

re qualquer fato ou circunstância ponderável, indiciadora sequer da diminuição de periculosidade do interno.

Assim, pelo indeferimento do pedido, é o parecer.

Rio de Janeiro, 28 de julho de 1970.

MARCELO MARIA DOMINGUES DE OLIVEIRA
1.º Procurador da Justiça

TESTAMENTO. CONDOMÍNIO VITALÍCIO

Condomínio Vitalício Imposto Pelo Testador. Temporalidade do condomínio. Partilha. Venda Judicial. Sub-Rogação Legal. Competência do Juízo Orfanológico. Força da sentença que Julga a Autora Carecedora de Ação.

CONSULTA

Falecendo em 1.º de setembro de 1954, Carmem Quintella de Otero deixou testamento, estipulando: a) que os bens imóveis integrantes de seu acervo patrimonial fossem partilhados em condomínio e em partes iguais pelos seus sete filhos; b) que os ditos bens ficassem onerados com as cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade vitalícias; c) que não se concedesse sub-rogação dos bens imóveis acima mencionados, a não ser no caso especial de desapropriação; d) que seus filhos e netos mantivessem o condomínio dos imóveis, enquanto vivesse qualquer dos filhos.

2 — Já anteriormente falecera o marido da mencionada Carmem de Otero, onerando com as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade as legítimas dos filhos do casal.

3 — Desses filhos — Rosalina, Conceição, Francisco, Philomena, José, Rosa e João — veio a primeira a falecer, sucedendo-lhe seus dois filhos nos bens anteriormente herdados.

4 — Processados os inventários de João e Carmem de Otero, efetivaram-se as partilhas de acordo com as normas testamentárias, datando as sentenças homologatórias de 6 de abril de 1949 e 14 de outubro de 1955, respectivamente.

5 — Em 22 de maio de 1964, D. Philomena Otero Peixoto ingressou em Juízo na 15.ª Vara Cível pleiteando a extinção do condomínio resultante daquelas partilhas, requerendo a venda dos imóveis em leilão e invocando para tanto o artigo 630 do Código Civil. A sentença, datada de 5 de abril de 1965, julgou a autora carecedora do direito de ação, em razão de serem os imóveis inalienáveis.

Por força do valor da causa, foram opostos embargos à decisão, embargos esses rejeitados em sentença através da qual seu ilustrado prolator reconhece expressamente a possibilidade de o condomínio ser extinto, *ex vi* do preceituado no artigo 629 do Código Civil, mas reafirma o desacolhimento da pretensão da autora, fundando suas conclusões em três pontos: a) os imóveis permaneciam inalienáveis; b) não se pleiteava a sub-rogação da inalienabilidade, que, embora possível, não fora requerida; c) o juízo competente para apreciar o pedido de sub-rogação é o orfanológico.

7 — Em 19 de setembro de 1966, D. Philomena Otero Peixoto requereu nos Juízos dos inventários dos bens deixados por seus pais, a sub-rogação “de ao menos, um dos bens, o constituído pelo denominado “Hotel Leblon”, sito à Av. Niemeyer n.º 2, com base no Decreto-Lei n.º 6.777, de 8.8.1944, combinado com o art. 629 e seguintes do C.P.C., sub-rogação essa realizada em apólices da Dívida Pública ou em outro imóvel de igual valor, se até o final do presente processo surgir oportunidade satisfatória.”

8 — Notificados, os demais co-proprietários opuseram-se à sub-rogação, com base nas cláusulas testamentárias e no artigo 1676 do Código Civil, permanecendo o processo paralisado desde novembro de 1966.

9 — Recentemente, tendo em vista a ruínosa administração a que estão sujeitos os bens em condomínio, e a impossibilidade de utilização econômica satisfatória da propriedade “Hotel Leblon”, dadas as características do prédio existente, que já não se presta a moderna exploração hoteleira, as co-proprietárias Conceição e Rosa juntaram-se a sua irmã Philomena, pretendendo dissolver o condomínio.

10 — Deve esclarecer-se que, dado o elevado valor dos imóveis onerados com as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, não dispõem as consulentes de outros imóveis bastantes para a efetivação da sub-rogação, em razão do que querem usar da faculdade que lhes outorga a lei de vender os bens onerados em hasta pública, para substituí-los por títulos de dívida, nos termos do artigo 2.º do Decreto-lei n.º 6.777, de 8 de agosto de 1944.

11 — Ademais, querem as mesmas senhoras obter a destituição do atual administrador do condomínio, o condômino José, que, além de não prestar contas satisfatórias da administração — o que determinou a propositura de ação competente no Juízo Civil — tem por seus atos e omissões imposto aos demais proprietários permanentes e crescentes prejuízos.

12 — Nessas condições, para perfeita orientação dos procedimentos judiciais a serem intentados, indagam as consulentes: a) podem as co-proprietárias Philomena, Conceição e Rosa a pleitear, simultaneamente, a sub-rogação do ônus a que se sujeitam os referidos imóveis em títulos de dívida pública e a extinção do regime de propriedade em condomínio? b) em caso positivo, qual a ação própria para esse fim e qual o Juízo competente?

PARECER

1 — Dispôs a testadora, na verba em apreço, que os bens da herança “sejam partilhados em condomínio e em partes iguais pelos seus sete filhos”. Manifestou ainda o desejo de que “seus filhos e netos mantenham o condomínio nos imóveis, enquanto viver qualquer de seus filhos”.

Pretendeu a testadora impor a seus herdeiros um condomínio vitalício, ou, mais do que isto, um condomínio destinado a perdurar após a morte de cada um dos condôminos e até o falecimento do último deles.

2 — A simples leitura dos arts. 629 e 630 do Código Civil demonstra que, na espécie versada na consulta, a vontade manifestada pela testadora vale como simples conselho, mera recomendação feita a seus filhos, sem qualquer eficácia vinculativa quanto a este.

“Qualquer que seja a vontade do doador ou testador” — escreveu CLÓVIS BEVILÁQUA — “o prazo de indivisão não poderá exceder de cinco anos, no fim dos quais qualquer dos condôminos terá direito de exigir a partilha” (Obs. 2 do art. 630).

Não exige a lei, para que se proceda à partilha, a vontade de todos os condôminos; qualquer deles tem o direito de exigí-la. Já assim era no direito romano: “Et si non omnes, qui rem commune habent, sed certis ex his dividere desiderant, hoc iudicium inter eos accipi potest” (Dig., 10,3, 8, pr.).

O direito, que cabe a qualquer dos condôminos, de exigir a partilha não é afetado pelo fato de ser a coisa indivisível ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino. Neste caso — dispõe o art. 632 do Código Civil — se não quiserem os consortes adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida a coisa e repartido o preço.

3 — A temporalidade do condomínio, que é inerente à natureza deste instituto, não pode ser afastada, como ficou acima acentuado, pela vontade do testador. Por isso, o gravame de inalienabilidade vitalícia, imposto pela verba testamentária em apreço, não elide o direito que cabe, *ex vi legis*, ao condômino de exigir a partilha e, para este efeito, a venda da coisa comum.

Neste caso, efetuar-se-á a *venda judicial* (Cód. Proc. Civil, art. 706, II) e, “deduzidas as despesas, depositar-se-á o preço em que ficará sub-rogado o ônus a que a coisa estiver sujeita” (Cód. Proc. Civil, art. 705).

4 — Na espécie versada na consulta, a testadora, além de impor o condomínio dos bens da herança e de gravá-los de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade vitalícias, manifestou a vontade de que “não seja concedida sub-rogação dos bens imóveis, a não ser no caso especial de desapropriação”.

Importa considerar, entretanto, que a sub-rogação prevista no art. 705 do Cód. Proc. Civil prescinde da aquiescência dos interessados, como também independe da vontade do testador; opera-se, *ipso iure*, em consequência da venda do bem gravado.

Existem, com efeito, duas espécies de sub-rogação: a sub-rogação *legal* (ou necessária, que se opera de pleno direito) e a sub-rogação *convencional* (ou voluntária), sujeitas a diferentes e específicas disciplinas *legais*.

Muitos são os casos de sub-rogação legal previstos em lei, quer se trate de sub-rogação pessoal (Cód. Civil, arts. 814, § 2.º, 891 parágrafo único, 985, 1415, 1495), ou de sub-rogação real (Cód. Civil, arts. 56, 735, § 2.º, 737, 738, e 762-II, 787). Em todos estes casos, cuja enumeração é meramente exemplificativa, opera-se, *ipso iure* a sub-rogação (“de pleno direito” — art. 985; “*ipso facto*” — art. 814, § 2.º).

5 — O procedimento disposto nos arts. 629 a 632 do Cód. Proc. Civil só é aplicável à sub-rogação real *voluntária* (cit. art. 929, *verbis*: “o interessado indicará em petição os bens que *pretende alienar* e os que pretende adquirir...”). Como salienta PONTES DE MIRANDA, em escólio ao art. 629, “quanto às sub-rogações *ipso iure*, a lei processual nada tem com elas” (Comentários ao CPC, T. VIII, 2.ª ed., pág. 67).

É certo que o art. 629 refere-se à sub-rogação de bens inalienáveis. Mas este dispositivo, bem como os subsequentes (arts. 630, 631 e 632) são aplicáveis apenas à sub-rogação *convencional* (*rectus: voluntária*). A “autorização” aludida no art. 632 é o conteúdo da sentença proferida no processo especial de sub-rogação.

A sub-rogação *legal* não é o conteúdo da sentença que autoriza ou ordena a venda da coisa onerada; é um *efeito* desta sentença.

6 — Quando a lei dispõe que, efetuada a venda, o ônus ficará sub-rogado no preço — como, por ex., no caso do art. 705 Cód. Proc. Civil — opera-se, *ipso iure*, uma primeira e provisória sub-rogação, mediante o simples depósito do preço. Neste caso, “o depósito do preço, até que se lhe dê a aplicação devida, tem a função de assegurar a ficção legal da sub-rogação” (PONTES DE MIRANDA, ob. e t. cit., pág. 73).

Com o depósito do preço, encerra-se o processo de extinção do condomínio, cabendo a cada um dos condôminos a sua quota-parte do preço depositado (Cód. Proc. Civil, art. 607, § 2.º). Mas, como nesta quota-parte ficou sub-rogado o ônus (Cód. Proc. Civil, art. 705), cabe ao ex-condômino a faculdade de promover nova sub-rogação, *já agora apenas da sua parte do preço*, para a aquisição de imóveis ou títulos da dívida pública.

São, pois, duas *pretensões* diversas, que propiciam dois *pedidos*, o segundo dos quais é conseqüente do primeiro: a) o pedido de *extinção do condomínio*, visando à venda judicial da coisa comum indivisível (ficando o ônus sub-rogado, de pleno direito, no preço); b) o pedido de *sub-rogação* da quota-parte do preço (e não do preço total) atribuída a cada um dos condôminos.

Esses dois pedidos, por serem entre si conexos e conseqüentes, poderão ser cumulados em um mesmo processo de rito ordinário (Cód. Proc. Civil, art. 155, parágrafo único).

A competência para conhecer de ambos esses pedidos cabe ao Juízo de Órfãos e Sucessões perante o qual foi processado o inventário de Carmem

Quintella de Otero (Decreto-lei n.º 8.572, de 31-12-1945, art. 52, I, c). Com efeito, os gravames de inalienabilidade e indivisibilidade do condomínio decorrem da execução do testamento da aludida inventariada.

7 — Temos assim respondido a ambos os quesitos formulados na consulta.

Cabe-nos, ainda, enfrentar outra questão, que poderá vir a ser suscitada no curso da ação a ser proposta pelas consulentes. Decorre esta eventual questão do fato de haver uma das consulentes pleiteado, perante o Juízo da 15.^a Vara Cível, a extinção do condomínio e a conseqüente venda dos imóveis em leilão.

A sentença, proferida em 5-4-1965 e confirmada, em grau de embargos, por decisão de 3-8-1965, julgou a autora “carecedora do direito de ação”.

É certo que a doutrina mais autorizada e prevalecente atribui à sentença que conclui pela carência de ação autoridade de coisa julgada substancial (LIEBMAN, *Corso di Diritto Processuale Civile*, 1952, pág. 238; RENDENTI, *Diritto Processuale Civile*, vol. I, 1947 pág. 187; SEGNI, *Della tutela giurisdizionale*, in *Coment. Scialoja Branca*, 1-VI, 1958, pág. 319 e 339; MARIO VELLANI, *Appunti sulla natura della Cosa Giudicata*, 1958, págs. 6 e 129; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. V, págs. 15 e 44; ELIEZER ROSA, *Meditações sobre Alguns Conceitos Fundamentais do Processo Civil*, 1965, págs. 20 e 39). Mas deve ser posta em relevo, principalmente quanto a esta espécie de sentença, a ressalva genérica disposta no art. 287 do Cód. Proc. Civil: é apta a adquirir autoridade de coisa julgada *nos limites das questões decididas*. “É claro que, quando se decreta a “carência de ação”, a cláusula restritiva do art. 287 leva-nos a concluir necessariamente que a coisa julgada se limita à declaração da inexistência de determinada condição da ação, deixando livre a apreciação do mérito noutro feito em que ela se revele viável” (JOSÉ CARLOS BAREOSA MOREIRA, *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, 1967, pág. 119).

Neste sentido, o ilustre Juiz que proferiu a sentença em apreço expressou a sua intenção: “precisamente para facilitar o retorno dos demandantes a Juízo, através de outros procedimentos adequados”.

8 — Vejamos agora quais as *questões decididas* pela sentença aludida, em ordem a determinar os limites objetivos da coisa julgada.

A decisão final, que rejeitou os embargos, enuncia duas ressalvas essenciais, *in verbis*: a) “Relativamente à possibilidade de ser o condomínio extinto por força do art. 629 do Código Civil, não há, na sentença recorrida, uma única afirmação em contrário”; b) “De que a sub-rogação é possível, não se discute”.

Por que, então, — se é admissível a divisão do condomínio e indiscutível a possibilidade da sub-rogação — foi a autora julgada carecedora da ação? — Porque, responde a sentença, “o que não podia o juiz, atendendo à natureza da ação proposta e ao pedido formulado na inicial, era apreciar a sub-rogação, ainda porque a matéria, conforme declarou na sentença, não é da competência deste Juízo”.

Com efeito, na petição inicial da ação aludida, formulou a autora “o pedido de extinção de condomínio, com a venda dos imóveis que o compõem, depois de devidamente avaliados, em leilão... salvo se houver convenção para a venda particular”.

A autora não só omitiu o pedido de sub-rogação, como não se advertiu de que bens gravados de inalienabilidade só poderão ser alienados mediante *hasta pública* (Dec.-lei 6.777, de 1944), sob fiscalização do órgão do Ministério Público e com autorização do Juiz competente (na espécie, da Vara de Órfãos e Sucessões).

A ação era manifestamente inviável. Concluiu, por isso, a sentença pela carência de ação, em virtude da inexistência de uma das suas condições de admissibilidade: a *possibilidade jurídica*. E, dentro desses estritos limites (“das questões decididas”), reveste-se a sentença da autoridade de coisa julgada, o que quer dizer que vale como norma concreta de conduta para as partes.

Devem, pois, as consulentes, em cumprimento à sentença referida — a qual, repita-se, absteve-se de julgar o *meritum causae* — propor nova ação na forma e com as cautelas indicadas no *item 5 supra*.

9 — Uma das consulentes requereu, em 1966, em apenso aos autos do inventário de Carmem Quintella de Otero, a sub-rogação — apenas a sub-rogação — de um dos bens que compõem o condomínio. Não atribuiu a requerente o caráter de ação contenciosa a esse pedido, tanto assim que não pediu a *citação* dos demais condôminos, e, apenas, que lhes fosse dada ciência. Processo tipicamente de jurisdição graciosa, que não foi objeto de distribuição e nem de pagamento da taxa judiciária.

Depois de impugnado o pedido por alguns condôminos, ficou o processo sem andamento.

Poderá a requerente desistir, se lhe aprouver, do aludido pedido, sem o consentimento dos demais condôminos, de vez que o art. 181 do Cód. Proc. Civil, que pressupõe a “contestação” do “réu”, não se aplica aos processos de jurisdição graciosa.

Não nos parece, entretanto, necessária a desistência do mencionado pedido, para que possam as consulentes propor a ação mencionada acima, no *item 5*. Com efeito, é a *citação* (em processo contencioso) e não a simples *ciência* (em processo de jurisdição graciosa) que induz a litispêndência (Cód. Proc. Civil, art. 166, II).

Este é o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 5 de outubro de 1970.

LUIZ MACHADO GUIMARÃES
Procurador aposentado do
Estado da Guanabara