

BREVE ENSAIO¹ SOBRE UM JULGADO DE PROPRIEDADE E AUTONOMIA PRIVADA

Eroulths Cortiano Junior²

RESUMO

O ensaio analisa questões de direito processual e material a partir de acórdão que julgou demanda que envolveu uma doação com reserva de usufruto em condomínio, e com cláusulas convencionais de inalienabilidade e indivisibilidade. O condomínio foi, após a doação, tornado *pro diviso*, e uma das partes foi hipotecada. A partir dessa complexa situação fático-jurídica, despontam questões que envolvem os conceitos de condomínio, divisão, alienação e de cláusulas restritivas, cuja solução deve ser norteadada pela análise da validade e eficácia das declarações de vontade.

Palavras-chave: Autonomia privada e direitos reais. Condomínio indiviso e *pro diviso*. Ação de divisão de condomínio. Cláusulas de inalienabilidade e indivisibilidade. Indivisibilidade e hipoteca legal. Função social da propriedade.

¹ Um ensaio pode ser entendido como o exercício da razão sem o rigor do estudo científico. O que se propõe aqui (por isso a decisão por esse título) é um livre-pensar (Millôr Fernandes) sobre um julgado. Por evidente, o autor toma todos os cuidados dogmáticos nas posições que expõe e cuida para que sua apreensão do julgado e do direito incidente seja a mais técnica possível. Essa opção metodológica justifica a *ausência de citações bibliográficas*. O texto, se é um livre-pensar, propõe ao leitor que pense mais adiante e complete as análises aqui feitas a partir de sua compreensão do direito teórico e aplicado.

² Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Doutor em Direito pela UFPR. Pós-doutor em Direito pela Università di Torino e pela Università Mediterranea di Reggio Calabria. Advogado em Curitiba-PR. *E-mail*: ecortiano@cpc.adv.br.

1 PROPRIEDADE E CONTRATO: um estudo de caso

Ao lado dos direitos da personalidade, da autonomia privada e do projeto parental, a apropriação de bens é um dos objetos fundamentais do Direito privado. Por intermédio da apropriação, acessamos os bens necessários para a satisfação de nossas necessidades materiais em nossa vida terrena. Daí o papel fundamental dos direitos reais, regulação última e direta da apropriação dos bens.

A interlocução entre direitos reais e obrigacionais é evidente (tanto que as fronteiras entre estes dois espaços do Direito privado está cada vez mais fluida, como demonstra, por exemplo, a crítica ao princípio da tipicidade dos direitos reais). A autonomia privada (exercida, notadamente, pelo contrato) é o instrumento primordial da circulação das riquezas, portanto, instrumento que pauta o acesso e exercício dos direitos reais.

Esse diálogo entre autonomia privada e Direito das coisas aparece bem num caso julgado recentemente pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja ementa de acórdão é:

Apelação cível. Ação de extinção de condomínio. Preliminar. Ofensa ao princípio da dialeticidade. Rejeição. Divisão fática. Condomínio *pro diviso*. Cláusula de indissolubilidade. Extinção. Honorários de sucumbência. No condomínio *pro diviso*, cada condômino encontra-se localizado em parte determinada da coisa e exerce posse individual de cada uma de suas áreas ideais, de forma exclusiva. - O direito à propriedade é garantido pela Constituição Federal bem como se garante a função social da propriedade - Eventual limitação deve motivada e excepcional. - Ausente justo motivo atual que fundamente cláusula indivisibilidade, esta pode ser excluída. - Nos termos do art. 85, § 8º, o juiz fixará o valor dos honorários por equidade, quando o

proveito econômico for inestimável ou irrisório ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo (TJMG – 10ª Câmara Cível – Apelação Cível nº 1.0000.23.037153-6/001 de Iturama (NPU 0073219-54.2017.8.13.0344) – Rel. Des. Cavalcante Motta – j. em 21/3/2023).

Os fatos que geraram a demanda podem ser sintetizados:

(i) X fez doação de imóvel rural para Y e Z, reservando para si o usufruto do bem; (ii) a doação continha cláusula de inalienabilidade e de indivisibilidade; (iii) Y e Z realizaram divisão amigável do imóvel, por instrumento particular, com anuência do doador X, transformando o condomínio indiviso em condomínio *pro diviso*; a partir daí passaram a exercer posse exclusiva nas áreas divididas; (iv) X faleceu; (v) Y aforou ação de extinção de condomínio *pro diviso* em face de Z; (vi) a ação foi julgada procedente, com a decretação da extinção do condomínio.

Zapelou em face da sentença, alegando que (a) havia aforado, antes, ação de prestação de contas em face de Y e uma cautelar, na qual obteve hipoteca judicial sobre o imóvel, o que acarretaria sua inalienabilidade e indivisibilidade; (b) a doação também continha cláusulas restritivas de inalienabilidade e indivisibilidade; e que (c) a cláusula de inalienabilidade somente pode ser afastada com justo motivo e será sub-rogada em outros bens do donatário, ou cairá apenas no falecimento do donatário. O TJMG desproveu o apelo.

As *quaestio juris* que apareceram no julgamento do apelo constituem um ambiente privilegiado para refletir sobre temas importantes do Direito civil patrimonial, que abrange os direitos reais e obrigacionais.

Bem por isso, proponho-me eleger alguns temas jurídicos que sobressaíram no julgamento, nunca com intenção de criticar as

razões de decidir (mesmo que, com elas, eu concorde bastante), mas sempre com objetivo de incrementar o debate acadêmico. Aliás, a iniciativa dos organizadores deste livro, os Desembargadores Renato Luís Dresch e Leonardo Beraldo, que pediram artigo científico que dialogue com decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, é de extrema valia e oportunidade. Como a teoria sustenta a prática e a prática informa a teoria, convém incrementar o debate entre a academia e os tribunais.

2 ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS

Como se trata de um livro que comemora o vintenário de nosso *Código Civil*, eu deveria deixar de lado as questões processuais, mas, por serem relevantes, (especialmente do ponto de vista da prática cuidadosa e adequada da judicatura), cuidarei objetivamente de algumas delas.

Em primeiro lugar, a referência ao princípio da dialeticidade, cuja ofensa foi alegada em sede recursal. Ao que parece, a dialeticidade foi respeitada na espécie. Conforme o TJMG, "... avaliando o caso concreto, verifico que a insurgência preenche o requisito de admissibilidade, visto que a apelante, a seu modo, apresenta razões fáticas e jurídicas pelas quais entende equivocada a conclusão judicial". O enfrentamento do tema foi importante, especialmente porque mostra que o Tribunal está atento para a banalização da argumentação de ofensa à dialeticidade recursal: essa somente pode ser aceita, quando tiver consistência lógica e aparente.

Em segundo lugar, o debate sobre a honorária de sucumbência. O Tribunal decidiu pela utilização do critério do arbitramento por equidade. Ainda que não se concorde com a conclusão a que a Corte chegou, a dupla fundamentação justifica a decisão: de um lado, o colegiado fundou-se no precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 1.746.072/PR); de outro, examinou o objeto da lide, e vislumbrou não haver “ganho econômico aferível”, pois não houve alteração no patrimônio das partes, já que o imóvel estava nelas titularizado (basta lembrar tratar-se de ação de extinção de condomínio *pro diviso*).

A terceira questão processual importante diz respeito ao debate sobre a ausência de pedido específico, na petição inicial, de exclusão da cláusula contratual de indivisibilidade (aposta na doação). O Tribunal, analisando logicamente os pedidos, bem e corretamente entendeu que tal pedido se encontrava implícito, já que

postula-se extinção de condomínio, logo não se trata propriamente de Ação de Divisão, mas sim, confirmação da divisão realizada por Instrumento Particular e, a partir dessa, a extinção do condomínio. Portanto, em verdade, já existindo a divisão ajustada por instrumento particular implicitamente se pretende um suprimento em face de um dos interessados se negar a lavrar escritura que definiria a divisão, bem como declarar definitivamente sem efeito a cláusula de indivisibilidade estabelecida quando da doação, com efeitos no registro, para que possam os quinhões ser individualmente definidos.

É dizer: o pedido de divisão do condomínio abarca, necessária e logicamente, o pedido de superação da cláusula de indivisibilidade. Decisão acertadíssima.

3 ALGUMAS QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL

Para o objetivo específico deste artigo, podem ser selecionadas as seguintes questões de direito material que apareceram no julgado: (i) as figuras do condomínio indiviso e *pro diviso* e a pertinência da ação de divisão; (ii) a cláusula convencional de inalienabilidade; (iii) a cláusula convencional de indivisibilidade; (iv) a indivisibilidade decorrente da hipoteca legal pendente no imóvel; e (v) a função social da propriedade.

O condomínio é, ontologicamente, *pro indiviso*, nos termos do artigo 1.314 do *Código Civil*:

Art. 1.314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

O chamado condomínio *pro diviso* é criação da doutrina (a partir da prática cotidiana), que leva em conta as faculdades do condômino (é dizer: a atribuição, ao condômino, dos poderes proprietários sobre a coisa). Ora, se, no estado natural do condomínio, os condôminos podem usar a coisa e exercer direitos sobre ela, eles podem, no exercício de sua autonomia privada, realizar a divisão fática do imóvel, fazendo localizar espacialmente o âmbito do exercício de seus poderes proprietários. Por outras palavras, os condôminos podem materializar as suas frações ideais, repartindo – no plano da posse – o imóvel. Foi o que aconteceu no caso julgado.

No entanto, o condomínio *pro diviso* continua sendo condomínio. Se o quiserem, os condôminos podem regularizar sua situação proprietária. Isso pode ser feito diretamente junto ao registrador de imóveis (se o imóvel preencher os requisitos legais para sua divisão), ou por intermédio da ação judicial de divisão (extinção) do condomínio. Também podem, mas isso não interessa aqui, adjudicar o imóvel a um deles, ou realizar a venda de bem comum (Código Civil, artigo 1.322).

Nesse passo, é possível afirmar que o direito à extinção do condomínio é direito potestativo dos condôminos, ao qual se sujeitam os demais condôminos. Decidindo um deles exercer o seu direito, os outros não podem, em termos jurídicos, obstaculizar a pretensão, ou opor-se a ela. O condomínio será extinto com atribuição de exclusividade proprietária aos condôminos. É o que decorre do artigo 1.320 do *Código Civil*: “Art. 1.320. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão”.

Bem por isso, a faculdade (e, em termos processuais, a pretensão) de resolver o condomínio não se extingue pelo decurso do prazo: é um direito imprescritível (na melhor terminologia: um direito não decadencial).

Eventualmente um dos condôminos pode usucapir (e há um conhecido debate jurisprudencial sobre o tema) a fração do imóvel que não seja sua. Assim, poder-se-ia dizer que o correr do tempo impede o exercício do direito à extinção do condomínio. Mas, a rigor, tendo acontecido a usucapião, o condômino destronado da propriedade já não é mais condômino e, portanto, não é mais titular do direito de pleitear a extinção do condomínio.

Tema jurídico importante (especialmente graças à dinâmica que o direito das sucessões tem demonstrado nos últimos tempos) é o da cláusula de inalienabilidade. É bem certo que, no caso julgado, a questão foi deixada de lado porque, à primeira vista, não estava em discussão, apesar de ter sido referida na sentença e na apelação. Como colocou o Tribunal, tratou-se de “argumentação sem efeito” porque a alienação do imóvel não era objeto do pedido (o autor da ação pretendia apenas a extinção de condomínio).

No entanto, o acórdão refere que o condômino autor não teria manifestado interesse em alienar o imóvel, “mas apenas autorização judicial para transferir a terceiros, a posse, uso e gozo de suas respectivas frações ideais sem necessidade de anuência dos demais condôminos”.

O tema não pode ser enfrentado com rigor aqui: para tanto seria necessário compulsar os autos do processo. No entanto, é possível fazer uma provocação: transferir a posse, uso e gozo de um bem não significa alienar os principais poderes proprietários (que é o de exploração econômica da propriedade)? A estrutura do direito de propriedade nos é dada pelo artigo 1.228 do Código Civil: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

O nosso direito de propriedade, em sua dimensão estrutural, pautou-se na velha forma da propriedade quiritária romana (rejuvenescida pela propriedade do *Code Civil*): *jus utendi, fruendi et abutendi*, mas o poder de *rei vindicare*. A cessão da posse, uso e gozo de um bem esvazia-o economicamente (à semelhança da constituição de usufruto). É certo que, tradicionalmente, a expressão técnica “alienação” refere à transferência da propriedade completa,

de todos os poderes proprietários (o *utendi, fruendi, abutendi* e o *rei vindicare*). Enfim, algo a se pensar.

Mesmo que a cláusula de inalienabilidade não tenha sido objeto do julgamento (pelo que se depreende, ela permaneceu nos imóveis divididos), ela é instrumento importante para o planejamento patrimonial e sucessório. Instrumento cada vez mais utilizado nas doações e sucessões testamentárias. A bibliografia sobre o tema é vasta (e tem recebido aceleração enorme nos últimos tempos), como também a jurisprudência.

Adoção continua uma cláusula de indivisibilidade do imóvel. Essa é uma limitação ao direito de propriedade que se diferencia das típicas cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade.

As cláusulas restritivas típicas (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade) justificam-se na seguinte ordem de ideias: de um lado, o autor de uma liberalidade (porque tais cláusulas somente podem acontecer nas liberalidades, como a doação e o testamento) vai realizar uma atribuição patrimonial gratuita a outrem, e por isso pode limitar a vantagem atribuída, restringindo a disponibilidade do bem; de outro lado, o beneficiário de uma liberalidade vai receber uma atribuição patrimonial, sem que tenha que realizar uma contraprestação, então ele deve sujeitar-se à restrição dada pelo autor da liberalidade.

A cláusula de indivisibilidade não se enquadra no conjunto dessas cláusulas restritivas típicas, mas não chega a ser atípica. Ela é legítima, porque fundada na autonomia privada e tem previsão legal específica. Em caso de doação, a autonomia do doador (em gravar o bem doado com indivisibilidade) é limitada, nos termos do parágrafo 2º do artigo 1.320 do Código Civil, *litteris*:

Art. 1.320. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão.

[...]

§ 2º Não poderá exceder de cinco anos a indivisão estabelecida pelo doador ou pelo testador.

Em suma, há a possibilidade legal de se estabelecer, em contrato de doação, a indivisibilidade temporária de um imóvel condominiado. O prazo máximo é de 5 anos, podendo ser reduzido apenas diante de graves razões (parágrafo 3º do artigo 1.320 do Código Civil). Não há previsão legal de redução desse prazo pelo próprio doador. Parece-me adequado pensar que, como a origem da indivisibilidade está na vontade do doador, ele pode revogar essa cláusula do negócio de doação, salvo se se comprovar que a indivisibilidade é realizada em benefício de algum dos condôminos (por isso, é importante – apesar de não obrigatório – que a causa conste do instrumento de doação).

O que se quer dizer é que a indivisão convencional nas liberalidades é cláusula válida e eficaz.

No julgamento, também apareceu a questão da eventual indivisibilidade (e inalienabilidade) do bem em decorrência de hipoteca legal que pendia sobre o imóvel todo. Faltam informações sobre esta hipoteca (e a decisão que a concedeu), determinada judicialmente em ação de prestação de contas que tramitou em outro Juízo. O Tribunal afastou a argumentação, por razões de direito processual (a conexão entre as ações não foi reconhecida) e de direito material (a divisão do imóvel na afetaria a garantia, que subsistiria nos 2 imóveis agora fracionados e, como não havia pretensão de alienar o imóvel, a dívida continua garantida).

Mas o tema é instigante, e nos remete aos efeitos da hipoteca. A indivisibilidade da hipoteca está prevista no artigo 1.421 do Código Civil: “Art. 1.421. O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação”.

No caso julgado, uma das partes propõe que a existência de hipoteca (no caso, hipoteca judiciária) acarretaria a indivisibilidade do imóvel. Aparentemente, a parte propõe uma interpretação *contrariu senso* do princípio da indivisibilidade. A indivisibilidade é da garantia (o pagamento parcial da dívida não exonera a garantia, nem parcialmente). Será possível entender que a divisão do imóvel opera na eficácia da garantia (mesmo, que, pelo que se tira do acórdão, a hipoteca permanecerá sobre os dois imóveis, agora divididos)? Parece-me que, eventualmente, a divisão pode acarretar diminuição do valor do imóvel (a soma do valor das 2 partes pode ser inferior ao valor do imóvel íntegro, antes da divisão). Nesse caso, o art. 1.490 do Código Civil é atraído, e outra solução jurídica se apresenta: “Art. 1.490. O credor da hipoteca legal, ou quem o represente, poderá, provando a insuficiência dos imóveis especializados, exigir do devedor que seja reforçado com outros”.

Por fim, chamam a atenção as referências no corpo do acórdão (três vezes, sem contar as citações e a ementa) à função social da propriedade:

Inicialmente, impende salientar que o Direito de Propriedade é direito fundamental, expressamente consagrado pela Constituição Federal, que determina ainda o dever de atender sua função social (art. 5º, XXIII, CF).

Por conseguinte, em casos excepcionais, pode ocorrer a flexibilização ou revogação das cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, devendo o caso ser analisado com base na função social da propriedade e na dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista a proteção constitucional dada à propriedade e a necessidade de observação de sua função social, de fato não se mostra pertinente nesse quadro atual a permanência de condomínio, ausente justificativa para manutenção de cláusula de inalienabilidade e indissolubilidade, pelos motivos já assinalados.

Este destaque serve para, sem pretender transformar esse escrito em um encômio, reconhecer que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais está atento ao texto constitucional, à carta fundadora da nossa República, ao grande pacto nacional. Na voz de Ulysses Guimarães, o Tribunal veicula os valores dessa Constituição que “pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança”.