade de divisão por nu-proprietário (TJSP)	149
Rescisão de compromisso de compra e venda — Vide: Compromisso de compra e venda.		— Imóvel onerado — Locação — Inadmissibilidade de cláusula de vigência em caso de alienação (TJRJ)	145
Resgate — Artigo do Dr. João Carlos de Siqueira sobre: Propriedade resolúvel	71	Vaga — Garagem de edifício em condomínio — Espécies — Artigo do Dr. João Rabello de Aguiar Vallim .	67
Retificação de área — Gleba de terra — Área maior que a constante do título — Retificação — Aplicação do art. 213 da Lei n. 6.015, de 1973 — Recurso provido para prosseguimento do processo — Voto vencido (TJSP)	134	Venda a contento — Artigo do Dr. João Carlos de Siqueira sobre: Propriedade resolúvel	71
Retrovenda — Artigo do Dr. João Carlos de Siqueira sobre: Propriedade resolúvel	71	Venda judicial — Vide: Alienação judicial.	
Rio — Margens — Servidão e “terrenos reservados”	9	Vínculo — Cláusulas de inalienabilidade e de impenhorabilidade impostas em doação com reserva de usufruto — Extinção deste — Subsistência das disposições restritivas (TAMG)	111
Rogério Lauria Tucci (Prof.) — Parecer sobre: Contrato de incorporação imobiliária — Conceito e caracteres — Natureza jurídica — Cessibilidade:		Zoneamento — Área em que é proibida a construção de residências — Inocorrência de apossamento indireto pela Municipalidade, obrigando-a à indenização — Limitação que não fere o direito de propriedade (STF) ..	137

