

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 21.824

(SEGUNDO PARECER)

Agravante: Niomar Moniz Sodré Bittencourt

Agravado: Espólio de Paulo Bittencourt

*Refutação e crítica a sustentação de despacho agravado. — Improcedência de preliminar sobre matéria de competência de Câmaras para conhecimento e julgamento do recurso. — Inadmissibilidade de suposta “doação” ad futurum, a terceiros, de bens imóveis, de valor acima da taxa legal, através de simples acôrdo de partilha entre os cônjuges, em desquite amigável, com prescindência de outorga por instrumento público e respectiva transcrição no Registro de Imóveis. — Impossibilidade de suprir a falta do instrumento público e do respectivo registro por simples “averbação” da decisão homologatória do acôrdo do desquite, — válida apenas para sancionar a extinção do condomínio matrimonial e regular “modificações de ordem pessoal” relativas aos próprios cônjuges entre si e em relação aos bens partilhados, com efeitos meramente declaratórios e não atributivos de propriedade. — Ineficácia da “averbação” para efeitos translativos do domínio de bens do casal a terceiros. — Coisa julgada. Contenção de seus efeitos nos estritos limites da matéria da causa, do objeto e autoridade da sentença. — A sentença homologatória de desquite não faz coisa julgada relativamente a transação sobre matéria estranha à dissolução da sociedade conjugal. — Nos efeitos da coisa julgada decorrente de sentença homologatória de desquite não se podem supor compreendidos atos e fatos jurídicos supervenientes à mesma decisão. — Fideicomisso; inexistência onde não se positiva a dupla e sucessiva substituição fideicomissária. — Na dúvida, não se presume o fideicomisso, pois deve resultar de manifestação clara e inequívoca da vontade do instituidor. — Não é o impôsto que qualifica a natureza dos atos jurídicos, identifica os institutos ou define as relações de direito, mas sim os elementos orgânicos e conceptuais que os informam e caracterizam,*

*legal ou doutrinariamente. — Salvo o direito do nascituro, expressamente assegurado no art. 1.169 do Código Civil, não é juridicamente admissível a instituição de doação fideicomissária (fideicomisso convencional) em favor de pessoa inexistente e, pois, de “prole eventual”. — A ressalva à regra geral expressamente consignada no art. 1.718 do Código Civil com referência específica a disposição testamentária é matéria de direito excepcional restrita apenas ao direito sucessório e que não pode ser transplantada, por interpretação analógica, para o campo do direito das obrigações, pelo qual se rege o fideicomisso entre vivos. — Fundamentação jurídica da tese de invalidade da transcrição do “titulus acquirendi” após o falecimento do proprietário-outorgante visando à tardia aquisição de uma propriedade já exaurida do defunto por anterior e automática transmissão, ex vi legis, do domínio e posse da herança aos seus legítimos sucessores, em virtude do direito hereditário (art. 1.572 do Código Civil).*

*Preliminarmente:*

Não procede, a nosso ver, *data venia*, a dúvida manifestada pelo ilustre Juiz *a quo*, no sentido da incompetência da Colenda 4.<sup>a</sup> Câmara Cível para o conhecimento e julgamento do presente recurso, por entender preventa, no caso, a jurisdição da Colenda 8.<sup>a</sup> Câmara Cível, pelo fato de haver proferido o acórdão que confirmou a sentença homologatória do desquite amigável de Paulo Bittencourt e sua mulher Dona Sylvia de Botelho Bittencourt, e no pressuposto de que “há um entrosamento entre a questão suscitada e o acórdão de desquite homologado”, pois se trata de “interpretar uma cláusula” do mesmo.

Entretanto, o de que se cogita, na espécie *sub judice*, não é de discussão pertinente à homologação do aludido acórdão, mas de matéria relativa à inclusão ou exclusão de determinados bens do inventário do falecido Paulo Bittencourt, embora essa matéria envolva apreciação sobre a natureza e o conteúdo jurídico de uma das cláusulas do dito acórdão de desquite amigável, à qual, de resto, nenhuma interpretação foi dada pela sentença homologatória, de modo a vincular o acórdão que a confirmou.

A situação, que ora se discute, não está, assim, abrangida pelas razões que ditaram a determinação regimental, ao propósito invocada.

A competência da Colenda 4.<sup>a</sup> Câmara se nos afigura, pois, indiscutível.

*No mérito:*

Nada mais teríamos que acrescentar ao exaustivo parecer já emitido às fls. 59 a 97 destes autos — onde, metódicamente, examinamos



todos os ângulos e aspectos da matéria em causa, — não fôsse o dever de ofício, que nos impõe nôvo pronunciamento no limiar da segunda instância, e cuja necessidade, já agora, sobe de ponto, em face dos termos da sustentação do v. despacho recorrido, onde se pretendeu, a um tempo, defender e justificar os apontados equívocos da decisão e refutar as objeções jurídicas que lhe foram contrapostas.

No aludido parecer anterior, através de meticolosa análise, tôda ela fundamentada na lei, na doutrina, na jurisprudência pátria, e, ademais, no direito comparado, pusemos de manifesto, *data venia*, a injuridicidade do despacho agravado, em vários pontos, a saber:

1.º) Quanto à afirmação, evidentemente *inexata*, de haverem os cônjuges pactuado, no seu acôrdo de desquite amigável, que os imóveis indicados na cláusula 7.ª “*passariam*” “aos netos do testador, filhos de Sybil” (*sic*):

Mostramos tratar-se de uma versão completamente fantasiosa, por destoante do teor da referida cláusula, onde o que foi dito, o que se convencionou exprime coisa inteiramente diversa, *in verbis*:

“*Dentro de 60 dias, a partir da homologação do presente desquite, o casal fará doação em favor de seus netos, filhos de Sybil, dos imóveis...*” etc.

\* \* \*

2.º) No que respeita à simplória alegação de que “não se condicionou a *doação* à outorga de escritura” (*sic*):

O simples enunciado literal da dita cláusula 7.ª evidencia, com meridiana clareza, que, embora não expressa, outra não teria sido, senão essa, a intenção dos pactuantes, com o adequado emprêgo da forma verbal *futura* — “o casal *fará* doação” — e o estabelecimento de um prazo — “*dentro de 60 dias*” — para a formalização, *a posteriori*, da outorga da doação. Tanto mais quanto o *instrumento público* era, na hipótese, absolutamente *necessário*, pois da própria *substância do ato*, por se tratar de *bens imóveis*, de valôres, ambos, muito acima da taxa legal.

\* \* \*

3.º) De referência à afirmação — *data venia* descabida e absurda — de que, por aquêlo acôrdo, “a *doação* ficou *definitivamente caracterizada*” (*sic*):

Mostramos ser claro, evidente e indiscutível que não houve, absolutamente, a questionada “*doação*”, pois a mesma, que deveria fazer-se “*dentro de 60 dias a partir da homologação do desquite*”, nunca chegou

a realizar-se, nem naquele prazo nem em qualquer tempo durante os 12 anos que mediaram entre o desquite e o falecimento de Paulo Bitencourt. Tudo não passou de simples e platônica manifestação ocasional de uma *intenção* projetada *ad futurum*, que não logrou concretizar-se e configurar-se em termos legais; e, pois, ainda que pudesse exprimir uma obrigação de ordem moral, não equivaleria a uma “*doação definitivamente caracterizada*”, como, aliás, em hipótese análoga, salientou a Primeira Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão de 17 de agosto de 1966:

“Não equivale a *doação definitiva* a obrigação assumida pelos cônjuges desquitandos, na partilha dos bens, de doar determinados prédios aos filhos, embora homologado o desquite. Tratando-se de contrato preliminar que obriga as partes a emitir declaração de vontade, o cônjuge que se recusa a emití-la só por via adequada pode a isso ser compelido”. (*Revista Forense*, vol. 173, pág. 362).

Outrossim, não se pode perder de vista a sobrelevante circunstância de que, no caso, se tratava, como já foi dito, de prédios de valores muito superiores à taxa legal, e, pois, a *doação* de que, porventura, tivessem de ser objeto, somente poderia ser válidamente feita por *instrumento público*, — *ex vi* do art. 1.168 combinado com o art. 134, II, do Código Civil, — instrumento público que é, sabidamente, *da própria substância do ato* (CARVALHO SANTOS, “*Doação*”, verbete no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 18, pág. 310; idem, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 5.<sup>a</sup> ed., vol. XVI, pág. 344; JOÃO LUIZ ALVES, *Código Civil Anotado*, 3.<sup>a</sup> tiragem, págs. 830/831; CLÓVIS BEVILAQUA, *Código Civil comentado*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. IV, pág. 340; AGOSTINHO ALVIM, *Da Doação*, n.<sup>o</sup> 15, pág. 62); de modo que, não havendo o *instrumento público*, inexistente o próprio *titulus adquirendi*.

Acrescente-se a consideração de que, além da formalização do ato em *escritura pública* — elemento nuclear, intrínseco, orgânico (*ad substantiam*), imprescindível, pois, à própria *formação e existência* do ato jurídico, — haveria ainda mister a respectiva *transcrição* no Registro de Imóveis, sem o que não se teria operado a *transmissão da propriedade*, conforme justamente acentua ORLANDO GOMES:

“Entre nós, porém, nenhum *titulus adquirendi* é hábil para transmitir a propriedade de qualquer bem imóvel. Todos estão sujeitos à *transcrição*, sejam onerosos ou gratuitos. Devem ser *transcritos*, pois, dentre outros, os instrumentos dos seguintes negócios jurídicos: *a*) a compra e venda; *b*) a troca ou permuta; *c*) dação em pagamento; *d*) a transação em que entra um imóvel estranho ao litígio; *e*) A DOAÇÃO. (O destaque é nosso). (*Direitos Reais*, 1.<sup>a</sup> ed., 1958, pág. 191).



Do mesmo modo BEVILAQUA:

“As doações de imóveis de qualquer valor *devem ser transcritas no registro respectivo*, como atos translativos da propriedade”. (*Op. cit.*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. IV, pág. 340).

Em igual sentido CARVALHO SANTOS:

“E se o objeto da doação fôr imóvel, qualquer que seja o seu valor, necessária se faz ainda a *transcrição* no registro respectivo, por isto que *com a transcrição é que se opera a transferência da propriedade*”. (*Código Civil Brasileiro: Interpretado*, 5.<sup>a</sup> ed., vol. XVI, pág. 344).

Todos os comentaristas e estudiosos do nosso estatuto civil, sem discrepância, afinam pelo mesmo entendimento. Trata-se de um ponto pacífico em doutrina e na jurisprudência.

\* \* \*

4.º) Quanto ao argumento *evasivo* engendrado à guisa de milagrosa fórmula de *alquimia jurídica* para salvar o irremediável, consistente em dar por suprida a falta da *transcrição* (e do próprio *instrumento público!*) pela simples *averbação* da sentença homologatória do desquite no registro apropriado, com inadequada aplicação, ao caso, do art. 644 do Código de Processo Civil:

Deixamos, do mesmo modo, cabal e exaustivamente demonstrado, em nosso parecer de fls. 59 a 97, o desarrazoado, o absurdo mesmo da interpretação que, para tal efeito, se quer emprestar àquele dispositivo, pretendendo-se ajustar à hipótese de transmissão de bens imóveis *A TERCEIROS* uma regra concernente tão-só aos efeitos da *partilha, ENTRE OS CÔNJUGES*, dos *bens comuns do casal* (e, pois, *sem transmissão de propriedade*), pôsto que destinada a sacramentar meras *modificações de ordem pessoal* constitutivas de um nôvo *status* decorrente de simples *divisão do patrimônio comum entre os próprios condôminos-desquitandos*, conformemente à regra geral do art. 631 do Código Civil, de que

*“a divisão entre condôminos é simplesmente declaratória e não atributiva da propriedade”*.

Ficou meridianamente evidenciado, no sobredito parecer, com seguro apoio em autoridades do porte de SERPA LOPES, VICENTE DE FARIA COELHO, PONTES DE MIRANDA, e, do mesmo passo, em fartos subsídios jurisprudenciais, que a *averbação* de acôrdo sôbre divisão de bens do casal, em desquite, só pode operar os seus específicos efeitos

no que respeita à *partilha*, entre os *cônjuges*, do que já lhes pertencia em *comunhão matrimonial*, vale dizer, em *condomínio* (e, pois, com valia simplesmente *declaratória* e não *atributiva de propriedade*, nos termos do citado art. 631 do Código Civil); não podendo, jamais, constituir-se em meio hábil e idôneo a *transferir bens do casal* (e bens *imóveis!*) à *propriedade de terceiros*.

No 7.º volume da prestimosa obra *O Processo Civil à luz da Jurisprudência*, de ALEXANDRE DE PAULA, encontra-se citado e transcrito, sob o n.º 12.583, o acórdão da 4.ª Câmara Cível do antigo Tribunal de Apelação do Distrito Federal, de 14 de janeiro de 1944, na apelação n.º 2.703 (relator o Des. RIBEIRO DA COSTA), onde se lê:

“Dispõe o art. 644 do Código de Processo Civil: “homologado o desquite e não provida a apelação *ex officio*, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo bens imóveis, no respectivo registro”.

.....

“Face ao exposto, vemos que o art. 644 tem aplicação à hipótese de acórdão *entre os cônjuges* constante da petição de desquite, *no modo pelo qual é convencionada a partilha*, e, então, a exigência é apenas a *averbação* à margem da transcrição no Registro de Imóveis, *relativamente às modificações de ordem pessoal*, ou seja naquilo que apenas “*modifique*” a situação jurídica do imóvel em relação direta com o titular ou titulares do direito sobre o imóvel” (SERPA LOPES, *Tratado de Registros Públicos*, vol. I, n.º 7”).

.....

“Pela partilha, conseqüente ao desquite amigável, dá-se a *extinção pura e simples da comunhão de bens*: corresponde êsse ato a um dos meios pelos quais se opera a *extinção do condomínio*. Em se tratando, pois, de *divisão de bens imóveis conseqüente à homologação judicial, simplesmente declaratória e não atributiva da propriedade*, não há transmissão de bens de um a outro cônjuge (Código Civil, arts. 262, 266, n.º III, e 631)”. (Os destaques são nossos). (*Op. cit.*, vol. 7.º, págs. 3.628, 3.629 e 3.630).

Esse lúcido acórdão se acha, outrossim, integralmente inserto no vol. XXVIII, págs. 383 a 386, da revista *Direito*, como, ainda, no livro *O Desquite*, de autoria do eminente Desembargador VICENTE DE FARIA COELHO, neste último correspondendo os trechos supratranscritos às págs. 74 e 76.

Veja-se, agora, na própria fonte original, o que, ao propósito, ensina o preclaro SERPA LOPES, citado no mesmo acórdão:



“O registro de imóveis obedece a 3 formas, compreensiva, cada uma delas, *de uma certa categoria de atos*: 1.º) a *inscrição*, para determinados atos nos quais o imóvel seja objeto de alguma garantia real ou de algum direito e ação; 2.º) *transcrição* quando se tratar de *atos relativos à perda e aquisição do domínio*, termo de indivisão e gravação de ônus reais; 3.º) *AVERBAÇÃO*, para *atos não incluídos nas duas primeiras categorias* e que, nada obstante, *modifiquem a situação jurídica normal do imóvel em relação direta com o titular ou titulares dos direitos sobre o mesmo*”. (Os destaques são nossos). (MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos*, Rio, 1938, n.º 7, tomo I, págs. 23/24).

Poderá haver algo de mais claro e decisivo?... Pois bem: o que, no caso, se pretende — flagrantemente ao revés das lições doutrinárias e jurisprudenciais ora invocadas — é considerar, para efeitos *translativos de propriedade*, como *suprível e suprida* por simples “*averbação*” de decisão homologatória de desquite (reguladora de meras “*modificações de ordem pessoal*” entre os *cônjuges* e relativas à nova situação jurídica dos imóveis *de cujo direito de propriedade já eram eles titulares em condomínio*) a falta da *transcrição* (*modo de adquirir a propriedade imóvel inter vivos*), e até a falta do próprio *instrumento público* (elemento *substancial* do ato), para, num passe de mágica, validar pretensa *transmissão de bens imóveis do casal A TERCEIROS*, por obra (e efeito póstumo) de uma suposta “*doação*”, que jamais chegou a realizar-se!

Está a ver-se, entretanto, pelo exposto e demonstrado:

- a) que a homologação judicial da partilha dos bens comuns do casal, em desquite amigável, é “*simplesmente declaratória e não atributiva da propriedade*”;
- b) que a respectiva “*averbação*” no registro imobiliário é mera *formalidade* destinada a assinalar, para efeitos em relação a terceiros, tão-somente “*modificações de ordem pessoal*”, ou seja “naquilo que apenas *modifique* a situação jurídica do imóvel em relação direta com o titular ou titulares do direito sobre o imóvel”.

De tais premissas decorre, forçosamente, a tóda evidência, que nem a *homologação* da partilha dos bens do casal, no desquite amigável, poderia legitimar uma *transmissão de bens imóveis a terceiro*, suprimindo a falta do *instrumento público*, que é da própria *substância* do *ato translativo do domínio*, nem a simples “*averbação*” (concernente tão-só àquelas aludidas “*modificações de ordem pessoal*”) seria idônea a suprir a *transcrição* como meio de *transmitir a terceiros a propriedade de bens imóveis* e de valores acima da taxa legal.

Mas, se outros elementos de convicção se fizessem de mister em re-fôrço a tais assertos, bastaria focalizar o seguinte contraste:

Enquanto, por um lado, é certo e indubitável, por disposição imperativa de lei, que a transferência da propriedade imóvel *inter vivos* sòmente se opera pela transcrição do *titulus acquirendi* no registro público apropriado, e a partir da data dessa transcrição (arts. 530, I, e 533 do Código Civil), por outro lado o que se verifica é que a nova situação jurídica *pessoal* e *patrimonial* dos cônjuges, posterior à decisão homologatória do desquite, não decorre, não nasce da “*averbação*” da mesma (que é mera *formalidade*, complementar, *a posteriori*), e sim *da própria sentença*, como bem observa, citando jurisprudência, VICENTE DE FARIA COELHO:

“A extinção do regime matrimonial de bens *nasce da própria sentença, sem dependência de qualquer outra exigência*. Nessa conformidade tem entendido a jurisprudência:

— Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “A extinção do regime de bens *nasce da sentença do desquite* passada em julgado, e não de sua *averbação no registro civil*” (Acórdão de 6 de outubro de 1929).

“A decisão que homologa o desquite põe têrmo ao regime de bens entre os cônjuges como se o casamento fôsse anulado. A lei não faz depender de *averbação* os efeitos da sentença, entre os quais a extinção do regime de bens” (Acórdão de 12 de março de 1940). (*Op. cit.*, n.º 20, pág. 71).

No mesmo sentido PONTES DE MIRANDA:

“A *averbação* não é integrante da constitutividade da sentença, mas ligada à eficácia *erga omnes*”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., tomo VIII, pág. 114).

Os tribunais pátrios sempre trilharam os mesmos rumos, como o atesta a jurisprudência tradicional do nosso antigo Tribunal de Apelação do Distrito Federal:

“O Código Civil, lei substantiva que regula a matéria, não fêz depender os efeitos da *sentença do desquite*, entre os quais a extinção da comunhão de bens, da *alegada averbação, nem mesmo alude a essa formalidade* (arts. 267, n.º III, 268 e 322), não constando o desquite entre os atos que dependem do registro público, todos, aliás, enumerados no citado Código;” ... “O dispositivo do art. 934 do Código de Processo Civil e Comercial ... conquanto mande averbar



a sentença no registro civil e também no registro de imóveis quando existirem bens dessa natureza compreendidos na *partilha dos bens do casal*, não considera isso *ato ou termo essencial do processo*;... “assim, a extinção do regime dos bens do casamento *nasce da sentença* do desquite passada em julgado, e não da sua averbação no registro civil. (Arquivo Judiciário, vol. 14, págs. 59/60).

Como se vê, sendo completamente diferentes — e tão profundamente diversos! — a natureza, os fins e efeitos da *transcrição* e os da *averbação*, — a primeira inerente à própria *substância*, vale dizer, à própria *constituição, existência e validade do direito real*, e a segunda concernente a meras “*modificações de ordem pessoal*”; a primeira constituindo o próprio “*modo de adquirir*” a propriedade imóvel por translação *inter vivos*, e a segunda não sendo sequer um elemento integrante da constitutividade da sentença homologatória do desquite, cujos *efeitos*, entre as partes, *dela não dependem*, inclusive a *extinção do regime de comunhão de bens!* — salta aos olhos, diante disso, a inadmissibilidade de uma pretendida *equiparação* entre ambas, que em tanto importa considerar “*suprida*” a *transcrição* num contrato translativo de bens imóveis à propriedade de *terceiros* pela simples *averbação* de sentença homologatória da partilha de bens comuns do casal em desquite, amigável, que é, por sinal, de natureza “*simplesmente declaratória e não atributiva da propriedade*” (art. 631 do Código Civil)!

\* \* \*

É, *data venia*, extravagante e insustentável a posição em que se refugia o digno juiz *a quo*, na ingrata sustentação do despacho agravado, buscando escudar-se na “*coisa julgada*” (?) para validar a suposta “*doação*” dos questionados imóveis, sob o pretexto de que

“eram provenientes de um acôrdo de desquite amigável...”, “acôrdo êsse que foi devidamente homologado por decisão que transitou em julgado, há alguns anos, do qual consta a cláusula VII.<sup>a</sup>, em tôrno da qual gira tôda a controvérsia que se discute nestes autos” (*sic*).

Em primeiro lugar, porque os efeitos da *coisa julgada* não se presumem alargados para além da matéria que se comporta em sua natural esfera de compreensão, isto é, a que se contém, legal, natural e logicamente, nos estritos limites do objeto e da autoridade da sentença. E é curial que nos lindes legais, naturais e lógicos de uma decisão homologatória de *simples divisão* ou *partilha de bens comuns entre cônjuges* (de efeitos simplesmente *declaratórios e não atributivos*

da propriedade, art. 631 do Código Civil), em processo de desquite amigável, jamais se poderia presumir incluída a sanção de uma impossível transferência de bens imóveis à propriedade de terceiros, e, ainda mais, com prescindência de título substancial (instrumento público) e de sua transcrição do Registro de Imóveis!...

Importaria isso introduzir no homologado acôrdo de simples partilha (que é essa a sua verdadeira natureza) uma transação alienatória de bens imóveis do casal a terceiros, e, pois, matéria estranha à dissolução da sociedade conjugal, quando é princípio tradicional e tranqüilo de direito, sufragado pela doutrina e pela jurisprudência, o de que “não pode ser homologado o desquite amigável que inclui matéria estranha à dissolução da sociedade conjugal” (Revista Forense, vol. 144, pág. 254); — a decisão (sentença ou acórdão) atinente a desquite amigável “não pode incluir transação sobre matéria estranha à dissolução da sociedade conjugal” (Revista Forense, vol. 167, pág. 211).

Em segundo lugar, por óbvia e elementar consideração de ordem cronológica: — Na dita cláusula 7.<sup>a</sup> o que se estipulou entre os desquitandos foi que o casal FÁRIA DOAÇÃO dos mencionados imóveis “DENTRO DE 60 DIAS A PARTIR DA HOMOLOGAÇÃO DO PRESENTE DESQUITE” (sic). Evidencia-se, assim, que a planejada “doação” iria ser feita dentro num determinado prazo POSTERIOR ao pronunciamento da decisão homologatória do desquite, pôsto que A PARTIR DELA é que se contaria tal prazo (60 dias “a partir da homologação do presente desquite”).

Ora, dentro dêste raciocínio irrecusável, é claro, a tôdas as luzes da lógica e do senso comum, que na coisa julgada decorrente da sentença homologatória, de que ora se cuida, nunca se poderia considerar ou presumir abrangido um ato A SER PRATICADO NO FUTURO (e que, aliás, não chegou a sê-lo), um negócio jurídico programado para ter realização, para concretizar-se COM POSTERIORIDADE à mesma sentença!

Está a ver-se, portanto, que a pretendida justificação do êrro é ainda pior do que o próprio êrro!

\* \* \*

5.º) Quanto à canhestra versão da existência de um fideicomisso na relação jurídica em exame:

Demonstramos, por igual, em nosso parecer de fls. 59 a 97, tratar-se, ainda aí, de pura fantasia, completamente destituída de alento jurídico. E, com efeito, ainda que se espose a corrente doutrinária favorável à admissibilidade da instituição do fideicomisso por ato entre vivos na sistemática do direito civil positivo brasileiro, não é possível, por nenhum sortilégio ou malabarismo dialético, lobrigar-se a sua configuração no contexto da aludida cláusula 7.<sup>a</sup> do acôrdo de desquite.



Como, proficientemente, o conceitua ORLANDO GOMES, em seu livro *Direitos Reais*,

“*fideicomisso* é uma disposição pela qual alguém — o *fideicomitente* — institui herdeiros ou legatários, impondo a um deles — o *fiduciário* — a obrigação de, sob termo ou condição, transmitir ao outro, que se chama *fideicomissário*, a herança ou legado”. (*Op. cit.*, n.º 216, pág. 368).

E explica BEVILAQUA:

“O herdeiro ou legatário recebe a herança ou legado para transmitir, por sua morte, ou em outro tempo, ao seu substituto” (*Código Civil comentado*, 2.ª ed., vol. VI, pág. 198).

No caso concreto não se vislumbra nenhuma *substituição fideicomissária*. O próprio inventariante — jurista ilustre — repele, e mui justamente, essa hipótese, pela óbvia consideração de que o Dr. Paulo Bittencourt *não recebeu de ninguém os imóveis*, de que se trata, *com o encargo de transmiti-los a seus netos*; mas, bem diversamente, êle e sua mulher (componentes do “*casal*”) manifestaram, na dita cláusula, o *intuito* de lavar, *após a homologação do desquite*, uma escritura de *doação*, — o que jamais chegou a realizar-se nos doze (12) anos transcorridos entre o desquite e o falecimento do cônjuge varão. *In verbis*:

“Dentro de 60 dias, a partir da homologação do presente desquite, *o casal fará doação* em favor de seus netos, filhos de Sybil, que existirem à época do falecimento do primeiro suplicante, dos imóveis situados à rua do Lavradio, n.º 106 e Av. Gomes Freire 81 a 83, nesta Capital, com reserva de usufruto, enquanto viver, em favor do marido Paulo Bittencourt. Caso sobreviva aos seus netos, voltarão tais bens ao patrimônio do primeiro suplicante”.

Convém, desde logo, não perder de vista duas importantes circunstâncias:

- a) sendo o regime matrimonial dos então desquitandos o da *separação de bens* com a *comunhão dos adquiridos*, de acôrdo com o art. 259 do Código Civil (fls. 54 e 126 dos autos), e uma vez que os mencionados imóveis foram havidos pelo cônjuge varão por herança paterna, estariam êles, a rigor, excluídos da comunhão, *ex vi* do art. 269, I, *in fine*, do Código Civil, e, pois, nem deveriam ter sido incluídos na partilha do desquite,

como observa, aliás, o Dr. Procurador-Geral do Estado em seu parecer às fls. 57 dos autos, esclarecendo, ademais, que, quando, na cláusula 7.<sup>a</sup>, se faz a referência — “o casal” “*fará doação*” — é porque precisava êle (Paulo) da outorga uxória para essa alienação;

- b) outrossim, antes de se haver prescrito o que consta da dita cláusula 7.<sup>a</sup>, já na cláusula 4.<sup>a</sup> do mesmo acôrdo de desquite amigável se havia declarado caberem *exclusivamente ao marido*, Paulo Bittencourt, entre outros bens, “o imóvel à rua do Lavradio, n.º 106” e “os imóveis à rua Gomes Freire, n.ºs 80 a 83”.

Conforme já foi dito e demonstrado em nosso anterior parecer, o que caracteriza o *fideicomisso* é a instituição de “uma liberalidade com *sucessividade* de beneficiários em dois graus”: o primeiro beneficiário recebe a coisa do instituidor com a obrigação, *por êste imposta*, de transmitir ao segundo beneficiário a propriedade dela, por sua morte ou em determinado tempo (FERREIRA ALVES, *Do Direito das Sucessões, Manual do Código Civil Brasileiro*, de PAULO DE LACERDA, vol. XIX, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 346; SADY CARDOSO DE GUSMÃO, “*Fideicomisso*”, verbete no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 22, pág. 206; BEVILAQUA, *op. cit.*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. 6.º, pág. 198). “O *fideicomisso* só existe quando o testador ordena a passagem dos bens a outrem, por morte do primeiro chamado a suceder” (CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, vol. XXIV, págs. 163 a 164).

“Há *fideicomisso* quando o testador, instituindo herdeiros ou legatários, *impõe* a um dêles (o *gravado* ou *fiduciário*) a obrigação de, por sua morte, ou a certo tempo, ou sob certa condição, transmitir a outro (o *fideicomissário*) a herança ou legado”. (*Revista Forense*, vol. XXXI, pág. 52).

Ora, o que se apura, quer pela letra, quer pelo espírito da cláusula 7.<sup>a</sup>, em exame, é que, além de não haver, efetivamente, o Dr. Paulo Bittencourt recebido os ditos imóveis de outrem com a obrigação, a êle imposta, de transmiti-los a terceiro, ou terceiros, o próprio *negócio jurídico* não chegou sequer a realizar-se, em nenhum tempo, permanecendo no plano da simples *intenção*. Consoante a ampla demonstração, já feita, de *inexistir*, na espécie, a *substituição fideicomissária em dois graus*, que é da essência mesma do instituto, não há como se possa configurar o *fideicomisso*, até porque, figurando como *instituidor* do benefício “o casal”, do qual participava o Dr. Paulo Bittencourt, entra pelos olhos:

- a) que êste não poderia ser, ao mesmo tempo, *instituidor* e *fiduciário* (ou *gravado*);



- b) que, já sendo êle *proprietário* dos ditos imóveis (e que já eram, por sinal, *exclusivamente seus*), não teria cabimento (máxime em se tratando de “*doação*”, ato de *liberalidade*, essencialmente *espontâneo*), nem faria sentido que êle se *auto-obrigasse com a imposição, a si mesmo*, do encargo de transmiti-los a outrem.

\* \* \*

Convém, outrossim, ter-se em mira que o *fideicomisso* não se presume nas declarações de vontade, *mortis causa* ou *inter vivos*. Sua existência e caracterização jurídica hão de resultar evidenciadas com clareza inequívoca, de modo a não restar dúvida quanto à verdadeira intenção do instituidor, isto é, quanto ao seu nítido propósito de instituir um *fideicomisso*, como justamente acentuara o eminente CARVALHO MOURÃO, no ensino de que *não se deve concluir pela existência de fideicomisso “se não há na verba, em questão, manifestação inequívoca da vontade do testador de instituir um fideicomisso”* (*Revista Forense*, vol. XXIX, pág. 152).

Na hipótese em tela o que se oferece com indubitosa certeza é a *inexistência* dêsse malsinado e decadente instituto do direito sucessório, justamente repellido, restringido, quando não mesmo completamente abolido nas legislações modernas, como a italiana e a francesa, e considerado, ainda até entre nós, quando da elaboração e discussão do Código Civil pátrio, como “*uma fonte de controvérsias e de fraudes*” (Parecer da Comissão do Senado, de 31 de agosto de 1912).

Todavia, se dúvida houvesse a respeito, ter-se-ia de decidi-la *pela negativa*, segundo se entende em doutrina e em jurisprudência:

“No caso de *dúvida*, quando não fôr possível chegar a uma conclusão segura, deve atribuir-se ao testador a intenção de instituir o usufruto. Presume-se, então, haver o usufruto **NUNCA SE PRESUMINDO O FIDEICOMISSO**, mesmo porque para que êste se verifique, essencial se torna que das palavras do testamento resulte clara a intenção de instituí-lo (Cfr. CLÓVIS BEVILAQUA, Parecer na *Revista Forense*, vol. 29, pág. 155).

(CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, vol. XXIV, pág. 164).

“Na interpretação de uma cláusula testamentária, se houver *dúvida* a respeito da natureza do legado instituído — se usufruto ou fideicomisso, — deve entender-se que se trata de usufruto, e não de fideicomisso”.

(GAMA, *Tratado teórico-prático dos Testamentos*, n.º 137, págs. 131 a 133).

“Na *dúvida* entre ser o legado de usufruto ou de fideicomisso, entende-se como de usufruto” (*Revista Forense*, vol. XCII, pág. 719).

“Quando sejam ambíguas as expressões de uma verba testamentária, deve presumir-se que o testador quis criar um usufruto, instituto de todos conhecido, e não um fideicomisso, — mistério hierático para os leigos”. (*Revista Forense*, vol. XXIX, pág. 152).

\* \* \*

Ainda neste ponto, como no anteriormente examinado, é inteiramente descabida a invocação da coisa *juogada*. Em verdade, nada autoriza a afirmar-se ou supor-se que a decisão homologatória do desquite amigável houvesse declarado nem reconhecido no teor da mencionada cláusula 7.<sup>a</sup> a existência de um *fideicomisso*. E tanto não o fêz, que o ilustre advogado da agravante, na petição de interposição do recurso, assim disse, textualmente:

“Parece-nos que nenhum outro Juiz, senão o do desquite, poderá resolver se se trata de “promessa de doação”, ou de “disposição contratual a favor de terceiros”, ou de “*fideicomisso*”. (Fls. 7 dos autos).

Tal convicção, aliás, encontra expressivo refôrço no próprio despacho de sustentação, onde a *insegurança* do juiz, a tal respeito, se patenteia em frases como estas:

“Parece, pois, que, certa ou errada aquela convenção, concretizada e positivada ou não a doação, *instituído, ou não, o fideicomisso*, que foi até objeto de um cálculo no inventário de desquite...” (Fls. 104).

Bem ao revés, o que entremostam as peças dos autos é que a discussão sôbre a *hipótese* da existência de um fideicomisso, no caso, surgiu (*posteriormente à homologação do desquite*) de “engenhosa” “*interpretação fiscal*” brotada do cérebro de um zeloso representante dos interesses fazendários. Mas, não importa em sacramento ao êrro o fato de se haver “discutido” a respeito da cerebrina “interpretação”, como, ainda, o de, em favor dela, haver opinado “um representante da Fazenda”. Tampouco importa a alegação de que o pretense “fideicomisso” teria chegado a ser objeto de “um cálculo no inventário de desquite”, para pagamento do impôsto, porque não é o impôsto — embora com o conformismo das partes interessadas — nem o arbítrio dos que o calculam e impõem, que qualifica a natureza dos atos jurídicos, identifica



os institutos e define as relações de direito, mas sim os elementos orgânicos e conceptuais que os informam e caracterizam em face da lei e da doutrina dos mestres.

Não há, pois, que falar, ainda aí, em “*coisa julgada*”.

\* \* \*

Admitido, porém, *ad argumentandum tantum*, que, no caso, *fideicomisso* houvesse, nítida e inequivocamente caracterizado, seria êle manifestamente *nulo*; e essa *nullidade* decorreria dos próprios termos da questionada cláusula 7.<sup>a</sup> do acôrdo de desquite. Isto porque, em se declarando, ali, como está expresso, que *o casal faria a doação* dos mencionados imóveis em favor de seus netos, filhos de Sybil, *QUE EXISTISSEM À ÉPOCA DO FALECIMENTO DO PRIMEIRO SUPPLICANTE*, estar-se-ia instituindo, *entre vivos*, uma liberalidade em favor de *PROLE EVENTUAL*, o que não é juridicamente admissível, nem na simples *doação* (em que o Código Civil apenas ressalva o direito do *nascituro*, — art. 1.169), nem da *doação fideicomissária* ou *fideicomisso convencional*.

No sistema do nosso direito civil — ressalvados apenas os casos de certos direitos e vantagens assegurados *ao nascituro*, — não tem capacidade para adquirir direitos *pessoa inexistente*, pôsto que essa capacidade pressupõe a *personalidade civil* do homem, que “*começa do nascimento com vida*”, nos precisos termos do art. 4.<sup>o</sup> do Código Civil. Carece, pois, de *objeto possível* qualquer outorga *contratual* tendo por destinatária *pessoa inexistente*; e como, em conformidade ao art. 145, II, do mesmo Código, “*é nulo o ato jurídico*” “quando fôr ilícito ou *impossível* o seu objeto”, torna-se patente a conclusão de que — de fora parte os direitos do *nascituro*, que, desde a concepção, a lei ponha a salvo, consoante o disposto na segunda parte daquele art. 4.<sup>o</sup> (e do que é exemplo, em tema de *doação*, o prescrito no art. 1.169, segundo o qual “a *doação* feita ao *nascituro* valerá, sendo aceita pelos pais”) — a *personalidade civil* é condição indeclinável para a aquisição de direitos, máxime em matéria *contratual*. Com redobrada razão se afirma como *regra* a incapacidade absoluta de quem ainda não haja sido sequer *concebido*, da qual forçosamente decorre a impossibilidade de ser *sujeito de direito*. Nessa *regra* se enquadra a figura da chamada “*prole eventual*”.

E por ser essa a *regra geral* entre nós consagrada até no campo do direito sucessório, onde se estabeleceu expressamente que “*são absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até à morte do testador*” (art. 1.718 do Código Civil), a essa *regra geral* o mesmo Código Civil pátrio, no Capítulo XI, relativo especialmente à “capacidade para adquirir por testamento”, abriu *UMA ÚNICA EXCEÇÃO*, consignada em explícita ressalva à proposição obstativa *principal* daquele mesmo art. 1.718, *in verbis*:

“São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até à morte do testador, *SALVO se a disposição dêste se referir à prole eventual de pessoas por êle designadas e existentes ao abrir-se a sucessão*”.

Ora, essa *ressalva* concessiva de um direito somente exercitável, segundo acentuam vários autorizados civilistas, por via de substituição fideicomissária “*causa mortis*” — pôsto que instituída *em testamento*, — é uma norma típica de *direito excepcional*, e que, por isto mesmo, não pode ser transplantada do campo do *direito sucessório* para o do *direito obrigacional* (e, particularmente, o *contratual*), a fim de ser aplicada *analogicamente* à discutida hipótese da *substituição fideicomissária “inter vivos”*, ou *convencional*, que, apesar de não prevista no Código Civil e impugnada por muitos eminentes estudiosos, vem sendo tolerada ou liberalmente admitida por certa corrente doutrinária e jurisprudencial.

De que se trata de uma *exceção à regra geral proibitiva*, não há possibilidade de dúvida:

“Embora *absoluta*” — diz BEVILAQUA — “a incapacidade dos não concebidos admite *UMA EXCEÇÃO* a favor da prole futura de pessoas existentes no momento da abertura da sucessão. *O testador* poderá deixar seus bens a essa prole futura por meio de fideicomisso”. (Os destaques são nossos). (*Op. cit.*, 2.<sup>a</sup> ed., vol. VI, pág. 174).

“A lei” — explica CARVALHO SANTOS — “*permite UMA EXCEÇÃO* à regra da incapacidade dos não concebidos para receber *em testamento*. É quanto à prole futura das pessoas existentes no momento da abertura da sucessão”. (Os destaques são nossos). (*Op. cit.*, 5.<sup>a</sup> ed., vol. XXIV, pág. 44).

Discorrendo sobre “*a sucessão e a prole eventual*” (*sic*), observara, por sua vez, SADY CARDOSO DE GUSMÃO que ao aludido princípio (o da incapacidade absoluta dos não concebidos, para suceder)

“*abre EXCEÇÃO* a lei em favor não só do nascituro... mas também em favor de prole eventual, *NA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA*” (Os destaques são nossos). (*Vocação hereditária e descendência*, Rio, 1958, pág. 299).

Mas, é princípio assente a pacífico de hermenêutica jurídica, no direito dos povos cultos, inclusive o nosso, que já até o consagrara em dispositivo expresso na antiga “*Introdução*” do Código Civil (art. 6.<sup>o</sup>), o de que *a lei que abre exceção a regras gerais só abrange os casos que específica*. Em doutrina, como em jurisprudência, tornou-se, a bem dizer,



um postulado, um axioma jurídico, o princípio segundo o qual é de *interpretação estritíssima* o chamado *direito excepcional*, consoante a velha máxima romana — “*exceptio est strictissimae interpretationis*” (CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3.<sup>a</sup> ed., págs. 277, 381, 390, 392; THEMISTOCLES CAVALCANTI, *Pareceres do Consultor-Geral da República — 1944-1946 —*, pág. 193; SÁ FILHO, *Pareceres de 1941 — Procuradoria-Geral da Fazenda Pública*, — pág. 132; PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit Civil*, 5.<sup>a</sup> ed., vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 70; RÉAU et RONDEPIERRE, *Petit Dictionnaire de Droit*, Dalloz, 1951, pág. 772; BAUDRY-LACANTINERIE et MAURICE COLLIN, *Traité théorique et pratique de Droit Civil — Des Donations entre vifs —*, tomo I, pág. 538; D. IGNACIO DE CASSO Y ROMERO e D. FRANCISCO CERVERA Y JIMÉNEZ-ALFARO, *Diccionario de Derecho Privado*, 1950, vol. 2.<sup>o</sup>, pág. 2.378; SEGUNDO V. LIÑARES QUINTANA, *El Poder impositivo y la Libertad individual*, pág. 33, etc.). A Consultoria Jurídica do D.A.S.P., em parecer citado e parcialmente reproduzido por THEMISTOCLES CAVALCANTI em sua obra *O Funcionário Público e o seu Regime Jurídico*, Rio, 1958, tomo II, pág. 133, reflete a orientação da jurisprudência administrativa, em consonância com a dos tribunais brasileiros, no mesmo sentido:

“É princípio elementar de hermenêutica que as normas de exceção são interpretadas restritivamente, repelindo exegeses ampliativas, ou analógicas”.

Acentue-se que, mesmo aquêles autores partidários da corrente minoritária mais avançada, que tolera a aplicação da exegese *extensiva* às normas excepcionais (como até às penais), e em cujo elenco se incluem FERRARA, COVIELLO, GIANTURCO, TRABUCCHI, CASATI, BARASSI, RUGGIERO, MESSINEO, TORRENTE, BARBERO, FADDA e BENZA, AZZARITI, CUNHA GONÇALVES, etc., êles próprios apóiam a tese *proibitiva* da aplicação *analógica* das normas excepcionais.

Destituída é, pois, de fomento jurídico, em *fideicomisso*, por ato “*inter vivos*” (*convencional*), a instituição de *prole eventual* de alguém como fideicomissária, pela curial razão de não ser possível elidir a *regra geral* da incapacidade absoluta dos ainda não concebidos, com aplicação *analógica* da EXCEÇÃO aberta na segunda parte do art. 1.718 do Código Civil para o caso específico e exclusivo de *disposição testamentária*, quando é certo que o *fideicomisso entre vivos* se rege pelo *direito das obrigações*.

Neste sentido, aliás, opinou — e com favorável sufrágio jurisprudencial, como adiante se verá, — a Procuradoria Geral da Justiça desta unidade federativa (antigo Distrito Federal); e do asserto é expressivo exemplo o autorizado *parecer* proferido, em 25 de janeiro de 1945, na apelação cível n.<sup>o</sup> 5.538, pelo eminente e saudoso então Procurador-

-Geral ROMÃO CÔRTEZ DE LACERDA — paradigma de sabedoria jurídica e de inteireza moral, — onde foi dito:

.....  
.....  
“4. Penso que admissível o fideicomisso por ato *entre vivos*, porque, não proibido no Código Civil, a instituição encontra apoio no princípio geral da liberdade no comércio jurídico, o qual só encontra limite na lei. Mas, — e aqui, a meu ver, o ponto essencial, — não é possível, juridicamente, nos fideicomissos *entre vivos*, instituir como fideicomissária a *prole eventual* de alguma pessoa.

Dita *prole eventual* não tem capacidade para reclamar direitos, nem adquire direitos, salvo o caso *stricti juris* previsto expressamente no art. 1.718 do Código Civil, que, dispondo a respeito da capacidade para adquirir *por testamento*, permite disponha o *testador* em benefício da *prole eventual* de pessoa conhecida e existente na data da abertura da sucessão. A disposição é *excepcionalíssima*, aberrante da lógica jurídica, que parte do princípio, severamente observado desde o direito romano, segundo o qual só o homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, desde que nasce vivo até que morre, pôsto a salvo, apenas, o direito do nascituro (Código Civil, arts. 2 e 4).

Daí a crítica de MAZZONI à disposição do Código Italiano correspondente ao nosso 1.718, *cujo princípio não pode ser estendido a outros casos, senão restringir-se ao especificado*, — DE DISPOSIÇÃO TESTAMENTARIA.

Por outras palavras: — a nossa ordem civil só às pessoas naturais existentes na conformidade dos arts. 2.º e 4.º do Código permite *adquirir* direitos; logo, toda disposição tendente a conferir direitos a pessoas não existentes é *nula em absoluto*, na forma dos arts. 2.º e 4.º citados, combinados com o art. 145, II, do Código Civil. É impossível *no seu objeto* a disposição *entre vivos* na parte que confere direitos a *pessoa natural inexistente*, salvo o direito eventual do nascituro e excetuada, QUANTO AOS TESTAMENTOS, a disposição em favor de *prole eventual*, nos termos da *tolerância* acordada no citado art. 1.718.

5. *Nula* a disposição, de *nulidade absoluta* que o juiz pode decretar onde a encontrar provada (art. 145, II, e 146 e seu § único), válida é a escritura de fls. 19, que reconheceu a *nulidade*. (Os destaques são nossos).

Com inteira e inelutável acolheita à tese sustentada nesse douto parecer, assim decidiu a Colenda 4.ª Câmara do Tribunal de Apelação



do antigo Distrito Federal, na sobredita apelação cível n.º 3.538, em acórdão unânime de 3 de abril de 1945, — relator o saudoso Desembargador DUQUE ESTRADA:

“Como bem salienta o Dr. Procurador-Geral no parecer de fls. 51, o ponto essencial, na espécie, consiste em *não ser possível, juridicamente, nos fideicomissos entre vivos, instituir como fideicomissária a prole eventual de alguma pessoa.*

Portanto, é admissível o fideicomisso por ato *entre vivos*, sendo, entretanto, *nulo* aquêle em que o fideicomissário é a *prole eventual* de alguma pessoa.

Essa *prole eventual* não tem capacidade para adquirir ou reclamar direitos, em face dos arts. 2.º e 4.º, combinados com o art. 145, n.º II, do Código Civil, eis que não se trata do direito eventual do nascituro ou do caso *stricti juris* previsto no art. 1.718 do Código Civil, que permite o *testador, em testamento*, dispor em benefício da prole eventual de pessoa conhecida e existente na data da abertura da sucessão”. (*Direito*, vol. XXXVII, págs. 311-312 e 443).

Por múltiplos e insofismáveis aspectos de fato e de direito se patenteia, pois, como abundantemente demonstrado fica, a inviabilidade jurídica da tese insinuada da configuração de um *fideicomisso* na contextura da questionada cláusula 7.ª do acórdão de desquite amigável do casal Paulo Bittencourt.

\* \* \*

6.º) Quanto à hipótese de configurar-se na referida cláusula uma *promessa de doação*:

Comprovou-se, também, no parecer de fls. 59 a 97, a impossibilidade de tal caracterização, pelo óbvio motivo de que em nosso sistema de direito civil — como no de quase todos os povos cultos — não tem nem pode ter cabida a figura da “*promessa de doar*”, desde que o pressuposto, necessário, do *animus donandi* deve manifestar-se com a feição, que lhe é peculiar, de *espontaneidade* e de *atualidade*, no momento mesmo em que se realiza o *ato de pura liberalidade*, tornando-se, pois, evidentemente incompatível com o caráter de *obrigatoriedade* inerente à “*promessa*”, criadora de uma vinculação jurídica de efeito *coactivo*, isto é, de um *compromisso dotado de exigibilidade* (CARVALHO SANTOS, “*Doação*”, verbete, no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. 18, págs. 301 a 302 e 303; SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, 1961, págs. 387 e 388; CARVALHO DE MENDONÇA, *Contratos*, vol. I, n.º 3; AGOSTINHO ALVIM, *Da Doação*, 1963, pág. 43, texto e nota 1; CLÓVIS BEVILAQUA, *op. cit.*, vol. VI, pág. 336; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, n.º 232, págs. 168-169;

ANTÃO DE MORAES, parecer na *Revista dos Tribunais*, vol. 275, páginas 74, 75 a 78 e 79; EDUARDO ESPÍNOLA, parecer na revista supra-indicada, mesmo volume, págs. 80 e 83; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, edição brasileira, vol. VIII, tomo I, pág. 80; LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDIGAL, *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*, no livro *Direito Processual Civil*, edição Saraiva, São Paulo, 1965, pág. 181; PEDRO DE ASCENÇÃO BARBOSA, *Do Contrato-Promessa*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editôra Ltda., Portugal, 1957, págs. 136/138; FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *La Promesa de Contrato*, no *Anuário de Derecho Civil*, Madri, 1950, tomo III, fasc. IV, páginas 1.172/1.173; HENRI DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit Civil Belge*, Bruxelas, 1944, tomo 8.<sup>o</sup>, vol. I, págs. 452 e 468; MARCEL PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil, revu et complété* par GEORGES RIPERT, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, 1948, tomo III, n.<sup>o</sup> 3.277, pág. 1.039; VITTORE VITALI, *Della Donazioni*, Nápoles/Turim, 1944, pág. 44; DANTE CAPORALI, *Contratti Preliminari*, no *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, de VITTORIO SCIALOJA, editor Valardi, Milão, vol. II, pág. 455; LEONARDO COVIELLO, *Contratto Preliminare*, na *Enciclopédia Giuridica Italiana*, sob a direção de PASQUALE STANISLAO MANCINI, vol. III, Parte III, sezione seconda, págs. 105/106; IGNAZIO MOSCHELLA, *Contratti Preliminari*, no *Nuovo Digesto Italiano*, de MARIANO D'AMELIO, Turim, 1938, vol. IV, pág. 27; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, 5.<sup>a</sup> ed., Turim, 1927, vol. V, Parte 1.<sup>a</sup>, pág. 3; GIULIO VENZI, *Manuale di Diritto Civile Italiano*, 8.<sup>a</sup> ed., Turim, 1936, pág. 480, texto e nota 1; ANDREA TORRENTE, *La Donazione*, Milão, 1956, página 243; CARMELO SOUTO, *Donazioni*, Catânia, 1928, págs. 142/143; BALBI, *Saggio sulla Donazione*, Turim, 1942, pág. 106; MAROI, *Delle Donazioni*, Turim, 1936, págs. 64/65, etc.).

A hipótese de uma pretensa “*promessa de doação*” é, pois, de ser, também, definitivamente afastada. Não só em face da doutrina civilista nacional e estrangeira, como, ainda, em face da jurisprudência pátria, segundo a qual “*a doação é incompatível com a promessa de doação*” (acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação n.<sup>o</sup> 59.169, in *Revista dos Tribunais*, vol. 348, pág. 338; idem, acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, in *Revista dos Tribunais*, vol. 257, pág. 209).

\*

\* \*

Poderia ser aqui concluído e encerrado êste parecer, pôsto que nêle já foram exaustivamente tratados e analisados, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, todos os pontos e aspectos jurídicos suscitados e discutidos na espécie *sub judice*.

Mas, acontece que, na impossibilidade de uma sustentação convincente das teses em contrário esposadas no v. despacho recorrido e refutadas em nosso anterior parecer de fls. 59 a 97 — constituindo *tôda a*



*matéria* da causa, e cujo exame bastaria, como basta, ao deslinde da mesma, sem necessidade de outras digressões de cunho meramente acadêmico, — preferiu o seu ilustre prolator deter-se e esforçar-se em comentários e críticas à parte do nosso parecer, onde, versando matéria de todo ponto *secundária* e, no caso, completamente *desnecessária* à solução jurídica da causa (ademais de fundada em mera *hipótese*), sustentamos que — “*ainda que se tivesse celebrado uma verdadeira doação, substancial e instrumentalmen'e válida*” (o que não ocorreu), o só fato de não haver sido feita a sua *transcrição* do Registro de Imóveis *antes do falecimento do doador* teria acarretado, como consequência inelutável, para o beneficiário, a impossibilidade de auferir, pelo *posterior registro*, uma propriedade que, por força do *direito hereditário* (art. 530, n.º IV, do Código Civil), *já se transmitira, necessariamente, desde o instante do decesso* (art. 1.572 C.C.), aos *herdeiros do benfeitor*; e, assim, “*o registro do título aquisitivo intentado após o falecimento do outorgante e, portanto, ao depois de já se haver transmitido a herança, por imperativo legal, aos seus herdeiros legítimos e testamentários, jamais teria a virtude, o condão de haurir o direito de propriedade na fonte de onde já se êle houvera exaurido por anterior e inevitável transferência a herdeiros que — independentemente até de sua vontade — adquiriram o domínio (e a posse) da herança, por um título hábil, capaz de transmiti-lo independentemente de transcrição: o direito hereditário*”.

Pode haver quem divirja dessa tese, — e em direito é difícil encontrar alguma de que não se tenha dissentido, — mas a verdade é que ela condiz com o *sistema adotado pelo direito civil brasileiro positivo* e tem a sufragá-la os melhores subsídios doutrinários e jurisprudenciais, como se passa a demonstrar:

O eminente *civilista* CARVALHO SANTOS, autorizado comentador do nosso Código Civil, ao depois de acentuar que, de acôrdo com o sistema do mesmo código, “*o título não transfere o domínio, o que transfere o domínio é a transcrição*”, pontifica:

“c) *antes da transcrição, o ato da alienação é mero contrato, que só obriga as partes contratantes, não passando o comprador de mero credor do alienante, contra o qual só lhe compete ação pessoal para obrigá-lo a entregar o imóvel ou indenizar perdas e danos (LAFAYETTE, cit., § 48), dando ação pessoal ao comprador para haver o preço até onde chegar o produto do imóvel (Dec. n.º 917, de 24 de outubro de 1890, art. 29, § 1.º);*”

.....  
“f) *pode o vendedor, antes de transcrito o título da primeira venda feita, alienar o mesmo imóvel a um segundo, sem que incorra nas penalidades do art. 338 do Código Penal*” (refere-se ao diploma legal anterior ao vigente);

“g) *Se o vendedor falece antes da transcrição, não mais pode o título ser transcrito, se deixou herdeiros, porque, com a sua morte, a propriedade e a posse do imóvel transmitiram-se desde logo a seus herdeiros, não podendo, pois, ser mais objeto de transmissão uma propriedade que já a outrem pertence; e não se justificando a opinião daqueles que admitem a possibilidade dessa transcrição, por isso que redundaria em reconhecer que se operou a transmissão da propriedade em contrário ao expresso preceito legal*” (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, 5.<sup>a</sup> ed., vol. VII, págs. 347 a 348).

O egrégio Supremo Tribunal Federal, por sua Segunda Turma, em acórdão unânime de 5/9/1947, no recurso extraordinário, de São Paulo, n.º 11.773, não conhecendo do recurso, deixou de pé o v. acórdão do Tribunal paulista, segundo o qual os compradores recorrentes “*não adquiriram a propriedade, porque EM VIDA do alienante não se realizara a necessária transcrição do título translativo no registro de imóveis*” (*sic*). E isso mesmo, por outras palavras, consta da própria ementa do aludido acórdão do S.T.F., *verbis*:

“Como a propriedade só se adquire com a *transcrição* do título translativo do domínio no registro de imóveis, *nula é a venda, nesse caso, quando a transcrição se verifica APÓS A MORTE DO ALIENANTE*”. (Relator o eminente Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES). (*Direito*, vol. LIV, pág. 140 e 142).

O ilustre e douto magistrado Dr. NÉLSON PINHEIRO DE ANDRADE, em brilhante monografia sob o título — “*Procuração em causa própria — Sua posição jurídica na transmissão de direitos reais*”, assim diz na parte conclusiva de sua tese eminentemente afirmativa e liberal:

“Como a transferência do *direito real*, em sua essência, somente se opera com a *transcrição*, em razão da natureza *consensual* do contrato de compra e venda, mister se faz que o título de domínio seja *transcrito* no Registro de Imóveis *ANTES DO FALECIMENTO DO MANDANTE*, pois, se assim não fôr providenciado, interpõe-se a transmissão *causa mortis* aos herdeiros do mesmo mandante, nos precisos termos do artigo 1.572 do Código Civil, tornando insubsistente a transferência *inter vivos*, que se resolve com meros *efeitos pessoais*.”

Isso se verifica em razão do princípio legal que *equipara o meio de aquisição pela transcrição ao decorrente do direito hereditário* (art. 530, alíneas I e IV, do Código Civil), inde-



pendendo êste do registro para a deslocação do *domínio e posse da herança*, que, *desde logo*, morto o autor desta, a lei defere ao herdeiro, não representando a transcrição, em tal hipótese, senão uma diligência assecuratória da *continuidade do registro* e dos *direitos de disponibilidade* (Decreto n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 242 e 243)". (*Revista Forense*, vol. CXX, pág. 321).

O mesmo princípio está contido no acórdão da 6.<sup>a</sup> Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 22 de outubro de 1954, na apelação n.º 68.096:

"Se não foi transcrita a escritura de doação de pais a filhos menores, por falta de intervenção dos donatários, e se antes do pedido de nomeação de curador especial para aceitar a liberalidade *VEM A FALECER* um dos doadores, a *meação dêste não pode ser objeto de liberdade, porque ela passa, com o falecimento, à propriedade dos herdeiros*". (*Revista Forense*, vol. 161, pág. 272).

Assim também se entendeu noutro caso de *doação* celebrada em escritura pública, conjuntamente, por marido e mulher, e em que, não obstante concluir-se que o ato do registro da respectiva escritura teria sido indicativo de *aceitação* da liberalidade pelo donatário, decidiu-se e julgou-se, conformemente ao voto do insigne e sábio civilista Ministro OROSIMBO NONATO, que, tendo sido a *transcrição* da mesma escritura feita *APÓS O FALECIMENTO* da esposa-doadora, somente seria válida a doação quanto à *metade* do cônjuge sobrevivente.

É o que se lê invocado e citado no acórdão das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 23 de janeiro de 1957, no rec. de revista n.º 435, *in verbis*:

"Com efeito, na Apelação n.º 9.578, de São Gotardo, marido e mulher fizeram doação do imóvel "Cortume" ao apelado João Batista de Oliveira. E essa doação foi julgada válida apenas quanto à *metade do doador*, porque a *transcrição* da escritura (de que se concluiu a aceitação do donatário) somente foi efetuada *APÓS A MORTE DA DOADORA*. É o que se lê a fls. 17, no final do douto e cintilante voto do então Desembargador, hoje Ministro, OROSIMBO NONATO:

"Dá-se, porém, que a *transcrição* da escritura, indispensável à transferência do bem doado só foi levada a efeito *DEPOIS DA MORTE DA DOADORA*, D. Amélia Cândida de Jesus. *A transmissão do imóvel não se verificou,*

*pois, quanto à parte da doadora*". (Revista Forense, vol. 174, pág. 229).

Será preciso mais para confirmar o acêrto de nossa tese jurídica? Então, poderíamos a uma vasta série de pareceres e decisões semelhantes às já mencionadas acrescentar, com igual efeito, uma infinidade de arestos nos quais — de referência à *procuração em causa própria* dotada de todos os elementos e características de contratos de cessão ou de compra e venda de bens imóveis, — sem embargo de seu caráter de *irrevogabilidade*, expressamente assegurado no art. 1.317, n.º I, *in fine*, do Código Civil, se tem decidido que a *transcrição* do título no Registro de Imóveis *posteriormente à morte do outorgante*, se há herdeiros do mesmo, já não pode operar *transmissão do domínio* em favor do outorgado, por se haver, antes, operado, *ex vi legis*, a transmissão do domínio e da posse da herança aos herdeiros do dito outorgante, automaticamente, pelo fato biológico da morte, e desde o instante dela, independentemente de transcrição ou de qualquer outra formalidade complementar, isto é, por virtude do *direito hereditário*, tal qual resulta, a olhos de ver, da combinação do art. 530, IV, do Código Civil com a regra de seu art. 1.572; resolvendo-se, por conseguinte, a obrigação jurídica, de caráter meramente *pessoal*, em *perdas e danos*.

Neste sentido, já em 1943, se pronunciara o antigo Tribunal de Apelação (hoje Tribunal de Justiça) da Bahia, no julgamento plenário dos embargos cíveis de Itabuna, n.º 2.264, entre partes — embargante Manoel José Scher e embargada Maria Gertrudes da Vitória, — adotando os fundamentos do voto vencido do ilustre Des. ÁLVARO CLEMENTE, na apelação, para restabelecer a sentença de primeira instância, e no qual foi dito:

“Não bastam os podêres especiais, como se procurou fazer acreditar, para que fôsse dita *procuração*, ou a escritura de compra e venda, levada ao registro; é necessário que êsse registro seja efetuado, porém não efetuado *em qualquer tempo*, mas efetuado *EM VIDA DO MANDANTE*, quer se trate do registro da *procuração em causa própria*, para operar a tradição do imóvel, se ela estiver equiparada a uma escritura de venda e compra, quer se trate da *própria escritura de venda e compra*”.

.....  
“Foram êsses os elementos de ponderação que me conduziram, conscientemente, à conclusão de que o instrumento de mandato em aprêço, não sendo transcrito, não operou a tradição, não vale para com terceiros, portanto, é de nenhum efeito para êsse fim, resultando daí que o imóvel, objeto da *procuração em causa própria*, *permaneceu no domínio do mandante* e, assim, *por seu falecimento*, passou, automática-



mente, ao patrimônio de seus herdeiros". (LEOPOLDO BRAGA, *Procuração em Causa Própria e Transferência do Domínio Imóvel*, Salvador, Bahia, 1942, págs. 32 e 35).

Do mesmo modo, em caso análogo, decidira, outrossim, o egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão de 11 de dezembro de 1936:

*"Se o mandante falecer antes de se operar a tradição ou a transcrição, passa o direito real para os herdeiros, nos termos do art. 1.572 do Código Civil"*. (Revista Forense, vol. 70, págs. 95/96).

O egrégio Supremo Tribunal Federal não se apartou de tal entendimento no acórdão de sua Segunda Turma de 5/9/1947, ao decidir, como consta do teor integral da respectiva ementa:

*"Procuração em causa própria. — Não é um contrato, para que se administre negócio do mandante, mas se destina a proporcionar ao mandatário vantagem que lhe é devida pelo mandante. A morte dêste não extingue o direito do mandatário de gerir seu próprio negócio, a "res sua". — É instrumento eficaz para a cessão de direitos sobre imóveis. Como a propriedade só se adquire com a transcrição do título translativo de domínio no Registro de Imóveis, NULA É A VENDA, NESSE CASO, QUANDO A TRANSCRIÇÃO SE VERIFICA APÓS A MORTE DO ALIENANTE"*. (Direito, vol. 54, pág. 140).

Invoca-se, em contrário, um acórdão do mesmo Supremo Tribunal Federal (um, apenas), em que, por interpretação jurisprudencial, se concluíra pela validade da transcrição posterior à morte do doador, embora reconhecida a existência de *divergência* no próprio seio do Pretório Excelso, mas que se disse "superada" por terem dois eminentes ministros (inclusive o relator) "modificado", no dito julgamento, "seus pontos de vista", "rendendo-se aos argumentos expostos" (*sic*). Bem é de ver-se que, *data venia*, essa decisão isolada de uma eventual maioria (pois presentes não se achavam todos os ministros), além de não ser convincente, pela absoluta carência, pela *total ausência de fundamentos e argumentos jurídicos formadores de uma convicção*, é manifestamente contrária à sistemática do Código Civil brasileiro, no particular, e reflete aquela opinião que, segundo o já citado civilista CARVALHO SANTOS, "*não se justifica*", "*por isto que redundaria em reconhecer que se operou a transmissão da propriedade em contrário ao expresse preceito legal*" (*sic*) — (*op. cit.*, tomo VII da 5.<sup>a</sup> edição, págs. 347 a 348). E, se houve ministros que, para acompanhá-la, "*modificaram seus pontos de*

vista”, “rendendo-se aos argumentos expostos” (de que o v. acórdão não dá notícia), é lamentável que isso tenha sucedido, porque então, *data venia*, mudaram para pior!...

Se é certo que a herança se transmite aos herdeiros com os seus ônus e encargos, e que a obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes contratantes e seus herdeiros (art. 928 do Código Civil), menos certo não é que tais obrigações se transmitem *com o mesmo e estrito caráter que tinham à época do falecimento do “de cujus”*. Ora, o caráter, a natureza da relação jurídica existente entre o alienante e o adquirente antes da transcrição do título aquisitivo no registro imobiliário é, sem dúvida, o de uma *obrigação meramente pessoal* (VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA, *Da Propriedade, Manual do Código Civil*, de PAULO DE LACERDA, vol. VIII, pág. 119; CARVALHO SANTOS, *op. cit.*, 5.<sup>a</sup> ed., vol. VII, pág. 347). Logo, essa *obrigação pessoal* é a que, com a herança, se transmite aos sucessores do *de cujus*. E é princípio elementar em direito civil o de que o inadimplemento das *obrigações pessoais* se resolve em perdas e danos.

Destarte, se, com o tardio registro do título aquisitivo, *posterior à morte do outorgante*, já não pode o outorgado auferir *diretamente do defunto para si*, uma propriedade que ele já não tem, pôsto que, como *efeito imediato* da morte, *já se transmitiu, pelo direito hereditário, aos seus sucessores*, nem por isto fica ele privado da proteção legal, como faz supor a sustentação do despacho agravado: assiste-lhe o direito de exigir dos herdeiros o cumprimento da *obrigação pessoal* que se lhes transmitiu com a herança; e, na hipótese de recusa, respondem eles por *perdas e danos*, pois é essa a consequência jurídico-legal da inexecução de tais obrigações, consoante a regra do art. 1.056 do Código Civil.

Não são idênticas as situações jurídicas, nem seus efeitos, no que concerne à *transcrição* dos títulos aquisitivos de domínio *antes* ou *depois* da morte do outorgante que deixe herdeiros legítimos ou testamentários.

A diferença de situações decorre precisamente do peculiar *sistema* adotado pelo Código Civil brasileiro no tocante à *transmissão* da propriedade imóvel. Em vida do outorgante a transcrição do título no registro imobiliário é operante a *qualquer tempo* (salva a hipótese da intercorrência de outro registro de uma segunda alienação do mesmo bem), porque, *continuando o domínio com a pessoa do mesmo outorgante*, pode o outorgado ir buscá-lo direta e imediatamente *na fonte mesma de onde ele promana, a qualquer momento*, com o só fato da *transcrição*. Morto, porém, o outorgante, e, assim, por força da imediata e automática transmissão da propriedade e da posse da herança aos herdeiros, segundo a regra do art. 1.572 do Código Civil, já não pode a transcrição pretérita do título ir buscar e colher *na fonte originária*, um domínio, um direito de propriedade que dela *se exauriu* desde o instante da morte de seu titular, não só pela óbvia razão de



que *defuncto não tem propriedade* e, pois, não pode transmiti-la a ninguém, — motivo pelo qual falece ao ato do registro o seu *objeto*, o seu conteúdo substancial, o substrato fático e jurídico que constitui a sua própria razão de ser (“*transmitir*”, do latim “*trans*” e “*mittere*”, pressupõe comunicação ou transferência de um órgão a outro, consoante os léxicos, e, pois, num e noutra, respectivamente, a *capacidade transmissiva e a receptiva*), — como, ainda, pelo fato de já serem *outros* (que não o *defuncto*) os legítimos titulares do domínio e da posse da herança, salva, é claro, a hipótese de herança jacente ou vacante.

Não há nisso nenhuma “*filigrana*” ou “*sutileza*”, como se diz na laboriosa peça de fls. 102 a 108, mas, sim, o desenvolvimento natural de um raciocínio lógico e jurídico na função coordenadora e interpretativa dos textos legais integrantes de *um sistema* adotado pelo nosso Código Civil.

A prevalecer a opinião de ser válida e operante para a aquisição do domínio imóvel a transcrição do título formal respectivo a *qualquer tempo após a morte do outorgante*, sob o fundamento de que os direitos e obrigações se transmitem dos antecessores titulares aos seus sucessores, chegaríamos, em última análise, à conclusão de que, mediante simples registro pretérito de títulos aquisitivos, não apenas os filhos, mas também os netos, bisnetos, etc., dos pretensos adquirentes remissos poderiam, em qualquer época, indefinidamente, no curso do tempo (salvos os óbices prescricionais), tornando-se *donos*, reivindicar dos filhos, netos, bisnetos, etc., dos primitivos outorgantes os bens imóveis que se lhes houvessem sucessivamente transmitido pelo direito hereditário; — o que, além de reduzir a letra morta os dispositivos do art. 530, n.º IV, e do art. 1.572 do Código Civil, importaria manifesta *instabilidade* dos direitos dominiais assegurados na Constituição e nas leis, com gravíssimas repercussões subversivas da ordem jurídica e da paz social.

Não importa que uma ou outra decisão jurisprudencial inovadora se divorcie dos princípios legais e doutrinários informadores e disciplinadores da matéria, nem o maior ou menor número dos que hajam capitulado ou transigido com as próprias opiniões e convicções anteriormente manifestadas. Conforme já dissemos noutra parecer, publicado em livro, ninguém ignora que a jurisprudência dos nossos tribunais sustentou, durante vários anos, teses e teorias jurídicas que ela mesma, posteriormente, desmentiu e repudiou, por falsas, errôneas ou superadas. EVARISTO DE MORAES, em notável artigo estampado na *Gazeta dos Tribunais* de 21 de maio de 1925, ao salientar que “*nenhuma jurisprudência é imutável*” e que “*em nenhuma jurisprudência se pode fiar o juiz inferior*”, lançou, a seguir, estas interrogações:

“Haverá aí quem sinceramente sustente que, em qualquer assunto, tem sido escoimada de dúvidas, mudanças e vacilações, a jurisprudência dos nossos tribunais superiores?”

Quem não conhece exemplos berrantes de decisões contraditórias, às vezes proferidas no decurso de poucas semanas ou de poucos dias?" (*Revista de Crítica Judiciária*, n.º 7, de maio de 1925).

O ilustre e saudoso mestre AZEVEDO MARQUES, por sua vez, observando que, nesse terreno, "os desacertos pululam até em casos simples", acrescentava, com amargo cepticismo:

"Não há erro e dúvida que não encontre a patrociná-los um aresto!... Tôdas as hipóteses e soluções, acertadas ou errôneas, têm ao lado uma decisão da jurisprudência a apoiá-las!" (J. M. de AZEVEDO MARQUES, — "*Ao leitor*", no limiar de seu livro *Ações de Despejo e Alugueres*, 3.<sup>a</sup> ed., 1924).

Mas não se vai, por isso, descreer do Direito, nem da grandeza da Justiça, nem da sabedoria, pureza e integridade moral de seus Apóstolos.

E vale o pena repetir, cada vez mais e sempre:

*"Elucet egregia virtus".*

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 1968

LEOPOLDO BRAGA

Procurador-Geral da Justiça do Estado da Guanabara