

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE IMÓVEIS NA FAIXA DE FRONTEIRAS; IMÓVEL RURAL POSSUÍDO EM CONDOMÍNIO PRO-DIVISO E PRO-INDIVISO. COMPROVAÇÃO, DE FATO, DA EXISTÊNCIA DE CONDOMÍNIO PRO-DIVISO. CRITÉRIOS. POSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA DE QUINHÃO ISOLADO DE CADA CONDÔMINO, EM CONDOMÍNIO PRO-DIVISO.

Autor: Osvaldo Feitosa de Lima – Advogado, OAB/MS 2.443
e-mail: drfeitosalima@hotmail.com

O presente artigo tem como finalidade abordar algumas considerações sobre *imóveis rurais situados na faixa de fronteira* e de imóveis possuídos em situação de condomínio *pro-diviso* e *pro-indiviso*, pela relevância do tema nas relações jurídico-negociais do dia-a-dia, envolvendo imóveis, cujo assunto, por ser tormentoso, tem, às vezes, atravancado bons negócios entre as pessoas, pela insegurança natural quando se trata de negócio que envolve imóveis nas situações aqui mencionadas.

De fato, a questão aqui tratada é por demais tormentosa, não havendo consenso inclusive na doutrina pátria sobre os temas condomínio *pro-indiviso* e condomínio *pro-diviso*, notadamente sobre ser a indivisibilidade de ordem material ou jurídica e, em particular, no que diz respeito ao condomínio *pro-indiviso*.

Antes, porém, de adentrar no tema relativo ao condomínio *pro-diviso* e *pro-indiviso*, farei, a seguir, breves notas sobre a questão fundiária na faixa de fronteira, que é de suma importância para os negócios do dia-a-dia, pelo fato do Brasil fazer fronteira com quase todos os países da América do Sul, relevando destacar que os imóveis rurais, nessa situação, quando não ratificados pela União, através do INCRA, não podem ter os seus valores considerados como computáveis, para efeitos cadastrais em bancos e instituições financeiras.

Efetivamente, as concessões de terras públicas na faixa de 66 (sessenta e seis) quilômetros, a partir da linha de fronteira, na vigência da Constituição Federal de 1891; de 66 (sessenta e seis) a 100 (cem) quilômetros, no

período compreendido entre a vigência da Constituição Federal de 1934 e a Lei nº 2.597, de 12 de setembro de 1955 e na faixa de 100 (cem) a 150 (cento e cinquenta) quilômetros, a partir da linha de fronteira, no período compreendido entre a vigência da Constituição Federal de 1937 até a Lei nº 2.597, de 12 de setembro de 1955, feitas pelo Estado, constituem alheação '*a non domino*', ou seja, concessão por quem não é dono, pois é sobejamente sabido que as terras na faixa de fronteira são bens pertencentes à União Federal.

De outro lado, com base na Lei nº 4.947, de 06.04.1966; no Decreto-Lei 1.414, de 1974, regulamentado pelo Decreto nº 76.694, de 28.11.1975; Lei nº 6.925, de 29.06.1981 e Lei nº 9.871, de 23.11.1999, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, vem procedendo, administrativamente, a ratificação das concessões e alienações feitas pelos Estados-Membros.

Sob os aspectos das Constituições Federais de 1891, 1934, 1937 e Decreto-Lei nº 1.164, de 18.3.1939 (art. 11), são ratificáveis os títulos referentes às concessões ou alienações de imóveis na faixa de fronteira, com as dimensões e limites-teto de áreas, de acordo com o Decreto-Lei nº 1.414, de 18.8.75, com as alterações introduzidas pela lei nº 6.925, de 29.06.1981; artigo 5º, § 1º da Lei nº 4.947, de 06.04.1966 e Decreto nº 76.694, de 28.11.1975, e Lei nº 9.871, de 23.11.1999.

Entretanto, a Lei nº 9.871, de 23.11.1999, em seu artigo 4º, ratificou, de ofício, os títulos de alienação ou de concessão de terras feitas pelos Estados-Membros na faixa de fronteira, referentes a pequenas propriedades rurais, conforme as conceitua o artigo 4º, inciso II, alínea "a", da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, devidamente registrados no Registro de Imóveis até 26 de fevereiro de 1999, desde que o seu proprietário não seja titular do domínio de outro imóvel rural.

Nas Regiões Sul, Centro-Oeste e Norte, a ratificação de ofício, de que trata o artigo 4º, da Lei nº 9.871/99 abrange, inclusive a média propriedade, conforme a conceitua o artigo 4º, inciso III, alínea "a", da Lei nº 8.629/1993.

ÁREA MÁXIMA RATIFICÁVEL	DATAS DE EXPEDIÇÃO DOS TÍTULOS PELOS ESTADOS
600 VEZES O MÓDULO DA REGIÃO	De 24.02.1891 até 16.04.1934
10.000 hectares :	De 17.07.1934 até 17.03.1939
2.000 hectares :	De 18.03.1939 até 09.11.1964
3.000 hectares : (Emenda Constitucional nº 10, de 09.11.64, art. 6º).	De 09.11.1964 até 06.04.1966

A Emenda Constitucional nº 10, de 09.11.1964, à Constituição de 1946, em seu artigo 6º, reza o seguinte:

"Artigo 6º. Sem prévia autorização do Senado Federal não se fará qualquer alienação ou concessão de terras públicas com área superior a três mil hectares, salvo quando se tratar de execução de planos de colonização aprovados pelo Governo Federal".

A partir da vigência do Decreto-Lei nº 1.164, de 18.3.1939, não era permitida nenhuma concessão ou alienação de terras públicas na faixa de fronteiras, com área superior a 2.000 hectares.

De outro turno, a ratificação, pela União, através do órgão próprio, que é o INCRA, importa na automática validação dos ônus reais incidentes sobre o imóvel, constituídos em favor das instituições financeiras integrantes do Sistema Nacional de Crédito Rural, nos termos do artigo 10, do Decreto nº 76.694, de 28 de novembro de 1975.

DAS TERRAS IRRATIFICÁVEIS:

São irratificáveis, os títulos de propriedades rurais concernentes às concessões ou alienações feitas pelos Estados-Membros, com área superior a 3.000 hectares, no período de 09.11.1964 a 06.04.1966, e, após esta data, todas as concessões feitas pelos Estados-Membros com qualquer área.

São também irratificáveis as alienações ou concessões feitas pela União na faixa de fronteira, nos períodos de 17.07.1934 a 17.03.1939, com área superior a 10.000 hectares; de 18.03.1939 a 09.11.1964, com área superior a 2.000 hectares e, de 09.11.64 até 05.10.1988 (data da promulgação da Constituição Federal de 1988, com área superior a 3.000 hectares.

Atualmente, de acordo com os termos dos artigos 49, inciso XVII, c/c o artigo 188, § 1º, da Constituição Federal de 1988, o limite máximo é de 2.500 hectares, e a alienação ou concessão é privativa da União e depende de prévia aprovação pelo Congresso Nacional.

Os imóveis na faixa de fronteira, sendo propriedades da União, não poderiam ser alienados pelos Estados-Membros. E aqueles localizados na faixa de segurança nacional necessitavam de prévia autorização do Conselho de Segurança Nacional para que os Estados-Membros pudessem aliená-los.

Assim, as alienações feitas pelos Estados-Membros, para serem corrigidas, precisam ser ratificadas pelo INCRA, com base nos normativos citados neste trabalho.

Até mesmo as áreas que, quando do destaque do domínio público para o particular, ocorreu com desrespeito às legislações da época, ou seja, com área superior à permitida, podem ser regularizadas, pois o INCRA tem competência administrativa para solucionar tais casos, forte no artigo 5º, § 1º, da Lei

nº 4.947, de 06.04.1966 e artigo 8º, do Decreto nº 76.694, de 28.11.1975, que regulamentou o Decreto-Lei nº 1.414, de 18.08.1975.

DA QUESTÃO RELATIVA AOS CONDOMÍNIOS PRO-INDIVISO E PRO-DIVISO

J. M. de Carvalho Santos, em sua monumental obra "**Código Civil Brasileiro Interpretado**", 10ª edição, Livraria Freitas Bastos, 1980, Vol. XVI, página 169, ao analisar o artigo 1.139 do referido Codex, que trata da prelação do outro consorte em caso de venda de coisa indivisível, em nota nº 1, ao comentar a expressão "*Não pode o condômino em coisa indivisível...*", diz o seguinte: A proibição diz respeito ao condômino em coisa indivisível, isto é, em coisa que não se pode partir sem alteração da substância, ou porque, pela divisão, se torna imprópria a seu uso. Arrematando o seu comentário ao dispositivo legal retro citado, o mestre J. M. Carvalho Santos assim pontifica: "Donde se conclui que a venda de parte de coisa divisível é possível e independe das condições deste artigo. Note-se bem. A venda é possível. A posse, uso e gozo da coisa nestas condições, porém, têm que obedecer ao disposto no artigo 633." (SIC).

O artigo 632 do revogado Código Civil Brasileiro de 1916, tem dicção semelhante ao comentário de J. M. Carvalho Santos, no que se refere ao condomínio de coisa indivisível, senão confira-se.

"Art. 632. Quando a coisa for indivisível, ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o preço, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho; entre os condôminos o que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior".

Por seu turno, o artigo 633 do revogado Código Civil de 1916, preceitua que:

"Art. 633. Nenhum condômino pode, sem prévio consenso dos outros, dar posse, uso, ou gozo da propriedade a estranhos".

Para melhor compreensão da matéria sobre condomínio "*pro-indiviso*", vale a pena citar-se aqui alguns trechos de **um acórdão do Tribunal da Relação de Minas Gerais, de 23 de fevereiro de 1934, citado pelo mestre J.M. de Carvalho Santos**, às páginas 10 usque 173, de sua obra ímpar, aqui citada, cuja controvérsia versou sobre o direito de preferência de um condômino que se viu preterido. Confira-se:

Trata-se dos autos de inventário findos de Dª. Maria Caetano de Souza e João Caetano de Souza, em que foi partilhada por valores ou partes ideais uma casa situada na rua da Estação de Cataguazes. O tutor dos herdeiros menores Antônio e Petrino requereu a venda em hasta pública das quotas que tocaram a esses pupilos no dito imóvel. O juiz, anuindo o promotor, ordenou a venda requerida.

"Na praça que se seguiu, verificando-se que o maior lance foi o de 30\$000, oferecido por José Pires Júnior, o juiz mandou entregar a esse licitante o ramo simbólico.

Sendo quando compareceu José Schittini e exibindo título hábil e legítimo de condomínio, requereu, em apoio no artigo 1.139 do Código Civil, lhe fossem adjudicadas as partes arrematadas.

O juiz no mesmo ato, em despacho verbal, indeferiu-lhe o pedido:

1º por não estar provada a indivisibilidade da coisa;
2º por não ter lugar nas vendas em hasta pública o favor do art. 1.139 do Código Civil..

"O requerente apelou, **como terceiro prejudicado**.

"Acordam em Câmara Cível da Relação dar provimento à apelação:

"Porque.

" ___ O direito da preferência de que o art. 1.139 do Código Civil assegura ao condômino de haver para si, tanto por tanto, a parte da coisa comum indivisível, vendida a estranho, pode ser exercido, indiferentemente, nas vendas particulares e nas judiciais. A lei não o distingue, nem devia fazê-lo, pois milita a mesma razão em um e noutro caso, que é a necessidade de extinguir ou atenuar o estado de comunhão cujos inconvenientes são notórios.

"Os peritos afirmam que, partido esse imóvel em três porções iguais, cada qual delas não formará um todo perfeito próprio ao seu destino.

"O Código Civil define no art. 53 o que são coisas indivisíveis e chama assim aos bens que se não podem partir sem alterações na sua substância.

"Essa noção, para ser entendida, há de ser posta em confronto com a de "**coisas divisíveis**" dada no artigo 52, que assim enuncia:

"Coisas divisíveis são as que podem partir em porções reais e distintas, **formando cada qual um todo perfeito**".

"Se com a divisão material cada uma das parcelas não formar um todo perfeito, a coisa se considerará portanto indivisível.

"A condição posta no art. 53 de não sofrer a coisa pela partilha alteração na sua substância deve, pois, ser entendida com certa amplitude como doutrina CLÓVIS BEVILÁQUA, tomando-se o vocábulo "substância" no sentido próprio e no econômico. ___ CLÓVIS, no Código Civil Comentado, volume 1º, pág. 295.

"A indivisibilidade, posta como requisito assegurado no art. 1.139, é a mesma estabelecida no art. 632 nesses termos: "quando a coisa fôr indivisível ou se tornar pela divisão imprópria ao seu destino". (SIC).

Nessa esteira de raciocínio, pode-se dizer que, quando determinado direito passa a pertencer a várias pessoas ao mesmo tempo, tem-se a chamada comunhão. Todavia, se esse direito se assenta sobre a propriedade, surge o chamado condomínio ou compropriedade, ou seja, a propriedade comum.

Nessa propriedade chamada de comum, compropriedade ou condomínio, cada condômino ou consorte, a teor do comando emergente do artigo 1.314 do Código Civil, pode:

I - usar livremente da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão;

II - reivindicá-la de terceiro;

III - defender a sua posse;

IV - alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

A venda da compropriedade, se divisível a coisa, se realizará sem qualquer preferência para os demais consortes. Se indivisível, porém, ao condômino não assiste o direito de vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto, segundo o enunciado do artigo 504 do Código Civil.

Para que se reconheça esse direito, necessário será que o condômino interessado formule o seu pedido no prazo de *cento e oitenta dias*, contado da venda ao estranho, e deposite o preço por este pago.

Dessa forma, verifica-se que não há nenhum empecilho para a venda da parte ideal do imóvel possuído em condomínio *pro-indiviso*, requerendo apenas a cautela de oferecimento ao outro condômino em face da preferência que lhe é atribuída pelo artigo 504 do Código Civil, em razão da indivisibilidade da coisa.

Conforme se infere da lição do renomado Mestre J. M. de Carvalho Santos, em sua insuperável obra aqui citada, o terreno oriundo de enfiteuse, aforamento ou emprazamento é materialmente divisível, porém, juridicamente não o é, pelas razões declinadas em sua magistral aula sobre o tema.

De observar-se, por pertinente, que nesse aspecto há perfeita identidade entre a disciplina dos terrenos aforados e os imóveis não afetados por esse ônus, mas com *status* de condomínio, *pro-indiviso* pois estes são materialmente divisíveis e juridicamente indivisíveis, por questão de óbice legal, que mais adiante será explicitado.

A ação de divisão é o remédio jurídico de que dispõem os condôminos para por fim à compropriedade, se divisível a coisa. Se, todavia, for

ela indivisível, outra será a solução legal, qual seja a prevista no artigo 1.322 do Código Civil.

Note-se, por uma questão de pertinência, que no condomínio *pro diviso* a indivisão material é provisória, ou seja, momentânea, pois a qualquer tempo, por ser o imóvel divisível material e juridicamente, podem os condôminos por fim à indivisão.

Na prática, o condomínio em estado de indivisão ou condomínio "*pro-indiviso*", se apresenta quando não há entre os condôminos qualquer convenção que os localize na coisa, que se mantém indivisa, ou seja, permanecem todos na indivisão, tanto jurídica como materialmente.

Entretanto, no condomínio "*pró-indiviso*", desde que os condôminos, através de convenção ou aprovação tácita recíproca se localizem, na coisa, deixa de existir a indivisão material, permanecendo somente a jurídica, que é absoluta, nos termos do artigo 65 do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30.11.64), combinado com o artigo 8º, da Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972.

Com relação aos terrenos urbanos, cuja disciplina sobre parcelamento é ditada pelos Códigos de Postura de cada Município que, via de regra, estabelecem a área mínima de 360 M2, não seguindo, assim, os parâmetros da legislação federal sobre parcelamento do solo urbano, que prevê área mínima de 125 M2, sendo 5,00(cinco) metros de testada e 25 aos fundos, já que os Municípios, que pela Carta Magna de 1988 fazem parte do pacto federal e têm competência e autonomia para legislarem sobre assunto de interesse local, nos termos do artigo 30, da Constituição Federal, pode, também, deixar de existir a indivisão material, por convenção ou aprovação tácita entre os condôminos sobre a localização de cada um na coisa comum, permanecendo, por razões óbvias, a indivisão jurídica.

Assim, difere o condomínio *pro-indiviso* do condomínio *pro - diviso* ou divisível, já que neste, cada condômino, com aprovação tácita recíproca, se localiza e se instala numa parte certa e determinada do todo e sobre essa parte exerce todos os atos de proprietário singular, com exclusão dos demais consortes, como se já houvesse a gleba sido dividida. Ressalte-se, todavia, que o condomínio "*pró-diviso*" somente se opera quando o bem é passível de divisão, o que poderá ser provado ou demonstrado mediante simples convenção firmada por todos os condôminos.

Dessa forma, como se disse linhas atrás, relativamente ao condomínio *pro - diviso*, embora haja inicialmente uma indivisão fática e jurídica, essa indivisão é temporária, pois a qualquer momento os condôminos podem por fim ao estado de indivisão. Logo, de rigor, não existe indivisão material e nem jurídica no condomínio divisível ou "*pro - diviso*".

No condomínio *pro - diviso*, se por falta de consenso, os consortes não puserem fim à comunhão amigavelmente, duas vertentes na via judicial se apresentam para a solução do impasse. A primeira é a ação de divisão, como frisado alhures. A segunda é a ação de usucapião ordinário, no prazo de 15 (quinze) anos, se o pretendente ao domínio imobiliário possuir o imóvel como seu,

com posse pacífica, contínua e incontestada, independentemente de justo título e boa-fé, que é o que ocorre com maior freqüência. (art. 1.238 do Código Civil). Entretanto, o prazo aqui citado poderá ser reduzido para 10 (dez) anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, como dispõe o parágrafo único do artigo 1.238 do Código Civil

. Vale ressaltar, entretanto, que em ambas as ações aqui apontadas, para por fim à indivisão, há desembolso com custas, despesas processuais, periciais e verba honorária, além de gastos com publicação de editais e trabalhos de campo.

. O nosso Código Civil, em seu artigo 1.420, dispõe que só aquele que pode alienar, poderá empenhar, hipotecar, ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar, poderão ser dadas em penhor, anticrese ou hipoteca.

O inigualável mestre J. M. de Carvalho Santos, ao tecer suas considerações sobre a disposição do artigo 756 do revogado Código Civil de 1916, no volume X, página 28 e seguintes de sua excelente obra "Código Civil Brasileiro Interpretado" já mencionada neste trabalho, assim pontifica:

Do exposto parece concluir-se que o direito de hipotecar existe em prol do que pode alienar; ora, o mesmo repositório de normas positivas estatui:

"Art. 623 - Na propriedade em comum, compropriedade ou condomínio, cada condômino ou consorte pode: III - Alhear a respectiva parte indivisa ou gravá-la".

À primeira vista, se infere *tollitur quaestio*, isto é, que os dois dispositivos transcritos matam a controvérsia. Não há tal; ela renasce em consequência de determinar o artigo 757:

"A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode, individualmente, dar em garantia real a parte que tiver, **se fôr divisível a coisa**".

O texto, aparentemente claro, não espanca ainda as nuvens da divergência; esta se renova, nestes termos: a divisibilidade a que a norma se refere, é a física, material, orgânica, ou a jurídica?

O terreno aforado, por exemplo, é **materialmente divisível**; porém não o é - **juridicamente**: os bens enfiteúticos jamais serão divididos em glebas sem o consentimento do senhorio (Código Civil, art. 681). Logo, ao condômino falece autoridade para alienar, e, portanto, para hipotecar, por simples arbítrio próprio, a sua parte; a garantia real dada por ele é **anulável**.

Demonstrada a existência de duas espécies de divisibilidade, resulta a conveniência de apurar se a regra peremptória visa a

possibilidade **material**, ou a **jurídica**, de ser o imóvel fracionado, ou se deve considerar-se expletivo aquele final - "**se for divisível a coisa**".

A dúvida vem de longe.

A expressão - "**se for divisível**" já se encontrava na Lei Hipotecária n. 1.237, de 24 de setembro de 1.864, art. 4º, parágrafo 8º, e na de n. 169-A, de 18 de janeiro de 1.890, art. 4º, parágrafo 8º. Pois bem, em face daqueles preceitos especiais, como do similar do Código Civil, sempre se dividiu a doutrina, tanto a jurisprudência.

Quando elaborava o Código Civil, CLÓVIS BEVILÁQUA, partidário da inadmissibilidade da hipoteca em caso de indivisibilidade **material** da coisa, inseriu no seu Projeto este preceito:

"Art. 855 - O bem comum a diversos consenhores somente pode ser dado em garantia real, mediante concurso de todos."

Como aos juristas convocados a opinar sobre a matéria parecesse demasiado radical a nova regra, o próprio CLÓVIS a substituiu pela seguinte:

"A coisa comum não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento dos proprietários; mas cada co-proprietário pode hipotecar individualmente a parte que tiver no imóvel comum, se este for **manifestamente** divisível, e só a respeito desta parte subsistirá a hipoteca". (Trabalhos da Câmara sobre o Projeto do Código Civil, vol. VI, pág. 320).

Também o BARÃO DE LORETO sugeriu que inserissem o advérbio manifestamente, o qual tornaria claro tratar-se de divisibilidade **material** (vol. e pág. cits.)

Entretanto, o Congresso voltou à fórmula de 1864 e 1890, deixando, portanto, subsistente a anterior controvérsia, conforme reconhece o próprio CLÓVIS (Código Civil Comentado, vol. III, comentário ao art. 757).

Afirmaram referir-se a lei à divisibilidade **material**: CLÓVIS, loc. cit.; DÍDIMO DA VEIGA - Direito Hipotecário, n. 172, pág. 181, e Direito das Coisas, parte 3ª, pág. 113; LACERDA DE ALMEIDA - Direito das Coisas, parágrafo 13 e nota 8; CARLOS DE CARVALHO - Direito Civil Brasileiro Recompilado, art. 783, combinado com o art. 745; LISIPO GARCIA - O Registro de Imóveis, págs. 117 a 122; AFONSO FRAGA - Direitos Reais de garantia, n. 41.

Contra essas autoridades opinaram: LAFAYETTE - Direito das Coisas, parágrafo 219, nota 12; VIRGÍLIO DE SÁ PEREIRA - Da Propriedade, n. 169, pág. 415; e Direito das Coisas, págs. 407-15; AZEVEDO MARQUES - Hipoteca, 2ª ed., págs. 37-41; FILADELFO AZEVEDO - Registros Públicos, pág. 81. VIRGÍLIO SÁ PEREIRA, à pág. 415 do seu Direito das Coisas, liquida a questão, arrasa as objeções.

Cindiram-se também as opiniões dos altos juizes do Brasil; em um mesmo pretório como o da Côrte de Apelação do Distrito Federal, houve decisões favoráveis e outras contrárias à preferência pela divisibilidade **material**. Chamado a pronunciar-se a respeito da controvérsia, o Supremo Tribunal, em acórdão unânime, de 4 de dezembro de 1918, apoiou o parecer de LAFAYETTE. Subscreveram o aresto: PEDRO LESSA, JOÃO MENDES, PIRES E ALBUQUERQUE, COELHO E CAMPOS, VIVEIROS DE CASTRO, LEONI RAMOS, SEBASTIÃO LACERDA, GODOFREDO CUNHA, PEDRO MIBIELLI, GUIMARÃES NATAL e ANDRÉ CAVALCANTI. A hipótese era precisamente a do presente recurso extraordinário: condômino de prédio embargara execução, sob o fundamento de ser nula a hipoteca pelo fato de recair sôbre imóvel indivisível (Revista de Direito, vol. 56, pág. 385).

Opinou a Côrte Excelsa faltar fundamento para os embargos, por não resultar da garantia real, nem da venda em hasta pública, algum prejuízo para o embargante. Na verdade, não se atina com um só fundamento razoável da exigência de ser o imóvel materialmente divisível. Seria evitar que fôsse arrematado por pessoa que não agisse acorde com os demais condôminos? Mas é certo poder o co-proprietário de prédio indivisível alienar a sua parte (LACERDA DE ALMEIDA - op. cit., parágrafo 13, pág. 111; ALMEIDA E SOUSA - Obrigações Recíprocas, parágrafo 514), e a parte de um devedor, embora quirografário, é suscetível de penhora e, em conseqüência, de ser vendida em hasta pública (ALMEIDA E SOUSA, op. cit., pág. 516; LAFAYETTE, op. cit., parágrafo 30, nota 57). Logo, o argumento não procede; visto que a proibição de hipotecar não evita a penhora por dívida seguida de alienação judicial.

O parecer preferível não é, como em eleições, o do maior número; porém, o mais razoável, mais consentâneo com a lógica; está neste caso o de LAFAYETTE e do Supremo Tribunal; qual a razão para proibir a hipoteca num caso em que se permitem a alienação e a penhora?

Não impressiona, tampouco, o objetarem que o regime hipotecário moderno é o da **especialização**; pois os opositores admitem hipoteca de parte indivisa de imóvel divisível; ora, quer o prédio seja divisível, quer não, o registro, que é onde se apontam o escolho, se faz do mesmo modo; declara-se ser dado em hipoteca a metade do prédio número tal, da rua tal, com as confrontações tais e tais. Portanto, só o Dr. DÍDIMO DA VEIGA tem razão; porque nega a faculdade de hipotecar parte indivisa (não só a - indivisível) de um imóvel.

Dá-se a especialização com indicar os característicos do imóvel total e declarar qual a fração sujeita à garantia. Se isso se faz quando o prédio é divisível, pode perfeitamente repetir-se em sendo indivisível materialmente.

O prédio comum de diversos proprietários não pode ser hipotecado na sua totalidade, sem consentimento de todos; mas, se for divisível, cada um pode hipotecar separadamente a parte que nêle tiver". (SIC).

O mestre J. M. de Carvalho Santos, em sua obra aqui citada, esclarece que os escritores não distinguem entre coisas divisíveis e indivisíveis materialmente, e efetivamente isso é verdade.

De acordo com o ensinamento contido na norma do artigo 87 do Código Civil Brasileiro, "*bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam*".

Quando a coisa pode ser dividida objetiva e concretamente, como, por exemplo, a área de um imóvel dividido em lotes, temos a chamada divisibilidade **material ou física**.

De outro mirante, quando o bem não puder ser dividido de forma concreta e cômoda, mas apenas em partes ideais, como ocorre por exemplo com a habitação em que há dois ou mais condôminos, onde cada qual terá uma parte ideal, tem-se a divisibilidade **intelectual**. Entretanto, quando a coisa não puder ser dividida sem prejuízo de sua essência, ou seja, sem danos que possam acarretar a perda de sua identidade e valor econômico, como é o caso de um bovino; de um animal cavalariço; de um veículo, tem-se a indivisibilidade **material**.

A definição de indivisibilidade encontra-se encartada no artigo 53 do revogado Código Civil Brasileiro de 1.916, sem correspondente no atual Código, nestes termos: "São indivisíveis os bens que se não podem partir sem alteração na sua substância; os que, embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis por lei, ou vontade das partes".

A indivisibilidade pode resultar da natureza (inciso I do artigo) ou do acordo de vontades (inciso II), sendo certo que nesta segunda hipótese, embora seja o bem naturalmente divisível, as partes podem convencionar a sua indivisibilidade ou esta pode ser determinada por lei, mas quando resultar da convenção, não pode exceder de cinco anos a situação de indivisão, cujo prazo é suscetível de prorrogação ulterior.

A renomada professora MARIA HELENA DINIZ, enfrentando essa questão assim se manifestou; "(...) os bens serão indivisíveis: a) por natureza, se não puderem ser partidos sem alteração na sua substância ou no seu valor (p. ex., um cavalo vivo dividido a meio deixa de ser semovente - RT-227:603 e 185:993); b) por determinação legal, se a lei estabelecer a sua indivisibilidade. É o que ocorre, p. ex., com o art. 707 do Código Civil, que estabelece que as servidões prediais são indivisíveis em relação ao prédio serviente; c) por vontade das partes, pois uma coisa divisível poderá transformar-se em indivisível se assim o acordarem as partes, mas a qualquer tempo poderá voltar a ser divisível. Por exemplo, na obrigação indivisível (CC, art. 889), torna-se indivisível bem divisível, ajustando conservar a sua indivisibilidade por tempo determinado ou não, ou, então, acordando em dividir em partes ideais a coisa indivisível, como sucede com o condomínio" (Código Civil anotado, Ed. Saraiva, 1995, São Paulo - p. 66).

De outro norte, não há óbice legal à penhora e alienação judicial através de ação de execução, de cota-parte ou parte ideal de bem imóvel possuído em condomínio *pro-indiviso*, pertencente a condômino que figura sozinho

como devedor ou coobrigado na obrigação inadimplida, partindo-se, evidentemente, do pressuposto de que o bem encontra-se livre de quaisquer ônus ou restrições.

Todavia, não é recomendável a aceitação desses bens em garantia hipotecária, pois relativamente ao imóvel *pró-indiviso*, o que se nota da prática é uma redução significativa do número de licitantes interessados na aquisição em eventual hasta pública, pois essa situação, inarredavelmente, afasta as pessoas interessadas na arrematação em razão dos inconvenientes que naturalmente existem em um condomínio *pro-indiviso*.

Assim, nos casos de constituição de garantia sobre imóvel possuído em condomínio *pró-indiviso*, penso que o ideal é comparecer no instrumento de crédito todos os condôminos e respectivos cônjuges como intervenientes-hipotecantes, fiadores ou avalistas, de acordo com a natureza do instrumento de crédito, pois essa solução, s.m.j. é a que melhor consulta aos interesses do credor, sobretudo pela praticidade e segurança que devem nortear os negócios jurídicos.

De acordo com a nossa legislação civil, condomínio *pro-indiviso* é aquele cujo parcelamento sacrifica a individualidade econômica da coisa, ou seja, altera a sua substância, por se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino, como é o caso da divisão de um animal vivo; de um veículo, de uma casa residencial ou de um apartamento, por exemplo, que são materialmente indivisíveis, embora em relação à casa residencial e ao apartamento a doutrina pátria fale em divisão intelectual.

No que pertine ao imóvel rural possuído em condomínio *pro-indiviso*, a indivisão é jurídica e não material, pois materialmente o imóvel é divisível, pelo fato de cada condômino poder localizar-se em determinado lugar de sua área total, mas, por imperativo legal, é ele juridicamente indivisível, senão confira-se.

O artigo 65 da Lei nº 4.504, de 30.11.64 (Estatuto da terra), proíbe o parcelamento de imóvel rural cuja fração resultante da divisão fique com área de dimensão inferior à do módulo de propriedade rural, ao assim dispor:

"Art. 65. O imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural.

§ 1º. Em caso de sucessão "causa mortis" e nas partilhas judiciais ou amigáveis, não se poderão dividir imóveis em áreas inferiores às da dimensão do módulo de propriedade rural.

§ 2º. Os herdeiros ou legatários, que adquirirem por sucessão o domínio de imóveis rurais, não poderão dividi-los em outros de dimensão inferior ao módulo de propriedade rural.

Por sua vez, a Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, que cria o Sistema Nacional de Cadastro Rural, ao dispor em seu artigo 8º sobre a

transmissão, a qualquer título, de imóvel rural na forma do artigo 65 do Estatuto da Terra, assim se expressa:

"Art. 8º. Para fins de transmissão, a qualquer título, na forma do art. 65, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento fixada no § 1º deste artigo, prevalecendo a de menor área.

§ 1º. A fração mínima de parcelamento será:

a) o módulo correspondente à exploração hortigranjeira das respectivas zonas típicas, para os Municípios das capitais dos Estados;

b) o módulo correspondente às culturas permanentes para os demais Municípios situados nas zonas típicas A, B e C;

c) o módulo correspondente à pecuária para os demais Municípios situados na zona típica D.

§ 2º. Em Instrução Especial aprovada pelo Ministro da Agricultura, o INCRA poderá estender a outros Municípios, no todo ou em parte, cujas condições demográficas e sócio-econômicas o aconselharem a fração mínima de parcelamento, prevista para as capitais dos Estados.

§ 3º. São considerados nulos e de nenhum efeito quaisquer atos que infrinjam o disposto no presente artigo, não podendo os Cartórios de Notas lavrar escrituras dessas áreas nem serem tais atos transcritos nos Cartórios de Registro de Imóveis, sob pena de responsabilidade de seus respectivos titulares.

§ 4º. O disposto neste artigo não se aplica aos casos em que a alienação da área se destine comprovadamente a sua anexação ao prédio rústico, confrontante, desde que o imóvel do qual se desmembre permaneça com área igual ou superior à fração mínima do parcelamento.

A proibição, pelo que se infere do espírito da lei, visa evitar a proliferação de minifúndios que, ao invés de trazerem solução, só geram bolsões de pobreza, e alcança, também, as escrituras públicas de compra e venda de imóveis rurais na situação aqui tratada, ou seja, em condomínio *pró-indiviso*, bem como o registro cartorário dessas escrituras no Cartório de Registro de Imóveis competente, nos termos do artigo 8º, parágrafo terceiro, da Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972.

O jurista e professor Wilson Bussada, em sua obra "Código Civil Brasileiro Interpretado pelos Tribunais", volume 3, tomo XII, Editora Liber Juris Ltda., à página 56, nº 3.535-d -, ao tratar do condomínio *pro - diviso*, comparando os textos do artigo 623 do revogado Código Civil de 1.916 e do artigo 757 do mesmo Código, preleciona:

"A harmonia e concordância entre os dois citados dispositivos é evidente e perfeita, e dela há de se tirar lógica e juridicamente uma única conclusão - a de que, sobre a parte ideal que o condômino possui, livremente, num imóvel em comum, pode, independentemente do consentimento dos outros condôminos, exercer todos os direitos que dizem respeito e se compreendem no domínio."

O mesmo autor, na obra retro citada, à página 57, nº 3.535-e -, citando a doutrina de LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, comenta que o Conselheiro escreveu com muita clareza:

"Quando o imóvel se acha *pró-indiviso* não pode ser hipotecado, na sua totalidade, senão com o consentimento de todos os comproprietários. Cada comproprietário, porém, **pode hipotecar isoladamente a parte ideal que lhe pertence** se o imóvel é suscetível de divisão. E, feita posteriormente a divisão, a hipoteca recai, e por assim dizer, se concretiza, na parte que toca ao condômino que a constituiu." (destaquei)

Em conclusão, penso que ficou extirpada de dúvidas o que seja condomínio **pro-indiviso** e **pro-diviso**, e, salvo melhor entendimento, neste último, que também é chamado de condomínio divisível, é perfeitamente possível cada condômino, com posse localizada, mansa e pacífica, e por todos respeitada, possa, isoladamente, hipotecar a sua cota-parte, independentemente da concordância dos demais consortes, devendo, para maior segurança jurídica, ser elaborado mapa da área global, **destacando-se no citado mapa a área a ser onerada, bem como memorial descritivo desta**, em cujos documentos deverão assinar os condôminos lindeiros, concordando com os limites e confrontações estabelecidos nos referidos documentos, a fim de prevenir-se controvérsias posteriores, que possam colocar em risco a segurança jurídica do direito real de garantia do credor hipotecário.

De outra banda, para que seja atendido ao princípio da especialização da hipoteca, originário da França, deve, no instrumento de crédito, em se tratando de condomínio *pro-diviso*, ficar descritos os limites e confrontações da área total, e mais adiante, no corpo do citado instrumento, fazer-se a descrição da área dada em hipoteca, estabelecendo-se os seus limites e confrontações dentro da área maior.