

pelo interessado incide, evidentemente, nesse veto. Outorgá-la pela via cautelar importa em modo de fraudar essa proibição, através de procedimento análogo ao mandado de segurança. Por coerência com o sistema, impõe-se, portanto, que se impeçam liminares em cautelas com idêntico objetivo" (RJTJRGs, 123/163-165).

Como se percebe da autorizada palavra, o sistema já comportava a proibição agora explicitada pelo art. 1º e seu parágrafo 1º, da Lei nº 8.437/92. O mesmo se diga do parágrafo 3º do mesmo artigo, que veda a concessão de "medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação". Medida que esgota o objeto da ação é, certamente, a que inviabiliza, se for o caso, o retorno das partes ao *status quo ante*, acima denominada de "satisfativa irreversível". Que tais medidas, em princípio, atentam contra direito constitucional do demandado - que se vê definitivamente privado do bem ou direito sem sequer ter oportunidade de defender-se - não era necessário que a lei viesse dizer. Isto também já decorria do sistema. A liminar, por ser provimento de natureza provisória, não se compatibiliza com medidas de caráter irreversível, insuscetíveis de propiciar, ainda no processo em que foi concedida, o retorno à situação anterior. Portanto, não há como supor inconstitucionalidade no parágrafo 3º, do artigo 1º da Lei nº 8.437/92.

O artigo 2º trouxe novidade ao exigir, como pressuposto da liminar em mandado de segurança coletivo e em ação civil pública, a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, no prazo de setenta e duas horas. Cabe observar, porém, que qualquer liminar, para ser cabível, pressupõe situação de perigo iminente, ou seja, em condições de perpetrar dano antes da citação do demandado. Em casos em que tal risco não existir, a rigor a liminar não se justifica. O "princípio da necessidade" veda a concessão de liminar se a providência puder ser postergada para a fase posterior à citação. Portanto, o artigo 2º, para não ser considerado supér-

fluo, há de ser entendido como aplicável a hipóteses em que a providência cautelar não possa aguardar o término do prazo privilegiado, em quádruplo, de que dispõe a pessoa jurídica de direito público para defender-se. Assim, nestes casos, a fixação de prazo menor, para que a parte demandada possa se manifestar, especificamente, sobre o cabimento da medida, é dispositivo compatível com o "princípio da menor restrição possível". Entretanto, parece certo que tal dispositivo não se aplicará àquelas situações fáticas, revestidas de tal urgência ou relevância, que não permitem tempo para, sequer, aguardar-se o prazo de setenta e duas horas. Se tão excepcional hipótese se apresentar, poderá o juiz, em nome do direito à utilidade da jurisdição e sempre mediante a devida justificação, conceder a liminar, já que para tanto estará autorizado pelo próprio sistema constitucional. Tratar-se-ia de singular hipótese de liminar para tutelar o direito a outra liminar, posto em perigo pelas especiais circunstâncias do caso concreto.

12. Conclusão

Para concluir, é de se reiterar a essência do que foi exposto: a concessão de liminar é permitida constitucionalmente - e é mesmo obrigatória - quando for indispensável à garantia da efetividade de outro direito constitucional circunstancialmente mais privilegiado e acossado por ameaça grave e iminente. A concessão de liminar nestas situações deve ser respeitada pelo legislador ordinário. Porém, a liminar é ato jurisdicional de exceção. Não se pode, em situação normal, jurisdicionar por medidas liminares, como não se pode, em regra, legislar por Medida Provisória. A exemplo da Medida Provisória, que é instrumento legislativo legítimo, desde que utilizado em situações de relevância e urgência, a medida liminar é forma legítima de prestar jurisdição, desde que utilizada adequadamente, ou seja, com estrita observância dos princípios, tantas vezes referidos, da necessidade e da menor restrição possível.

PARECER

Servidão predial não-aparente, transcrição no Registro de Imóveis

Henrique Fagundes Filho
Subprocurador-Geral da República

Parecer nº 004/HFF
Processo nº 92.0025323-7
REsp nº 27993-1/SP
Recte: CONCIMA S/A - Construções Civis
Recdos: Nhemtalla Andery e s.m.,
Maria Stella Nogueira Rodrigues.
Relator: Min. Fontes de Alencar

Recurso Especial - Conhecimento. Recurso especial interposto com arrimo no art. 105, nº III, letra "a" da Lei Fundamental. Conhecimento, ante a insinuação da presença, em tese, da violação de lei federal.

Processo Civil. Denúnciação da Lide (art. 70, nº III, do Código de Processo Civil. A denúnciação da lide aos antecessores da recorrente, a quem se atribui a qualidade de titular de prédio serviente na servidão de passagem, encontra previsão legal exatamente para impedir a repositura, com todas as vicissitudes judiciais do resultado imponderável, de uma pretensão tendente a obter-se um preceito condenatório já haurido na demanda originária. Obrigado, em tese, o antecessor dominial do titular do prédio serviente, a compor-lhe os prejuízos pela incidência do gravame real desconhecido, tipificada estaria a hipótese do artigo 70, nº III, do Código de Processo Civil. Nulidade pleiteada que, todavia, não haverá de ser proclamada em atenção à regra de que, "quando puder decidir do mérito a favor de quem aproveite a nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará suprir o ato, ou suprir-lhe a falta" (Código de Processo Civil, art. 249, § 2º).

Servidão Predial não-aparente - Indispensabilidade de sua transcrição no Registro Imobiliário.

A regra do art. 697 do Código Civil, segundo a qual "As servidões não-aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis" não dispensa o registro imobiliário das servidões aparentes, pois "nem sempre, *inclusio unius* implica a *exclusio alterius*". Por declarar a lei que a servidão não-aparente somente se estabelece pela transcrição no registro de imóveis, não é de boa hermenêutica, desprezando outros elementos elucidativos, concluir que as aparentes seguem outro regime (Clóvis Beviláqua, "Direito das Coisas", vol. I, pág. 341)".

Lei dos Registros Públicos - Registro das servidões aparentes. Já, ao tempo da antiga Lei dos Registros Públicos (Decreto nº 4.857, de 9-11-1939), embora silente a respeito da inscrição das servidões prediais não-aparentes (a antiga lei dos Registros Públicos, na letra "A", nº X, de seu art. 178, apenas se referia, "a inscrição dos títulos de servidões não-aparentes, para sua constituição") a inscrição das servidões prediais aparentes fazia-se por força do artigo 178, letra "B", nº II, daquele diploma, a determinar "a transcrição dos títulos ou a inscrição dos atos *inter vivos* relativamente aos direitos reais sobre imóveis, quer para a aquisição do domínio, quer para a validade contra

terceiros". Se assim era antes, com razão maior haverá de sê-lo, agora, sob a égide da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, cujo artigo 167, nº I, item 6, impõe seja feito, no Registro de Imóveis, além da matrícula, o registro das servidões em geral.

Servidão de Trânsito. Exercício do Direito pelo prédio dominante. A servidão deve ser exercida *civiliter*, como prescreviam as fontes romanas e segundo as necessidades do prédio dominante, evitando, quando possível, agravar o encargo ao prédio serviente. Nas servidões de trânsito, a de maior ônus inclui a de menor, a de menor exclui a de maior. *Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere.* Assim, aquele que tem direito de transportar materiais em veículo pelo prédio serviente, pode passar a carro, a cavalo ou a pé; aquele, porém, que apenas pode transitar a pé, não pode introduzir carros ou carroças no prédio alheio".

Falta de transcrição no Registro Imobiliário da Servidão predial aparente. Carência do direito à ação de nunciação de obra nova e do direito à ação demolitória, fundadas nesse pretensão direito real, no entanto inoponível a terceiros. Falta de legitimidade ativa *ad causam* e de interesse jurídico para agir.

Egrégia Turma:

1. Aduzindo deter o direito real da servidão de caminho (*servitus iter*), deduziram os recorridos, contra a aqui recorrente, a pretensão de nunciação de obra nova, estendida, no despacho saneador (cf. fl. 147), a pretensão demolitória e a ressarcitória de perdas e danos.

O ponto nodal da controvérsia de mérito está no apurar se, embora constituída por ato negocial entre vivos, pelos antecessores dominiais dos litigantes, ao ensejo da escritura de divisão amigável da área maior (cf. fls. 13 e seguintes), a servidão predial de caminho teria eficácia contra a recorrida, dado que, no respectivo Cartório Imobiliário, não há o registro (Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, nº I, item 6) do

direito real, consoante o atesta a certidão de fls. 56 e verso.

No saneador (fls. 146 e seguintes), do qual agravou, mediante recurso retido nos autos, a aqui recorrente (cf. fls. 153 e seguintes), repeliu, seu digno magistrado prolator, a uma, a denunciação da lide aos antecessores dominiais da demandada e, a duas, a increpação da inexistência jurídica de servidão destituída de transcrição imobiliária e, portanto, vocativa da carência do direito de agir, ante a impossibilidade jurídica do pedido, graças ao entendimento, nesse tocante, arrimado em Washington de Barros Monteiro (*apud* fl. 146 dos autos), de que "a servidão aparente dispensa registro".

Afinal, veio a ilustre magistrada de primeiro grau dar por procedente a pretensão demolitória (cf. a r. sentença de fls. 256 *usque* 261) para condenar a ré "a refazer o caminho de servidão às suas expensas, tornando plenamente transitável o caminho por ela já construído, inclusive sem a utilização de portão ou portões, de molde a não diminuir as vantagens do prédio dominante, de propriedade dos autores" (cf. fl. 260).

Irresignada, a ré, ora recorrente, insistindo na denunciação da lide e na reforma da sentença, ante a falta de registro da pretensa servidão de caminho (cf. acórdão de fls. 361 e seguintes), de balde recorreu, certo negar-lhe o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado provimento tanto ao agravo retido quanto à apelação da sentença de mérito.

Interposto recurso especial sob o pálio das letras "a" e "c" do permissivo constitucional, admitiu-o o eminente Desembargador Yussef Cahali, Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, apenas com vista à última alínea (cf. fls. 394 e 395), como se lê, nessa parte, daquele r. despacho, *verbis*:

"Alega a recorrente que o acórdão contrariou: os artigos 676, 856, III, e 696 do Código Civil, e 167, I, 6, da Lei 6.015/73, ao entender que a servidão aparente não necessita de registro; os artigos 704 e 705 do Código Civil, vez que a servidão imposta por João Ramos (e extinta há mais de 40

anos) era de caminho, que não podia ser agravada com a passagem de veículos; o artigo 709, I do Código Civil, pois o imóvel tem passagem por rua que termina em sua divisa; o artigo 70, III, do CPC, ao rejeitar a denunciação da lide; o artigo 406 do CPC, decidindo *ultra petita*.

Na espécie, estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso pela alínea *a* do permissivo constitucional. Não obstante fundamentada a conclusão da turma Julgadora, a recorrente agita questões jurídicas controvertidas, o que recomenda sejam os temas submetidos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, a quem a nova ordem constitucional reserva com exclusividade a missão de velar pela uniformidade de interpretação da legislação ordinária."

2. Preliminarmente, *venia maxima concessa*, caso é de conhecer-se do presente recurso especial, mercê da *negativa de vigência à lei*, aflorada, aqui e agora, nos pressupostos da admissibilidade recursal, apenas em tese, dado insinuar-se o *fumus boni juris* nas alegações de violação aos artigos de lei federal.

3. No *mérito*, o *recurso* reclama provimento, para os fins abaixo, *venia permessa*. Por aplicação analógica do verbete 456 da Súmula da jurisprudência da Suprema Corte, também esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, conhecendo do recurso, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

4. A *denunciação da lide* aos antecessores da recorrente, conquanto tenha inteira procedência, não haverá de ser proclamada, em atenção à regra de que, "quando puder decidir do mérito a favor de quem aproveite a nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará suprir o ato, ou suprir-lhe a falta" (Código de Processo Civil, art. 249, § 2º). Com efeito, ao contrário do sustentado no v. acórdão recorrido, existe a denunciação da lide exatamente para impedir a repositura, com todas as vicissitudes judiciárias do resultado imponderável, de uma pretensão tendente a obter-se um preceito condenatório já haurido na demanda originária. Assim, obrigado, em tese, o antecessor dominial da recorrente, a compor-lhe os prejuízos pela inciência do gravame real, tipi-

ficada estava a hipótese do inciso II do artigo 70 do Código de Processo Civil.

5. As *servidões*, sejam quais forem, *exigem* o registro imobiliário para ter eficácia.

O escólio de *Washington de Barros Monteiro*, mencionado pelo ilustre juiz prolator do despacho de saneamento do processo, é equivocado, por fundar-se numa interpretação meramente literal do artigo 697 do Código Civil, *verbis*.

"Art. 697. As servidões não aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis".

A *interpretação sistemática* do instituto, no entanto, não abona o entendimento do civilista referido, mas, antes, o isola no concerto doutrinário da matéria. Como preleciona *Clóvis Beviláqua* ("Código Civil", obs. ao art. 697), "para acomodar o artigo à sistemática do Código", é preciso entendê-lo que este exige "que se registrem todos os direitos reais que se fundam num ato jurídico entre vivos e, sendo as servidões direitos reais, entram na regra". Esposando esse entendimento, anota, em obra recente, *José Serpa de Santa Maria* ("Direitos Reais Limitados", ed. Brasília Jurídica, 1993, pág. 130:

"O art. 697 cuja redação não foi das mais felizes, deu margem a certa hesitação, chegando alguns julgados, como nos revela *Clóvis Beviláqua*, a concluir que 'se as servidões não aparentes somente se estabelecem por meio da transcrição, todas as aparentes podiam dispensar essa formalidade'. Argumenta com toda razão, C. Beviláqua que 'nem sempre, *inclusio unus implica na exclusio alterius*'. Por declarar a lei que a servidão não-aparente somente se estabelece pela transcrição no registro de imóveis, não é de boa hermenêutica, desprezando outros elementos elucidativos, concluir que as aparentes seguem outro regime ("Direito das Coisas", vol. I, pág. 341)".

Eduardo Espínola ("Os Direitos Reais no Direito Civil Brasileiro", ed. Conquista, Rio de Janeiro, 1958, pág. 133) assevera: "As servidões por ato entre vivos se adquirem pela transcrição do título no Registro de Imóveis, segundo disposições expressas de

nossa lei". E, citando, em nota de rodapé, João Luiz Alves, testifica:

"Dispõe o Cód. Civil, no art. 676: 'Os direitos reais sobre imóveis, constituídos ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem depois da transcrição ou da inscrição no registro de imóveis dos referidos títulos'. E no art. 697: 'As servidões não-aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis'. Comenta, com inteira procedência João Luiz Alves: 'Referindo-se o texto (do art. 697) às servidões não-aparentes, parece dispensar a transcrição das aparentes para o seu estabelecimento. Mas todas as servidões, que se adquirem por usucapião, devem ser transcritas (art. 698); e todas as que se constituem por atos entre vivos não podem dispensar essa formalidade para sua aquisição, *ex-vi* do disposto no art. 676. Destarte, o preceito do art. 697 parece desnecessário, sendo inconveniente pelas dúvidas que ao desprevenido intérprete poderia sugerir' (Cód. Civ. anotado, 1ª ed., 1917, pág. 697). E na verdade a jurisprudência dos tribunais mostrou-se vacilante e contraditória, não faltando decisões que concluem *a contrario sensu* que as servidões aparentes não necessitam de títulos devidamente transcritos. E isso, ainda depois de haver a lei dos registros públicos disposto que no registro de imóveis será feita 'a inscrição dos títulos de servidões não-aparentes, para sua constituição' e a transcrição dos títulos ou a inscrição dos atos *inter vivos* relativamente aos direitos reais sobre imóveis, quer para aquisição do domínio, quer para a validade contra terceiros' (Dec. nº 4.857, de 9-11-1939, art. 178, A, X, e B, II). Correta e precisa a Dec. do Trib. de S. Paulo (rel. Des. Antônio de Moraes, de 20-8-1940): 'Do preceito do art. 697 do Cód. Civil não se pode concluir que existam servidões aparentes que não dependam de transcrição. De duas uma. Constituída por título, este é levado a registro; constituída por usucapião, a sentença que o julgar consumado será também transcrita (Estevão de Almeida - Pareceres, vol. 1º, p. 301; João Luiz Alves - Cód. Civil anot., p. 476; Carvalho Santos - com. ao art.

697). O Código, ensina Clóvis, quer que se registrem todos os direitos reais que se fundem num ato jurídico entre vivos, e, sendo as servidões direitos reais, entram na regra (Cód. Civ. com., vol. 3º). V. J. Alckmin - Repertório, ct., vol. 2ª ed., 1954, págs. 679-680. V. também Carvalho Santos - Cód. Civ. interp., vol. 9º., pág. 165".

Pontes de Miranda ("Tratado de Direito Privado", Borsoi, 1971, 2.204, nº 4, págs. 234 e 235) dá, com o costumeiro brilho, o exato alcance da regra insculpida na redação obscura do artigo 697 do Código Civil, a saber:

4. "Registro e Servidão. - A aquisição das servidões não dependia de registro; dele depende hoje. O grande inconveniente consistia em que a publicidade fáctica é insuficiente; só seria de admitir-se a constituição sem registro, se notório o uso da servidão. Os que adquiriam imóveis não podiam ter certeza sobre serem sujeitos, ou não, a servidões. A respeito das servidões negativas, era evidente a imperfeição do direito comum. O direito austríaco abriu o caminho ao regime registrário das servidões. Fizeram-se necessários o acordo e a inscrição. Quanto à usucapião *servitutis*, o tempo opera como elemento de suporte fáctico que se substitui ao acordo e aquisição, e não ao acordo e à inscrição. A posse independe do título e do direito. Mas a situação de fato da servidão não-aparente não pode ser protegida conforme o art. 486, nem, tampouco, pode, se falta o título registrável, ser registrada. Resta saber se a servidão não-aparente pode constituir-se por usucapião. Negou-o Clóvis Beviláqua (Código Civil comentado, III, 246), com razão em parte, *de lege lata*, porque o art. 486 nada tem com a posse *ad usucapionem*. As servidões não-aparentes podem ser apropriadas segundo o art. 697; portanto, podem ser objeto de posse. No possessório, não se discute o título; se há posse, que o dono do prédio serviente se defenda no plano do petitório, com a certidão negativa do registro, ou prova que lhe equivalha. Mas, a propósitos das servidões descontínuas e das contínuas não-aparentes (portanto das não-aparentes, em geral, e das

descontínuas aparentes) há o art. 509: 'o disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões contínuas não-aparentes, nem às descontínuas, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve'. A servidão não se presume. Quem tem posse de servidão não aparente está exposto a que se alegue a falta do título a que alude o art. 509, 2ª parte (objeção do demandado) e o ônus da prova incumbe ao autor.

A servidão não-aparente não existe enquanto não está inscrita. A eficácia da inscrição começa da protocolização (Decreto nº. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 200-202). As servidões aparentes existem como acontecimento fáctico, que é conteúdo de posse; e não como acontecimento do mundo jurídico. Em todo o caso, esse dado fáctico, se consiste em servidão aparente, pode dar ensejo à usucapião da servidão (conceito jurídico), isto é, ao direito de servidão, em vez de simples posse de servidão. Para isso, basta o tempo de vinte anos (art. 698, parágrafo único), se não há título; ou de dez, ou quinze anos, se o há, mais a boa-fé (art. 698). Quanto às servidões não-aparentes, essas têm de resultar de inscrição; sem o registro não se pode constituir a servidão não-aparente, e o art. 697 faz ler-se o art. 698 como se dissesse: 'A posse incontestada e contínua de uma servidão aparente por dez ou quinze anos, nos termos do art. 551, autoriza o possuidor a transcrevê-la em seu nome no registro de imóveis, servindo-lhe de título a sentença que julgar consumado a usucapião'. Pode haver posse de servidão não aparente, embora o art. 698 exclua a apropriabilidade sem título registrado, basta que se protocolize o título no registro de imóveis para que a posse possa ser pedida (imissão de posse). A tendência é para se excluir qualquer formação do suporte fáctico da servidão sem o registro, tal como ocorreu no direito suíço, cf. Código Civil suíço, art. 731, que o exigiu às próprias servidões aparentes." (o negrito foi agora matizado).

Pois bem, se assim era, já ao tempo do antigo diploma dos Registros Públicos, si-

lente a respeito da inscrição das servidões prediais não-aparentes (na antiga Lei dos Registros Públicos - Decreto nº 4.857, de 9-11-1939, na letra "A", nº X, de seu art. 178, apenas se aludia "a inscrição dos títulos de servidões não-aparentes, para sua constituição", muito embora, a seguir, na letra "B", nº II, do mesmo artigo, se determinasse "a transcrição dos títulos ou a inscrição dos atos *inter vivos* relativamente aos direitos reais sobre imóveis, quer para a aquisição do domínio, quer para a validade contra terceiros") com razão maior haverá de sê-lo, agora, sob a égide da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, cujo artigo 167, estatui, *verbis*.

"Art. 167. No Registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

....

6) das servidões em geral:

...."

6. Sobreleva notar, *in casu*, como vislumbrado pelo recorrente, que, posto seja, por hipótese admitida *ad argumentantum*, sustentável a tese de que "as servidões aparentes não necessitam de registro", a servidão constituída em favor do prédio dos recorridos é mera servidão de caminho, segundo, de resto, atestam-no as fotografias insertas nos autos e se depreende, sobretudo, da leitura dos laudos técnicos e do depoimento testemunhal colhido em audiência (fls. 230/231).

Servidão de caminho, que é, subordinada às regras dos artigos 704 e 705 do Código Civil:

"Art. 704. Restringir-se-á o uso da servidão às necessidades do prédio dominante, evitando, quando possível, agravar o encargo ao prédio serviente".

"Parágrafo único. Constituída para certo fim, a servidão não se pode ampliar a outro, salvo o disposto no artigo seguinte."

"Art. 705. Nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa".

Explicando os dispositivos, diz Clóvis:

"A servidão deve ser exercida *civiliter*, como prescreviam as fontes romanas. Aliás,

é claro que, sendo ela uma restrição ao direito de propriedade do dono do prédio serviente, não poderia ficar ao arbítrio do titular ampliá-la, segundo melhor lhe parecesse. Terá de exercê-la, segundo o seu título, dando-lhe, restritamente, a extensão exigida pelas necessidades do prédio dominante. Se o dono do prédio dominante ampliar, abusivamente, a servidão, o possuidor do serviente poderá contê-lo por ação de manutenção ou por ação negatória" (ob. cit., obs. ao art. 704).

"As servidões de trânsito, em direito romano, eram as seguintes: *iter, actus, via*. *Iter* é a passagem do homem a pé, a cavalo ou em liteira; *actus* compreende, além da passagem do homem, a de rebanhos e animais de carga; *via* é mais ampla, além da passagem a pé, a cavalo ou carro, abrange o direito de transportar materiais em veículos. Via... *eam latitudinem habeat, qua vehiculum ire potest, alioquin iter fit*.

O direito pátrio não obedece a essa graduação, nem, conseqüentemente, mantém nomes correspondentes. Temos a servidão de trânsito, caminho ou passagem, mais ou menos onerosa, segundo o respectivo título. Mas o Código ainda consagra o princípio característico das servidões de trânsito, por ser racional: a de maior ônus inclui a de menor, a de menor exclui a de maior. *Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere*. Assim, aquele que tem direito de transportar materiais em veículo pelo prédio serviente, pode passar a carro, a cavalo ou a pé; aquele, porém, que apenas pode transitar a pé, não pode introduzir carros ou carroças no prédio alheio". (ob. cit., obs. ao art. 705).

Insinuam mais os autos que os recorridos, a despeito de terem assegurado o acesso a seu prédio por outra forma e, portanto, não se trata de prédio encravado - desejam a demolitória para trânsito mais amplo, o que se lhes é vedado, *ex vi* dos artigos 704 e 705 do Código Civil.

7. A só-circunstância de o ato *inter vivos*, prescribente da servidão de caminho, não haver sido levado a registro, não se tendo, assim, por constituída, não impede, tam-

bém, é certo, que os recorridos, sendo o caso, postulem judicialmente a instituição do direito real por sentença judicial, na conformidade do disposto no artigo 559 do Código Civil:

"Art. 559. O dono do prédio rústico, ou urbano, que se achar encravado em outro, sem saída pela via pública, fonte ou porto, tem direito a reclamar do vizinho que lhe deixe passagem, fixando-se a esta, judicialmente, o rumo, quando necessário".

Há, nos autos, prova convincente do acesso ao prédio dos recorridos por via pública, aberta pela Municipalidade de Campinas (cf. laudo de fls. 220 a 226). Isso, só por si, retira da *propriedade* dos recorridos o adjetivo encravado e autorizaria, se servidão houvesse, o seu cancelamento a teor do artigo 709, nº II, do Código Civil.

Todavia, em sendo o caso, vindo-se, no futuro, a provar, *pelas vias adequadas*, que não esta de nunciação de obra nova ou de demolição de obra concluída, cabalmente, estar o imóvel dos autores e ora recorridos na contingência de "encravado", poderão eles, então, valendo-se da regra insculpida no artigo 559 do Código Civil, exigir, judicialmente, a constituição de servidão de passagem. O que não podem é, ausente essa prova cabal, insistir na existência de uma servidão não-transcrita no registro Imobiliário e, menos ainda, alterando a finalidade de sua constituição, em afronta ao artigo 704 e seu parágrafo único, do Código Civil.

Em conclusão, a ação de nunciação de obra nova ou, mesmo, a demolitória, não se presta à instituição judicial de servidão predial, então inexistente, porque não registrada.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao reconhecer a existência de uma servidão não-registrada, instituiu-a judicialmente, na verdade; mas, para isso, outros haveriam de ser os pressupostos da pretensão deduzida, com o ônus da demonstração do encravamento a cargo dos autores e a fixação do caminho segundo critérios não agasalhados na causa em reexame.

8. Em suma, como *ação real*, que é, a *demandada fundada em servidão predial* prescinde

da demonstração jurídica desse direito real, mediante a respectiva certidão do Registro Imobiliário.

Ausente essa circunstância essencial, falem aos autores da ação real, legitimidade *ad causam* e interesse jurídico para o exercício da pretensão, reservada aos titulares dos prédios dominantes, vale dizer, aos que ostentam título constitutivo de servidão no Registro Imobiliário, e que se se constitui na *causa petendi* remota da pretensão processual. Tal como acontece nas pretensões reivindicatórias, em que o título transcrito de propriedade no Registro Imobiliário é condição de legitimidade *ad causam* e de interesse jurídico para a propositura da ação também aqui, a ter por substrato material

alegado direito real de servidão predial, somente o registro imobiliário do respectivo título confere legitimidade e interesse jurídico ao exercício da pretensão de nunciação de obra nova ou, mesmo de demolição de obra concluída.

Ante o exposto, portanto, opina o Ministério Público Federal, nesta instância, por, conhecendo-se do recurso especial, dar-se-lhe provimento, julgando-se os recorridos carecedores do direito à presente ação real, sem prejuízo de, futuramente, sendo o caso, demonstrarem, em sede regular, a necessidade de abertura de passagem, na esteira do artigo 559 do Código Civil.

Brasília, 14 de abril de 1994.

Com referência ao artigo **Apresentando a nossa Casa. Memória institucional.**

Pesquisas mais aprofundadas esclarecem que o prédio foi construído de acordo com o projeto nº 5, elaborado pelo engenheiro Rodolfo Ahrons, aprovado pela reunião da congregação de 16 de dezembro de 1907, e não como constou no número anterior da Revista - nov/93.
