

ORGANIZADORES

NAYANE C. NASCIMENTO | RICARDO CHADI

Prefácio: Adriano Stanley Rocha Souza

NOVAS PERSPECTIVAS

DOS DIREITOS REAIS NA ATUALIDADE



EXPERT
EDITORA DIGITAL

Esta coletânea apresenta discussões e análises de temas desafiadores e atuais acerca dos Direitos Reais, sob a ótica de profissionais atentos às transformações jurídicas diante do dinamismo social.

O presente trabalho, surgiu dos encontros com os autores, através da Pós Graduação em Direito Civil Aplicado da PUC-Minas e aborda os principais questionamentos acerca dos Direitos Reais, como: o Direito de Propriedade, Direito Real de Laje, Condomínio Edilício, Usucapião, Direito de Vizinhança, Alienação Fiduciária, Hipoteca, Incorporação Imobiliária, Multipropriedade e Direito Real de Habitação.

Esperamos que esta obra seja lida e discutida por todos os públicos afeitos aos temas, que a leitura seja um momento de pensamento e crítica, que reafirme a importância da discussão dessa temática do direito.

Autores: Amanda Batista Porto Soares, Ana Beatriz Rosa Salame, Ana Helena Rebouças Rosa, Arthur Nunes Pierazolli, Clene de Souza Barboza, Diego de Sousa Pugas, Eder Nunes Rodrigues, Guilherme Henrique Venâncio Vilela, Isabela Pierazolli Filgueiras, Izabela Maia Caldeira Brant, Lucélia de Oliveira Frias, Marinna Caldareli Portes, Priscila Alves Braga Maciel de Oliveira, Talita Fonseca Olvino da Costa, Thaisa Araújo Santos e Roberta Souza Silva Pinto

Organizadores:

Ricardo Chadi

Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade de Franca (2002) e Professor da Sociedade Mineira de Cultura. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil Aplicado no IEC- PUC Minas.

Nayane Costa Nascimento

Mestre em Educação, Especialista em Direito Civil e Direito do Trabalho, Professora da Pós-Graduação em Direito Civil Aplicado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Advogada.

ISBN 978-65-992633-7-8



9 786599 263378 >



EXPERT
EDITORA DIGITAL

ORGANIZADORES

NAYANE C. NASCIMENTO | RICARDO CHADI

NOVAS PERSPECTIVAS

**DOS DIREITOS REAIS
NA ATUALIDADE**

Belo Horizonte, 2020

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Fotografia Capa: Rafael Moreira Campos Gomes
Revisão: Do autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Novas Perspectivas dos Direitos Reais na Atualidade

CHADI Ricardo, NASCIMENTO Nayane Costa (orgs)

Ricardo Chadi, Nayane Costa Nascimento – Belo Horizonte – Editora Expert 2021

ISBN: 978-65-992633-7-8 - Páginas: 425

1. Direito Civil - Brasil 2. Direito - Brasil, I. Título.

Índices para catálogo sistemático: CDD-342.1

1. Direito : Brasil 340

Pedidos dessa obra:

**experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br**





Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Apresentação:

Esta coletânea apresenta discussões e análises de temas desafiadores e atuais acerca dos direitos reais, sob a ótica de profissionais atentos às transformações jurídicas diante do dinamismo social.

No primeiro capítulo, Clene de Souza Barboza analisa o direito real de laje como extensão do direito de propriedade, demonstrando que a regularização desse direito trouxe vitalidade à garantia constitucional do direito à moradia, o que é uma condição para a dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, Amanda Batista Porto Soares analisa a possibilidade de aplicação do instituto do usufruto em participação societária, assim como as implicações deste uso aos usufrutuários e aos nu-proprietários, já que ambos são titulares de direitos, apesar de o último não ter direito de uso e de fruição do bem.

No terceiro capítulo, Diego de Sousa Pugas expõe alguns aspectos inerentes à ocupação de um edifício em Belo Horizonte/MG, pela Ocupação Carolina de Jesus, e como os instrumentos urbanístico-normativos, contidos na REURB (Lei Federal nº 13.465, de 11 de julho de 2017), possibilitaram um acordo para a desocupação pacífica do imóvel e realocação das famílias ali presentes.

No quarto capítulo, Lucélia de Oliveira Frias analisa o surgimento do instituto do Condomínio Edilício, denominação adotada pelo Código Civil de 2002, demonstrando sua natureza jurídica e principais características. Ela ainda aborda os direitos e os deveres dos condôminos, bem como os conflitos na relação de vizinhança.

No quinto capítulo, Izabela Maia Caldeira Brant estuda as consequências jurídicas advindas do atraso na entrega de imóvel adquirido antecipadamente pelo consumidor. Sob esse prisma, ela analisa a Lei nº 4.591/64, que dispõe sobre as incorporações imobiliárias, especialmente

no que diz respeito às definições de incorporador, à responsabilidade deste e ao atraso na entrega do imóvel.

No sexto capítulo, Guilherme Henrique Venâncio Vilela reflete a respeito da nova modalidade de usucapir, considerando as diversas questões que levam uma relação conjugal ao fim. Para tanto, discute a reinserção da culpa no ordenamento jurídico, bem como a sanção ao cônjuge ausente e ao abandono do lar sob a ótica do princípio basilar da afetividade.

No sétimo capítulo, Marinna Caldareli Portes visa preconizar a aplicabilidade do direito de paisagem como uma das espécies limitadoras do direito de propriedade, o que acarreta ao proprietário obrigações e responsabilidades inerentes à função social da propriedade, retirando-lhe o direito absoluto sobre o bem imóvel.

No oitavo capítulo, Eder Nunes Rodrigues aborda as garantias jurídicas, no ordenamento jurídico brasileiro, relativas à satisfação do crédito, sobretudo a alienação fiduciária e a hipoteca.

No nono capítulo, Arthur Nunes Pierazolli discorre sobre a tutela jurídica material de direitos reais e pessoais em favor de particulares sobre bens públicos. Para tanto, ele examina o conceito legal de bens públicos a partir dos critérios da titularidade e da afetação, considerando as inovações trazidas pela Lei nº 13.465/2017 e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No décimo capítulo, Priscila Alves Braga Maciel de Oliveira analisa a submissão das relações patrimoniais ao novo contexto de afirmação dos direitos fundamentais, apresentando a dignidade da pessoa humana como valor supremo na construção de um Estado Democrático de Direito, desmistificando o direito de propriedade como um direito absoluto ou exclusivo do seu titular.

No décimo primeiro capítulo, Ana Beatriz Rosa Salame expõe, de forma crítica, acerca da possibilidade ou não do preenchimento do requi-

sito legal temporal para configuração da prescrição aquisitiva durante o transcurso do processo da usucapião.

No décimo segundo capítulo, Talita Fonseca Olvino da Costa trata do instituto de incorporação imobiliária, partindo do contexto do surgimento dessa atividade no Brasil, passando pela evolução legislativa a respeito do tema, com enfoque nas normas protetivas dos adquirentes, instituídas, primeiramente, pela Lei 4.591/64, com incremento pela Lei 10.931/2004

No décimo terceiro capítulo, Isabela Pierazolli Filgueiras analisa os impactos da mudança legislativa, que institui a mutipropriedade no ordenamento de direitos reais brasileiro, sobre os termos da convenção do condomínio do Edifício *San Diego Convention Flat*, em Belo Horizonte, Minas Gerais.

No décimo quarto capítulo, Thaísa Araújo Santos estuda dois direitos reais importantes para a construção da vida digna: o direito real de habitação em confronto com o direito de propriedade nas relações sucessórias. Isso porque, de um lado, encontra-se o cônjuge ou companheiro(a), que residia no imóvel com o *de cujus* e, do outro, os herdeiros legítimos.

No décimo quinto capítulo, Ana Helena Rebouças Rosa e Roberta Souza Silva Pinto analisam as limitações do direito de propriedade, na perspectiva da função social, dos direitos de vizinhança e condominial, através de uma investigação jurídica feita a partir da utilização de método analítico-dedutivo.

Esperamos que esta obra seja lida e discutida por todos os públicos afeitos ao tema, que a leitura seja um momento de pensamento e crítica, que reafirme a importância da discussão dessa temática do direito.

Ricardo Chadi

Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade de Franca (2002) e Professor da Sociedade Mineira de Cultura. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil Aplicado no IEC- PUC Minas.

Nayane Costa Nascimento

Mestre em Educação, Especialista em Direito Civil e Direito do Trabalho, Professora da Pós-Graduação em Direito Civil Aplicado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Advogada.

Os organizadores

Coordenadores

RICARDO CHADI

NAYANE COSTA NASCIMENTO

Autores

Amanda Batista Porto Soares

Ana Beatriz Rosa Salame

Ana Helena Rebouças Rosa

Arthur Nunes Pierazolli

Clene de Souza Barboza

Diego de Sousa Pugas

Eder Nunes Rodrigues

Guilherme Henrique Venâncio Vilela

Isabela Pierazolli Filgueiras

Izabela Maia Caldeira Brant

Lucélia de Oliveira Frias

Marinna Caldareli Portes

Priscila Alves Braga Maciel de Oliveira

Roberta Souza Silva Pinto

Talita Fonseca Olvino da Costa

Thaísa Araújo Santos

PREFÁCIO

É com grande alegria que recebi o convite para prefaciar a presente obra. E, do exato tamanho da minha alegria, é o tamanho de minha gratidão pelo convite. Sempre costumo brincar, quando recebo uma homenagem desta envergadura: *“não sou digno de receber tamanha homenagem... mas se vocês são loucos em me prestá-la, não serei louco em recusá-la”*.

Sentimentos de euforia e alegria devidamente domados, vamos ao ponto: prefaciar obra levada a lume por dois grandes amigos da mais alta seriedade e competência no magistério do Direito Civil: Professora Nayne e Professor Ricardo Chadi.

Esta obra reúne textos de profundidade acadêmica que se debruçaram sobre o estudo dos Direitos Reais. Área do Direito Civil por muitos tida como a mais árida do direito privado. Na verdade, assim como a beleza está nos olhos de quem vê, também a suposta aridez do tema está mais no desconhecimento da riqueza dos institutos de direitos reais, do que na falta de temas que tocam fundo à dignidade da pessoa humana.

Os escritos que se seguem comprovam a minha fala. Novos cenários e abordagens se abrirão aos leitores desta obra. E, ao final, o leitor perceberá que o Livro III da Parte Especial do Código Civil (Direito das Coisas) tornou-se, então, portador de importantes instrumentos na defesa do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Aos leitores, uma excelente leitura!

Belo Horizonte, dezembro de 2020

Adriano Stanley Rocha Souza

SUMÁRIO

Clene de Souza Barboza

DIREITO REAL DE LAJE: EXTENSÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE E GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, SALVAGUARDANDO A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE MORADIA.....	23
INTRODUÇÃO.....	23
1. DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE LAJE EM DECORRÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE MORADIA.....	25
1.1 Constituição do direito real de laje.....	27
1.2 Tributação da constituição do direito real de Laje.....	29
1.3 Direito de preferência nas alienações	30
2 Constituição do direito real de laje por prescrição aquisitiva (usucapião)	32
2.1 Modo originário de aquisição de propriedade através da usucapião judicial	32
2.2 Lapso temporal da prescrição aquisitiva (usucapião) do direito real de laje	35
2.3 Modalidades da usucapião para aquisição do direito real de laje.....	36
2.3.1 Da usucapião extraordinária.....	36
2.3.2 - Da usucapião ordinária	37
2.3.3 Da usucapião especial urbana (constitucional)	37

2.3.4 Da usucapião familiar por abandono.....	38
2.4 Usucapião lajeária por via administrativa (Usucapião extrajudicial)	40
3. DA EXTINÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE	45
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS.....	47

Amanda Batista Porto Soares

O USUFRUTO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.....	49
1. Introdução.....	49
2. Conceito e Natureza Jurídica do Usufruto.....	50
2.1 Características.....	51
2.2 Objeto.....	51
2.3 Classificação.....	53
3. USUFRUTO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.....	54
4. CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS.....	69

Diego de Sousa Pugas

COMO A REURB-S POSSIBILITOU O ACORDO EM PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE OCUPAÇÃO DE EDIFICAÇÃO NA ZONA SUL DE BELO HORIZONTE	71
1. INTRODUÇÃO	71
2. O IMÓVEL E O INÍCIO DA OCUPAÇÃO.....	73
3. OCUPAÇÃO OU INVASÃO?	74
4. DA FUNÇÃO SOCIAL	79
5. DA REURB COMO UMA SOLUÇÃO AO PROBLEMA DA URBANIZAÇÃO	82
6. CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	90

Lucélia de Oliveira Frias

CONDOMÍNIO EDILÍCIO E O ANTAGONISMO NA RELAÇÃO DE VIZINHANÇA	92
1. INTRODUÇÃO	92
2. PRESSUPOSTOS DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO: conceito e natureza jurídica.....	93
3. FUNÇÃO SOCIAL DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO E A COLETIVIDADE	97
4. A RELAÇÃO DE VIZINHANÇA NO CONDOMÍNIO EDILÍCIO.....	100
4.1 Convenção de Condomínio.....	101

4.2 O síndico no condomínio edilício.....	104
4.3 Direitos e deveres dos condôminos.....	106
4.4 O condômino antissocial.....	109
4.5 Vagas de garagem no condomínio edilício	112
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	114
REFERÊNCIAS	115

Izabela Maia Caldeira Brant

ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS AO ATRASO DA ENTREGA DO IMÓVEL ADQUIRIDO PELO CONSUMIDOR ANTECIPADAMENTE	119
1. INTRODUÇÃO.....	119
2. PONTOS REVELANTES SOBRE A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	120
3. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS	123
4. A TOLERÂNCIA DE ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL	127
5. CONSEQUÊNCIAS DO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL	131
5.1 Cláusula penal, multa contratual ou pena convencional.....	132
5.2 Perdas e danos advindos do atraso na entrega do imóvel: lucros cessantes e danos morais	134

5.3 A possibilidade de cumulação da cláusula penal com a indenização por lucros cessantes e de inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente em face do consumidor	138
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	140
REFERÊNCIAS.....	142

Guilherme Henrique Venâncio Vilela

AFETIVIDADE E A USUCAPIÃO FAMILIAR	146
1. INTRODUÇÃO.....	146
2. USUCAPIÃO FAMILIAR: Implicações jurídicas e sociais frente à família	148
3. AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	151
4. A AFETIVIDADE E A USUCAPIÃO FAMILIAR.....	154
5. CONCLUSÃO.....	159
REFERÊNCIAS.....	160

Marinna Caldareli Portes

DIGRESSÕES SOBRE O DIREITO DE PAISAGEM: em busca de uma melhor compreensão das limitações do direito de propriedade	162
1. INTRODUÇÃO.....	162
2. O DIREITO DE PROPRIEDADE	163
2.1 Conceito de propriedade	163

2.2 Da função social da propriedade	165
3. DAS LIMITAÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE .	166
3.1 Da intervenção estatal no direito de propriedade.....	166
3.1.1 Servidão administrativa	166
3.1.2 Desapropriação	167
3.1.3 Requisição.....	167
3.1.4 Ordem econômica	168
3.1.5 Expropriação.....	168
3.2 Das restrições privadas do direito de propriedade	169
3.2.1 Preservação do direito de paisagem	169
3.2.2 Usucapião coletiva	170
3.2.3 Direitos de vizinhança	171
3. O DIREITO DE PAISAGEM.....	172
3.1 Conceito de paisagem	172
3.2 O direito de paisagem sob a ótica da Constituição Federal	173
3.3 O direito de paisagem como limitador da compreensão antropocêntrica do direito de propriedade.....	178
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	180
REFERÊNCIAS	182

Eder Nunes Rodrigues

GARANTIAS REAIS: a hipoteca e a alienação fiduciária em garantia frente ao direito pátrio	185
--	------------

1. INTRODUÇÃO.....	185
2. ASPECTOS GERAIS SOBRE AS GARANTIAS REAIS ..	187
3. ESPÉCIES DE GARANTIAS REAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	192
3.1 Penhor	192
3.2 Anticrese.....	195
3.3 Hipoteca.....	197
3.4 Alienação fiduciária em garantia.....	201
4. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE A HIPOTECA E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	204
5. CONCLUSÃO	208
REFERÊNCIAS	209

Arthur Nunes Pierazolli

A TUTELA PRIVADA DE DIREITOS REAIS E DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA SOBRE BENS PÚBLICOS ...	211
1. INTRODUÇÃO.....	211
2. O DOMÍNIO EMINENTE DO ESTADO	212
3. CRITÉRIOS LEGAIS PARA A CONCEITUAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS.....	213
3.1 A classificação dos bens públicos quanto ao critério da afetação jurídica	219
4. O REGIME JURÍDICO E A TUTELA DE DIREITOS PESSOAIS E REAIS SOBRE OS BENS PÚBLICOS DOMINICAIS	222

4.1 Legitimação de posse	224
4.2 Legitimação fundiária	226
5. A TUTELA POSSESSÓRIA SOBRE BENS PÚBLICOS	230
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	243
REFERÊNCIAS.....	245
DIREITO À MORADIA E SUA RELAÇÃO COM A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA ANÁLISE DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS NO BRASIL	249

Priscila Alves Braga Maciel de Oliveira

1. INTRODUÇÃO.....	249
2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	251
3. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO SOCIAL.....	252
4. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	254
5. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE.....	258
6. OCUPAÇÕES COLETIVAS	261
7. CONCLUSÃO	270
REFERÊNCIAS.....	271

Ana Beatriz Rosa Salame

A (IM)POSSIBILIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DO PRAZO PARA USUCAPIÃO NO CURSO DA AÇÃO	273
1. INTRODUÇÃO.....	273
2. POSSE E PROPRIEDADE	275

3. USUCAPIÃO.....	283
4. COMPLEMENTAÇÃO DO PRAZO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO NO TRANSCURSO DO PROCESSO.....	291
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	298
REFERÊNCIAS.....	299

Talita Fonseca Olvino da Costa

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA PARA PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE DE COISA FUTURA	302
1. INTRODUÇÃO.....	302
2. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A GÊNESE DO TRATAMENTO LEGISLATIVO DO TEMA	303
3. A LEI 4.591/64: O DISCIPLINAMENTO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A INSTITUIÇÃO DAS NORMAS PROTETIVAS	307
4. A INSUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS ORIGINÁRIAS E O INCREMENTO DA LEGISLAÇÃO PARA AMPLIAÇÃO DA SEGURANÇA DO ADQUIRENTE	314
5. CONCLUSÃO	323
REFERÊNCIAS.....	324
A MULTIPROPRIEDADE DE UNIDADES DE “APART- HOTEL”	327
UM ESTUDO DE CASO DO EDIFÍCIO SAN DIEGO CONVENTION FLAT.....	327
1. INTRODUÇÃO.....	327

2. Procedimento para instituição da multipropriedade	329
3. Responsabilidade por receitas e despesas.....	335
4. Deliberação da unidade multiproprietária	343
5. Administração da multipropriedade em condomínio edilício	345
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	351
REFERÊNCIAS.....	352

Thaísa Araújo Santos

DIREITOS REAIS: um estudo sobre o direito real de habitação em confronto com o direito de propriedade nas relações sucessórias	354
1. INTRODUÇÃO.....	354
2. DIREITOS REAIS OU DIREITO DAS COISAS? NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	356
2.1 Direito de propriedade	359
2.1.1 Conceito.....	359
2.2 Os elementos conceituais e constitutivos da propriedade....	363
2.2.1 Direito de usar (<i>ius utendi</i>)	363
2.2.2 Direito de fruir (<i>ius fruendi</i>)	364
2.2.3 Direito de dispor (<i>ius abutendi</i> ou <i>disponendi</i>).....	364
2.2.4 Direito de reaver (<i>reivindicatio</i> ou <i>rei vindicatio</i>).....	365
2.3 O direito de propriedade limitado pela função social	366

2.4 Direito real de habitação (DRH).....	368
2.4.1 Direito real de habitação nas relações sucessórias.....	369
2.4.2 Do direito real de habitação na união estável	375
3. O CONFRONTO ENTRE O DRH E O DIREITO DE PROPRIEDADE NAS RELAÇÕES SUCESSÓRIAS	377
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	385
REFERÊNCIAS.....	387

Ana Helena Rebouças Rosa

Roberta Souza Silva Pinto

LIMITAÇÕES DA PROPRIEDADE NO DIREITO DE VIZINHANÇA E CONDOMINIAL.....	391
1. INTRODUÇÃO.....	392
2. DIREITO DE PROPRIEDADE.....	393
2.1 Função Social da Propriedade	397
3. LIMITAÇÕES DA PROPRIEDADE NO DIREITO DE VIZINHANÇA E CONDOMINIAL	400
3.1 Direito de vizinhança e o uso abusivo da propriedade	401
3.2 Direito condominial e suas convenções.....	404
3.4 Limitações nos condomínios edilícios em função do Covid - 19	417
CONCLUSÃO	419
REFERÊNCIAS	420

DIREITO REAL DE LAJE: EXTENSÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE E GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, SALVAGUARDANDO A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE MORADIA

Clene de Souza Barboza¹

Resumo: O presente artigo tem finalidade de analisar o Direito Real de Laje fazendo uma extensão ao Direito de Propriedade, demonstrando-se que a regularização desse direito trouxe vitalidade à garantia constitucional do Direito de Moradia, evidenciando-se, assim, a dignidade da pessoa humana. Objetiva-se também demonstrar os pressupostos e requisitos para a aquisição do Direito Real de Laje e sua aplicabilidade, evidenciando, ainda, a possibilidade de adquiri-lo através da prescrição aquisitiva (usucapião), explicando as regras do negócio jurídico para a lavratura da escritura e transferência do domínio do Registro de Imóveis.

Palavras-chave: Direito Real de laje, Direito de Propriedade, Direito Moradia, Dignidade da pessoa humana, Formas de aquisição.

INTRODUÇÃO

O Direito de Laje tomou força com o advento da lei 13.465/2017, advinda da transformação da medida provisória 759/2016, que institui, no Código Civil, o inciso XIII do artigo 1.225, transformando-se, assim, a Laje em um Direito Real. O legislador optou por uma nomenclatura mais popular, visando o melhor entendimento e clareza, além de se adequar aos princípios basilares do Código Civil, como, por exemplo, operabilidade harmônica.

¹ Bacharel em Direito, formada pela Escola Superior Dom Helder, pós-graduanda em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade de Católica de Minas Gerais (PUC MINAS).

Alguns doutrinadores ainda questionam a terminologia, indagando se a nomenclatura correta seria Direito de Sobrelevação ou Direito de Implante, mas o nome está ligado a um viés social, designando-se Laje ao famoso “puxadinho”, aquelas construções verticalizadas que viabilizam o Direito de Moradia, consagrado pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

A Laje caracteriza-se por ser construções verticais, mas não se restringe apenas a construções superiores ou ascendentes, mas também pode ser constituída por construções inferiores ou descendentes, conforme alusão no artigo 1510-A do Código Civil. É válido ressaltar que a medida provisória inicialmente não admitia a constituição de laje inferiores, limitava-se à sobrelevação na construção base, não se reconhecendo o Direito de Laje dos espaços abaixo da construção base, como porões, o que não se encaixa mais na realidade jurídica, após a lei 13.465/2017, que instituiu ao artigo citado acima com a seguinte redação:

Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo (BRASIL, 2017).

Adverte-se, por oportuno, que o Direito Real de Laje foi regulamentado de forma autônoma do Direito Real de Superfície. Apesar de estar inserido no texto normativo, a palavra “superfície”, nesse contexto, tem sentido amplo, entendendo-se a superfície como a ascendência ou descendência da construção base, conforme ensinam Farias, Debs e Dias (2019). De acordo com eles, “o direito de superfície é construído por tempo determinado ou determinável, enquanto a laje é perpétua e gera matrícula autônoma” (FARIAS; DEBS; DIAS, 2019, p. 47).

É importante lembrar que o direito real de laje, ao criar uma nova matrícula para seu registro, desmembrando-se da matrícula originária da construção-base, não implicará na atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou à participação proporcional em áreas já edificadas, mas deverá responder pelo tributos dela decorrente, ou caso não seja os tributos individualizados, providenciar o seu rateio com o proprietário. Além disso, deverá ser aplicado no que couber às regras do condomínio edilício, conforme previsão no artigo 1510-C.

O direito real de laje pode ser constituído de forma sucessiva. Essa constituição sucessiva garante a expansão do direito de moradia, e é nessa linha que segue o próximo tópico, visando demonstrar que a função social e a dignidade estão esculpidas em toda linha de raciocínio desse direito.

1. DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE LAJE EM DECORRÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE MORADIA

O direito de laje não é uma novidade jurídica, seu estudo vem sendo difundido há muito tempo, porém, ganhou força com o advento da lei 13.465 de 2017 com a conversão da medida provisória 759 de 2016, tornando-se, assim, o instrumento de regularização de situações de fato que já vinham existindo à margem da estatalidade. Surgiu, então, esse direito que tem um olhar atento à realidade social, em busca do direito de moradia, conforme explica Frederico Henrique Viegas de Lima (2017, p. 479).

A constituição federal consagra, em seu artigo 6º, o direito fundamental à moradia, que foi incluído expressamente pela emenda constitucional nº 26/2000, mas que já era proclamado independentemente

da positivação na nossa carta magna. Vale ressaltar que a moradia está ligada diretamente à dignidade da pessoa humana.

O legislador, ao regulamentar o direito real de laje, o tão bem-afamado “puxadinho”, nada mais fez que cumprir o dever e objetivo social do Estado Democrático de Direito, conforme explana os artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988.

É dever do Estado garantir a dignidade da pessoa humana e com isso podemos dizer que a dignidade é o estado em que se garante o respeito. Além disso, trata de questões existenciais, transparecendo direitos sociais e fundamentais, como o direito de ter reconhecida sua moradia, tornando-se, assim, digno para determinada sociedade.

Awad (2012, p. 119) aponta que a dignidade da pessoa humana é essencial para garantia de qualquer direito, pois nada adiantar garantir a vida se ela não for digna.

Dentre outros princípios fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana reveste-se de uma certa singularidade, pois, se assim não fosse, de que adiantaria ao Estado garantir a vida se esta não é digna. A dignidade não é algo que podemos comprar, ela é inerente a cada ser humano, sendo, assim, dever do Estado garantir sua proteção. (AWAD, 2012, p. 116).

E é com esse pensamento que a positivação do direito real de laje ganhou força. Foi necessário garantir a segurança jurídica da moradia para que uma parte da desigualdade social fosse aclamada pela sociedade. Mas, não garantiu somente a segurança jurídica, é de se convir que o direito de laje também proclamou o princípio constitucional da função

social, previsto pelo artigo 170, III e artigo 5º, XXIII, ao garantir o direito de moradia, regulamentando os deveres de cuidado com a laje.

Por isso, o direito real de laje visa garantir a função social da propriedade erradicando a desigualdade e equiparando-se a laje com a propriedade de forma que essa busque a criação de moradia.

1.1 Constituição do direito real de laje

É comum, hoje em dia, ver a disponibilização da laje para construir um “puxadinho”. Geralmente, os pais cedem aos filhos para que possam se restabelecer e usar aquele local para lar de sua família. Pensando nisso é que o direito de laje é constituído, visando garantir a segurança jurídica dessas relações.

O direito real de laje nada mais é que um negócio jurídico bilateral, conforme ensina Emerson Roberto Lago (2019, p. 432), que indica que este é decorrente da manifesta vontade das partes, neste caso necessariamente do proprietário da construção base e do lajeário.

Nesta vertente, como o direito é constituído por negócio jurídico, deverá observar-se o artigo 108 do Código Civil. Os negócios jurídicos constitutivos, de transferência, modificativos ou renúncia de direitos reais que tenham valor superior a trinta vezes o salário mínimo deverão ser constituídos através de escritura pública. Isso significa dizer que se o valor da laje for superior obrigatoriamente deverá ser providenciada a escritura pública feita em qualquer tabelionato de notas do país.

As escrituras de direito real de laje obedecerão aos requisitos da lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), bem como aos requisitos dos provimentos estaduais da Corregedoria Geral de Justiça, em Minas Gerais. O atual provimento é o 260/2013 que dispõe sobre os requisitos

das escrituras de transferência de domínio aplicado à escritura de reconhecimento do direito real de laje, no artigo 156 e seguintes.

É necessário, neste caso, seguir um dos princípios registrais mais significantes para efetuação do negócio jurídico, qual seja, o princípio da continuidade: para que haja a possibilidade de ser lavrada uma escritura de laje é necessário que o titular da propriedade base, ou propriedade originária, tenha o domínio registrado à margem da matrícula imobiliária. Caso não o tenha, não há que se falar em transferência por meio de escritura pública.

Além desse princípio que deverá ser observado pelo Tabelião de Notas e pelo Oficial Registrador, deverá também o Registrador, ao receber o título, fazer a análise, verificando se a escritura atende aos requisitos da especificidade. Caso não esteja de forma clara, deverá emitir uma nota devolutiva, solicitando a alteração do título.

Ressalta-se, ainda, que o direito real de laje pressupõe uma existência física e jurídica de um prédio sobre o qual situa-se a laje cedida. A justificativa é bem simples: sem construção anterior se torna impossível estabelecer o direito real de laje, exceto em se tratando de laje de infraparticipação, o que é perfeitamente lícito, conforme expõe o artigo 1510-A. Assim Farias *et al* (2019, p. 203) explicam: “prevalece na doutrina que no que tange às lajes subterrâneas, a exigência de prévia averbação de uma construção na laje anterior se torna dispensável, por ser diversa da situação”.

Vale sobressaltar que poderá o titular da laje instituir sucessivos direitos de laje, porém, caso o faça, será necessário que haja autorização do titular da propriedade, conforme § 6º do artigo 1.510-A do Código Civil.

§ 6o O titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje, desde que haja autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes (BRASIL, 2002).

1.2 Tributação da constituição do direito real de Laje

Como já visto, o direito real de laje somente será constituído por escritura pública. Nesta vertente, vale indagar como será feita a sua tributação, tendo em vista que a todo direito real passível de transmissão ou constituição é devido imposto ao estado ou ao município.

Devemos separar, neste primeiro momento, os negócios jurídicos *inter vivos* e *causa mortis*. Inicialmente faremos uma análise dos negócios *inter vivos*: aqueles que ocorrem por compra e venda, doação, permuta, cessão de direitos, dação em pagamento entre outros.

Os negócios *inter vivos* onerosos serão tributados através do Imposto Transmissão Bens Imóveis (ITBI). Isso significa dizer que deverá o lajeário recorrer ao Município onde esteja situado o imóvel para recolher os tributos referentes à sua transmissão. Atualmente em Belo Horizonte a alíquota de tributação é de 3%.

Os negócios jurídicos *inter vivos* gratuitos deverão ser tributados através do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCD), que é de competência tributária do Estado. Esse imposto por sua vez poderá ter alíquota de até 8%. Em Minas Gerais, esse imposto atualmente é de 5% sobre o valor da avaliação do bem.

Assim como os negócios jurídicos *inter vivos* os negócios jurídicos *causa mortis*, ocorridos por sucessão, também serão tributados pelo Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCD).

1.3 Direito de preferência nas alienações

O Código Civil prevê em seu artigo 1.510-D, em relação ao direito real de laje, assim como ao direito de propriedade, que, quando há condomínio, nos casos de alienações onerosas, deverá ser ofertado em iguais condições com terceiros, tanto por tanto, aos titulares da construção base quanto aos titulares de direito real de laje. Esse dever de ofertar é chamado de preempção, prelação ou direito de preferência.

Portanto, ao alienar o referido direito, deverá o alienante cientificar a por escrito, dentro do prazo de 30 dias, exceto se o contrato dispuser de forma adversa. Essa cientificação, entende-se, ocorre com o envio de carta com aviso de recebimento, por notificação judicial ou extrajudicial, sendo esta última feita no Cartório de Títulos e Documentos ou por qualquer outro meio de cientificação eficaz, conforme ensina Aguiar (2018).

Assim se dá o direito de preferência que visa evitar que terceiros estranhos adquiram a coisa sem que aos demais lajeários tenham o direito de consolidar a laje ou consolidar a propriedade. Almejando tal entendimento, Farias, Debs e Dias (2019, p. 170) descrevem em sua obra o seguinte:

De fato, o estabelecimento de um direito recíproco de preferência entre titular da propriedade da construção-base e o titular da laje serviria como um mecanismo inibidor de conflitos futuros e garantidor de uma efeti-

va possibilidade de consolidação da titularidade plena sobre a coisa.

Nesta vertente, há de se esclarecer a seguinte questão: caso haja mais de uma laje, o direito de preferência se dará, sucessivamente, ao titular das lajes ascendentes e das lajes descendentes, assegurando-se, assim, a prioridade à laje mais próxima da unidade alienada, conforme alusão do § 2º do artigo 1.510-D (BRASIL, 2002)

Se, por ventura, tenha sido alienada a laje sem que houvesse a ciência do proprietário da construção base ou da laje sucessiva, poderão estes, no prazo decadencial de 180 dias, a contar da alienação, propor ação repressória de natureza real, ou ação anulatória de escritura, mediante depósito do respectivo valor pago na alienação, bem como das despesas relativas à transferência, como, por exemplo, ITBI, despesas com registro. Após o trânsito em julgado da decisão favorável a seu direito de preferência, poderá o requerente promover o registro do eventual direito em seu nome no registro imobiliário.

Importante frisar que, em relação à cessão e à sucessão do direito de preferência, nada se positivou nos artigos referentes ao direito real de laje. Por isso, Aguiar (2018) entende ser possível a aplicação do artigo 520 do Código Civil, não sendo passível, portanto, a cessão ou a transferência do direito os herdeiros.

2 Constituição do direito real de laje por prescrição aquisitiva (usucapião)

2.1 Modo originário de aquisição de propriedade através da usucapião judicial

É de entendimento de grande parte da doutrina que os direitos reais sucessíveis podem ser usucapidos. Neste sentido, ressalta-se que o direito real de laje, como o direito de propriedade, é um deles, tendo em vista que os lajeários podem ser considerados possuidores do bem. Nesta vertente, Farias, Debs e Dias (2019) afirmam que essa modalidade de usucapião pode ser denominada usucapião lajeária.

Farias *et al* (2019) ensinam que a usucapião lajeária é forma originária de aquisição, porém, apesar da aquisição da laje pela usucapião, a titularidade da propriedade ainda é mantida. Isso significa dizer que, após a decisão judicial que reconhecer esse direito, deverá ser providenciada uma bipartição da propriedade, separando-se, assim, o direito real de propriedade e o direito real laje.

Os autores ainda afirmam que a decisão judicial que reconhecer o direito real de laje, assim que prolatada, terá uma carga constitutiva muito maior do que a de simples domínio, tendo em vista que o direito real de laje é constituído pelo usucapiente, sem extinguir o direito de propriedade de coisa alheia.

Para tanto, para que seja possível adquirir a laje através da usucapião deve-se seguir os requisitos legais, devendo ter a posse mansa, pacífica, ininterrupta e duradoura pelo lapso temporal que a lei determinar e o mais importante é que o possuidor haja com *animus domini*. Se ele não agir como se dono fosse da laje, mesmo que tenha todos os outros requisitos, não passará de mero detentor, ao qual não é cabível

o direito de usucapir, sendo dono deste direito somente o possuidor, conforme artigo 1.241 do Código Civil:

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis (BRASIL, 2002).

Segundo Farias, Debs e Dias (2019), o *animus* do lajeário pode ser bem complicado de se provar pela dificuldade da comprovação dos elementos subjetivos. Deste modo, caso não consiga comprovar, será apenas mero detentor com relação de dependência, tendo simples permissão ou tolerância, conforme o artigo 1.198 do Código Civil:

Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário (BRASIL, 2002).

Neste sentido, cabe ao usucapiende comprovar que a posse lajeária foi duradoura e que percorreu o período de tempo determinando na

lei, além de demonstrar que a laje tem e sempre teve passagem autônoma em relação ao imóvel de construção base, devendo fazer prova também de que houve o rateio das despesas de impostos ou conservação do bem, conforme o artigo 1.510-C do Código Civil.

Faria *et al* (2019) ainda ressaltam:

[...] Cabe ao usucapiente o ônus da prova de que a sua laje não era um mero acessório (benfeitoria ou acessão, por exemplo) da construção originária. Se o reconhecimento do direito de laje depende da autonomia e independência em relação ao imóvel originário, a posse do usucapiente precisa estar acobertada por essa mesma autonomia, sob pena de desvirtuar a finalidade do instituto (FARIAS; DEBS; DIAS, 2019, p. 129).

Em relação aos requisitos da usucapião do direito de laje, ao que compete ao *animus domini* existe uma diferença no *animus*. Segundo alguns autores, deverá ser comprovado a intenção de ter o bem, de acordo com o respectivo direito real, como, por exemplo, evidencia-SE na usucapião de uma enfiteuse, o *animus* constituído será o *animus enfiteuticum* e não *animus domini*. Apesar do raciocínio brilhante destes autores, acredito ser defensável que o *animus* aplicável ao direito real de laje seja o *animus domini* em virtude de a laje ser uma extensão do direito de propriedade, inclusive por ser individualizada, com matrícula autônoma no Registro de Imóveis.

2.2 Lapso temporal da prescrição aquisitiva (usucapião) do direito real de laje

Reconhecida a possibilidade de usucapir o direito real de laje, surge, então, em decorrência disso, a discussão de qual seria o momento adequado para se iniciar a contagem do tempo, se este se iniciaria após a publicação da lei 13.645, de 2017, que instituiu expressamente a laje como direito real ou se o prazo seria contado retroativamente.

Para resolver esse questionamento, é necessário verificar como foi inserido o direito de laje no nosso ordenamento. Como já dito anteriormente, o direito real de laje não é uma criação inusitada, ele já existia há um bom tempo e já era garantido ao lajeário o direito que atualmente é conhecido como laje, com a interpretação sistemática dos artigos 1.229 e 1.369 do Código Civil, bem como do artigo 21 do Estatuto da Cidade. Neste sentido, o direito de laje era considerado um desdobramento do direito de superfície, portanto, não há que se falar que o prazo somente poderá ser computado após a vigência da lei.

Farias *et al* (2019, p. 131) informam que não é difícil sustentar a tese da usucapião não retroativa com base no princípio da segurança jurídica, no sentido que não poderia “surpreender negativamente o proprietário do imóvel, através de um novo direito real, afrontando a propriedade”. Porém, essa tese, como é destacado em sua obra, não merece atenção em relação ao direito real de laje, tendo em vista que o direito real de laje é autônomo, independe do direito de propriedade.

Portanto, não resta dúvida de que para a usucapião do direito de laje é considerado o tempo mesmo que anterior à lei, ou seja, o tempo é retroagido ao momento efetivo da posse.

2.3 Modalidades da usucapião para aquisição do direito real de laje

Não resta dúvida de que o direito real de laje pode ser adquirido através da usucapião. Vale evidenciar quais são as modalidades de usucapião de que poderá se valer o lajeário para sua aquisição originária, bem como qual é o lapso temporal para sua aquisição.

2.3.1 Da usucapião extraordinária

O lajeário poderá se valer da usucapião extraordinária a qual poderá ser adquirida pelo percurso do tempo, após comprovados 15 anos de posse ininterrupta. Nesta modalidade de usucapião, não é necessário que se tenha boa-fé ou justo título, conforme expõe artigo 1.238 do Código Civil. Esse prazo poderá ser reduzido para 10 anos, caso haja moradia habitual conforme parágrafo único do mesmo artigo:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (BRASIL, 2002).

2.3.2 - Da usucapião ordinária

Outra modalidade em que o lajeário poderá se valer é da usucapião ordinária. Para se usucapir por essa modalidade, é necessário ter justo título e boa-fé, além do percurso do tempo de 10 anos. Nessa hipótese, também poderá o prazo ser reduzido para 5 anos se o direito de laje tiver sido adquirido de forma onerosa, se a escritura tiver sido cancelada posteriormente, além de o lajeário ter estabelecido moradia ou realizado investimento de interesse social, conforme nos aponta o artigo 1.242 e seu parágrafo único do Código Civil:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

2.3.3 Da usucapião especial urbana (constitucional)

Ainda existe a modalidade da usucapião constitucional urbana (especial), que também comporta a aquisição da laje. Para se usucapir por essa modalidade, é necessário ter o lapso temporal de 5 anos de posse da laje ininterrupta, e o imóvel não pode ter mais do que 250m², além de não ser o usucapiente proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Ainda é necessário que a utilização seja para sua moradia ou de

sua família, conforme precisão no artigo 1.240 e §§1º e 2º, do Código Civil:

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez (BRASIL, 2002)

2.3.4 Da usucapião familiar por abandono

Entendo ser possível também a usucapião familiar ao se falar de direito de laje, tendo em vista que esse direito de usucapir decorre do abandono do lar por um dos ou até mesmo do ex-companheiro, por 2 anos ininterruptos, desde que não haja oposição, que o imóvel seja de até 250m², que seja utilizado para moradia pelo usucapiente ou pela sua família, conforme expõe o Código Civil em seu artigo 1240-A e §1º:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos

e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. (BRASIL, 2002)

Existem outras modalidades de usucapião, como, por exemplo, usucapião especial rural, coletiva, expropriatória e indígena, porém essas não são cabíveis ao direito real de laje, tendo em vista as suas especificidades. Segundo Aguiar (2018), por conseguinte, em relação às demais modalidades, não há objeção da utilização no direito real de laje:

Por conseguinte, as demais espécies, quais sejam, a extraordinária, a ordinária, e as especiais, urbanas (pró-misero) e a familiar por abandono do lar, possibilitam suas incidências como modos aquisitivos, pela posse direta, contínua, ininterrupta, sem objeção, de boa-fé, e com a intenção de ser dono, do direito real de laje, por ostentarem requisitos similares, os quais não se mostram incompatíveis com aludida pretensão. (AGUIAR, 2018, p. 40).

2.4 Usucapião lajeária por via administrativa (Usucapião extrajudicial)

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma novidade ao nosso ordenamento jurídico. Visando a desjudicialização dos litígios e a celeridade processual, incluiu o artigo 1.071, que alterou a lei 6.015 de 1973 (lei de registros públicos), incluindo nesta o artigo 216-A, que viabilizou a possibilidade de reconhecimento da usucapião através de procedimento extrajudicial, ou seja, por via cartorária.

O reconhecimento da usucapião por via extrajudicial é reconhecimento facultativo para obtenção originária do direito real. Isso significa dizer que o titular do direito pode escolher por comodidade o que melhor lhe convém, processar via judicial ou extrajudicial.

A aquisição originária do direito de laje por via extrajudicial, assim como o direito de propriedade, poderá ser requerida ao Registrador de Imóveis, desde que tenha todos os requisitos legais para sua admissão, podendo ser inclusive processada em qualquer de suas modalidades.

Neste caso, deverá o advogado encaminhar um pedido formulado e devidamente assinado por si e pelo usucapiente ao Cartório de Registro de Imóveis onde estiver registrado o bem objeto da usucapião, devidamente acompanhado dos documentos elencados no artigo 216-A da lei de registros públicos, quais sejam: I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias; II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes; III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; IV - jus-

to título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel (BRASIL, LEI Nº 6.015/73).

Farias *et al* (2019, p. 144) ressaltam que o “ônus da prova é do requerente de demonstrar os requisitos necessários para à prescrição aquisitiva, inclusive o *animus* de lajeário que será apreciado pelo Oficial Registrador.”

O Oficial Registrador, além disso, deverá providenciar a notificação dos interessados, dos confinantes, dos cônjuges e companheiros e dos entes Federados, quais sejam, União, Estado, Distrito Federal e Município, pessoalmente ou por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido, sendo publicados editais no mesmo período para ciência de terceiros interessados, conforme artigo 216-A §§ 3º e 4º da Lei de Registro Públicos.

Sendo verificada a regularidade de toda a documentação e após notificados os interessados e não havendo nenhuma impugnação, deverá o Oficial Registrador registrar a aquisição originária da usucapião do direito de laje, com a devida descrição e, assim, abrir uma matrícula autônoma onde ficará registrada a aquisição do direito real.

Em caso de dúvida, caberá ao Oficial Registrador, para elucidação e esclarecimento, solicitar ou realizar diligências e, ao final, caso entenda que não haja requisitos suficientes ou caso a documentação não esteja em ordem, ele poderá recusar o pedido da usucapião extrajudicial, conforme expõe artigo 216-A §§ 5º e 8º da Lei de Registro Públicos.

Neste caso, poderá o usucapiente requerer que seja processada a usucapião por via judicial, conformes ensina Farias, Debs e Dias (2019) e o § 9º do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos:

Caso o tabelião detecte que a documentação apresentada não está regular, indeferirá o pleito usucaptivo. Nesse caso permite-se ao usucapiente se valer da via judicial na medida em que nada pode ser subvertido à apreciação do Poder Judiciário por força de mandamento constitucional (CF, art. 5º XXXV). (FARIAS; DEBS; DIAS, 2019, p. 147-148).

Outrossim, se o Oficial Registrador fizer a diligência e verificar que está tudo em conforme, porém houver impugnação do reconhecimento da usucapião extrajudicial, deverá o Registrador remeter os autos ao Juízo competente da Comarca da situação do imóvel, devendo o requerente emendar a petição para o procedimento judicial, conforme alusão do § 10º do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos.

Portanto, no caso da usucapião extrajudicial do direito de laje, deverá, primeiramente, o usucapiente procurar um Tabelionato de Notas da localidade do Imóvel para elaboração de uma Ata Notarial que atestará a posse lajeira, atestando “o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias” (BRASIL, LEI Nº 6.015/73) devendo, no caso de Minas Gerais, seguir os requisitos dos artigos 234, V² e 235 do provimento 260/2013 com as especifi-

2 Art. 234, Provimento 260/2013: “A ata notarial, dotada de fé pública e de força de prova pré-constituída, é o instrumento em que o tabelião, seu substituto ou escrevente, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos, as coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência ou o seu estado. [...] V - atestar o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, para fins de reconhecimento de usucapião” (MINAS GERAIS, 2013).

cações do § 3º, no caso deste último artigo, para elaboração da ata, os quais sejam:

Art. 235. São requisitos de conteúdo da ata notarial:

[...]

§ 3º A ata notarial para fins do disposto no inciso V do parágrafo único do art. 234 deste Provimento consignará a qualificação, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do requerente e do respectivo cônjuge ou companheiro, se houver, e do titular do imóvel lançado na matrícula objeto da usucapião e, além de outras circunstâncias, conforme o caso, o depoimento da testemunha e/ou da parte interessada que ateste:

I - o nome do atual possuidor do imóvel usucapiendo;

II - a descrição do imóvel, conforme consta na matrícula do registro, em caso de bem individualizado, ou a descrição da área, em caso de não individualização, devendo ainda constar as características do imóvel, tais como a existência de edificação, de benfeitoria ou de qualquer acessão no imóvel usucapiendo;

III - o número de imóveis atingidos pela pretensão aquisitiva e a localização: se estão situados em uma ou em mais circunscrições;

IV - os nomes dos confrontantes e, se possível, de eventuais titulares de direitos reais e de outros direitos incidentes sobre o imóvel usucapiendo e sobre os imóveis confinantes;

V - o tempo e as características da posse que se sabe ser exercida pela parte interessada e por eventuais antecessores sobre o imóvel usucapiendo;

VI - a forma de aquisição da posse do imóvel usucapiendo pela parte interessada;

VII - a modalidade de usucapião pretendida e a sua base legal ou constitucional;

VIII - eventual questionamento ou impedimento ao exercício da posse pela parte interessada;

IX - a continuidade e a durabilidade do exercício da posse pela parte interessada;

X - o exercício da posse com ânimo de dono pela parte interessada;

XI - quem é reconhecido como dono do imóvel usucapiendo;

XII - o valor do imóvel.

Posteriormente à elaboração da ata, é que o requerente levará ao Oficial Registrador o requerimento e os documentos para dar continuidade ao processo. Esse procedimento é uma inovação jurídica que, segundo Farias, Debs e Dias (2019), trouxe uma dinâmica para a lei, desafogando o judiciário e concretizando soluções por via extrajudicial, conferindo ao sistema uma tipificação privada. Além disso, ressaltam que a atuação estatal deve ser racionalizada para casos que efetivamente precisam de uma análise jurisdicional, com a devida eficiência.

3. DA EXTINÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE

O direito real de laje poderá se extinguir além da hipótese prevista no artigo 1.510-E, nos casos do artigos 1275 do Código Civil, ocorrendo a perda do direito de laje pelas seguintes hipóteses: I - por alienação; II - pela renúncia; III - por abandono; IV - por perecimento da coisa; e V - por desapropriação.

No caso do disposto do artigo 1.510-E, a extinção pela ruína da construção-base, dispõe Aguiar (2018) “que só não se ceifará se a unidade imobiliária for subterrânea, ou se o titular da construção originária, por inércia sua não proceder à reconstrução da mesma no prazo de 5 anos”. Neste caso, o prazo parece ser decadencial pelo perecimento da coisa. Além disso, poderá o culpado responder pela reparação dos danos.

Outra modalidade de extinção da laje se dará pela alienação voluntária, esta, por sua vez, extingue para si o direito real de laje, sendo instituído ao adquirente tal direito. Caso o adquirente seja proprietário da construção base, para este se extinguirá a laje e terá a propriedade plena.

Poderá também ser o direito real de laje extinto pela renúncia. Isso significa dizer que o lajeário deverá comparecer a um Tabelionato de Notas e providenciar uma escritura de renúncia de direito de laje e registralá à margem da referida matrícula.

Outrossim, perderá o direito real de laje pelo abandono do bem. Esta é feita de forma tácita, diferente da renúncia, bastando apenas sair da posse para que esse possa ser extinto, inclusive quando ocorre é passível de usucapião.

Da mesma maneira, poderá também ser extinto por desapropriação. Nesta modalidade, o poder público solicita o direito ao bem aclamado mediante pagamento de indenização prévia. Vale ressaltar que

caso a desapropriação não se justifique, o lajeário ou o proprietário do imóvel poderá pleitear que o bem seja devolvido ao seu patrimônio.

CONCLUSÃO

O direito real de laje é um direito que tem um viés social embutido muito grande, surgiu para garantir a segurança jurídica daqueles que, ao menos, pensavam em como resolver a situação de fato criadas pela necessidade social de ter uma moradia.

Neste sentido, o legislador caminhou muito bem ao definir o direito real de laje como um negócio jurídico, suscetível de transmissão tanto onerosa quanto gratuita, garantindo-se, assim, ao lajeário um maior conforto em negociar seus direitos e deveres.

Apesar de ser muito semelhante ao direito de superfície, este não se confunde com aquele, mas as regras referentes ao condomínio edilício deverão ser aplicadas no que couber ao direito real de laje.

Sua forma de aquisição se dará através de escritura pública, porém é cabível adquirir através da prescrição aquisitiva - a tão conhecida usucapião, visando sempre a função social do imóvel.

Portanto, conclui-se, que o direito real de laje tornou-se uma extensão do direito de propriedade, garantindo às partes uma segurança jurídica na aquisição de sua moradia, e com isso ressaltando a dignidade da pessoa humana, cumprindo-se, assim, a função social do direito real de laje.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Elizabete Alve de. O direito real de laje e sua aquisição pela usucapião. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/70648/o-direito-real-de-laje-e-sua-aquisicao-pela-usucapiao>> Acesso em: 29 set. 2019.

AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista Justiça do Direito, v. 21, n. 1, p. 111-120, jan. 2012. Disponível em <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2182/1413>> Acesso em: 21 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 29 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 30 out. 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos

para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União. Diário Oficial da União, Brasília, 08 set. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm#art109>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRANDELLI, Leonardo. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: Thompson Reuter, v. 82. ano 40, jan-jun 2017.

BRANDELLI, Leonardo. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: Thompson Reuter, v. 83. ano 40, jul-dez 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Debs, Martha El; Dias; Wagner Inácio. Direito de Laje do Puxadinho à Digna Moradia. 3. ed. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 47.

LAGO, Emerson Roberto. Tabelionato de Notas: Temas Aprofundados. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p.432.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Direito de laje: características e estruturas. Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: Thompson Reuter, v. 83, ano 40, p. 479, jul-dez 2017.

MINAS GERAIS. Provimento 260, 30 de outubro de 2013. Codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notariais e de registro. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpr02602013.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2019.

O USUFRUTO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

Amanda Batista Porto Soares³

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a possibilidade da aplicação do instituto do Usufruto em participação societária e as implicações deste uso aos usufrutuários e aos nu-proprietários.

Palavras-chaves: Direito civil. Usufruto. Direito societário.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar o usufruto de participação societária. Primeiro serão analisados o conceito e a natureza jurídica do instituto do usufruto e, em seguida, a sua utilização em participação societária.

O tema abordado é de suma importância para que sejam bem avaliados os reflexos do usufruto em participações societárias com vistas a evitar possíveis conflitos entre os envolvidos e a fim de que haja clareza quanto aos ônus e bônus previstos ao usufrutuário e ao nu proprietário.

É certo que o usufruto de participação societária também é muito usado como instrumento de planejamento sucessório, e esta foi uma das diretrizes de estudo para a construção do presente trabalho. Porém,

3 Amanda Batista Porto Soares, advogada, graduada em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Pós Graduada em Direito Civil Aplicado pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. amandabatistaporto@gmail.com

a referida afirmativa, em que pese ter sido diretriz, não será abordado a fundo neste estudo

2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO USUFRUTO

O Usufruto é direito real previsto no artigo 1.225, inciso IV, do Código Civil e está disciplinado no Título VI, Capítulos I a IV, artigos 1.390 a 1.411, também do Código Civil (BRASIL, 2002). Segundo Orlando Gomes, em *Usufruto de direitos*, “o usufruto de direitos consiste na atribuição a outrem das utilidades de um direito, durante um certo período de tempo, resguardada a sua existência e integridade” (GOMES).

Por sua vez, na obra *Instituições de direito civil – direitos reais*, Caio Mário da Silva Pereira afirma que “usufruto é o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa sem alterar-lhe a substância, enquanto temporariamente destacado da propriedade.” (PEREIRA). A definição dada pelo referido autor, aproxima-se do disposto no artigo 713 do Código Civil de 1916: “Art. 713. Constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade” (BRASIL, 1916). Embora tal dispositivo não tenha sido reproduzido no Código Civil de 2002, ele encontra-se implícito no Código atual, uma vez que as características do instituto, conforme se demonstrará a seguir, permaneceram inalteradas.

Para compreendermos o Instituto do Usufruto, é necessário entendermos a distinção entre dois elementos na propriedade – **proveito e substância**. No Usufruto, há um desdobramento dos poderes do proprietário, que outorga o **proveito** em caráter temporário ao usufrutuário e permanece com a **substância** do bem, tornando-se nu-proprietário, o que se pretende explicar neste tópico

Assim, convivem pacificamente os diversos poderes sobre o mesmo bem, sem se chocar ou anular, pois as titularidades se dão em planos qualitativos diferentes, o que, por exemplo, não ocorre no Instituto do Condomínio, em que os direitos são os mesmos, mas quantitativamente distintos.

2.1 Características

A partir da definição dada por Caio Mário, podemos extrair as principais características do Usufruto:

- a) é um direito real sobre coisa alheia, gravando temporariamente um bem em favor de uma pessoa, com efeito erga omnes;
- b) é temporário, podendo ser a termo, ou sob condição resolutiva, quando vitalício, extinguindo-se com a morte do usufrutuário;
- c) provoca o desdobramento da posse, atribuindo a posse direta ao usufrutuário e reservando a posse indireta ao nu-proprietário;
- d) é intransmissível, podendo apenas ser cedido o seu exercício (MÁRIO).

2.2 Objeto

Todos os bens passíveis de apropriação, sejam eles apenas úteis à exploração ou frugíferos, podem ser frutuários ou usufruídos. Além de serem passíveis de apropriação, os bens devem ser alienáveis, para sobre eles recair o gravame de uso e fruição, com transmissão parcial

das faculdades reais, o que impede o usufruto sobre bens gravados com cláusula de inalienabilidade⁴, bem como sobre bem de família.

Os direitos intransmissíveis, como a servidão, o uso e a habitação não admitem o usufruto. Também não podem constituir usufruto sobre a coisa, aqueles titulares de direitos reais que não têm a prerrogativa de usar e de fruir, como o penhor, a hipoteca e a propriedade fiduciária.

Pelo contrário, admite-se o gravame do usufruto instituído pelos titulares dos direitos reais de superfície, de anticrese, de promitten- te comprador imitado na posse, de enfiteuse e a propriedade resolúvel. Sendo que, em tais hipóteses, o direito de usufruto não ultrapassa o direito real sobre o qual recai. Portanto, extinta a superfície, extingue-se o usufruto, ou, resolvido o compromisso de compra e venda, com ele resolve-se o usufruto.

O usufruto pode recair sobre coisas (bens corpóreos) móveis ou imóveis, singulares ou coletivas, assim como sobre bens incorpóreos. Desde que sejam transmissíveis, admite-se o usufruto sobre créditos, o que abrange direito sobre valores, direitos de coparticipação, direitos intelectuais, sobre patrimônio ou sobre uma empresa. Assim, também cabe, por exemplo, usufruto sobre as quotas de uma sociedade limitada ou sobre as ações de uma sociedade anônima.

4 Código Civil: “Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.” (BRASIL, 2002).

2.3 Classificação

O usufruto pode ser classificado quanto à causa, ao objetivo, à extensão e à duração:

- a) quanto à causa: o usufruto pode ser legal ou convencional. O primeiro (convencional) decorre de negócio jurídico *inter vivos* ou *causa mortis*. É ato solene, pois exige forma escrita, qualquer que seja o objeto. O segundo (legal) é aquele estabelecido por lei, em determinadas situações jurídicas, independentemente da vontade das partes, por exemplo, tem-se o usufruto aos indígenas, instituído pela Constituição Federal (artigo 231), das riquezas naturais e utilidades das terras por eles ocupadas;
- b) quanto ao objeto: o usufruto é geral (universal) ou particular, conforme recaia sobre uma universalidade, ou parte ideal dela (patrimônio, herança), ou sobre objeto determinado;
- c) quanto à extensão: o usufruto é pleno, quando abrange todos os frutos e utilidades da coisa, ou restrito, quando se exclui parte desses poderes. Assim, nada impede que constem do título certas limitações dos poderes transferidos para o usufrutuário;
- d) quanto à duração: pode ser a termo certo, sob condição ou vitalício, sendo este extinto somente com a morte do usufrutuário. O usufruto não ultrapassa a vida do usufrutuário, por isso se diz que é constituído sobre sua cabeça. A morte do usufrutuário é causa automática de extinção do usufruto, mas a morte do nu-proprietário não gera nenhuma consequência, salvo convenção das partes em contrário, pois os herdeiros receberão o bem onerado pelo usufruto.

Compreendidos o conceito e a natureza jurídica do usufruto, bem como suas características, objeto e classificações, será analisado no próximo tópico o usufruto de participações societárias.

3. USUFRUTO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

O capital social de uma sociedade empresária é formado pela soma das contribuições dos sócios, que são destinadas à realização do objeto social.

Nas sociedades limitadas, ao contribuírem para o capital social, os sócios recebem quotas, que, do ponto de vista dos sócios, representam direitos e obrigações inerentes à sua condição de sócio da sociedade. Por outro lado, sob o ponto de vista da sociedade, as quotas são “os contingentes de bens, com os quais os sócios contribuem ou se obrigam a contribuir para a sociedade” (MENDONÇA, 2001, v.1, p. 38).

Por sua vez, nas sociedades anônimas, as ações são os títulos livremente negociáveis (valores mobiliários) representativos do capital social, conferindo aos seus titulares o direito de participar dos resultados da atividade da companhia.

O artigo 40 da Lei 6.404/76, conhecida como Lei das Sociedades Anônimas (“LSA”), autoriza o usufruto de ações, *in verbis*:

Art. 40. O usufruto, o fideicomisso, a alienação fiduciária em garantia e quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem a ação deverão ser averbados:

I - se nominativa, no livro de “Registro de Ações Nominativas”;

II - se escritural, nos livros da instituição financeira, que os anotará no extrato da conta de depósito fornecida ao acionista

Parágrafo único. Mediante averbação nos termos deste artigo, a promessa de venda da ação e o direito de preferência à sua aquisição são oponíveis a terceiros (BRASIL, 1976).

Ao comentar este artigo, Nelson Eizirik afirma que

Embora tenha surgido com finalidade de caráter basicamente alimentar, o usufruto transformou-se em instituto de conteúdo mais amplo, podendo ter inclusive natureza mercantil, como ocorre com o usufruto de ações, que se transformou em instrumento relevante de operações comerciais e bancárias. Nesse tipo de usufruto, o usufrutuário não tem a propriedade das ações – que é do nu proprietário -, mas tem o direito de receber os dividendos dela decorrentes (EIZIRIK, 2011, p. 253-254).

Ao instituir o usufruto, o doador pode impor restrições ao direito de propriedade do donatário, como cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, que visam, respectivamente, a proibir a alienação do bem gravado, a impedir a sua penhora por dívidas contraídas por seu titular ou a evitar que ele venha a integrar o patrimônio comum, no caso de o proprietário casar-se sob o regime de comunhão de bens. Contudo, os benefícios em favor dos donatários e

legatários devem ser superiores às restrições que lhes foram impostas, sob pena de, ao invés de lhes protegerem, imporem ônus excessivos e descabidos.

O direito de o usufrutuário das ações receber os dividendos dela decorrentes está previsto no artigo 205 da LSA: “Art. 205. A companhia pagará o dividendo de ações nominativas à pessoa que, na data do ato de declaração do dividendo, estiver inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação” (BRASIL, 1976).

A respeito de os dividendos serem declarados após a extinção do usufruto, mas correspondentes a exercícios em que eles estavam em vigor, Eizirki ensina que

O direito de crédito dos acionistas ao dividendo não surge do balanço de encerramento do exercício, mas da sua aprovação pela assembleia geral e da deliberação de destinar os lucros, ou parte deles, ao pagamento de dividendos. A Lei da S.A. estabelece que a companhia pagará o dividendo de ações nominativas à pessoa que, na data do ato de sua declaração, estiver inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação (artigo 205).

Não obstante o Código Civil definir que os frutos civis, vencidos na data inicial do usufruto, pertencem ao proprietário, e ao usufrutuário os vencidos na data em que cessa o usufruto, ainda que relativos a exercício social em que estava em vigor, deverão ser pagos ao nu-proprietário (que com a extinção do usufruto passou a ser o pleno proprietário das ações), pelas razões acima e pelo fato de constituírem os dispositivos da Lei das S.A.,

normas de natureza especial e prevalecerem, necessariamente, sobre a regulação geral do instituto do usufruto pelo Código Civil (EIZIRIK, 2011, p. 262-263).

Além de receber os dividendos decorrentes das ações, o usufrutuário tem o direito de preferência à subscrição de ações, quando não exercido pelo acionista até 10 (dez) dias antes do vencimento do prazo, poderá sê-lo pelo usufrutuário, conforme § 5º, do artigo 171, da LSA:

Art. 171. Na proporção do número de ações que possuírem, os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital.

[...]

§ 5º No usufruto e no fideicomisso, o direito de preferência, quando não exercido pelo acionista até 10 (dez) dias antes do vencimento do prazo, poderá sê-lo pelo usufrutuário ou fideicomissário (BRASIL, 1976).

Portanto, as pessoas legitimadas a subscrever as ações são o nu-proprietário e o fiduciário, mas casos estes não exerçam o seu direito de preferência dentro do prazo assinalado pela Lei das S.A., esse direito poderá ser exercido pelo usufrutuário ou fideicomissário, que subscreverão as ações em nome próprio, sendo, assim, os seus titulares.

Em relação ao direito de voto da ação gravada com o usufruto, de acordo com o disposto no artigo 114 da LSA, admite-se que ele seja regulado no ato de constituição do gravame, e, caso isso não ocorra, somente poderá ser exercido mediante prévio acordo entre o proprie-

tário e o usufrutuário, sendo recomendável que este acordo também seja averbado no livro de “Registro de Ações Nominativas”, ou nos livros da instituição financeira depositária, conforme sejam as ações registradas ou escriturais: “Art. 114. O direito de voto da ação gravada com usufruto, se não for regulado no ato de constituição do gravame, somente poderá ser exercido mediante prévio acordo entre o proprietário e o usufrutuário.” (BRASIL, LEI Nº 6.404/76).

Assim, a não determinar, inexistindo acordo prévio entre as partes, quem é o titular do direito de voto, o dispositivo legal não define com clareza os direitos de propriedade, o que prejudica a formação do preço das ações, gravadas com usufruto.

Sobre a exigência do acordo prévio entre o usufrutuário das ações e o nu-proprietário, Nelson Eizirik (2011) pontua que

Ao exigir o prévio acordo das partes, impedindo o exercício do direito de voto na sua ausência, a Lei das S.A. levou em consideração o conflito de interesses que pode existir entre usufrutuário e nu-proprietário: o primeiro desejoso de receber dividendos e o segundo interessado no reinvestimento dos lucros nas atividades empresariais. A posição do legislador nacional é singular e reflete o dissídio no direito comparado: em algumas legislações, o voto cabe ao nu-proprietário; em outras ao usufrutuário; em outras, ainda, a ambos, atribuindo-se ao usufrutuário o voto em assuntos administrativos e ao nu-proprietário nos demais. Do ponto de vista econômico, a solução adotada pela Lei das S.A. é passível de críticas, por não definir claramente os direitos de propriedade.

Quando o usufrutuário abrange a totalidade dos direitos, econômicos e políticos, considera-se que o usufrutuário se equipara ao acionista, mantendo o nu-proprietário a titularidade de alguns direitos futuros, como o de subscrever aumentos de capital e de consolidar a propriedade plena no momento da extinção do usufruto.

De acordo com o parágrafo único, do artigo 1.053 do Código Civil, o Contrato Social pode prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima:

Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima (BRASIL, 2002).

Assim, para que possam as normas da LSA sobre o usufruto de ações serem aplicadas supletivamente nas sociedades limitadas, possibilitando o usufruto de suas quotas, é necessário que haja previsão no contrato social, quanto à regência supletiva pelas normas da LSA. Nesse sentido, posicionou-se a Colenda 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 0114932-79.2011.8.13.0518, de relatoria do Desembargador José Flávio de Almeida, na qual discutiu-se a extensão do usufruto instituído sobre quotas de uma sociedade limitada, sobre os bens imóveis que compunham o seu capital social:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - JUSTIÇA GRATUITA - PROVA DO ESBULHO - IMÓVEIS INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO DA EMPRESA - USUFRUTO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL.

1. O requerimento de justiça gratuita pode ser formulado a qualquer tempo ou grau de jurisdição, nos termos do caput do artigo 99 do Código de Processo Civil. 2. Não havendo fundadas razões para indeferir o pedido, mormente quando a parte contrária não comprova a capacidade financeira do requerente, o benefício da justiça gratuita deve ser deferido. 3. Com a formalização do usufruto vitalício, o usufrutuário permanece com direito de uso, de administração e de recebimento de todos os frutos que possam advir do bem. De outro lado, o nu-proprietário que recebeu o bem como doação tem garantido que ele será cuidado e administrado pelo usufrutuário. 4. Havendo previsão no contrato social de usufruto das quotas sociais e não dos imóveis que constituem o capital social da empresa, uma vez provado comodato verbal e prévia notificação que caracteriza esbulho, a reintegração da sociedade na posse do imóvel é medida que se impõe. Data de Julgamento: 23/09/2017. (MINAS GERAIS, 2017, grifos do autor).

Em seu voto, o Desembargador Relator destacou que o usufruto quando não constituído sobre os bens imóveis incorporados ao capital social, mas apenas sobre as quotas sociais, não recai sobre tais bens imóveis, cabendo ao usufrutuário eventuais frutos advindos do bem,

de acordo com o que pactuado no contrato social. Abaixo, destacam-se alguns trechos do voto:

Do usufruto das cotas sociais:

Necessário, então, verificar a extensão do usufruto das cotas sociais em favor da apelante, ou seja, se o usufruto das cotas sociais abrange os bens imóveis que constituem o capital da empresa.

Usufruto é o direito real sobre coisas alheias, conferindo ao usufrutuário (pessoa para quem foi constituído o usufruto) a capacidade de usar as utilidades e os frutos (rendas) do bem, ainda que não seja o proprietário. O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos (rendas).

O contrato social da apelada instituiu, em favor da apelante, o usufruto vitalício sobre suas cotas sociais (ff. 99), conforme disposto na cláusula terceira, parágrafo segundo. Confira-se:

CLÁUSULA TERCEIRA - Capital Social

[...] Parágrafo Segundo - As quotas do capital social definidas acima como sendo dos sócios William Marduy Júnior, Mariana Andrade Marduy e Gustavo Andrade

Marduy, são doadas, neste ato, pelos genitores William Marduy e Sueli Andrade Marduy com cláusula de usufruto vitalício e sucessivo em favor dos doadores e in-comunicabilidade com eventuais futuros cônjuges dos [doadores/usufrutuários].

Com a formalização do usufruto vitalício, o usufrutuário permanece com direito de uso, de administração e de recebimento de todos os frutos que possam advir do bem. De outro lado, o nu-proprietário que recebeu o bem como doação, tem garantido que ele será cuidado e administrado pelo usufrutuário. No caso dos autos, a administração da sociedade cabe ao sócio usufrutuário William Marduy (CLÁUSULA QUARTA - Administração da Sociedade; f. 99).

Em que pese os argumentos da apelante, como bem pontuado pelo magistrado a quo, não há qualquer cláusula no citado contrato social que institua a favor da apelante o usufruto sobre os bens imóveis que constituem o capital social da empresa.

O usufruto não foi constituído sobre os bens imóveis incorporados ao capital social, mas sobre as quotas sociais. Ao usufrutuário caberá eventuais frutos advindos do bem, de acordo com o que pactuado no contrato social.

À míngua de provas mais robustas, as afirmações das partes permitem a conclusão de que celebraram comodato verbal e que a apelante, devidamente notificada da intenção da apelada em reaver os imóveis, não o restituiu à apelada, ensejando a reintegração desta na posse do imóvel, sem maiores oposições. (MINAS GERAIS, 2017, grifos do autor).

Com tais argumentos, a tese do Relator conduziu o acórdão proferido pela Câmara, que negou provimento a apelação interposta pela nu-proprietária das quotas sociais, que pretendia permanecer no imóvel de propriedade da sociedade, determinando, assim, a reintegração de posse do imóvel pela sociedade.

Na Solução de Consulta nº 196 (“COSIT”), de 05 de novembro de 2018, a Receita Federal fez a seguinte afirmação: “O fato de seu titular ser nu-proprietário de quotas que representam mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar nº 123, de 2006, constitui-se em vedação à opção pelo Simples Nacional”.

O inciso IV do § 4º do art. 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006, dispõe que

3º

[...]

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: [...]

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

[...]

§ 5º O disposto nos incisos IV e VII do § 4º deste artigo não se aplica à participação no capital de cooperativas de crédito, bem como em centrais de compras, bolsas de subcontratação, no consórcio referido no art. 50 desta Lei Complementar e na sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar, e em associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária e outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 6º Na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte incorrer em alguma das situações previstas nos incisos do § 4º, será excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o art. 12, com efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva (BRASIL, LEI COMPLEMENTAR Nº123/2006)

Ao formular tal consulta, o contribuinte defendeu a tese de que, como usufrutuário de quotas de sociedade que possui direitos entre os quais estão os principais elementos caracterizadores da condição de sócio, então não pode ser classificado como sócio o nu-proprietário das

mesmas quotas, pois a esse não restariam direitos característicos de sócio. Com tal argumento, o contribuinte concluía que, mesmo que seu titular participe com de 10% (dez por cento) do capital da outra empresa, o Consulente não estaria obrigado a respeitar o limite previsto no inciso IV do § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123.

Para afastar a tese defendida pelo contribuinte, a Receita Federal defendeu que o inciso IV do § 4º do art. 3º do dispositivo legal supracitado, não estabelece vedação apenas no caso em que o titular de empresa optante pelo Simples Nacional exerça determinados direitos de sócio em outra empresa. A vedação configura-se pela mera participação, caso a soma das receitas ultrapasse o limite mencionado.

A Receita Federal também defendeu que, ainda que hajam diversas restrições aos direitos que o nu-proprietário das quotas possa exercer, os direitos contidos na nua-propriedade possuem valor econômico, devendo, inclusive, ser declarada na Declaração do Imposto sobre a Renda da pessoa física, conforme determina o artigo 25, § 1º, inciso IV, da Lei nº 9.250, de 26 de fevereiro de 1995:

Art. 25. Como parte integrante da declaração de rendimentos, a pessoa física apresentará relação pormenorizada dos bens imóveis e móveis e direitos que, no País ou no exterior, constituam o seu patrimônio e o de seus dependentes, em 31 de dezembro do ano-calendário, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados no mesmo ano.

§ 1º Devem ser declarados:

[...]

IV - os investimentos em participações societárias, em ações negociadas ou não em bolsa de valores e em ouro, ativo-financeiro, adquiridos a partir do ano calendário de 1996, cujo valor de aquisição unitário seja igual ou superior a R\$ 1.000,00 (um mil reais).

§ 2º Os bens serão declarados discriminadamente pelos valores de aquisição em Reais, constantes dos respectivos instrumentos de transferência de propriedade ou da nota fiscal.

[...] (BRASIL, LEI Nº 9.250/1995, grifos do autor).

Em seus argumentos, por fim, a Receita Federal sustentou que, para que a cessão das quotas em questão tenha efeitos quanto à sociedade e terceiros, o respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes, deve ser averbado, conforme o disposto no parágrafo único do art. 1057 do Código Civil:

Art. 1.057. Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua quota, total ou parcialmente, a quem seja sócio, independentemente de audiência dos outros, ou a estranho, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social.

Parágrafo único. A cessão terá eficácia quanto à sociedade e terceiros, inclusive para os fins do parágrafo único do art. 1.003, a partir da averbação do respectivo instrumento, subscrito pelos sócios anuentes. (BRASIL, 2002, grifos do autor).

Assim, mesmo sendo nu-proprietário, o contribuinte será sócio da outra empresa a partir da averbação do mencionado instrumento, no qual estarão também indicados a quantidade e valor das quotas cuja nua-propriedade possui, atestando sua participação no capital daquela empresa. Logo, o nu-proprietário de quotas está incluído na vedação contida no discutido inciso IV do § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, se a soma das receitas ultrapassar o referido limite.

A consequência de incorrer nessa vedação é, de acordo com o igualmente citado § 6º do art. 3º da Lei Complementar Nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (BRASIL, 2006), a exclusão do tratamento jurídico diferenciado, bem como do Simples Nacional, com efeitos a partir do mês seguinte à incorrida a situação impeditiva.

A partir de todos esses argumentos, a Receita Federal respondeu a Consulta afirmando que não poderia se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006 (BRASIL, 2006), incluído o Simples Nacional, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica, cujo titular ou sócio, participe, mesmo na condição de nu-proprietário, de quotas sociais com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela referida Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II, do caput do art. 3º da mesma Lei Complementar:

ASSUNTO: SIMPLES NACIONAL PARTICIPAÇÃO NO CAPITAL DE OUTRA SOCIEDADE. NU-PROPRIETÁRIO DE QUOTAS SOCIAIS. LIMITES DE RECEITA BRUTA. VEDAÇÃO.

Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123, de

2006, incluído o Simples Nacional, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica cujo titular ou sócio participe, mesmo na condição de nu-proprietário de quotas sociais, com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela referida Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput do art. 3º da mesma Lei Complementar;

Dispositivos Legais: Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, § 4º, IV (BRASIL, 2006).

4. CONCLUSÃO

Conforme exposto nos tópicos anteriores, o usufrutuário e o nu-proprietário são titulares simultâneos de direitos, apesar de o último não ter direito de uso e fruição do bem. Assim, a instituição do usufruto sobre participação societária (quotas e ações) não retira do sócio seu direito de votar nas deliberações sociais, salvo acordo entre o nu-proprietário e o usufrutuário.

Em empresas familiares, é comum a utilização da doação de participação societária com reserva de usufruto, como meio de planejamento sucessório, pois, enquanto os doares forem vivos, é como se a doação não tivesse ocorrido, em razão de o donatário deter apenas a propriedade nua das quotas ou ações da sociedade.

Ocorrendo o falecimento do doador, a doação se conclui, extinguindo-se o usufruto, e a participação societária doada é transmitida ao donatário, sem que seja necessária a realização de inventário, bastando o registro do atestado de óbito na Junta Comercial em que a sociedade é registrada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Código civil: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em Acesso: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Diário Oficial da União, Brasília, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. Solução de Consulta nº 196 – COSIT, de 5 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=96489&visao=anotado>>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, 14 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

EIZIRIK, Neison. A Lei das S/A Comentada. Volume I: Arts. 1º a 120. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GOMES, Orlando. Usufruto de direitos. Revista Forense, v. 180, p. 36-41.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 0114932-79.2011.8.13.0518. Relator: Desembargador José Flávio de Almeida. Belo Horizonte, 05 abr. 2017.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9250.htm>

MENDONÇA, J. X. Carvalho de. Tratado de direito comercial brasileiro. Atualizado por Ruymar de Lima Nucci. Campinas: Bookseller, 2001.

VERSIANI, Fernanda Valle. Usufruto de participações societárias: uma visão de planejamento sucessório em empresas familiares. Belo Horizonte: D'plácido, 2017.

COMO A REURB-S POSSIBILITOU O ACORDO EM PROCESSO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE DE OCUPAÇÃO DE EDIFICAÇÃO NA ZONA SUL DE BELO HORIZONTE

Diego de Sousa Pugas⁵

Resumo: O presente artigo visa expor alguns aspectos inerentes à ocasião da ocupação de um edifício situado na Zona Sul de Belo Horizonte/MG, pela Ocupação Carolina de Jesus, e como os instrumentos urbanístico-normativos contidos na REURB (Lei Federal nº 13.465, de 11 de julho de 2017) possibilitaram um acordo para a desocupação pacífica do imóvel e realocação das famílias e indivíduos ali presentes.

Palavras-chave: Ocupação. Urbanização. Posse. REURB.

1. INTRODUÇÃO

De fato, como já concluiu Eric Hobsbawn, vivemos numa era dos extremos. Conflitos diários cada vez mais polarizados como o bem e o mal, o certo e o errado, a esquerda e a direita. No campo jurídico, por mais que os diversos institutos argumentativos que rodeiam as discussões processuais tenham como fundamento básico a lei, tem-se que estes conceitos indiretamente permeiam os argumentos das partes e as decisões proferidas.

Tais conceitos tornam-se ainda mais relevantes quando confrontados com outro que, a bem da verdade, é mais do que um conceito,

⁵ Advogado, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduando em Direito Civil Aplicado pelo IEC-PUC Minas. Consultor Jurídico da CMI-SECOVI de Minas Gerais. E-mail: diegospugas@gmail.com.

é uma necessidade básica e fundamental do indivíduo, que é o direito à moradia. Necessidade esta tão relevante que, inclusive, encontra-se tutelada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e, em nosso ordenamento jurídico pátrio, reconhecido como direito social, previsto na Constituição da República, em seu artigo 6º (BRASIL, 1988).

Além disso, esse direito é incluído no rol de responsabilidades atribuídas ao Estado para a tutela e provisionamento, quando o indivíduo, por qualquer motivo que seja, não for capaz de prover. É sabido que, infelizmente, a situação de desigualdade gerada pela injusta distribuição de riqueza, pelas dificuldades enfrentadas pela maioria dos brasileiros para encontrar um emprego com salários que lhes oportunizem obter moradia digna e provimento de suas necessidades básicas é extremamente relevante. E, por isso, o Estado, num contexto social e preocupado com as necessidades básicas dos sujeitos nele inseridos, deve ser atento a tais necessidades.

No entanto, não é nenhuma novidade que o mesmo Estado encontra-se assoberbado em suas responsabilidades, contumaz inadimplente com as suas obrigações constitucionais, dentre as quais a obrigação de assegurar que os indivíduos que tenham necessidade e a ele recorram tenham uma moradia digna. A resposta é ineficaz, a atuação é sofrível. Por mais que as entidades e autarquias se modernizem, adaptem-se à legislação vigente, por questões financeiras e, até mesmo de infraestrutura, o Estado não é capaz de conceder, a devido tempo e modo, a tutela do direito da moradia buscada pelas partes.

O resultado? Aproximadamente 101.854 pessoas encontram-se numa situação de rua, sem moradia fixa, o que gera, via de consequência, inúmeros outros problemas reflexos, como o aumento da criminalidade, sobrecarga no sistema de saúde, entre outros. Esta mazela motiva a busca por soluções alternativas por parte daqueles afetados pelo

problema que, como não poderia deixar de ser, passam a se mobilizar numa tentativa de “buscar a solução com as suas próprias mãos”, face à inércia e à ineficácia das soluções propostas pelo Estado que, em sua maioria, são teóricas.

Exemplo disso são os coletivos e movimentos sociais que buscam a tutela da moradia, a distribuição de terras, dentre outros. Há o famigerado e, por que não dizer, tradicional MST (Movimento dos Sem-Terra) que, desde meados dos anos 1980, executa suas atividades como forma de forçar o cumprimento da legislação que prevê uma justa reforma agrária. No campo urbano, mais precisamente em Belo Horizonte, destaca-se o MLB (Movimento de Luta nos Bairros, Vilas e Favelas) que congrega famílias na situação de ausência de moradia fixa, protestando por uma reforma urbana (MBL, 2019). Este movimento é o protagonista da situação objeto de análise no presente texto.

2. O IMÓVEL E O INÍCIO DA OCUPAÇÃO

Situa-se na Avenida Afonso Pena, nº. 2.300, no bairro Funcionários, na regional centro-sul de Belo Horizonte, hipervalorizada comercialmente, uma edificação de propriedade da Fundação Sistel de Seguridade Social, por ela adquirida em 10/05/1982. Segundo a versão sustentada pela proprietária, a referida edificação, na época do início da ocupação (2017), havia acabado de passar por um processo de revitalização, para que os andares componentes do edifício pudessem ser comercializados para locação e/ou venda.

Muito embora fosse esta a situação ocorrida, na madrugada do dia 06/09/2017, iniciaram-se processos de ocupação dos andares da edificação, pelos membros do MLB, sob o argumento de que o prédio há muito encontrava-se abandonado, sem qualquer uso e totalmente negligenciado por sua proprietária.

A situação de abandono, segundo o basilar ponto de vista dos membros da ocupação, não se justificava, pelo que o MLB passou a ocupar a edificação, como modo de a ela conferir a justa função social da propriedade imóvel, uma vez que passou a ser a moradia de aproximadamente 200 famílias, compostas por homens, mulheres, crianças, seus animais de estimação e seus pertences. Ali dentro seria estabelecida uma ordem de uso, com normas próprias, tudo visando a coabitação pacífica de seus membros, no que alegam ser um ideal de justiça social.

A ocupação foi batizada “Ocupação Carolina de Jesus”, em homenagem à escritora mineira homônima, cuja obra é internacionalmente reconhecida por *Quarto de Despejo*, publicado em 1960, denunciando as lutas, pela sobrevivência, de uma mulher negra e pobre, residente na região periférica de São Paulo, relatando o sofrido cotidiano da vida na favela (LITERAFRO, 2019).

As 200 famílias passaram a ocupar praticamente todos os andares do edifício, o que rapidamente atraiu a atenção de todos os belo-horizontinos, seja pelo fato de que um imóvel que, até então, era mais um entre os demais passou a ser o símbolo de luta e resistência, especialmente porque os que ali estavam passaram a ostentar aquela ocupação com a marca de seu grupo, bandeiras e faixas, anunciando que dali ninguém os retiraria.

3. OCUPAÇÃO OU INVASÃO?

Como não poderia deixar de ser, a ocupação em questão ocasionou mal-estar à proprietária do imóvel, a fundação Sistel de Seguridade Social, que, quase imediatamente, propôs a respectiva Ação de Reintegração de Posse, autuada sob o nº. 5129491-70.2017.8.13.0024, perante a 14ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte. Na referida ação, a SISTEL alegou ser a legítima proprietária e possuidora do imó-

vel, não havendo qualquer situação de negligência, visto que sempre teria dado a ele a respectiva função social, agindo com expresso *animus domini*, o que tiraria toda e qualquer legitimidade da *ocupação* havida que, na realidade, revestia-se de ato ilícito, consubstanciado em esbulho possessório, uma verdadeira invasão que caberia ao Poder Judiciário, provocado por meio da respectiva ação possessória, coibir, retornando a coisa à sua situação fática anterior.

Interessante destacar que o termo “invasão” é ausente na redação do estudo das tutelas possessórias no texto do Código Civil (sendo tecnicamente mais adequado o correspondente “esbulho”), ao passo que o termo “ocupação” possui uma definição legal previamente atribuída.

Recorrendo à tradicional doutrina de Maria Helena Diniz (2002), tem-se que o esbulho pode ser qualificado como sendo “o ato pelo qual o possuidor se vê despojado da posse injustamente, por violência, por clandestinidade e por precariedade”.

Já a ocupação, pelo menos para a finalidade perseguida neste estudo, enquadra-se na previsão do artigo 1.263 do Código Civil Brasileiro: “Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei” (BRASIL, 2002).

A validade e a manutenção deste conceito legal devem-se à Teoria Subjetivista da Posse de Carl Von Savigny, que preleciona a necessidade do constatar contato físico da pessoa com a coisa, inclusive como forma de possibilitar a aquisição de sua propriedade pela via da usucapião.

Mas a ocupação tal como será discutida possui outros contornos, delineados pela sua motivação, pela política, pela sociologia e, sobretudo, pela ideologia.

Estes anseios, vale dizer, não são meros desejos, e encontram respaldo legal na Constituição da República, como já dito, mas também

na legislação esparsa, numa tentativa de dar eficácia a uma norma de natureza programática, como, por exemplo, no Estatuto da Terra e na recente Lei 13.465/2017, que regulamentou a já existente REURB.

A ocupação, portanto, ausentes os requisitos de violência e ilegitimidade, quando feita em imóvel que não cumpre a sua função social, muito se distancia de uma invasão, que é verdadeiro ato ilícito nas esferas civil e criminal. Sobre o tema, vale destacar o entendimento da professora e advogada mineira Delze dos Santos Laureano:

Mesmo tendo dito o óbvio, acredito que valha a pena, de vez em quando, refrescar a memória dos mais desinformados acerca da legitimidade das ações dos que lutam de forma organizada pelo direito à moradia, pela reforma agrária, pelo direito de ter trabalho e renda. Todos os direitos sociais são tão protegidos pelas leis brasileiras quanto o direito à propriedade. Ressalvado apenas que o direito à propriedade sofre a restrição fundamental da exigência do cumprimento da função social, conforme explicado acima. Melhor pensar como os anarquistas: “Toda propriedade privada é um roubo!” Toda especulação imobiliária deve ser considerada um roubo e não merece proteção jurídica (LAUREANO, 2009).

Todavia, em se tratando de um processo judicial, a argumentação das partes é a chave para o êxito de seu pleito, sendo certo que tais questões só seriam levantadas muito após o ajuizamento da ação de reintegração de posse, razão pela qual o juiz, a partir da análise sumária dos fatos, fundamentos e da documentação trazida pela SISTEL, conce-

deu a tutela de urgência pretendida, convencido dos requisitos exigidos pelo art. 561 do Código de Processo Civil para a proteção possessória, que são a posse anterior e o esbulho praticado, sendo que, naquele momento, a ocupação em questão revelava-se ato ilícito, passível da proteção possessória, conforme o teor da decisão proferida:

A fundação demandante, já com a petição inicial, demonstrou haver dado em locação a cobertura do imóvel e também uma loja, situada no andar térreo, onde funciona uma casa lotérica, o que inculca, em juízo de delibação muito próprio desta fase, o exercício do ius fruendi que não é senão uma das exteriorizações do domínio a merecer a proteção dos interditos.

As fotografias adunadas, outrossim, demonstram que as instalações encontram-se em bom estado de conservação, o que intui que a demandante vem prestando os desvelos necessários ao imóvel.

Foram colacionados comprovantes de pagamento de IPTU e de contas de consumo.

Quanto à invasão, mereceu ampla divulgação pela imprensa local, como se pode ver da matéria publicada no sítio G1 mantido na rede mundial de computadores intitulada “Famílias ocupam prédio na Avenida Afonso Pena, em Belo Horizonte”, dando conta da data da invasão como sendo precisamente o dia 06.set.2017, conforme anuncia a petição inicial.

É da experiência que a perpetuação de situações como a de que se cuida tende a incutir nas famílias em situação de vulnerabilidade a sensação de permanência, até

porque é o direito à moradia direito social assegurado pela Constituição da República (CR/88), mas que não pode ser exercido em detrimento da propriedade privada, a não ser nos casos e nas formas legais.

Eis porque entendo que, de par com o *fumus boni iuris* demonstrado, o *periculum in mora* reside não só na necessidade do titular da posse recobrá-la da maneira mais presta possível, mas também em atenção à salvaguarda das legítimas expectativas dos próprios ocupantes, de vez que a demora e a crença na permanência são geratrizes de futuro desassossego e aflição para as famílias, sem falar nas tensões sociais causadas por reintegrações tardiamente efetivadas.

Nessa ordem de considerações, DEFIRO a medida liminar ambicionada para determinar que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, os ocupantes do imóvel deixem-no de forma voluntária, sob pena de, ultrapassado o prazo, ser promovida a reintegração forçada.

Vale repisar que a decisão em questão foi proferida em caráter de análise de tutela de urgência, com base nas informações disponíveis naquele momento, sendo que, somente após o cumprimento da medida, caso não houvesse reforma da decisão por instância superior, as partes teriam a oportunidade de discutir sobre a natureza da ocupação, como foi feito.

A discussão acerca da existência de um alto número de famílias presente no local só foi realizada a partir do momento em que a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais interpôs o Agravo de Instrumento nº. 1.0000.17.080879-4/001, de relatoria do Desembarga-

dor Álvares Cabral da Silva, trazendo aos autos algumas ponderações acerca dos efeitos do cumprimento da reintegração de posse e da necessidade da tomada de medidas para minimizar os prejuízos sofridos por aqueles indivíduos, tendo em vista que o local objeto da ação passou a ser a moradia deles.

4. DA FUNÇÃO SOCIAL

Há muito, em nosso ordenamento jurídico, a propriedade deixou de ser a mera titularidade do bem, sendo exigidas do proprietário algumas ações sobre o bem, sob pena de determinadas penalidades, inclusive a expropriação. Passa-se a discutir, então, a presença de dois requisitos para a verificação do exercício da função social da propriedade sobre o bem: se ele atende aos interesses da ordem pública e os da ordem privada.

A princípio tal definição aparenta-se genérica, tendo em vista a ausência de definições legislativas objetivas sobre tais requisitos, devendo ser realizada uma interpretação sistêmica dos atributos inerentes à propriedade, como forma de se concluir o que atenderia aos interesses públicos e privados.

Veja-se a definição legal mais próxima, consignada no art. 1.228 do Código Civil:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de

conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002)

Vale destacar a definição doutrinária dada pelo constitucionalista e Eminentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, a saber:

A referência constitucional à função social como elemento estrutural da definição do direito à propriedade privada e da limitação legal de seu conteúdo demonstra a substituição de uma concepção abstrata de âmbito meramente subjetivo de livre domínio e disposição da propriedade por uma concepção social de propriedade privada, reforçada pela existência de um conjunto de obrigações para com os interesses da coletividade, visando também à finalidade ou utilidade social que cada categoria de bens objeto de domínio deve cumprir. (MORAES, 2006)

Na situação em comento, houve discussão se o imóvel objeto da lide atendia ou não à sua função social, havendo alegações de que a edificação estaria abandonada, sem destinação qualquer, o que ensejaria a possibilidade de ocupação, em detrimento do direito de propriedade da Fundação Sistel.

As provas produzidas nos autos, por outro lado, indicaram que a fundação proprietária do edifício não teria o abandonado, sendo que os

andares teriam, inclusive, passado por uma recente reforma e revitalização, para que fossem novamente lançados no mercado para locação ou venda.

Ademais, também se fez prova de que a cobertura do edifício é objeto de contrato de locação celebrado com uma empresa de telefonia, para a instalação de uma antena de recepção celular, o que também colocaria por terra eventuais alegações de abandono.

A jurisprudência mineira já possui um entendimento consolidado no sentido de não ser possível a caracterização do abandono, quando seu proprietário fizer provas suficientes da utilização segundo a função social esperada do imóvel:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE - ABANDONO DO IMÓVEL - INOCORRÊNCIA - RECOLHIMENTO DAS OBRIGAÇÕES FISCAIS - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.276, §2º, DO CC/02 - PROPRIEDADE - REGISTRO DO IMÓVEL - TUTELA ANTECIPADA - PRESSUPOSTOS PRESENTES - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - MERA DECLARAÇÃO. Sendo comprovado o recolhimento dos impostos referentes ao imóvel, bem como o título de domínio, estão presentes os pressupostos para o deferimento da liminar de imissão na posse pelo locador, notadamente para manutenção da função social da propriedade, mormente ausente qualquer elemento a corroborar com a permanência do agravante no imóvel. A tutela antecipada está prevista no art. 273 do CPC e exige três pressupostos genéricos e cumulativos: (I) prova inequívoca; (II) verossimilhança das alegações e

(III) reversibilidade dos efeitos do provimento jurisdicional. A tutela antecipada também exige a presença de um de seus pressupostos alternativos: (I) perigo ou (II) abuso do direito de defesa/manifesto propósito protelatório. Satisfeitos pelo agravado todos os ônus fiscais referentes ao imóvel, não há de se falar em abandono do imóvel e ausência de função social da propriedade, nos termos do art. 1.276, §2º, do Código Civil de 2002. Para a concessão da assistência judiciária gratuita basta a mera declaração de hipossuficiência. (BRASIL, 2015).

Interessante destacar que o mesmo exercício da “função social” seria exigido dos ocupantes da edificação, na hipótese da propositura de uma ação de usucapião, ainda que indiretamente, tendo em vista que aquele imóvel deveria servir como sua moradia e de sua família, revelando um caráter social da referida forma de aquisição da propriedade, como prevê o art. 10 do Estatuto das Cidades.

5. DA REURB COMO UMA SOLUÇÃO AO PROBLEMA DA URBANIZAÇÃO

A partir da segunda metade do século XX, com a intensificação do processo de industrialização e a mudança das práticas comerciais, o Brasil deixou de ser um país predominantemente rural, para ganhar contornos urbanos. Assim sendo, a maior parte da população deixou os campos e migrou para as cidades. Esse fenômeno, obviamente, acarretou diversas consequências na vida como ela é conhecida hoje, mas, um deles, que se relaciona diretamente com o objeto deste estudo, é o

crescimento das áreas urbanas. Isso gerou, por sua vez, o crescimento e a superpopulação dos grandes centros urbanos.

No entanto, seria utópico crer que 100% (cem por cento) dos habitantes das cidades foram abrangidos por esse fenômeno de forma positiva. Só em Belo Horizonte, segundo o Ministério do Desenvolvimento Social, estima-se que aproximadamente 7.000 pessoas encontram-se em situação de rua, sem moradia, sem emprego, expostas aos perigos ocasionados por esta situação de risco.

Neste sentido, tornaram-se cada vez mais frequentes os debates sobre a utilização das áreas urbanas e dos imóveis que não estivessem utilizando todo o seu potencial, ou seja, cuja função social não estivesse sendo devidamente usufruída.

Diante de situações como a que se tem neste estudo, que se repetem em várias cidades do Brasil, foi necessária a atualização dos dispositivos legais que regem a matéria da urbanização, de modo a prever mecanismos que possibilitem a mitigação deste problema. Diante deste contexto foi publicada a Lei 13.465 de 2017, que alterou diversos dispositivos legais de outras legislações, dentre as quais o Estatuto da Terra.

A Lei 13.465/17 dispõe sobre a REURB, que não deve ser entendida como uma lei isolada, mas sim como um mecanismo jurídico que institui medidas que perpassam pelo aspecto jurídico, político e social do urbanismo, visando regularizar a situação de moradia dos indivíduos (BRASIL, 2017).

O artigo 10 da mencionada lei prevê em seus incisos alguns de seus objetivos, quais sejam:

- I – identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais;
- II – criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;
- III – ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;
- IV – promover a integração social e a geração de emprego e renda;
- V – estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;
- VI – garantir o direito social à moradia digna e a condições de vida adequadas;
- VII – garantir a efetivação da função social da propriedade;
- VIII – ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;
- IX – concretizar o princípio da eficiência na ocupação e no uso do solo;
- X – prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;

XI – conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher;

XII – franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária. (BRASIL, 2017).

Trata-se de um instrumento que, para que alcance a sua eficácia, depende do diálogo entre as funções legislativa, judiciária e executiva do Estado, tendo em vista a imprescindibilidade da cooperação para que as práticas propostas alcancem o resultado desejado.

Por exemplo, a existência (e a vigência) de um Plano Diretor atualizado do município é fator que contribuirá sobremaneira para o sucesso da REURB em determinados casos, tendo em vista ser importante um prévio estudo sobre as condições urbanísticas daquele local, as condições de zoneamento, entre outros aspectos relevantes para a matéria, que deverão ser compreendidos no Plano Diretor.

De toda forma, nas hipóteses em que o Plano Diretor for omissivo ou não contiver regulamentação suficiente para a execução dos atos da REURB, essa ausência não será óbice para o êxito dos procedimentos de regulamentação, tendo em vista que o art. 13 da Lei 13.465/2017 prevê a possibilidade de que a delimitação sobre quais áreas poderão ser objeto do projeto de regularização sejam detalhadas.

Além disso, é clara a intenção da REURB em reconhecer o valor da posse como instituto jurídico, visando legitimá-la e elevá-la à condição de propriedade. Além disso, visa, também, a regularização daquela situação que até então era meramente fática, irregular.

A REURB pode ser subdividida em duas categorias:

REURB – S: Cujas compreensão é mais relevante para o presente estudo, tendo em vista a sua finalidade eminentemente social, que visa auxiliar populações de baixa renda a regularizarem a sua situação de moradia;

REURB – E: Que pode ser entendida como uma competência residual, aplicável a situações nas quais o uso do imóvel não se dê por pessoas inseridas no grupo de “baixa renda”, sendo outras as irregularidades que se pretende solucionar.

Tão significativo passou a ser o referido instrumento, que a jurisprudência já convalida a sua utilização em conflitos dessa natureza, a saber:

Reexame necessário e apelação - ação civil pública - loteamento irregular - rescisão dos contratos e desocupação da área - pedidos prejudicados - possibilidade de regularização pelo Município - Lei 13.465, de 2017 (Reurb-S) - responsabilidade solidária - realidade da ocupação local - construções e ocupações consolidadas - direito à moradia e princípio da dignidade da pessoa humana - interesse social preservado - art. 5º e 20 LINDB - apelação adesiva - liberação de valores bloqueados - indeferimento - preservação do interesse da coletividade - sentença confirmada - apelação principal prejudicada - apelação adesiva à qual se nega provimento.

1. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º e 20 da LINB).

2. O reconhecimento da responsabilidade solidária do Município pela regularização do loteamento está em consonância com os dispositivos da Lei 6.766 de 1979 e com a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores acerca da matéria.

3. Diante da possibilidade de regularização do loteamento pelo Município, inclusive por meio de ocupação verticalizada, bem como da realidade local com construções e ocupações consolidadas, a rescisão dos contratos e remoção das famílias não atendem ao interesse social.

4. A Lei 13.465, de 2017, que trata da regularização fundiária de interesse social (Reurb-S), incentiva a manutenção das famílias no local da moradia mediante tomada de medidas que viabilizam a incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

5. O direito constitucional à moradia foi alçado como direito fundamental (art. 6º e 23, IX, Constituição da República). O poder público deve zelar pela concretização deste direito dado que ao mesmo tempo efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana.

6. Apelação principal. Pedidos do órgão ministerial prejudicados.

7. O bloqueio dos valores existentes em conta do loteador e a determinação de que novos depósitos sejam realizados em conta judicial preservam o interesse da coletividade ao assegurar recursos financeiros para a recuperação do meio ambiente degradado e eventual

ressarcimento aos consumidores lesados. Apelação adesiva não provida. (BRASIL, 2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Produção de provas testemunhal e pericial, para comprovação do tempo de posse. Desnecessidade. Ocupação irregular de área declarada de utilidade pública, no entorno do reservatório da Usina Hidrelétrica de Jaguará, no Município de São Simão. Área pública, destinada à prestação de serviço público (geração de energia elétrica), não suscetível a usucapião, notadamente por integrar Área de Preservação Permanente. Inaplicabilidade da Lei 13.465/2017, que trata da regularização fundiária urbana (REURB). Até que concluída a REURB, que compreende o reconhecimento de núcleo urbano informal, do interesse público na regularização, com a demarcação urbanística, cadastramento de ocupantes etc., não há direito subjetivo ao reconhecimento de domínio. RECURSO NÃO PROVIDO (BRASIL, 2019).

A REURB-S foi um dispositivo imprescindível para a solução do processo em questão, à medida que o acordo firmado entre os ocupantes do edifício pertencente à SISTEL só foi possível graças à atuação conjunta da Prefeitura de Belo Horizonte (PBH), da Companhia de Habitação do Estado de Minas Gerais (COHAB), da Defensoria Pública de Minas Gerais (DPMG), do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) e de uma série de outras entidades.

Em síntese, o acordo em questão consistiu na desocupação do imóvel pelas famílias ali presentes, de forma gradativa e pacífica, sendo que os integrantes da ocupação seriam removidos para dois terrenos: um situado no Bairro Bom Sucesso e outro na Vila Santa Rita, ambos na região do Barreiro, em Belo Horizonte.

Para tanto, o Estado de Minas Gerais, representado pela COHAB, ficou responsável pela doação dos referidos terrenos, bem como das garantias para que fossem implementadas as condições mínimas de saneamento básico, como água, esgoto e também de energia elétrica. O Estado também se responsabilizou pela gestão estratégica da remoção das famílias presentes no local, bem como pela obtenção de acomodações provisórias, enquanto as obras de adequação básica não eram concluídas.

Já o MLB (Movimento de Lutas nos Bairros, Vilas e Favelas), por sua atuação mais próxima e representativa das famílias ali localizadas, também se responsabilizou pelo acompanhamento dos casos específicos, responsabilizando-se pelo acompanhamento dos integrantes da ocupação após os procedimentos que culminaram na desocupação do prédio.

6. CONCLUSÃO

Fato é que o referido processo, assim como outros casos semelhantes existentes não só em Belo Horizonte, mas como em outros locais do país, poderia ter se arrastado por meses, anos a fio, sem uma sombra de solução, sendo certo que o referido acordo foi a melhor alternativa possível para que o conflito fosse solucionado dentro de maneira razoável, para os membros da ocupação, para a proprietária do edifício e, via de consequência, para a coletividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Código Civil (2002). Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Secretaria-Geral. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 22 jan. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento - 1.0567.15.003420-3/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Bispo , 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 17/09/2015, publicação da súmula em 02 out. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0024.12.172231-8/001, Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/12/2018, publicação da súmula em 22/01/2019;

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2014473-93.2019.8.26.0000; Relator (a): Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Pedregulho - 1.VARA CIVEL; Data do Julgamento: 31/10/2013; Data de Registro: 14/05/2019.

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LAUREANO, Delze dos Santos. Invasão ou ocupação de terras? Quem é o vilão desta história, artigo de Delze dos Santos Laureano. Portal EcoDebate, Belo Horizonte, 24 abr. 2009. Disponível em <<https://www.ecodebate.com.br/2009/04/25/invasao-ou-ocupacao-de-terras-quem-e-o-vilao-nesta-historia-artigo-de-delze-dos-santos-laureano/>> Acesso em: 29 ago. 2019.

LITERAFRO. Carolina Maria de Jesus. Disponível em <<http://www.letras.ufmg.br/literafro/autoras/58-carolina-maria-de-jesus>>. Acesso em: 13 set. 2019.

MLB – Movimento de Luta nos Bairros, Vilas e Favelas. Quem Somos. Disponível em <https://www.mlbbrazil.org/our_team>. Acesso em: 21 set. 2019.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CONDOMÍNIO EDILÍCIO E O ANTAGONISMO NA RELAÇÃO DE VIZINHANÇA

Lucélia de Oliveira Frias⁶

Resumo: O presente artigo visa analisar o surgimento do instituto do Condomínio Edilício, denominação adotada pelo Código Civil de 2002, demonstrando sua natureza jurídica e principais características. Ainda serão abordados os direitos e os deveres dos condôminos, bem como os conflitos na relação de vizinhança. Para tanto, são trazidas doutrinas jurídicas, jurisprudências, opiniões de ilustres autores e legislação pertinente, todas devidamente referenciadas.

Palavras-chave: Condomínio Edilício, Direito de Vizinhança, condômino antissocial

1. INTRODUÇÃO

A partir da metade do século passado, os centros urbanos começaram a ser dominados pelas edificações, arranha-céus, prédios residenciais com vários pavimentos, *shopping centers* de dois, três andares, principalmente em terrenos de pequenas dimensões. Ante à crise de habitação, devido ao crescimento e ao desenvolvimento das cidades e, conseqüentemente, grande valorização dos terrenos urbanos, surgiu o condomínio edilício devido à premência de aproveitar melhor o solo.

Em decorrência da utilização da área comum e da convivência direta entre pessoas geralmente com pensamentos e formas de agir distintos, surge o antagonismo na relação de vizinhança no condomínio

⁶ Pós-graduanda em Direito Civil Aplicado, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS).

edifício. Diante disso, foi necessária a criação de legislação para manutenção do direito de vizinhança, estipulando direitos e deveres a serem seguidos em prol de uma convivência digna e pacífica, bem como penalidades a serem aplicadas ao condômino antissocial, que não saiba conviver em condomínio.

O condomínio edilício demorou para ser legitimado. O Decreto-lei nº 5.481, de 25 de junho de 1928, foi o primeiro diploma do Direito Brasileiro a tratar o tema (BRASIL, 1928). O Código Civil brasileiro de 1916 apenas regulava a propriedade vertical por meio de normas do direito de vizinhança (BRASIL, 1916). Ulteriormente, surgiu a Lei nº 4591/64 (BRASIL, 1964), com alterações dadas pela Lei nº 4864/65, passou a disciplinar o instituto do Condomínio Edilício (BRASIL, 1965). O Código Civil de 2002 dedicou atenção especial ao condomínio edilício, em seus arts. 1331 a 1358 (BRASIL, 2002a), conforme veremos no decorrer deste trabalho.

2. PRESSUPOSTOS DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO: conceito e natureza jurídica

O Condomínio Edilício surgiu após a I Guerra Mundial, perante a necessidade de moradia, pois o desenvolvimento das grandes metrópoles ocasionou notável valorização dos terrenos urbanos. Conforme Maria Helena Diniz (2013, p. 252):

Numerosas cidades (Orléans, Paris, Nantes etc) passaram, pelo direito consuetudinário, a praticar a divisão de edifícios em planos horizontais a fim de solucionar seus problemas de:

Aproveitamento do espaço, tornando-o mais barato;

Tornar mais econômica a edificação, para combater o alto custo de vida;

Facilitar a obtenção de casa própria; e

Fixar seus donos nas imediações dos locais de trabalho.

Destarte, nas últimas décadas, surgiram diversas modalidades de condomínios edilícios, formados por loteamentos fechados, *shopping centers*, multipropriedades, clubes de campos, entre outros, visando o conforto, segurança e economia para os condôminos.

Mas antes desse período, conforme Paulo Nader, existiu edificação semelhante à do condomínio edilício:

Dois mil anos antes de Cristo, na Babilônia, havia construções em pavimentos que, posteriormente, foram adotadas na Palestina e Egito. Há registros de que, naquele tempo, no período de Imerum, Rei de Sipar, houve um ato que dizia da venda do pavimento térreo, permanecendo o primeiro andar sob o domínio do vendedor (NADER, 2010, p. 232).

Ainda, conforme Nader (2010) “o Código Napoleão foi o primeiro ordenamento moderno a prever essa modalidade pelo art. 664, substituído pela Lei de 28 de junho de 1938”. O condomínio edilício propagou-se na Europa e chegou a ser considerado um problema para a sociedade. O Código Civil Brasileiro de 1916 desprezou o condomínio edilício e apenas regulou a propriedade vertical, por meio de regras condizentes à relação de vizinhança (BRASIL, 1916).

Em 1964 é expedida a Lei nº 4.591/64, que sofreu alterações através da Lei 4.864/65, intitulada de Condomínio e Incorporações (BRASIL, 1965). Hodiernamente, o condomínio em edificações é disposto pelo Código Civil de 2002, nos arts. 1331 a 1358, denominado Condomínio Edilício. Dispõe o fundamental art. 1331 do Código Civil que, “pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos” (BRASIL, 2002). Desse modo, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald “no condomínio edilício, ao reverso, os condôminos consideram-se, ao mesmo tempo, titulares exclusivos das unidades autônomas e cotitulares das partes em comum” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 167).

Apesar da expressão condomínio edilício ser utilizada no Código Civil de 2002, esse instituto também é tratado por horizontal (titularidades que se fazem por fragmentos ou frações por andares), especialmente, em edifícios de edificações e condomínio por andares. De todas as expressões referenciadas a essa modalidade, de acordo com Silvio de Salvo Venosa “vinha-se consagrando no país e no estrangeiro a propriedade horizontal, embora não isenta de críticas, pois nem sempre esse condomínio rege apenas propriedades em edifícios, com planos horizontais, superpostos” (VENOSA, 2014, p. 357).

O condomínio edilício é caracterizado pelo uso das dependências em comum entre os condôminos. E, conforme Peretti-Griva, podem ser consideradas áreas em comum:

o solo em que se constrói o prédio, suas fundações, muros de arrimo, guarita, pilastras, telhado, teto, vestíbulos, pórtico, escadas, elevadores, assoalho, corredores, pátios, rede de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, calefação e refrigeração centrais, aqueci-

mento central, terraço de cobertura (salvo disposição contrária de escritura de constituição de condomínio – CC, art.1331, §5º), porão, acesso ao logradouro público (rua, avenida etc.), do qual nenhuma unidade imobiliária pode ser privada (CC, art.1331, §4º), portaria, morada do zelador, instalações de telefone e de TV a cabo, pertencças ligadas à estrutura do prédio, em resumo, tudo aquilo que se destina ao uso comum (PERETTI-GRIVA, 1960, p. 79).

As áreas em comum, conforme art.1331, §2º, do Código Civil, não podem ser alienadas separadamente, ou divididas (BRASIL, 2002). Cada condômino exerce a copropriedade, ao lado dos demais consortes, sobre as partes comuns. Ainda, conforme o art.1331, §3º, do Código Civil: “ A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio (BRASIL, 2002).

Cada condômino tem sua fração ideal nas dependências em comum, que deverá ser constatada quando instituído o condomínio. Já a propriedade exclusiva tem por objeto a unidade autônoma, sendo autorizado ao proprietário dispor do seu bem como melhor lhe prouver, sem consentimento dos outros condôminos, salvo no caso do estacionamento para veículos, que não poderá ser alienado ou alugado a pessoas estranhas ao condomínio.

O Condomínio edilício não é considerado pessoa jurídica. O Código Civil, através do art. 1348, II, confere ao síndico poderes para representá-lo e praticar os atos inerentes à tutela dos interesses comuns do condomínio em juízo ou fora dele. No entanto, existem divergências entre os doutrinadores a respeito da personalização jurídica do instituto,

a exemplo de Maria Regina Pageti Cross, que defende a personalização do condomínio:

Obrigaria as miríades de administradoras de condomínios, ante a ameaça de extinção, a investirem em formação adequada, e a exibirem certificação ou licenciatura específica, como outras categorias de profissionais especializados, tal como sucede nos Estados Unidos (CROSS, 2004, p.174).

A personificação jurídica do condomínio edilício não está prevista em lei, porém não impede que o Judiciário, quando provocado, diante de caso concreto, decida a respeito. Deveras, perdeu o Código Civil de 2002 grande oportunidade para reconhecer a personalidade jurídica do condomínio edilício.

Assim, a partir da instituição do condomínio edilício, manifesta-se a relação de vizinhança direta entre os condôminos, ou seja, relação esta entre os coproprietários de partes em comum da edificação. A relação de vizinhança, nesse tipo de condomínio, costuma ser complexa, por se tratar de um convívio diário, sendo que o condômino antissocial gera antagonismo entre os moradores, prejudicando a coletividade do condomínio.

3. FUNÇÃO SOCIAL DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO E A COLETIVIDADE

A função social da propriedade é concepção integrante ao direito de propriedade, por conseguinte deve ser aplicada na propriedade horizontal. Nos dizeres de Luiz Edson Fachin (1988, p. 19): “A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse pú-

blico e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista.”

Considerando a função social e os valores republicanos, que refletem ideologia de produtividade e bem-estar coletivo, cita-se o art. 1228, §1º, CC:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002a).

Enquanto vivente em uma sociedade, o homem deve empenhar-se em contribuir com a coletividade em agravo de suas pretensões particulares. Nos dizeres de Guilherme José Purvin Figueiredo: “todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, moral e intelectual, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira “ (FIGUEIREDO, 2008)

A Constituição Federal foi importante para garantir a função social da propriedade. Seu art.5º, XXIII, dispõe que “a propriedade atenderá a sua função” (BRASIL, 1988). Assim sendo, por mais que o proprietário tenha o direito de “usar, fruir e livre dispor” (BRASIL, 1988) da sua propriedade, deve-se atentar ao seu aspecto funcional coletivo. Vejamos a seguir, um entendimento do Tribunal de Justiça de Minas

Gerais, do Relator Vicente de Oliveira Silva, a respeito do princípio da função social da propriedade:

EMENTA-APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO POSSESSÓRIA. SERVIDÃO DE PASSAGEM E PASSAGEM FORÇADA. DIFERENCIAÇÃO. REQUISITOS DOS ARTS. 1378 E 1379 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. RESTRIÇÃO GRAVOSA AO PRÉDIO SERVIENTE. CONSTITUIÇÃO DA SERVIDÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

I – A servidão de passagem trata-se de uma liberalidade a ser concedida pelo proprietário de um imóvel em favor do seu vizinho, para que este tenha mais utilidade ou comodidade em seu bem. Ao contrário da passagem forçada, não é requisito para sua concessão o encravamento do prédio.

II – Se o dono do prédio não se dispõe a perder parte de seus direitos inerentes à propriedade para seu vizinho e este não pode adquirir a servidão pela usucapião, não há como dar guarida à pretensão da apelante.

III – Recurso não provido.

TJ-MG – AC: 10620130014793001 MG, Relator Vicente de Oliveira Silva, Data de Julgamento: 17/03/2015, Câmaras cíveis / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 31/03/2015 (MINAS GERAIS, 2015a).

Nesse caso, o Relator entendeu que a permissão da servidão seria gravosa aos proprietários da parte ré. A servidão é considerada uma das mais severas restrições ao exercício de propriedade, trazendo prejuízos aos recorridos e afetando o princípio da função social da propriedade em relação aos donos do imóvel serviente. O recurso de apelação não foi provido.

Entende-se que cada condômino deve atentar para a função social da propriedade, pois o direito do proprietário sobre seu imóvel é limitado. O condômino pode usufruir livremente de seu bem como melhor lhe convier, desde que não prejudique outrem. Por isso existem leis que devem ser cumpridas em prol da função social da propriedade e de uma relação digna de vizinhança entre os condôminos.

4. A RELAÇÃO DE VIZINHANÇA NO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

A sociedade em que vivemos é heterogênea. A diversidade de culturas, hábitos, religião, costumes e crenças tornam, em determinadas situações, a convivência de pessoas que compartilham o mesmo espaço comum dessociável.

No caso do condomínio edilício, é frequente os conflitos entre moradores por diversos motivos: o condômino que leva seu pet para passear no condomínio e não recolhe os dejetos na área em comum; o morador que sempre faz festas noturnas, com som consideravelmente alto; o condômino que estaciona em vaga de garagem de outrem. Tudo isso causa antagonismo na vizinhança.

Por isso, faz-se necessária a convenção de condomínio para estabelecer regras internas entre os condôminos. Trata-se de uma espécie de constituição privada dos coproprietários, visto que disciplina as condutas individuais da convivência em comum.

4.1 Convenção de Condomínio

Após a instituição do condomínio, o art.1333 do Código Civil dispõe sobre a convenção que “deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais, e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção” (BRASIL, 2002a). Conforme José Roberto Neves Amorim (p. 186), a convenção de condomínio é

conjunto de normas, criadas e impostas pelos próprios condôminos, regulamentadoras do comportamento e da conduta das pessoas que vivem numa comunidade determinada ou nela estejam, ainda que temporariamente, sujeitando-se às sanções em caso de violação, mas sempre de acordo com as leis emanadas do poder público.

O perfil da convenção é estatutário. Alcança não só aqueles que deram aprovação, mas também aos condôminos que futuramente integrarem o condomínio na posição de proprietários e locatários. A convenção não deve ser vista como um contrato, pois sua restrição vai além das pessoas que firmaram o documento de sua constituição. Nos dizeres de João Batista Lopes (p. 69):

Não só os condôminos, mas também os locatários se sujeitam às disposições da convenção, conquanto não tenham os últimos legitimidade para modificá-la. Não fogem ao seu império, também, os adquirentes de unidades autônomas (em caso de revenda), sendo irrele-

vante a alegação de que não assinaram a convenção ou não foram cientificados das restrições impostas. Até mesmo terceiros estranhos ao condomínio ficam, de certo modo, sujeitos às disposições da convenção. Assim, por exemplo, não podem ingressar livremente no edifício sem identificar-se, quando exigido.

A convenção deve estabelecer a taxa condominial, geralmente mensal, conforme os custeios das despesas do condomínio. Vale ressaltar que o valor a ser pago pela taxa de condomínio é um tema que vem gerando diversos conflitos entre os condôminos, haja vista que a regra geral da contribuição deve ser “na proporção da suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção” (BRASIL, 2002a). A legislação autoriza que seja estabelecida uma convenção para escolher a forma de cobrança mais adequada a todos, no entanto interesses distintos acabam gerando o antagonismo. Os condôminos de unidades menores defendem que a contribuição seja em frações ideais, pois o investimento e conservação das áreas em comum valorizam ainda mais as unidades maiores. Por outro lado, os proprietários das unidades maiores são contra a contribuição na proporção de suas frações ideais e a favor da contribuição por unidade, que consiste na divisão de todas as despesas previstas no orçamento pelos condôminos do mesmo modo, sob o argumento que as áreas comuns são usufruídas por todos moradores equitativamente. Nesse sentido, é válido demonstrar um entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, a respeito do tema:

APELAÇÃO CÍVEL. TAXAS CONDOMINIAIS. RATEIO DAS DESPESAS PELO CRITÉRIO DA FRAÇÃO IDEAL DO IMÓVEL PREVISTO NA CONVENÇÃO CONDOMINIAL E NA LEGIS-

LAÇÃO VIGENTE. COBERTURA DOTADA DE APROXIMADAMENTE O DOBRO DA METRAGEM DAS DEMAIS UNIDADES AUTÔNOMAS. RECOLHIMENTO FIXADO EM CONVENÇÃO REFERENTE A 1,5 DA PARCELA ORDINÁRIA. LEGALIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. PRECEDENTES. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. DECISÃO UNÂNIME. A forma de rateio das despesas condominiais, com base no critério da fração ideal do imóvel, foi fixada nos termos da legislação vigente e na Convenção de Condomínio, não havendo que se falar em violação dos dispositivos legais apontados a título de enriquecimento sem causa do Condomínio. Precedentes do STJ. (Apelação Cível nº 201800801056 nº único0007484-37.2016.8.25.0001 - 2ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator (a): Alberto Romeu Gouveia Leite - Julgado em 30/07/2019) (TJ-SE - AC: 00074843720168250001, Relator: Alberto Romeu Gouveia Leite, Data de Julgamento: 30/07/2019, 2ª CÂMARA CÍVEL) (SERGIPE, 2019).

Nesse caso, o Relator Alberto Romeu Gouveia Leite negou provimento ao recurso de Apelação, sob o argumento de que a fração ideal do terreno é o critério que baliza a fixação da taxa condominial, e que somente a assembleia ou convenção poderia dispor em sentido diverso. É cediço que o art.12, caput, e §1º, da Lei 4591/64, também dispõe que a quota-parte referente ao rateio de cada condômino “corresponderá a fração ideal de terreno de cada unidade, salvo disposição em convenção” (BRASIL, 1964). Entende-se que dificilmente será anulada disposição aprovada legitimamente em convenção a respeito desse tema.

A convenção condominial autoriza a imediata aplicação das normas do Código Civil de 2002, considerando as cláusulas em consonância com as normas de ordem pública e com a função social da propriedade e contratos, segundo dispõe o art.2035, §1º, do Código Civil. O pacto convencional deve ser consolidado por escritura pública ou particular, de acordo com o art.1334, §1º, do Código Civil, sujeitando os coproprietários, desde que deliberada e aprovada por, no mínimo, dois terços das frações ideais dos terrenos representados por seus titulares, consoante ao art. 1333, do Código Civil. Ainda, a Súmula n. 260 do Superior Tribunal de Justiça enuncia que “a convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos” (BRASIL, 2002b, p. 189). Destarte, a convenção condominial deve ser elaborada conforme os princípios da razoabilidade, função social da propriedade e contratos, observando-se o aprimoramento das relações de vizinhança e a proteção dos interesses da comunidade de moradores.

4.2 O síndico no condomínio edilício

É comum que, na Assembleia para se eleger o síndico do condomínio edilício, nenhum condômino queira aceitar o cargo. Fato é que pesam muito na decisão de não ser síndico os reveses corriqueiros existentes no condomínio e na relação de vizinhança. À vista disso, se nenhum dos condôminos presentes demonstrarem interesse em concorrer ao cargo de síndico, poderão indicar qualquer proprietário para o posto. Nesta conjuntura, o encargo (que mais se assemelha a nomeação) deverá ser consentido pela pessoa escolhida pelos condôminos.

Ainda assim, se ninguém quiser assumir a direção do condomínio, qualquer pessoa interessada poderá provocar o judiciário, valendo-se, por analogia do art. 27 da Lei 4591/64, que dispõe: “se a assembleia não se reunir para exercer qualquer dos poderes que lhe competem, 15

dias após o pedido de convocação, o juiz decidirá a respeito, mediante requerimento dos interessados” (BRASIL, 1964). Caso seja necessário, o juiz nomeará um síndico até que se resolva essa situação.

Vale ressaltar que não existe nenhum impedimento legal a que a administradora (caso o condomínio tenha) seja eleita síndica, desde que tenha personalidade jurídica própria e esteja na atividade efetiva de seus direitos. Conforme Luiz Fernando de Queiroz (2012, p. 88), “a cumulação das funções de síndico e administradora é praxe comum, por exemplo, em Curitiba, não o sendo nas principais capitais do país”. O síndico não precisa ser, necessariamente, morador ou proprietário de uma unidade no prédio. Segundo o art.1.347, do Código Civil, “a assembleia escolherá um síndico, que poderá não ser condômino, para administrar o condomínio, por prazo não superior a dois anos, o qual poderá renovar-se” (BRASIL, 2002a). Diante desse dispositivo legal, compreende-se que o legislador quis dar aos condôminos ampla possibilidade de escolha do síndico.

O encargo de síndico deve ser conduzido pelo princípio da boa-fé, com gerenciamento jurídico diligente e administração eficaz. O síndico tem o dever de prestar conta anualmente para a Assembleia do Condomínio e, eventualmente, quando esta o exigir. De acordo com o art.1348, do Código Civil:

Art. 1.348. Compete ao síndico:

I - convocar a assembleia dos condôminos;

II - representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns;

III - dar imediato conhecimento à assembleia da existência de procedimento judicial ou administrativo, de interesse do condomínio;

IV - cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia;

V - diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores;

VI - elaborar o orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano;

VII - cobrar dos condôminos as suas contribuições, bem como impor e cobrar as multas devidas;

VIII - prestar contas à assembleia, anualmente e quando exigidas;

IX - realizar o seguro da edificação (BRASIL, 2002a).

Alguns dos impasses existentes no condomínio são as práticas ilegais da direção, como desvio de dinheiro, má administração e omissão de problemas que devem ser solucionados. Nesse caso, os condôminos poderão solicitar uma Assembleia para, através do voto da maioria absoluta de seus membros, “destituir o síndico que praticar irregularidades, não prestar contas, ou não administrar convenientemente o condomínio” (BRASIL, 2002a). Dessa forma, o síndico responderá civilmente e criminalmente por todos os seus atos.

4.3 Direitos e deveres dos condôminos

Uma das características da copropriedade edilícia, como já visto, é poder usar, gozar, reivindicar e dispor de suas unidades, além do

“direito de usar a área em comum, conforme sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais possuidores” (BRASIL, 2002a), conforme o art. 1335, II, do Código Civil.

No elenco dos direitos dos condôminos consta, também, votação e participação em Assembleias, desde que o condômino esteja em dia com suas obrigações condominiais (art.1335, III, CC) (BRASIL, 2002a). Tal exigência tem como objetivo incentivar o pagamento das cotas condominiais. Vale ressaltar que, em razão da inadimplência, o condômino não pode ter restringido seu direito de ir e vir e de usufruir da área em comum.

Os direitos dos condôminos, portanto, devem ser analisados em conjunto com os seus deveres, que estão dispostos no art.1336, do Código Civil:

I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;

II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;

III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;

IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes (BRASIL, 2002a).

Entre as obrigações dos condôminos, uma das mais importantes é a de pagar pontualmente as despesas condominiais ordinárias e extraordinárias, conforme critério estabelecido em convenção. As obrigações em tela são de natureza *propter rem*, está vinculada à unidade

do condomínio, que é transferida para o novo proprietário. O não pagamento em dia da cota condominial submete o condômino ao acréscimo de juros moratórios previstos na convenção e, quando omissa, pela taxa de “um por cento, além de multa de 2% sobre o débito”, consoante ao art.1336, §1º, do Código Civil. Infelizmente, são diversas jurisprudências a respeito dos condôminos inadimplentes em condomínio edilício, fator que gera conflitos entre os vizinhos e transtornos na administração, que necessita da cota condominial para suprir as despesas do condomínio.

Impõe-se, além da obrigação de manter a segurança do condomínio, a preservação dos sistemas de água, eletricidade, esgoto, gás e quaisquer outros, cujas instalações passem nas paredes e lajes das unidades. A reforma em unidades particulares não deve comprometer a estrutura e a segurança da edificação.

A fachada externa da edificação não pode ser modificada e nem ter sua cor alterada, sem o devido quórum aprovado por maioria dos condôminos, em Assembleia de Condomínio. Deve-se preservar a arquitetura do prédio e tonalidade de cores. Com relação à colocação de antenas de rádio, televisão e similares, compreende-se possível em locais comuns, desde que não prejudique os demais condôminos.

Ainda, os condôminos estão sujeitos às regras de boa vizinhança, sendo proibido usar nocivamente a propriedade. É vedado aos moradores prejudicar o sossego, salubridade, segurança dos demais possuidores ou os bons costumes.

O condômino que não seguir os deveres previstos nos incisos II a IV, do art.1336, do Código Civil, estará sujeito a multa prevista no ato de instituição ou convenção, não podendo, todavia, ser superior a cinco vezes o valor das contribuições mensais do condômino, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. Neste caso, a Assembleia irá dis-

por a respeito, observado o quórum mínimo de dois terços dos demais condôminos, conforme art.1336, §2º, do Código Civil.

Fato é que, no cotidiano de um condomínio edilício, existem diversos casos de reiterados descumprimentos por parte do condômino antissocial, o qual não respeita os deveres do prédio. Com isso, acaba gerando incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores.

4.4 O condômino antissocial

Mesmo diante do estabelecimento de normas para o convívio em comum nos condomínios, estes são locais propícios para o antagonismo. O Código Civil, em seu art. 1337, dispõe sobre a multa correspondente ao quádruplo do valor atribuído à cota condominial, conforme reiteradas faltas às regras do condomínio. Ainda consoante ao art. 1337, § único, do Código Civil, aquele morador que, reiteradamente, insistir em comportamento antissocial, gerando conflitos entre os vizinhos, poderá pagar multa correspondente ao quádruplo do valor atribuído à cota condominial (BRASIL, 2002a). Podemos considerar exemplos de comportamento antissocial de condôminos aquele que faz alterações na estrutura da edificação e coloca em risco a segurança dos habitantes; faz da unidade autônoma ambiente de prostituição; comete atentado ao pudor; exerce atividade ilegal na unidade autônoma; briga ruidosamente e constantemente; promove festas noturnas com som elevado; não recolhe os dejetos de animais de estimação da área em comum, dentre outros.

Percebe-se que o art. 1337 do Código Civil não faz referência quanto à possibilidade de exclusão ou imediata retirada do condômino antissocial do condomínio. Porém, tal medida é admitida, excepcionalmente pelas doutrinas e jurisprudências, no caso das sanções pecuniárias.

rias não surtirem efeito, desde que em consonância com os princípios fundamentais da ampla defesa e do contraditório. Isto posto, segue-se entendimento do Tribunal de Justiça do São Paulo:

APELAÇÃO CIVEL – Interposição contra sentença que julgou procedente ação de obrigação de fazer com pedido liminar de tutela antecipada. Preliminares afastadas. Agressões físicas à síndica e outra moradora. Casos de relevante gravidade. Reclamações. Penalidades administrativas que não se mostraram suficientes a reprimir os atos. Reiteração de conduta, após a tutela de urgência, que levou ao afastamento dos réus do imóvel. Responsabilidade civil independente da criminal. Perda do direito de moradia. Sentença mantida.

TJ-SP – AC :10490705920168260114SP, Relator: Mario A. Silveira, Data de julgamento: 15/04/2019, 33ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/04/2019.⁷

Nesse caso, o Relator entendeu que a condômina excluída do condomínio, em decisão do juiz de Direito, não poderia voltar ao convívio dos demais moradores, haja vista a gravidade da situação (agressão física à síndica e a outro condômino), após diversas penalidades administrativas e pecuniárias, que não se mostraram eficientes para reprimir tais atos. A condômina antissocial sofreu a perda do direito de moradia naquele condomínio. A Apelação foi julgada improcedente.

⁷ TJ-SP – AC :10490705920168260114SP, Relator: Mario A. Silveira, Data de julgamento: 15/04/2019, 33ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/04/2019.

Abaixo outro entendimento, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a respeito do condômino antissocial:

APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE MULTA. CONDÔMINOS ANTSSOCIAIS. AMPLA PRODUÇÃO PROBATÓRIA, CONSTANTE DA INSTRUÇÃO, QUE CONFORTA A VERSÃO DOS AUTORES, NO SENTIDO DA NECESSIDADE DE COBRANÇA DA MULTA, TENDO EM VISTA O REITERADO DESRESPEITO ÀS NORMAS DA CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO. VERIFICA-SE, NO CASO CONCRETO, O USO ANORMAL DA PROPRIEDADE PELOS FILHOS DOS CONDÔMINOS, ORA DEMANDANTES, CARACTERIZADO PELO ARROMBAMENTO PARA ACESSO À QUADRA ESPORTIVA E AO QUADRO DE ENERGIA, SUBINDO NO TRANSFORMADOR DO CONDOMÍNIO, TUDO APÓS O ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES, ÀS 22H, DESRESPEITANDO, INCLUSIVE, O QUE SE CONVENCIONOU COMO “LEI DO SILÊNCIO”. NOTIFICAÇÃO E CONVOCAÇÃO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

TJ/RJ- APELAÇÃO: 0024830-58.2015.8.19.0209 - 1ª Ementa.Des(a). MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA - Julgamento: 30/08/2017 - QUARTA CÂMARA CÍVEL (RIO DE JANEIRO, 2017).

Nessa situação, a desembargadora Myriam Medeiros da Fonseca Costa julgou improcedente o recurso de Apelação, mantendo a decisão de pagamento da multa, tendo em vista o reiterado descumprimento

das regras da convenção condominial. O uso nocivo da propriedade, desrespeito à Lei do silêncio após as 22h, deterioração da área comum do condomínio, são condutas de condômino antissocial, que deve ser penalizado com multa, conforme já explanado.

4.5 Vagas de garagem no condomínio edilício

O estacionamento do condomínio é um dos espaços mais utilizados pelos moradores, o que mais causa discórdias entre os vizinhos. São diversos problemas que ocorrem nesse local como o uso indevido da vaga de garagem, falta de demarcação, uso da vaga de outro condômino, aluguel da vaga para terceiros estranhos ao condomínio, entre outros.

A garagem é considerada uma unidade autônoma, desde que corresponda à fração ideal de terreno. Deve ser demarcada e identificada em planta registrada no cartório imobiliário com descrição na especificação de condomínio. No caso de não existir vaga demarcada, a garagem será de uso em comum, fato que geralmente causa conflitos entre os condôminos. Sílvia de Salvo Venosa explica que

A grande problemática quanto às garagens reside nas situações nas quais inexistem vagas demarcadas, sendo a garagem de uso comum. Por vezes, o incorporador institui verdadeiras vagas-fantasmas, garagens que não permitem acomodação de veículos a todos os condôminos, como assegurado nos contratos. A responsabilização nessa hipótese é do incorporador, que deve responder por perdas e danos, sendo legitimado o condomínio ou o condômino prejudicado para essa ação (VENOSA, 2014, p. 386).

Geralmente é adotado o critério de sorteio e rodízio de garagens, quando não demarcadas. Ainda, em alguns condomínios, é necessário colocar um veículo à frente do outro, prejudicando, assim, a saída de veículos do estacionamento. Nessa situação, é usual que os condôminos coloquem bilhetes no para-brisa, identificando sua unidade e contato. A convenção deverá, também, estabelecer o local para veículos de visitantes ou a sua proibição.

A Lei 12.607/12 modificou o Código Civil, determinando que somente com autorização dos condôminos poderão ser vendidas ou alugadas vagas de garagem, para pessoas estranhas ao condomínio (BRASIL, 2012). Tal aprovação deve ser feita em Assembleia de Condomínio, com o aval de dois terços dos habitantes.

A responsabilidade civil referente a furtos, roubos ou danos ocorridos no território da garagem caracteriza-se somente diante de expressa previsão na convenção de condomínio e regulamento interno. Observa-se a seguir um entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a respeito da responsabilidade civil do condomínio:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. FURTO EM GARAGEM DE CONDOMÍNIO. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA NO REGULAMENTO INTERNO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. A responsabilidade civil do condomínio por danos ocorridos em sua área comum se caracteriza somente quando houver expressa previsão em sua convenção ou regimento. Sentença mantida. (TJ-

-MG - AC: 10476130011333001 MG, Relator: Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 18/08/2015, Câmaras Cíveis / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/09/2015) (MINAS GERAIS, 2015b).

Nessa situação, o relator Amorim Siqueira manteve a sentença de improcedência do pedido inicial de indenização material e moral feito pelo condômino que sofreu o furto, visto não ter sido prevista a responsabilidade civil do condomínio na convenção, bem como no regimento interno.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto e embasamentos de ilustres autores como Maria Helena Diniz, Paulo Nader, Luiz Edson Fachin, dentre outros, pode-se concluir que a luta pela definição das leis sobre Condomínio vem desde os tempos primórdios. No Brasil, os marcos são a Lei 4591/64 e, por fim, o Código Civil de 2002 que fez menção especial para o denominado Condomínio Edilício. Entende-se que a Convenção Condominial é extremamente importante para impor as regras que regem a relação de vizinhança no condomínio, bem como estabelecer claramente o critério de pagamento das cotas condominiais, ou seja, se a cobrança será por fração ideal ou unidade autônoma e, ainda, dispor sobre as vagas de garagem. Esses fatos são geralmente objetos de conflitos entre os condôminos.

Outro ponto relevante que deve ser observado pelo condômino é o pagamento em dia da cota condominial que lhe é devida, haja vista ser destinada para as despesas gerais do condomínio. O condômino deve estar ciente que estará sujeito às normas da convenção e do Código Civil e, caso descumpra esses deveres, será penalizado com multa. Ainda,

em casos extremos e de reiteradas punições pecuniárias, o condômino antissocial poderá até mesmo ser excluído do condomínio.

O síndico deve agir com boa-fé e ser eficaz na administração, para que não seja destituído do cargo e nem responda civilmente e criminalmente pelos seus atos. Por fim, a conscientização dos condôminos para que sigam as regras impostas pela legislação e pela convenção é essencial para se viver em um ambiente organizado e harmonioso, visando contribuir para o uso adequado da propriedade, garantindo a sua função social entre os moradores do prédio.

REFERÊNCIAS

AMORIM, José Roberto Neves. Convenção de condomínio e a legalidade das limitações.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928. Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providências. Coleção Leis do Brasil, 1928. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5481-25-junho-1928-776630-publicacaooriginal-140611-pl.html>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro: 1916. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário

Oficial da União, Brasília, 21 dez. 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm>. Acesso em: 18 dez. 2019

BRASIL. Lei n. 4.864, de 29 de novembro de 1965. Cria medidas de estímulo à indústria de construção civil. Diário Oficial da União, Brasília, 30 dez. 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4864.htm>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BRASIL. Lei n. 4591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em Edificações e as Incorporações Imobiliárias, 1964.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 2002a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 260. Data da Publicação - DJ 06 fev. 2002b.

CROSS, Maria Regina Pagetti. Natureza Jurídica do Condomínio no Sistema Jurídico dos Estados Unidos da América do Norte. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: direito das coisas. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural). Porto Alegre: Fabris, 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: reais. 10.ed. Salvador: Podivm, 2014.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. A propriedade no Direito Ambiental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FUNÇÃO social da propriedade. Wikipedia, a enciclopédia livre. Disponível em:<https://pt.wikipedia.org/wiki/Funcao_social_da_propriedade>. Acesso em: 16 de set. de 2019.

LOPES, João Batista. Condomínio.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 1062013001479300. Relator Vicente de Oliveira Silva. Data de Julgamento: 17/03/2015, Câmaras cíveis / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 31 mar. 2015a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 10476130011333001 MG. Relator: Amorim Siqueira, Data de Julgamento: 18/08/2015, Câmaras Cíveis / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01 set. 2015b.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito das coisas. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010..

PERRETI-GRIVA, Ricardo. II Condominio di case divise in parti. 1960.

QUEIROZ, Luiz Fernando. Condomínio em Foco: questões do dia a dia. Curitiba: Bonijuris, 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação: 0024830-58.2015.8.19.0209 - 1ª Ementa. Des(a). MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA - Julgamento: 30 ago. 2017, QUARTA CÂMARA CÍVEL.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível: 10490705920168260114SP. Relator: Mário A. Silveira, Data de julgamento: 15 abr. 2019, 33ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 15/04/2019.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. Apelação cível: 00074843720168250001. Relator: Alberto Romeu Gouveia Leite, Data de Julgamento: 30 jul. 2019, 2ª CÂMARA CÍVEL.

VENOSA, Silvio de Santos. Direito Civil: Direitos Reais. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS AO ATRASO DA ENTREGA DO IMÓVEL ADQUIRIDO PELO CONSUMIDOR ANTECIPADAMENTE

*Izabela Maia Caldeira Brant*⁸

Resumo: No presente artigo, objetiva-se estudar as consequências jurídicas advindas do atraso na entrega do imóvel adquirido antecipadamente pelo consumidor. Sob esse prisma, buscou-se analisar a Lei nº 4.591/64, que dispõe sobre as incorporações imobiliárias, especialmente no que diz respeito às definições de incorporador, a responsabilidade deste e a tolerância do atraso. Ainda, buscou-se analisar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais imobiliárias e os temas nº 970 e 971 de recursos repetitivos que chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, envolvendo discussões sobre a possibilidade de cumular a aplicação da cláusula penal com a indenização pelos lucros cessantes e de inverter a cláusula penal em favor do consumidor.

Palavras-chave: Direito imobiliário, Código Defesa do Consumidor, Incorporações imobiliárias

1. INTRODUÇÃO

No direito imobiliário, comumente, o incorporador promove vendas antecipadas de apartamentos de um edifício a ser construído como um meio de captação de recursos financeiros para execução do empreendimento. Nesse tipo de negócio, a principal obrigação do in

⁸ Especialista em Direito de Empresa e Advocacia Trabalhista. Aluna da pós-graduação em Direito Civil Aplicado da PUC Minas – Unidade Praça da Liberdade, e-mail: izabela.mcaldeirabrant.adv@gmail.com

corporador consiste em construir e em entregar as unidades imobiliárias no prazo pré-determinado, enquanto a principal obrigação do adquirente/compromissário consiste em pagar o preço total.

Nos últimos anos, a crise econômica brasileira afetou significativamente o ramo da construção civil, o que culminou em atrasos na entrega de imóveis, revelando-se uma questão corriqueira e polêmica nos tribunais brasileiros. A lei positivou o que os contratos já dispunham a respeito da tolerância para o atraso na entrega do imóvel: 180 dias. Contudo, excedendo esse prazo, surge para o adquirente/compromissário a opção de resolver o contrato por descumprimento ou exigir o adimplemento deste pelo incorporador, sem prejuízo das perdas e danos.

Dentre outras consequências, destacam-se a execução da cláusula penal e a indenização pelos lucros cessantes. Sobre esse assunto, chegaram ao Superior Tribunal de Justiça recursos repetitivos para fixação de teses jurídicas quanto à possibilidade de cumulação de ambas e também sobre a possibilidade da inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente em face do consumidor.

2. PONTOS REVELANTES SOBRE A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

No direito brasileiro, a incorporação imobiliária se caracteriza por um conjunto de atividades executadas com o objetivo de construir edifícios e comercializar unidades autônomas que juntas formam um condomínio. O assunto é tratado pela Lei nº 4.591/64, que no seu art. 28, parágrafo único dispõe: “Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou

conjunto de edificações compostas de unidades autônomas” (BRASIL, 1964).

Nesse contexto, o incorporador destaca-se como o principal agente do empreendimento imobiliário, por promover a articulação entre todos os demais agentes envolvidos na construção. Ao identificar as oportunidades e estudar a viabilidade do negócio, o incorporador adquire o terreno e busca financiadores no mercado, realiza consultorias ambientais, de engenharia, arquitetura e contrata a construtora, a qual, por sua vez, executará a obra, conforme os projetos aprovados e o cronograma pactuado.

Os conceitos de incorporador e de incorporador por equiparação são disciplinados pelos art. 29 e 30, respectivamente:

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetutando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas. (BRASIL, 1964)

Art. 30. Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem

as alienações antes da conclusão das obras. (BRASIL, 1964)

Nessa perspectiva, verifica-se que o incorporador não necessariamente será uma empresa, podendo ser uma pessoa física, que intermedeie a venda das frações ideais do terreno, objetivando a formação de unidades autônomas em um condomínio, coordenando as transações e todo o empreendimento. Do mesmo modo, os proprietários e titulares de direitos aquisitivos, que contratarem as construtoras de edifícios e venderem as unidades autônomas antes do final da obra, também serão considerados incorporadores.

Existem três espécies de incorporação previstas na Lei nº 4.591/64, quais sejam, a construção por conta e risco do incorporador, construção por empreitada e a construção por administração (BRASIL, 1964).

Na primeira hipótese, o incorporador vende uma coisa futura pelo preço global certo e determinado, consistente na parte ideal do terreno, arcando com os custos de material e de mão de obra. Trata-se do modelo de incorporação mais comum no mercado imobiliário brasileiro.

Na hipótese de construção pelo regime de empreitada, poderá ser negociada por preço fixo ou reajustável, havendo a fiscalização da evolução da obra pela comissão de representantes, de acordo com o projeto.

Por fim, na construção por administração, também chamada de “preço de custo”, os próprios adquirentes/compromissários são responsáveis pelos custos integrais da obra, emitidas em nome do condomínio.

Essa Lei, em seu art. 31, atribui toda a responsabilidade do empreendimento ao incorporador e, conforme parágrafo 3º do mesmo dispositivo, havendo mais de um, todos serão solidariamente responsáveis (BRASIL, 1964). Nesse sentido, cabe a ele garantir a entrega da obra no prazo e na forma convencionados.

3. A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

Inicialmente, vale analisar a aplicação da Código de Defesa do Consumidor nos contratos que envolvem a promessa de compra e venda de imóveis. Tem-se que a relação consumerista é formada por um fornecedor de produtos ou serviços, seja ele pessoa física ou jurídica, que os coloca em circulação ou os oferece no mercado de consumo com habitualidade e por um consumidor que, por sua vez, adquire-os como seu destinatário final. Nesse sentido, dispõe os art. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (BRASIL, 1990).

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transfor-

mação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990).

Quando o promitente-comprador adquire a unidade imobiliária para uso próprio ou da sua família, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, enquadrando-se o incorporador no conceito de fornecedor de produto (imóvel), bem como no de prestador de serviços (construção), consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Civil. Recursos Especiais. Fundamentação. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Contrato de financiamento para a construção de imóvel (prédio com unidades autônomas). Recursos oriundos do SFH. Outorga, pela construtora, de hipoteca sobre o imóvel ao agente financiador. Posterior celebração de compromisso de compra e venda com terceiros adquirentes. Cancelamento da hipoteca. – É inadmissível o Recurso Especial na parte em que deixa de apontar ofensa à lei ou dissídio jurisprudencial e no ponto em que não fundamenta suas alegações. – Inexiste omissão a ser suprida por meio de embargos de declaração

quando toda a controvérsia posta a desate foi fundamentalmente apreciada no julgado embargado. – O dissídio jurisprudencial que enseja Recurso Especial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre os acórdãos tidos como divergentes. – A hipoteca instituída pela Construtora ao agente financiador, em garantia de empréstimo regido pelo Sistema Financeiro da Habitação, que recai sobre unidade de apartamentos, é ineficaz perante os promissários-compradores, a partir de quando celebrada a promessa de compra e venda. – Nesse caso, deve ser cancelada a hipoteca existente sobre as unidades de apartamentos alienadas a terceiros adquirentes. (BRASIL, 2003).

Felipe Braga Netto (2018) ressalta o julgado em que o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela aplicação da legislação consumerista ao condomínio dos adquirentes/compromissários de edifício em construção, quando este atuar na defesa dos seus condôminos em relação à construtora ou incorporadora. Veja:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR E PROCES-
SUAL CIVIL. DEMANDA ENVOLVENDO CON-
DOMÍNIO DE ADQUIRENTES DE UNIDADES
IMOBILIÁRIAS E A CONSTRUTORA/INCORPO-
RADORA. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. RELA-
ÇÃO DE CONSUMO. COLETIVIDADE DE CON-
SUMIDORES. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO
DO ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMI-
CA DO ÔNUS PROBATÓRIO. PRECEDENTES DO
STJ. 1. Polêmica em torno da possibilidade de inver-

são do ônus da prova para se atribuir a incorporadora demandada a demonstração da destinação integral do produto de financiamento garantido pela alienação fiduciária de unidades imobiliárias na incorporação em questão (patrimônio de afetação). 2. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao condomínio de adquirentes de edifício em construção, nas hipóteses em que atua na defesa dos interesses dos seus condôminos frente a construtora/incorporadora. 3. O condomínio equipara-se ao consumidor, enquanto coletividade que haja intervindo na relação de consumo. Aplicação do disposto no parágrafo único do art. 2º do CDC. 4. Imposição de ônus probatório excessivamente complexo para o condomínio demandante, tendo a empresa demandada pleno acesso às provas necessárias à demonstração do fato controvertido. 5. Possibilidade de inversão do ônus probatório, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC. 6. Aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º, do novo CPC). 7. Precedentes do STJ. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (BRASIL, 2016).

Dessa forma, a legislação consumerista será aplicada para os inúmeros conflitos que podem surgir, envolvendo a aquisição antecipada do imóvel. Entre eles, cabe destacar o atraso na entrega do imóvel na forma e prazo contratados, que é o objeto de estudo do presente trabalho.

4. A TOLERÂNCIA DE ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL

A aquisição de um imóvel “na planta” com prazo e preço pré-determinados possibilita um planejamento financeiro e social do adquirente/compromissário. O incorporador possui o dever contratual de entregar as chaves do imóvel no prazo avençado, sob pena de indenizar os prejuízos causados ao adquirente/compromissário ou ao compromissário pela não conclusão da edificação ou pelo retardo injustificado na conclusão da obra. Nesse sentido, dispõem o art. 43, II, da Lei nº 4.591/1964, que trata das incorporações imobiliárias, e o art. 927 do Código Civil:

Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:

II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa;

[...] (BRASIL, 1964).

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Contudo, diante da complexidade da atividade de construção imobiliária, os contratos de promessa de compra e venda, comumente já preveem um prazo de tolerância na entrega do imóvel em favor das construtoras, sem qualquer ônus para estas, cuja validade é convalidada pela jurisprudência. Veja trechos colacionados do acórdão de Recurso Especial sobre o tema:

Não pode ser reputada abusiva a cláusula de tolerância no compromisso de compra e venda de imóvel em construção desde que contratada com prazo determinado e razoável, já que possui amparo não só nos usos e costumes do setor, mas também em lei especial (art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964), constituindo previsão que atenua os fatores de imprevisibilidade que afetam negativamente a construção civil, a onerar excessivamente seus atores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemos. 6. A cláusula de tolerância, para fins de mora contratual, não constitui desvantagem exagerada em desfavor do consumidor, o que comprometeria o princípio da equivalência das prestações estabelecidas. Tal disposição contratual concorre para a diminuição do preço final da unidade habitacional a ser suportada pelo adquirente, pois ameniza o risco da atividade advindo da dificuldade de se fixar data certa para o término de obra de grande magnitude sujeita a diversos obstáculos e situações imprevisíveis. 7. Deve ser reputada razoável a cláusula que prevê no máximo o lapso de 180 (cento e oitenta) dias de prorrogação, visto que, por analogia, é o prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34,

§ 2º, da Lei nº 4.591/1964 e 12 da Lei nº 4.864/1965) e é o prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, § 2º, do CDC). 8. Mesmo sendo válida a cláusula de tolerância para o atraso na entrega da unidade habitacional em construção com prazo determinado de até 180 (cento e oitenta) dias, o incorporador deve observar o dever de informar e os demais princípios da legislação consumerista, cientificando claramente o adquirente, inclusive em ofertas, informes e peças publicitárias, do prazo de prorrogação, cujo descumprimento implicará responsabilidade civil. Igualmente, durante a execução do contrato, deverá notificar o consumidor acerca do uso de tal cláusula juntamente com a sua justificação, primando pelo direito à informação. (BRASIL, 2017a).

Sob essa perspectiva, recentemente, a Lei 13.786/2018 inseriu o art. 43-A na Lei 4.591/1964, concedendo expressamente às construtoras um prazo de 180 (cento e oitenta) dias corridos, além do prazo contratual, para a entrega do imóvel ao adquirente/compromissário. Exige-se, para tanto, uma cláusula específica clara e de fácil compreensão no contrato de promessa de compra e venda. Observe:

Art. 43-A. A entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador (BRASIL, 2018a).

Nessa perspectiva, apenas após transcorrido o período de carência legal, a construtora estará sujeita a penalidades consagradas nos parágrafos do mencionado artigo, podendo o consumidor optar pela resolução do contrato ou pela indenização compensatória:

§ 1º Se a entrega do imóvel ultrapassar o prazo estabelecido no **caput** deste artigo, desde que o adquirente não tenha dado causa ao atraso, poderá ser promovida por este a resolução do contrato, sem prejuízo da devolução da integralidade de todos os valores pagos e da multa estabelecida, em até 60 (sessenta) dias corridos contados da resolução, corrigidos nos termos do § 8º do art. 67-A desta Lei.

§ 2º Na hipótese de a entrega do imóvel estender-se por prazo superior àquele previsto no *caput* deste artigo, e não se tratar de resolução do contrato, será devida ao adquirente adimplente, por ocasião da entrega da unidade, indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, *pro rata die*, corrigido monetariamente conforme índice estipulado em contrato.

§ 3º A multa prevista no § 2º deste artigo, referente a mora no cumprimento da obrigação, em hipótese alguma poderá ser cumulada com a multa estabelecida no § 1º deste artigo, que trata da inexecução total da obrigação (BRASIL, 2018a).

Assim, caso o consumidor adimplente opte pelo distrato do contrato de promessa de compra e venda, ele terá direito à devolução

integral dos valores pagos à construtora, bem como à multa estabelecida contratualmente. Por outro lado, se ele optar em manter o contrato, a cláusula penal do parágrafo 3º impõe que o promitente-vendedor lhe indenize 1% do valor efetivamente pago pelo consumidor adimplente para cada mês de atraso da entrega da unidade imobiliária. Ressalta-se que a base de cálculo não é o valor total do imóvel, mas o valor realmente pago até aquele momento.

5. CONSEQUÊNCIAS DO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL

O contrato de promessa de compra e venda de imóvel possui natureza sinalagmática, o que significa dizer que a prestação de uma das partes pressupõe a contraprestação da outra, de modo que se o adquirente/compromissário paga suas prestações regularmente, espera-se que a incorporadora entregue o imóvel na data pactuada. Sob esse prisma, o adquirente/compromissário pode se valer da exceção do contrato não cumprido, prevista no art. 476 Código Civil nos seguintes termos: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. (BRASIL, 2002).

Assim, o adquirente/compromissário suspende o pagamento das parcelas enquanto o imóvel não lhe for entregue, eximindo-se de juros e das multas, mas permanecendo sujeito à correção monetária, conforme a periodicidade legal e o índice contratualmente adotado, como salientado por Luiz Antônio Scavone Júnior (2019). Ademais, durante o período de atraso, incumbe ao incorporador arcar com as taxas condominiais e com IPTU (Imposto de Propriedade Territorial Urbana), independente de previsão contratual, uma vez que este quem deu causa à mora.

O autor ressalta que a obrigação de entregar o imóvel na data convencionada possui natureza positiva e líquida, de modo que, havendo o atraso após a tolerância legal de 180 dias, o devedor estará constituído em mora de pleno direito, prescindindo de notificação, consoante o art. 397 do Código Civil: “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor” (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, o adquirente/compromissário pode optar entre a resolução do contrato com o ressarcimento integral daquilo que pagou, devidamente atualizado, acrescido de juros de 1% ao mês desde a citação, conforme dispõe o art. 405 do Código Civil: “Contam-se os juros de mora desde a citação inicial” (BRASIL, 2002). Alternativamente, ele pode optar por exigir judicialmente a entrega do imóvel, por meio da ação cominatória, sem prejuízo da multa moratória e das perdas e danos.

Tais alternativas encontram respaldo jurídico no art. 475 do Código Civil, o qual dispõe que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. (BRASIL, 2002).

5.1 Cláusula penal, multa contratual ou pena convencional

Tendo em vista a sua relevância prática, a cláusula penal comumente é pactuada nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, tratando-se de uma obrigação acessória à obrigação principal de fazer, de entregar, para o caso de inadimplemento parcial ou total, funcionando como uma complementação ou substituição das eventuais perdas e danos.

Nas palavras de Orlando Gomes⁹, citado por Cristiano Chaves de Faria. Rosenvaldi e Braga Netto, ‘a cláusula penal, também chamada pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa da obrigação’ (GOMES, *apud* FARIA; ROSENVALDI; BRAGA NETTO, 2017, p. 625).

De acordo com o art. 408 do Código Civil, “Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.” (BRASIL, 2002). Isto é, quando o incorporador, culposamente, deixar de cumprir com a sua obrigação de entregar ao adquirente/compromissário o imóvel no prazo avençado incorre em pleno direito na cláusula penal. Caso contrário, este deve constituir aquele em mora, através de uma notificação extrajudicial, como pressuposto para aplicação da multa contratual.

Pela análise do art. 409 do Código Civil, verifica-se a existência de duas modalidades de cláusula penal, a compensatória e a moratória. Senão, vejamos: “A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora” (BRASIL, 2002).

Cristiano Chaves de Faria *et al* (2017) asseveram que a cláusula penal moratória visa preservar a cláusula principal do contrato quando ocorrer o inadimplemento parcial do devedor, consubstanciado pelo atraso no cumprimento da prestação por este. Nesse sentido, o art. 411 do Código Civil determina que “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal” (BRASIL, 2002).

9 GOMES, Orlando.

Sendo assim, a multa moratória será exigida pelo credor em conjunto com a obrigação principal descumprida, como complemento das perdas e danos decorrentes do atraso, quando o credor ainda possui o interesse na prestação do devedor por esta lhe ser útil.

Ao contrário da cláusula penal moratória, a cláusula penal compensatória é aquela que estabelece a multa para as hipóteses de inadimplemento absoluto da obrigação, de modo que ela possui caráter de indenização substitutiva, caso o credor opte pela resolução do contrato. Nessa perspectiva, o art. 410 do Código Civil determina que “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor”. (BRASIL, 2002).

Portanto, havendo inadimplemento pelo incorporador no contrato de promessa de compra e venda, a cláusula penal será executada conforme a alternativa escolhida pelo adquirente/compromissário. De maneira que se ele optar por exigir o cumprimento, aplica-se a cláusula penal moratória e se ele optar por resolver o contrato, aplica-se a cláusula penal compensatória.

5.2 Perdas e danos advindos do atraso na entrega do imóvel: lucros cessantes e danos morais

Independentemente de qual opção o adquirente/compromissário escolheu, seja resolver o contrato, seja exigir-lhe o cumprimento, a incorporadora não se exime de arcar com as perdas e danos, independente das multas contratuais.

Quando o incorporador descumpre a sua obrigação principal de entregar o imóvel no prazo estabelecido, excedendo o limite de tolerância de 180 dias de atraso, o adquirente/compromissário experimenta

um prejuízo de ordem material, na medida em que fica impossibilitado de usufruir do seu direito, conforme o planejado.

Nesses casos, fala-se em lucros cessantes, os quais podem ser compreendidos como as oportunidades materiais perdidas em razão do descumprimento contratual. Sob essa perspectiva, “os lucros cessantes traduzem aqueles ganhos que, seguindo a ordem natural das coisas, provavelmente afluíam ao patrimônio da vítima se não tivesse havido o dano” (FARIAS, 2017, p. 260).

O entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o descumprimento do prazo para a entrega do imóvel, objeto do compromisso de compra e venda, enseja a condenação do alienante pelos lucros cessantes, presumindo-se o prejuízo do adquirente/compromissário, ainda que a finalidade negocial da transação não seja demonstrada. Veja:

CIVIL. CONTRATO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO POR CULPA DA CONSTRUTORA. ARTIGO 924, DO CÓDIGO CIVIL/1916. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL/1916. RESTITUIÇÃO DA INTEGRALIDADE DAS PARCELAS PAGAS E DOS LUCROS CESSANTES PELO VALOR DO ALUGUEL MENSAL QUE IMÓVEL PODERIA TER RENDIDO. PRECEDENTES. - Na resolução de compromisso de compra e venda de imóvel, por culpa do promitente-vendedor, não é aplicável o disposto no art. 924 do Código Civil/1916, mas sim o parágrafo único do art. 1.092 do Código Civil/1916, e, conseqüentemente, está o promitente-vendedor obrigado a devolver inte-

gralmente a quantia paga pelo promitente-comprador. - Resolvida a relação obrigacional por culpa do promitente vendedor que não cumpriu a sua obrigação, as partes envolvidas deverão retornar ao estágio anterior à concretização do negócio, devolvendo-se ao promitente vendedor faltoso o direito de livremente dispor do imóvel, cabendo ao promitente-comprador o reembolso da integralidade das parcelas já pagas, acrescida dos lucros cessantes. - A inexecução do contrato pelo promitente-vendedor, que não entrega o imóvel na data estipulada, causa, além do dano emergente, figurado nos valores das parcelas pagas pelo promitente-comprador, lucros cessantes a título de alugueres que poderia o imóvel ter rendido se tivesse sido entregue na data contratada. Trata-se de situação que, vinda da experiência comum, não necessita de prova (art. 335 do Código de Processo Civil). Recurso não conhecido. (BRASIL, 2005).

Sendo assim, independente se o imóvel foi ou não adquirido para locação, independente se o adquirente/compromissário optou pela resolução do contrato ou por exigir-lhe o cumprimento, o incorporador se responsabiliza pelos lucros cessantes durante todo o atraso. A indenização, por sua vez, consiste nos alugueis que o adquirente/compromissário poderia ter recebido se o imóvel lhe tivesse sido entregue. Para tanto, cabe uma avaliação de mercado a fim de se determinar o valor mensal locatício.

Por outro lado, o entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o atraso na entrega do imóvel, por

si só, não enseja indenização por danos morais, configurando-se um mero dissabor de um negócio frustrado:

ACÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. EMPREEN-
DIMENTO IMOBILIÁRIO. IMPONTUALIDADE
NA ENTREGA DA OBRA. DANOS MORAIS. 1.
O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta
dano moral, que pressupõe ofensa anormal à persona-
lidade. É certo que a inobservância de cláusulas con-
tratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas
não se apresenta como suficiente para produzir dano
na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumpri-
mento de obrigações contratuais não é de todo impre-
visível. 2. Conforme entendimento pacífico do STJ, a
correção monetária tem como marco inicial a data da
prolação da sentença que fixa o quantum indenizatório.
3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte,
provido. (BRASIL, 2008).

RECURSO ESPECIAL. ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO
POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR
DANOS MORAIS. REEXAME DE FATOS. INTER-
PRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS.
INADMISSIBILIDADE. ATRASO NA ENTREGA
DO IMÓVEL. INADIMPLEMENTO CONTRA-
TUAL. DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO.
1. O reexame de fatos e a interpretação de cláusulas
contratuais em recurso especial são inadmissíveis 2. O
dano moral, na hipótese de atraso na entrega de unida-
de imobiliária, não se presume, configurando-se ape-

nas quando houver circunstâncias excepcionais que, devidamente comprovadas, importem em significativa e anormal violação a direito da personalidade dos promitentes-compradores, hipótese que não se verifica no caso vertente. Precedentes. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (BRASIL, 2017b).

Luiz Antônio Scavone Júnior (2019) critica esse posicionamento da jurisprudência, afirmando que a propriedade imobiliária é de extrema valia para as famílias brasileiras. Os adquirentes/compromissários precisam se reprogramarem para residirem provisoriamente em uma moradia até que o imóvel adquirido antecipadamente lhe seja entregue. Segundo o autor, não se trataria de um mero dissabor, ou uma simples expectativa frustrada, visto que traz consequências negativas para a vida pessoal, financeira e social destes consumidores.

5.3 A possibilidade de cumulação da cláusula penal com a indenização por lucros cessantes e de inversão da cláusula penal estipulada exclusivamente em face do consumidor

Muito se debateu no judiciário brasileiro sobre a possibilidade de se cumular lucros cessantes com cláusula penal, na hipótese do atraso na entrega de imóvel. Além disso, também muito se discutiu a respeito da possibilidade da inversão, em desfavor do incorporador, da cláusula penal estipulada exclusivamente para o consumidor, nos casos de inadimplemento, pelo atraso na entrega.

Diante da multiplicidade de demandas envolvendo as mesmas questões de direito, o Superior Tribunal de Justiça selecionou quatro

casos¹⁰ como representativos das controvérsias que se originaram de ações movidas por consumidores em desfavor das incorporadoras, tendo em vista o descumprimento da obrigação principal: entrega do imóvel no prazo pactuado.

Com relação ao primeiro ponto, a 2ª seção do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Repetitivo, fixou a tese jurídica para o tema 970, nos seguintes termos: “A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.” (BRASIL, 2019b).

O colegiado, em sua maioria, seguindo o voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, decidiu pela impossibilidade de cumulação dos lucros cessantes e da cláusula penal, vez que esta se caracteriza por um pacto acessório, de natureza reparatória, servindo como uma prefixação de perdas e danos, dispensando a indenização pelos lucros cessantes.

Já com relação ao segundo ponto, a 2ª seção do Superior Tribunal de Justiça, no mesmo rito de Recurso Repetitivo, fixou a tese jurídica para o tema 971, da seguinte forma:

No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp nº 1.635.428/ SC (2016/0285000-5), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 01 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp nº 1.631.485/DF (2016/0266913-0), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 01 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp nº 1.614.721 DF (2016/0187952-6), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF 01 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça REsp nº 1.498.484 DF (2014/0306634-9), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 jun.2019.

indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial. (BRASIL, 2019a).

Com fundamento no princípio da isonomia das partes, o colegiado entendeu pela possibilidade de ser inverter em favor do consumidor a cláusula penal moratória estipulada tão somente em benefício do fornecedor, no caso de inadimplemento decorrente do atraso. No entanto, segundo o Ministro Relator Luis Felipe Salomão, para que haja uma simetria e não ocasione o enriquecimento ilícito do adquirente/compromissário, deve-se observar a fixação em dinheiro para a mora e não a incidência do mesmo percentual sobre o preço total do imóvel a cada mês de atraso.

Interessante observar as cautelas adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento desses recursos repetitivos, já que se tratam de questões extremamente corriqueiras no ramo imobiliário. Segundo o Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes obrigatórios do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), as teses jurídicas fixadas serão utilizadas para resolver cerca de 178 mil ações, que envolvem as mesmas questões de direito e que estavam suspensas nas instâncias ordinárias aguardando solução do Superior Tribunal de Justiça.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compra e venda antecipada de unidades imobiliárias a serem construídas, comumente conhecida como “compra e venda na planta”, pode ocasionar problemas ao consumidor adquirente. O descumprimento da obrigação principal do incorporador em entregar as chaves

do imóvel no prazo avençado é uma das situações mais corriqueiras no judiciário brasileiro.

Inúmeras consequências jurídicas advêm desse tipo de inadimplemento, podendo o consumidor, se adimplente com sua obrigação principal de pagar o preço, após ultrapassado o limite de tolerância legal de 180 dias para o atraso, optar por exigir judicialmente do incorporador a entrega do imóvel, por meio de uma ação cominatória, ou pela resolução do contrato. Importante ressaltar que, durante o atraso, as taxas condominiais e o IPTU devidos serão de responsabilidade do incorporador, que deu causa à mora.

Na primeira hipótese, o consumidor terá direito de exigir a multa moratória em seu favor, que servirá como um complemento pelas perdas e danos ocorridos diante do atraso do cumprimento da obrigação do incorporador de entregar o imóvel na data pactuada. Na segunda hipótese, o consumidor pode eximir-se de continuar pagando suas parcelas, sob o fundamento da alegação da exceção do contrato não cumprido e, com relação às que pagou, terá direito à devolução integral do preço pago, devidamente atualizado, sem prejuízo da multa contratual compensatória, que terá natureza indenizatória pelas perdas e danos.

Nada impede de, ao invés de exigir o cumprimento da cláusula penal em seu favor, o consumidor optar pela indenização pelos lucros cessantes, se lhe for mais benéfico, a depender do valor da multa prevista no contrato. O que não lhe será devido é a cumulação entre a multa compensatória e os lucros cessantes, já que ambos institutos possuem o mesmo objetivo: reparação dos danos.

Diante da complexidade que envolve os negócios imobiliários, há muitas discussões judiciais sobre os impactos que o atraso na entrega do imóvel ocasiona para os consumidores e para o próprio empreendimento, que fica prejudicado. Por isso, o incorporador deve prever um prazo real para o cumprimento da sua obrigação no contrato de pro-

messa de compra e venda, sob pena de ter que arcar com os prejuízos e acabar inviabilizando o negócio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil (2002): Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor (1990). Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 17 ago. 2019

BRASIL. Lei n. 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.786, de 27 de dezembro de 2018. Altera as Leis n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Brasília, 27 dez. 2018a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13786.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp. 334.829/SP. Relator Min. Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 fev. 2002. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7517258/recurso-especial-resp-431440-sp-2002-0048939-6-stj-relatorio-e-voto-13134632>>. Acesso em: 03 set. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp: 431.440/SP (2002/0048939-6). Relator Min. Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 17 fev. 2003. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7517258/recurso-especial-resp-431440-sp-2002-0048939-6-stj/relatorio-e-voto-13134632>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp: 644.984/RJ (2004/0055655-8). Relator Min. Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 05 set. 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/70622/recurso-especial-resp-644984-rj-2004-0055655-8/inteiro-teor-100072449>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp: 876.527/RJ. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 28 abr. 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649513179/recurso-especial-resp-1774552-rj-2018-0278011-0/decisao=-monocratica649513201-?ref-serp>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp. 1.560.728/MG. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 28 out. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/11/art20161103-10.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp. 1.582.318/RJ. Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21 set. 2017a. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501653167/recurso-especial-resp-1582318-rj-2015-0145249-7/inteiro-teor-501653175?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp: 1.693.221/SP (2017/0207735-1). Relator Min. Nancy Andrighi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 nov. 2017b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/520267804/recurso-especial-resp-1693221-sp-2017-0207735-1>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp nº 1.635.428/ SC (2016/0285000-5). Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 01 ago. 2018b. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/607382479/recurso-especial-resp-1635428-sc-2016-0285000-5>>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp nº 1.631.485/DF (2016/0266913-0). Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 01 ago. 2018c. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1813567&tipo=0&nreg=201503248360&SeqCgrmaSes-sao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190523&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp nº 1.614.721 DF (2016/0187952-6). Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 01 ago. 2018d. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/607382477/recurso-especial-resp-1614721-df-2016-0187952-6>>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). REsp: 1.729.949/SP (2018/0058021-8). Relator Ministro. Paulo de Tarso Sanseverino. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 set. 2018e. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631209159/recurso-especial-resp-1729949-sp-2018-0058021-8/decisao-monocratica-631209190>>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). REsp nº 1.498.484 DF (2014/0306634-9). Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 25 jun. 2019a. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729268951/recurso-especial-resp-1498484-df-2014-0306634-9>>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícias: Segunda Seção fixa teses sobre penalidades por atraso na entrega de imóvel. 24 maio 2019b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Segunda-Secao-fixa-teses-sobre-penalidades-por-atraso-na-entrega-de-imovel.aspx>>. Acesso em: 25 set. 2019.

CHALHURB, Melhim Namem. Incorporação Imobiliária. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVANDI, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Direito Imobiliário: teoria e prática. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2019.

AFETIVIDADE E A USUCAPIÃO FAMILIAR

Guilherme Henrique Venâncio Vilela¹¹

Resumo: A luta por garantias constitucionais é constante, bem como a luta pela proteção da família e da moradia. Ainda que a norma que regulamenta a usucapião familiar seja dotada de boas intenções, reintroduz junto à modernidade a culpa pela separação, bem como chancela a desigualdade entre cônjuges se valendo de um programa (Minha Casa, Minha Vida) que não é capaz de interrelacionar os institutos. O princípio da Afetividade, da Liberdade e da Dignidade da Pessoa Humana é posto em evidência quando um cônjuge adquire um bem imóvel em detrimento da lapidação patrimônio do outro cônjuge. Como se não bastasse todas as questões sociais emergidas, o retrocesso junto ao ordenamento jurídico é algo assustador. Uma análise fria das relações pessoais não poderá ser a causa da perda do patrimônio de alguém, por via de consequência, o enriquecimento sem causa de outrem.

Palavras-chave: Usucapião familiar, afetividade, proteção jurídica

1. INTRODUÇÃO

É verdade que todos os relacionamentos enfrentam suas dificuldades pessoais e íntimas, que são situações comuns. Todavia, junto à modalidade familiar de usucapir, tais situações poderão ser facilmente agravadas. Isso posto, o presente artigo tem como objetivo refletir sobre a nova modalidade de usucapir frente as diversas questões que levam ao fim uma relação conjugal. Para tanto, análises referentes à reinserção da culpa no ordenamento jurídico, bem como à sanção ao

11* Pós-graduando pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: guigohvv@hotmail.com

cônjuge ausente e ao abandono do lar serão amplamente discutidas ao longo deste sob a ótica do Princípio basilar da Afetividade.

A pesquisa bibliográfica baseou-se no levantamento de doutrinas e deduções, partindo dos efeitos vislumbrados pela Emenda Constitucional nº 66/2010, que põe termo aos prazos para separação e culpa (BRASIL, 2010). A averiguação documental foi realizada através de jurisprudências e legislação nacional vigente, bem como acervos disponíveis pelo universo cibernético.

Tal instrumento justifica-se pela necessidade de entendimento da usucapião familiar, por questões de ordem sociais, uma vez que afeta diretamente os cônjuges envolvidos, bem como a prole eventual, afora o fato da repercussão na sociedade frente à propriedade.

A norma foi introduzida junto ao programa Minha Casa Minha Vida, todavia tratando de assunto diverso ao que havia sido proposto. A configuração da Usucapião Familiar ou “Usucapião por abandono de Lar” depende de diversos requisitos específicos que serão abordados adiante, ainda que tais requisitos encostem em outras modalidades de usucapir, neste caso, especificamente, temos um contexto bastante temeroso, que vem a ser a Culpa pelo abandono e a afronta ao princípio da Afetividade.

A espécie comentada ao longo deste capítulo coaduna dois elementos do Direito Civil: Direito Reais e Direito de Família. Assim, buscando a solução frente ao primeiro, no tocante à posse, à propriedade e ao direito à Moradia, descurou-se gravemente do segundo, no que diz respeito à intimidade, à vida privada dos cônjuges e às razões pelas quais finda uma relação conjugal.

2. USUCAPIÃO FAMILIAR: Implicações jurídicas e sociais frente à família

É pertinente dizer que a usucapião configura-se frente a um desinteresse por parte do proprietário no tocante à coisa, observando-se o tempo. Temos no molde do artigo 1240-A do Diploma Civil:

Art. 1240-A Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011) (BRASIL, 2011).

É imperioso dizer que, para a maioria dos doutrinadores atuais, tal instituto retroage à época em que se culpava um dos cônjuges pela separação. Ainda que nesse contexto o cerne seja a proteção da moradia, o que acaba por ser engendrado é uma afronta ao Princípio da Afetividade e da Dignidade da Pessoa Humana.

A família moderna há muito perdeu o seu caráter hierárquico patriarcal, em que havia uma desigualdade familiar, já que todos deveriam respeitar a supremacia do homem no ambiente doméstico.

Neste mesmo aspecto, caminhando em conjunto com as novas instituições familiares, é necessário, portanto, analisar os requisitos que assestam a Usucapião Familiar, pois, ainda que tais requisitos sejam louváveis, tornam-se fracos, considerando-se exclusivamente a forma

da lei, já que esta reintroduz no ordenamento jurídico a culpa pela separação de um dos cônjuges e, já vimos, junto à história, que uma análise fria da letra da lei pode colocar-nos em lugares nebulosos.

Temos a redução do lapso temporal para dois anos, o que é uma verdadeira inovação na legislação que versa sobre a usucapião, uma vez que cinco anos era o mínimo até então. Nas palavras de Tartuce:

A principal novidade é a redução do prazo para exíguos dois anos, o que faz com que a nova categoria seja aquela com menor prazo previsto, entre todas as modalidades de usucapião, inclusive de bens móveis (o prazo menor era de três anos).

Ainda que, na modernidade, a busca pela agilidade seja diária, não podemos dar, primeiramente, um tempo tão curto a algo que foi construído, na maioria das vezes, ao longo de décadas, tampouco tratar como abandono de lar algo tão delicado e peculiar que vem a ser a afetividade.

O abandono de lar pode ser relacionado à ideia de culpabilidade de um dos cônjuges pelo fim da união. Nas palavras, novamente, de Tartuce :

Como incidência concreta desse enunciado doutrinário, não se pode admitir a aplicação da nova usucapião nos casos de atos de violência praticados por um cônjuge ou companheiro para retirar o outro do lar conjugal. Em suma, a expulsão do cônjuge ou companheiro não pode ser comparada ao abandono.

Vemos uma fragilidade, uma atecnia construída que ruína outros institutos. A ânsia pelo novo tem atropelado o que funciona, uma vez que abandonar, separar, sair, deixar ou quaisquer outros verbos são nada mais que isso, verbos, conquanto na prática chancela a desigualdade entre cônjuges bem como a culpa pela separação, ou abandono, ou saída se preferir.

A metragem máxima de 250m² sendo tanto o terreno quanto a construção tem a mesma relevância de ser urbano ou rural, qual seja, nenhuma. Cumpre destacar que se, e, somente se, tal abandono fosse fator que surtisse efeito legal sem ferir outras normas, qual seria a importância de o imóvel ser rural ou urbano, bem como o tamanho deste?

O bem passível de ser usucapido é comum ao referido núcleo familiar, vez que deve existir a copropriedade entre os cônjuges/companheiros. À vista disso, ambos os cônjuges são proprietários. O fim da relação conjugal jamais deveria ser tida como o princípio da contagem de um prazo, curtíssimo, para a aquisição de um bem.

Não obstante toda a aberração trazida por tal modalidade de usucapião, ainda observamos que sobre a égide de tal instituto não importa sequer a maneira de aquisição dele, não sendo relevante a onerosidade ou gratuidade, menos ainda o período, isto é, se antes ou durante a relação. O que vale é, exclusivamente, se o bem pertencia ao casal quando da separação, saída ou abandono de um dos cônjuges. Assim sendo, vislumbra-se uma preocupação exacerbada frente a um dos cônjuges, bem como um descuido frente ao outro. Se, por um lado, há a proteção à moradia, por outro há a culpa pela separação/abandono, o enriquecimento sem causa e uma análise rasa no tocante à família moderna e os problemas relacionados a elas. Vejamos o que esclarece o artigo 884 do Diploma Civil: “Art. 884 Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários” (BRASIL, 2002).

Fica evidenciado, portanto, a preocupação do legislador no que se refere ao enriquecimento de um mediante o empobrecimento de outrem desde que haja nexo causal, o que no caso específico é mais que notório. Ainda que o enriquecimento não se configure através de um ato ilícito, há uma causa injusta, uma vez que as bases nas quais a usucapião familiar foi construída são tenras.

3. AFETIVIDADE COMO PRINCÍPIO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é a base para todos os demais princípios e direitos previstos em nossa Constituição, vez que todos os outros dispositivos legais e bens a serem tutelados deverão manter a observância da dignidade do ser.

A dignidade é algo que está inerente ao homem, ligada diretamente aos princípios da liberdade e da igualdade. O legislador percebe a necessidade de preservação de tal instituto por parte do Estado, de modo a elencá-lo junto ao artigo 1º, III da CFB.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1998).

O referido princípio visa salvaguardar o direito à individualidade de cada um, tanto em suas escolhas mais pessoais, que digam respeito apenas a si mesmo, quanto naquelas que tocam diretamente à so-

cidade. A não proteção de uma entidade familiar constituída por dois homens, ou duas mulheres, ou qualquer outro universo a ser formado com o mesmo desígnio é uma afronta a esse princípio basilar.

Cabe realçar que a proteção às vontades individuais não é algo a ser observado apenas para um dos cônjuges na relação familiar, mas para ambos, sem distinção de gênero ou quaisquer outras diferenças. Neste prisma, proteger apenas aquele que reside efetivamente no imóvel é o mesmo que deixar de lado o outro, bem como colocar culpa na separação.

A constituição familiar que se embasava numa relação patrimonial e financeira, há muito deixou de existir, assim como aquela na qual o homem era dotado de poderes sobre os demais membros e os esforços orbitavam com foco no patrimônio familiar. A mulher, naquela época, não trabalhava e era dependente da figura masculina.

Com o passar do tempo e com as mudanças culturais, econômicas e sociais ocorridas no país, a mulher passou a trabalhar fora de casa e a figura familiar do homem que sustenta sozinho os filhos e a esposa caiu por terra. A ascensão da figura feminina no lar destrói a motivação arcaica do casamento e da união das famílias. A mulher passou a ter seus próprios ganhos e a conseguir seu próprio sustento e de seus filhos, logo, a causa da não dissolução familiar passa a ser a afetividade. Nas impecáveis palavras de Maria Berenice Dias:

O Estado impõe a si obrigações para com seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar o afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado. Mesmo que a constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no

texto constitucional. Ao serem conhecidas como entidade familiar merecedora de tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual. (grifos nossos).

Assim sendo, percebe-se que o princípio da afetividade, por mais que não se encontre explícito na Constituição Federal, pode ser classificado como um princípio não expresso, nas palavras de Norberto Bobbio: “Muitas normas, tanto dos códigos como da Constituição, são normas generalíssimas e, portanto, são verdadeiros e autênticos princípios gerais expressos.[...] algumas delas esperam ainda ser aplicadas: são princípios gerais expressos não aplicados [...]”.

O afeto passa a ser posto em evidência, de modo que pertence a uma categoria de princípios norteadores que são vislumbrados em todas as relações, sejam homoafetivas ou heteroafetivas. Desta forma, impedir quaisquer que sejam as formas de relações familiares, embasada na afetividade, e quaisquer direitos a elas encrustados seria o mesmo que desconhecer e vilipendiar tal princípio. Consoante a doutrina contemporânea e a jurisprudência pátria, a afetividade tornou-se um princípio norteador das relações familiares, passando a ter valor jurídico a ser tutelado pelo Direito das Famílias, já que diz respeito não só à ligação entre cônjuges, mas também à qualidade dessas relações. Destarte, considerando a família alicerçada na afetividade, não caberia indenização a nenhuma das partes que decidisse sair de casa, uma vez que, na ausência da Afetividade como princípio basilar, não haveria culpa pelo abandono.

4. A AFETIVIDADE E A USUCAPIÃO FAMILIAR

As polêmicas ao redor da usucapião familiar são grandes. Parte da doutrina a tem como inconstitucional, sob a égide de que se estaria remontando, em nosso ordenamento, a culpa pela separação, em virtude do abandono do lar. Consoante tais entendimentos, a usucapião familiar violaria o art. 226, § 6º da Constituição Federal, ao elencar que “o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio” (BRASIL, 1988).

A questão torna-se povoada quando a observância da Emenda Constitucional n. 66/10 abole a separação, via de consequência, a discussão de culpa, a qual ressurge, em consonância à análise do abandono do lar, enquanto requisito necessário para a configuração da usucapião familiar.

Outrora havia, como solução a vários litígios familiares, a possibilidade de um dos cônjuges que se separaram de permanecer imóvel, configurando a cessão da posse alimentos *in natura*. Todavia atualmente tal prática não mais é incentivada, uma vez que o cônjuge que sair poderá perder a propriedade do imóvel, como muito bem assevera Maria Berenice Dias em um dos seus artigos:

Quem lida com as questões emergentes do fim dos vínculos afetivos sabe que, havendo disputa sobre o imóvel residencial, a solução é um afastar-se, lá permanecendo o outro, geralmente aquele que fica com os filhos em sua companhia. Essa, muitas vezes, é única saída até porque, vender o bem e repartir o dinheiro nem sempre permite a aquisição de dois imóveis. Ao menos assim os filhos não ficam sem teto e a cessão da posse adquire natureza alimentar, configurando alimentos *in natura*. Mas agora esta prática não deve mais ser esti-

mulada, pois pode ensejar a perda da propriedade no curto período de dois anos. Não a favor da prole que o genitor quis beneficiar, mas do ex-cônjuge o companheiro (DIAS).

Ressuscitar a discussão de culpas desrespeita o direito à intimidade, vai de encontro ao princípio da liberdade, aqui apenas para emergir alguns dos princípios constitucionais que a Lei viola ao conceder a propriedade exclusiva ao que permanecer no imóvel, tendo por plano de fundo a responsabilidade do co-titular do domínio pelo fim da união.

Na busca pelo direito constitucional à moradia, a Lei traz à baila muito mais celeumas do que soluções, isto por que, além das questões de direito material suscitadas, outras de cunho processuais emergem, tais como: Deverá o cônjuge que se afastar registrar em escritura pública?; Deverá antes solicitar a separação de corpos?. Quaisquer que sejam as respostas, o cônjuge que restar no imóvel, em regra com os filhos, caso os tenha, poderá considerar, ainda, a possibilidade de tais pedidos configurarem como uma máscara para o abandono do lar.

Não obstante tamanho retrocesso restará ainda a dúvida se a partilha deverá ocorrer antes do prazo de dois anos. Tal prazo é medonho, considerando o afeto, uma relação cunhada pelo amor, por vezes, findo tal sentimento, qual seria o pressuposto para a continuação da vida conjugal?

Um dos cônjuges, ao se afastar, em algumas hipóteses, não só está se protegendo, como também protegendo o companheiro, vez que todos os operadores do direito, ou pelo menos a maioria deles, devem saber que sob o domínio de fortes emoções podem ser tomadas algumas atitudes das quais imediatamente depois pode-se arrepender. Neste caso, o afastamento é, naquele momento, a melhor solução, todavia vin-

culá-lo à perda da propriedade é o mesmo que mesclar o leite e o óleo, sendo, portanto, duas esferas que não se misturam efetivamente.

Novamente nas palavras de Maria Berenice Dias:

Boas intenções nem sempre geram boas leis. Não se pode dizer outra coisa a respeito da recente Lei 12.424/2011 que, a despeito de regular o Programa Minha Casa, Minha Vida com nítido caráter protetivo, provocou enorme retrocesso.

A criação de nova modalidade de usucapião entre cônjuges ou companheiros representa severo entrave para a composição dos conflitos familiares. Isto porque, quando um ocupar, pelo prazo de dois anos, bem comum sem oposição do que abandonou o lar, pode se tornar seu titular exclusivo. (DIAS).

Quem lida com conflitos na seara familiar sabe que o melhor dos casos é o afastamento de um dos cônjuges. A usucapião familiar, por seu turno, veio cercear tal afastamento, cancelar a culpa e, mais a fundo, colocar os cônjuges da relação conjugal conturbada em lugares ermos. Aqueles que não enxergam a culpa assestada por tal norma basta fazer um raciocínio rápido em relação às sanções que o cônjuge que abandonou a relação sofre: uma relacionada à “culpa” na separação conjugal, outra sanção relacionada ao patrimônio, considerando a perda de sua parte na propriedade do imóvel, independente da quantidade fracionária do imóvel que lhe é devida.

Tal diretriz poderá alcançar tanto cônjuges quanto companheiros, inclusive homoafetivos, uma vez que já há amplo reconhecimento

da união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável. Outra grande margem de celeuma seria se todos os casos estariam possivelmente passíveis, inclusive aos casais de alto poder aquisitivo, vez que o instituto originário da lei é aquele que trata de programa governamental para famílias de Baixa Renda (Programa Minha Casa, Minha Vida), lei esta repleta de especificidade, inserida no Diploma Civil com uma lei geral. Com fulcro ao princípio da igualdade, tal instituto parece-nos contemplar aos de baixo poder aquisitivo.

Ainda que o domínio absoluto do imóvel não seja conferido, se houver, por parte do que abandonou o lar durante os dois anos, oposição ao exercício da posse exclusiva por parte daquele que nele permaneceu, não estamos tratando aqui da maneira pela qual o cônjuge que se ausentou valeu-se para reaver a parte que lhe é devida, mas estamos trazendo se seria de fato, possível, distinguir o abandono pela separação com o abandono do lar.

Vejamos nos moldes do agravo a seguir:

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CULPA. REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. PARTILHA. Diante do casamento pelo regime da comunhão universal de bens, comunica-se entre o casal todo o patrimônio, inclusive as dívidas contraídas em prol da família. Inteligência dos artigos 1667 e 1668 ambos do CC. Não há mais a perquirição da culpa na dissolução da sociedade conjugal, sob pena de violação a liberdade, a intimidade e a vida privada do casal (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agv 70045439494). (RIO GRANDE DO SUL).

Não é, portanto, possível afastar a culpa frente ao cônjuge que resolver sair do ambiente familiar. A intimidade na vida privada do casal, a liberdade e a dignidade da pessoa humana são postas em evidência quando sancionamos uma decisão de um dos cônjuges em detrimento do outro, ainda que em vias de salvaguardar o direito à moradia. Como seria quebrar um direito em detrimento do outro?

Cada caso é rico em suas peculiaridades, não será impossível o dever de indenizar do cônjuge ausente, frente aquele que remanesceu no imóvel em casos de melhoria, despesas com o imóvel, com os filhos. Porém falar em usucapião de um imóvel, mediante um lapso temporal não pensado de dois anos, é ser um tanto quanto precipitado e imprudente.

Ainda que a usucapião familiar não tencione destituir o princípio da afetividade e, sim, assegurar ao companheiro e à prole eventual um imóvel para residir, vez que a separação de corpos é algo temporário até a partilha de bem, avante à culpa reintroduzida e o desmonte do Princípio da Afetividade temos em seu objetivo um “buraco negro”, pois que a venda de determinado bem imóvel poderá não ser suficiente para a aquisição de outro imóvel, lançando por terra a proteção ao princípio da propriedade.

Em síntese, o instituto da usucapião familiar é brindado com boas intenções. Todavia, não logrando êxito em seu cerne que é de resguardar o bem de família ao cônjuge e eventualmente aos filhos, afora à reintrodução da análise de culpabilidade pelo fim do relacionamento, acha-se num oceano de incertezas, imergindo num verdadeiro retrocesso social e jurídico.

5. CONCLUSÃO

Foram abordados, neste artigo científico, diferentes contornos da usucapião familiar, discutindo as consequências sociais que ele provoca. Com grandes controvérsias junto à legislação brasileira dado ao seu notório cunho social, especialmente no tocante ao abandono do lar.

Uma vez condicionado o abandono do lar como requisito para o engendro desta modalidade de usucapir, houve a reinserção da culpa no ordenamento jurídico brasileiro, o que é minimamente temeroso frente à complexidade de uma relação conjugal, bem como pode ser considerado uma afronta ao princípio da Afetividade que, por seu turno, está ligado diretamente à Liberdade e à intimidade dos cônjuges.

A proteção à moradia não se justifica por si, isto é, não poderá ser utilizada como embasamento diante do retrocesso que é a reinserção da culpa e a perda indevida do patrimônio do cônjuge ausente.

Cabe ressaltar, por acréscimo, que ao cônjuge que optar por abandonar o lar, considerará veemente a venda do patrimônio quando se sua partida, para que não perca sua propriedade, à vista disso, se a preocupação do legislador é salvaguardar o direito a moradia isso morre quando do nascimento, vez que o imóvel a ser vendido não necessariamente se dividido por dois resultará na compra de outro. Portanto, essa modalidade de usucapião acabou dificultando a seara de resolução de conflitos na família, uma vez que, em alguns casos, o afastamento de um dos cônjuges era utilizado como meio de sanar questões íntimas, resultando alimento *in natura* ao cônjuge remanescente. Tal meio jamais será utilizado novamente, pois, poderá resultar na perda da propriedade do ausente.

Como dito em momentos anteriores, o lapso temporal é exíguo e condenável. A discussão sobre o “abandono de lar” é infundável. Reduzir uma relação conjugal a dois anos de afastamento é culpa o côn-

juge ausente, colocar a afetividade, bem como o direito de família em nebulosidade e nada mais é que uma atecnia e desleixo por parte do legislador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, 14 jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, [...] e dá outras providências. Brasília, 16 jun. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Usucapião e abandono do lar: a volta da culpa? Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, 14 jul. 2011. Disponível em <http://ibdfam.org.br/_img/artigos/Usucapi%C3%A3o%20Maria%20Berenice.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

Direito de Família e Sucessões. IBDFam, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: ano 13, n. 23. ago./set. 2011.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado. Agravo: AGV 70045439494 RS. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Data de Julgamento: 09 nov. 2011, 7ª Câmara de Direito Cível, Data de Publicação: 16 nov. 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/cVZwXx>>. Acesso em: 18 maio 2016.

TARTUCE, Flávio. A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal. Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões, Belo Horizonte, 02 ago. 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Tartuce.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

TARTUCE, Flávio. A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal. Revista Síntese Direito de Família, v. 14. n. 71, p. 16-18. São Paulo, abr./maio 2012.

TARTUCE, Flavio. Direito das coisas. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2014.

DIGRESSÕES SOBRE O DIREITO DE PAISAGEM: em busca de uma melhor compreensão das limitações do direito de propriedade

Marinna Caldareli Portes¹²

Resumo: O presente estudo visa preconizar a aplicabilidade do direito de paisagem como uma das espécies limitadoras do direito de propriedade, implicando ao proprietário obrigações e responsabilidades inerentes à função social da propriedade, retirando-lhe o direito absoluto e unicamente individualizado sobre o bem imóvel.

Palavras-chave Direito de Paisagem. Ética da Paisagem. Propriedade. Função social. Limitações sobre o direito de propriedade. Meio ambiente. Antropocentrismo. Princípios constitucionais ambientais.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará o direito de propriedade como garantia constitucional e suas diversas limitações na esfera pública e privada. Tratará ainda sobre as digressões do direito de paisagem como instituto limitador da propriedade, devidamente embasado nos direitos e garantias previstos na Constituição.

Além dos institutos jurídicos, o direito de paisagem é norteado por princípios constitucionais que tutelam o meio ambiente, a preservação das florestas, da fauna, da flora, dos bens arqueológicos, da história e das diversas culturas espalhadas pelo país.

¹² Advogada, Especializada em Direito Civil Aplicado. PUC Minas Praça da Liberdade. E-mail: marinnacaldareli@gmail.com

No entanto, através da compreensão antropocêntrica do direito de propriedade por grande parte da população, o direito de paisagem tem sido gravemente violado pelo consumo desregrado dos seres humanos. É preciso ter em mente que os impactos desfavoráveis causados ao ecossistema refletem diretamente nos próprios causadores e em outras espécies que compõem o ciclo da vida.

O presente trabalho busca analisar o conceito de paisagem, a necessidade de sua regulamentação jurídica e encampação através do conjunto de ações humanas eticamente conscientes que visem a promoção e a restauração da paisagem. Esta abrange todas as áreas que o homem conheça e possa vir a conhecer.

2. O DIREITO DE PROPRIEDADE

2.1 Conceito de propriedade

O direito de propriedade está previsto no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII – é garantido o direito de propriedade (BRASIL, 1988).

Afirma Costa (2003) que a propriedade é o direito real por excelência, por abranger a coisa em todos os seus aspectos, sujeitando-a totalmente ao seu titular. É a plenitude do direito sobre a coisa, composta pela unicidade de poderes interligados. No entanto, a plenitude do direito sobre a coisa traz a ideia de domínio absoluto e incorruptível da propriedade, contrariando o que apresenta o presente trabalho ao demonstrar as diversas limitações deste direito previstas em nosso ordenamento jurídico.

O Código Civil prevê a propriedade como direito real (art. 1225, I do CC), também denominado como direito das coisas, que consiste em um conjunto de normas, predominantemente obrigatórias, que tende a regular o direito atribuído à pessoa sobre bens corpóreos, móveis ou imóveis de conteúdo econômico, surgindo os direitos reais por imposição legislativa (DIAS).

Regulamenta, ainda, no artigo 1.228 caput, que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar, dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (BRASIL). Nesse contexto, usar consiste em aproveitar a coisa e utilizá-la da maneira que melhor aprouver ao proprietário; gozar está em desfrutar e receber os frutos que da propriedade advierem; dispor é desfazer-se da coisa, seja por venda, doação, abandono; e por fim, reaver é ir atrás e retomar a coisa para si (PAULINO FILHO).

Bernardo Gonçalves Fernandes (2014) *apud* José Afonso da Silva afirma que a atual proteção à propriedade (art. 5º, XXII, e art. 170, II, da CR/88) é abrangente, inclui o patrimônio e, sob esse título, os direitos reais, os direitos pessoais, as propriedades literárias e artísticas, as invenções e as descobertas. A noção de patrimônio inclui ainda o conjunto, não apenas de direitos, mas de obrigações de um indivíduo.

Conclui-se, portanto, que a existência do direito de propriedade enseja a existência de direitos, o que consequentemente também implica em obrigações. Logo, não existem direitos sem obrigações correspondentes, não podendo ser diferente na compreensão dos direitos reais.

2.2 Da função social da propriedade

O direito de propriedade não é mais considerado direito absoluto e individualista do proprietário. O art. 5º, XXIII da CF/88, prevê que a propriedade atenderá a sua função social. Portanto, a Carta Magna retira a noção individualista de propriedade típica do século XVIII e a apresenta como socializada, abrangendo a esfera privada do sujeito titular de modo que a propriedade ofereça maior utilidade à coletividade (FERNANDES, 2014).

Importa dizer que a função social da propriedade é aplicável às espécies de propriedade urbana e rural. Na primeira, a função social será cumprida quando atender as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, conforme o artigo 182, §2º da Constituição (BRASIL, 1988). Na segunda, a função social tem seu cumprimento quando há o aproveitamento racional e adequado, utilização dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e, por fim, exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, segundo o artigo 186, I a IV da Constituição (BRASIL, 1988).

Desse modo, o princípio da função social da propriedade previsto na Constituição Federal de 1988 atribui ao proprietário deveres e responsabilidades de extrema importância para a sociedade, retirando-lhe o direito absoluto e unicamente individualizado sobre o bem imóvel.

3. DAS LIMITAÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE

São diversas as normas limitadoras do direito de propriedade regidas pela Constituição federal e pelo Código Civil. As restrições ao direito de propriedade se dividem em interesse público e interesse privado, conforme será exposto.

3.1 Da intervenção estatal no direito de propriedade

3.1.1 Servidão administrativa

A servidão administrativa considera-se direito real público no qual fica autorizado o Poder Público a usar uma propriedade imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo (FERNANDES, 2014).

O artigo 182, § 4º, III, da Constituição (BRASIL, 1988), prevê que é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento. Caso haja qualquer resistência ou negativa por parte do proprietário em relação ao estado, aplicam-se as seguintes penas taxativas: a) parcelamento ou edificação compulsórios; b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; c) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

3.1.2 Desapropriação

A desapropriação é um procedimento de direito público no qual o Poder Público transfere para si a propriedade de um terceiro, por razões definidas como utilidade pública, necessidade pública ou interesse social, elementos previstos no art. 5º, XXIV da CR/88 (CARVALHO FILHO, 2006).

Bernardo Gonçalves Fernandes (2014) *apud* Hely Lopes Meirelles define os conceitos de necessidade, utilidade pública e interesse social do seguinte modo: a) necessidade pública é o nome que se dá às situações de emergência com as quais a Administração se defronta e que para serem resolvidas satisfatoriamente exigem a transferência urgente de bens de terceiro para o seu domínio; b) utilidade pública é a situação que se apresenta quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente, embora não seja imprescindível; c) interesse social ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público.

3.1.3 Requisição

A requisição está prevista no art. 5º, XXV da CR/88 e 1.228, § 3º do Código Civil, sendo aplicada em casos de iminente perigo público, em que a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano (BRASIL, 1988; BRASIL).

Portanto, a requisição administrativa é um ato administrativo unilateral e auto-executório que consiste na utilização de bens ou de serviços particulares pela Administração, para atender necessidades

coletivas em tempo de guerra ou em caso de perigo público iminente, mediante pagamento de indenização a posteriori (CARVALHO, 2019).

3.1.4 Ordem econômica

De acordo com o art. 170 da CR/88, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando-se os princípios: a) soberania nacional; b) propriedade privada; c) função social da propriedade; d) defesa do meio ambiente através do tratamento diferenciado conforme impacto ambiental dos produtos, serviços e processos de elaboração e prestação; dentre outros (BRASIL, 1988).

Desse modo, a ordem econômica está pautada também na propriedade privada e na função social à qual ela se destina.

3.1.5 Expropriação

O ato de expropriar advém da ocorrência ou cometimento de ato ilícito interligado à propriedade. Por isso, a Constituição Federal prevê, no Art. 243, que as propriedades rurais ou urbanas de qualquer região do País nas quais forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei (BRASIL, 1988).

No parágrafo único do referido dispositivo, resta tipificado que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou da exploração de

trabalho escravagista será confiscado e reverterá fundo especial com destinação específica na forma da lei (BRASIL, 1988).

3.2 Das restrições privadas do direito de propriedade

No que tange às limitações do direito de propriedade na classe do direito privado, estas estão regidas pelo Código Civil. Considerando o mencionado ordenamento (BRASIL, 2002), podemos citar como medidas restritivas a preservação do direito de paisagem, usucapião coletiva e os regulamentados direitos de vizinhança que se subdividem em vários temas do cotidiano.

3.2.1 Preservação do direito de paisagem

No tocante à correlação entre o direito de paisagem e o direito de propriedade, o Código Civil, no art. 1.228, §1º, complementa fundamentadamente que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais de modo que sejam preservados, em conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002).

Outra medida restritiva direcionada à extração de recursos naturais está prevista no Art. 1.230 do Código Civil, quando afirma que a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos, dentre outros bens referidos por leis especiais.

Como bem se vê no âmbito das relações que envolvem o direito privado, ainda sim o princípio da função social é primordial, pois, para que a função social produza efeitos benéficos na coletividade, é

necessário que cada ser individualizado conscientize suas atitudes de preservação e construção sob a ótica norteadora dos princípios fundamentais regidos pela Constituição Federal.

3.2.2 Usucapião coletiva

Fundada no princípio da função social da propriedade, a usucapião coletiva está prevista no art. 1.228, § 4º, em que o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, o que evidencia que mesmo a aquisição originária da propriedade está sujeita a condições e limitações de ordem social (BRASIL).

Importa dizer que o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) também prevê a usucapião coletiva em seu Art. 10, sendo aplicável em áreas urbanas acima de 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por 05 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, sendo suscetíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Os dois dispositivos em comento apresentam medidas de ordem social e interesse econômico relevante. Mas pode estimular a migração interna para as grandes cidades, já sem condições de receber mais população de baixa renda, o que incentivará a criação de favelas (PIZZO, 2010).

3.2.3 Direitos de vizinhança

Os direitos de vizinhança são regras que limitam o direito de propriedade a fim de evitar conflitos entre proprietários de prédios contíguos, respeitando-se, assim, o convívio social. Constituem obrigações *propter rem* (que acompanham a coisa) (DIREITO NET, 2017).

Os direitos em comento estão previstos no capítulo V do Código Civil e se subdividem em diversas classes limitadoras, tais como:

a) o uso anormal da propriedade ocorre através de atos prejudiciais e abusivos que prejudicam a segurança, sossego e saúde (arts. 1.277 a 1.281, CC);

b) regulamentação das árvores limítrofes que estabelecem os limites da extensão e frutos pertencentes a cada vizinho (arts. 1.282 a 1.284, CC);

c) passagem forçada em caso de acesso restrito a via pública (art. 1.285, CC);

d) passagem de cabos e tubulações mediante indenização plausível (arts. 1.286 e 1.287, CC);

e) regulamentação sobre as águas, não podendo haver qualquer poluição ou embaraço reutivo ou poluído quanto ao fluxo de água por parte do proprietário de prédio superior (arts. 1.288 a 1.296, CC);

f) dos limites estabelecidos entre prédios e do direito de tapagem, para solucionar conflitos entre as linhas divisórias e demarcatórias (arts. 1.297 e 1.298, CC);

g) e, por fim, do direito de construir que trata das limitações e responsabilidades inerentes à construção, das medidas de construção em relação à propriedade do vizinho, do não escoa-

mento direto de água na propriedade alheia, das paredes provisórias com sua consequente vedação e sustentação, e o uso do prédio vizinho (art. 1.299 a 1.313) (BRASIL, 2002).

Em virtude de tudo o que foi mencionado neste capítulo, é possível sedimentar o entendimento de que o direito de propriedade não é mais considerado direito absoluto e individual por parte do proprietário. Com o advento da Constituição de 1988, a implementação do direito de propriedade como garantia constitucional tomou uma proporção vasta em sua dimensionalidade, abrangendo a sociedade em geral e a economia do país. Ter uma propriedade, ser proprietário na atualidade, é tomar para si uma série de responsabilidades de cunho social e obrigações que ensejam direitos e deveres.

3. O DIREITO DE PAISAGEM

3.1 Conceito de paisagem

A palavra paisagem muitas vezes é interpretada brevemente pela maioria das pessoas como lugares bonitos, jardins, belezas naturais, dentre outros. No entanto, o conceito de paisagem vai muito além do que o senso comum possa alcançar, pois paisagem é tudo aquilo que os sentidos humanos (tato, audição, olfato, visão) podem captar. Tudo aquilo que sua visão consegue enxergar é uma paisagem, tudo aquilo que sua audição escuta é uma paisagem. Portanto, tudo que o ser humano consegue sentir é uma paisagem (RODRIGUES, s/d).

Na mesma esteira, a portaria do IPHAN apresenta o conceito de paisagem cultural, com a finalidade de demonstrar a paisagem como algo não apenas ambiental. Portanto, a mencionada portaria define a

paisagem cultural brasileira como “uma porção peculiar do território nacional representativa do processo de interação do homem com o meio natural à qual a vida e a ciência humana imprimiram marcas ou atribuíram valores” (IPHAN, 2009, p. 13).

Desse modo, o conceito de paisagem ultrapassa a esfera ambiental e alcança relações interacionais entre o homem e outros diversos fatores existentes no mundo contemporâneo, como o avanço tecnológico, a economia, mudanças climáticas e o próprio relacionamento com o próximo. As ações do ser humano se materializam em paisagem, portanto, o ser humano é o principal mantenedor dos atos que a constroem progressiva ou regressivamente.

Neste sentido, podemos perceber que o conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais enquanto microssistema que esculpe nosso modo de compreender o exercício e as limitações da propriedade formam, por si, uma dimensão paisagística da propriedade. Ou seja, o conjunto de normas referidas à propriedade nos permite perceber um horizonte de compreensão racional e estético da paisagem social pretendida por nosso constituinte originário.

3.2 O direito de paisagem sob a ótica da Constituição Federal

Dado o conceito, passa-se ao entendimento sobre o direito de paisagem. Um dos objetivos fundamentais previstos na Carta Magna é construir uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988). A solidariedade entre pessoas é princípio fundamental para a preservação do ecossistema global. Atos de solidariedade se materializam quando alcançam outras pessoas, tornando-se imprescindíveis para a efetivação do direito de paisagem de modo a produzir bons efeitos que circulem entre todos.

Ao analisar a Constituição Federal, verificamos que o direito de paisagem não consta como garantia constitucional expressa. No entanto, deve ser levado em consideração o art. 5º, § 2º da CR/88, quando afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

Percebe-se que o direito de paisagem, muito embora não esteja escrito, decorre dos direitos e garantias expressos na constituição. O Art. 225, por exemplo, garante que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Através desse artigo, o Poder público incorre em uma série de deveres para assegurar a efetividade desse direito, tais como: a) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; b) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético; c) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; d) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; e) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; f) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; g) prote-

ger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Observa-se que, através do dispositivo legal supramencionado, a obrigação atribuída não diz respeito apenas ao Poder Público, mas também à coletividade que possui a incumbência de preservar e manter o equilíbrio paisagístico essencial. É regulamentado também que aquele que explora recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado. Inclusive, as condutas e as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Importa dizer que o meio ambiente ecologicamente equilibrado reflete diretamente na economia, na jurisdição, nas culturas e, principalmente, no comportamento humano. Portanto, o meio ambiente é elemento de extrema relevância para a construção do ecossistema como um todo, formando a paisagem que deve ser regulamentada por direito que a defenda, tornando cada ser humano responsável pela sua preservação.

Bernardo Gonçalves (2014) apresenta os princípios constitucionais ambientais de suma importância para proteção e uso adequado do meio ambiente: a) Princípio da Responsabilidade: Decorrente do enunciado do § 3º, do art. 225 da CR/88. Esse impõe a responsabilização administrativa, civil e penal pelos danos causados ao meio ambiente; **b) Princípio da Precaução:** Postulado que se extrai do art. 225, § 1º, IV da CR/88, que torna obrigatório, na forma da lei, o estudo prévio de impacto ambiental, a fim de prevenir-se a ocorrência de dano ambiental, invariavelmente irreversível; c) Princípio do Poluidor-Pagador: é aquele que indica que o processo de fabricação do produto induz a externalidades negativas, que significam o efeito nocivo, não previs-

to e decorrente da atividade que implica a transgressão ao patrimônio ambiental. Por meio desse princípio, impõe-se ao agente poluidor os custos referentes à diminuição ou afastamento do dano; d) Princípio da Proteção Ambiental: Princípio que se dirige à proteção da fauna e da flora, vedando-se práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies e submetam animais à crueldade; e) Princípio da Equidade Intergeracional: É o princípio que busca proteger os direitos não apenas das presentes, mas também os das futuras gerações. Encontra-se no art. 225 *caput* da CR/88; f) Princípio da Cooperação: Determina a necessidade de cooperação entre Estados soberanos para a solução dos problemas ambientais, visto que, dada sua própria natureza, o dano ambiental pode ultrapassar os limites territoriais de um Estado, de acordo com o art. 4º, IX, da CR/88 (FERNANDES, 2014).

Diversos outros dispositivos jurídicos que compõem a Constituição Federal visam regulamentar a exploração dos recursos naturais, a preservação e a utilização adequada das florestas, da fauna e da flora, aplicando sanções penais e administrativas para os atos lesivos ao meio ambiente (artigos 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 170, VI; 173 § 3º; 186, II; 200, VIII) (BRASIL, 1988).

O direito de paisagem restou violado recentemente no Brasil quando foi noticiada queimada proposital na floresta Amazônica. De acordo com o parágrafo 4º do art. 225 da Constituição, a Floresta Amazônica brasileira é patrimônio nacional, sendo que sua utilização deverá ser feita na forma prescrita em lei, dentro das condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais (BRASIL, 1988).

Mas as queimadas não são exclusividade brasileira. Dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), compilados com o auxílio de sistemas da Agência Espacial Norte-Americana (Nasa), apontam que há três biomas que foram particularmente afetados por

queimadas em agosto de 2019: a tundra, vegetação baixa que ocorre em diversas regiões da Rússia; a savana, que recobre boa parte da Angola, da República Democrática do Congo (RDC) e da Zâmbia; e a floresta amazônica, atingida pelos incêndios no Brasil e na Bolívia. Segundo especialistas, o impacto das queimadas provocadas pela ação humana na Amazônia é mais grave do que o registrado nas demais áreas por causa de, ao menos, quatro pontos principais: maior perda de biodiversidade, maior emissão de carbono, dificuldade na recuperação da flora e alteração no regime de chuvas no mundo (FIGUEIREDO, 2019).

A paisagem está relacionada ao direito à vida e a Constituição brasileira de 1988 vai além, colocando-a como essencial para a qualidade de vida, o bem-estar, modificando a noção de direito à vida, que passa a ter um sentido mais amplo que o seu inicial, estabelecido no período liberal. Este é direito fundamental e base da democracia brasileira. A partir dele pode se supor que sem a proteção da paisagem não há que se falar em democracia, pois, sem a paisagem, não se efetivam o direito à vida, à cultura e mesmo à democracia, pois uma comunidade sem memória não consegue agregação suficiente para isso (CUSTÓDIO, 2012).

Dadas as informações atinentes ao direito de paisagem, impõe-se a conjugação dos direitos sociais e dos direitos ambientais para efeitos de identificação dos patamares necessários para tutela da dignidade humana, no sentido do reconhecimento de um direito-garantia do mínimo existencial socioambiental, precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie, no sentido de uma proteção do homem contra sua própria ação predatória (SARLET; FENTERSEIFER, 2010).

3.3 O direito de paisagem como limitador da compreensão antropocêntrica do direito de propriedade

A paisagem é o conjunto de fatores que interliga o homem ao ecossistema mundial e, por produzir efeitos extremamente significantes e intrínsecos ao ser humano, desdobra-se em direitos e obrigações relevantes. Tudo está interligado. Os seres humanos, desde os primórdios, fazem parte de uma cadeia em que há comunicabilidade entre fauna, flora, tempo climático, astronomia, atmosfera e o próximo. Portanto, o equilíbrio e a comunicabilidade ecossistêmica compõem a denominada paisagem.

Após muitos anos de convivência e comunicabilidade com o todo, foram criadas experiências de progressos e retrocessos que a história é capaz de ensinar e relatar. A Era do Iluminismo agregou muito para o futuro, provocando o evolucionismo humanístico. Enquanto que, por outro lado, muitas guerras marcam a linhagem de conexão da era atual à era de nossos antepassados.

Entre avanços e recomeços, descobertas e experiências, quase que a totalidade dos homens tomou para si a filosofia antropocêntrica de modo a construir a concepção do humano como ser mais importante de toda cadeia terrestre, por conter o elemento racionalidade. Papa Francisco relaciona a crise ambiental com a crise ético-moral e, em sua encíclica *Laudato si*, afirma que o homem passou a manter uma relação de superioridade para com a natureza, e de indiferença para com o transcendente, autorizando-se, desse modo, a agir sem limites. Foi essa visão que alimentou uma mentalidade predatória e destruidora da natureza, uma vez que os recursos naturais estão à disposição do desfrute ilimitado do ser humano, pois um antropocentrismo desordenado gera um estilo de vida desordenado (PESSINI; SGANZERLA)

A preservação e o respeito pelas conexões interligadas ao ecossistema global se tornaram subsidiárias ou invisíveis aos olhos huma-

nos, dando lugar primordial ao consumismo exacerbado e à alta tecnologia satisfatória a sua integralidade Papa Francisco *apud* Pessini e SGANZERLA (2017) explica que a tecnociência se tornou tecnocracia, uma verdadeira ditadura com sua lógica férrea de domínio sobre tudo e sobre todos. A grande ilusão, hoje dominante, reside na crença de que com a tecnociência se pode resolver todos os problemas ecológicos. Essa é uma diligência enganosa porque implica isolar as coisas que estão sempre conexas, pois tudo está relacionado e tudo está em relação. O grande limite da tecnocracia está no fato de fragmentar os saberes e perder o sentido de totalidade, e como consequência, não ser capaz de reconhecer nos outros seres um valor próprio.

A escolha do ser humano de se colocar à frente ou acima do ciclo da vida traz consequências invisíveis e, muitas vezes, irreversíveis. A quebra ou a divisão arbitrária e unilateral da paisagem faz com que essa perca a sua característica e essência, pois é unitária e depende de toda cadeia terrestre para compor a sua principal finalidade de equilíbrio ecossistêmico.

Como demonstrado, a desordenança e o consumismo descontrolado fazem com que a ética do ser humano torne-se desequilibrada, desencadeando atos moralísticos cada vez mais egoístas, trazendo à tona grave extensão de lesões provocadas pela interferência do homem no equilíbrio paisagístico.

Em contrariedade à perspectiva antropocêntrica e egocêntrica que busca incessantemente benesses individuais, o direito de paisagem busca preservar o equilíbrio e as conexões fundamentais para a formação de um ecossistema sadio e não dilacerado como se tem visto. É preciso ampliar o campo de visão de forma a englobar todo o planeta terra que, nos dizeres do Papa Francisco, é a casa comum (PESSINI; SGANZERLA, 2017) de todos os seres vivos e deve ser cuidada.

Marluce Maria Custódio (2012) afirma que é na ética da paisagem que será possível visualizar o surgimento do direito de paisagem que advém quando a relação do ser humano com a paisagem chega ao nível de preocupação em conservar essa relação em si e a da paisagem com seus elementos, devido a seu valor intrínseco e não por seu valor econômico, não utilitarista, não religioso. Apenas assim há de se falar em Direito de Paisagem, sendo este o ponto central também na análise da proteção da paisagem.

Desse modo, o ponto inicial para a restauração e a preservação da paisagem decorre do ato humano, ação provocada pela moral, enquanto que esta funda-se na primordial ética humana. O filósofo Aristóteles, em sua obra *Ética a Nicômaco*, explica a incansável busca do ser humano para se alcançar as virtudes, sendo a maior delas a felicidade. O mencionado filósofo defende ainda que a virtude e a prudência andam lado a lado, sendo a mais difícil prática virtuosa manter o equilíbrio entre os extremos (NODARI, 1997).

Dado o exposto, os seres humanos reconhecidos como seres vivos beneficiados pela capacidade de racionalizar e de se comunicar linguisticamente, baseados em princípios intrínsecos (prudência, responsabilidade e solidariedade) e extrínsecos (proteção ambiental, equidade e não-poluição), tornam-se o ponto chave para promover novas tomadas de decisões que contribuam progressivamente para a preservação e restauração do equilíbrio paisagístico, cuidando efetivamente da casa comum que pertence a todos os seres vivos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstrados os diversos dispositivos jurídicos que limitam o direito de propriedade, conclui-se que este não é mais considerado direito absoluto e individual por parte do proprietário. Com o advento da

Constituição de 1988, o direito de propriedade tomou uma proporção vasta em sua dimensionalidade, pois ser proprietário na atualidade é tomar para si uma série de responsabilidades de cunho social (princípio da função social da propriedade) e obrigações que ensejam direitos e deveres.

Dentre as diversas espécies de limitações do direito de propriedade demonstradas ao longo do presente artigo, o direito de paisagem foi adentrado com mais profundidade. Tal direito não tem previsão expressa na Constituição Federal, no entanto, muito embora não esteja escrito, decorre dos direitos e garantias constitucionais.

Tudo que o ser humano consegue sentir é uma paisagem (RODRIGUES) O direito de paisagem é um direito-garantia do mínimo existencial socioambiental, precisamente pelo fato de tal direito abarcar o desenvolvimento de todo o potencial da vida humana até a sua própria sobrevivência como espécie (SARLET; FENTERSEIFER, 2010).

Contudo, o direito de paisagem vem, gradativamente, sofrendo uma série de violações através dos atos de degradação pelo próprio homem, inclusive, foi transgredido recentemente no Brasil, quando foi noticiada queimada proposital da floresta Amazônica. O ser humano passou a manter uma relação de superioridade para com a natureza de modo a agir sem limites. Foi essa visão que alimentou uma mentalidade predatória e destruidora da natureza, uma vez que os recursos naturais são usados como se estivessem à disposição do desfrute ilimitado do ser humano, pois um antropocentrismo desordenado gera um estilo de vida desordenado (SARLET; FENTERSEIFER, 2017).

Desse modo, a inversão de valores no direito de paisagem é um reflexo da crise de identidade e integridade que os seres humanos sofrem no mundo contemporâneo. As medidas de preservação e de restauração do ecossistema dependem do elemento mais íntimo e intrínseco contido no homem: a restauração da ética.

É na ética da paisagem que será possível visualizar o surgimento do direito de paisagem, que advém quando a relação do ser humano com a paisagem chega ao nível de preocupação em conservar essa relação em si e a da paisagem com seus elementos, devido a seu valor intrínseco e não por seu valor econômico, não utilitarista, não religioso (CUSTÓDIO, 2012).

Dado o exposto, os efeitos negativos produzidos pelo ecossistema só poderão ser invertidos, caso haja uma modificação positiva na racionalidade dos integrantes da casa comum.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil Brasileiro. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, 10 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

CARVALHO, Raquel. Requisição Administrativa: aspectos básicos do regime jurídico. 29 mar. 2019. Disponível em: <<http://raquelcarvalho.com.br/2019/03/29/requisicao-administrativa-aspectos-basicos-do-regime-juridico/>>. Acesso em 26/09/2019.

CARVALHO FILHO, José Carlos. Manual de direito administrativo: Lumen Juris, 2006.

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. A constitucionalização do direito de propriedade privada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

CUSTÓDIO, Maraluce Maria. Conceito jurídico de paisagem. Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/MPBB-8WTJ5L>>. Acesso em: 29 set. 2019.

DIAS, Caroline Christina. Resumo: Direitos Reais. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://ccdias.jusbrasil.com.br/artigos/180434560/resumo-direitos-reais>>. Acesso em: 26 set. 2019.

DIREITO NET. Direitos de Vizinhança. 12 nov. 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/55/Direitos-de-vizinhanca>>. Acesso em: 26 set. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 6 ed.: JusPodivm, 2014.

FIGUEIREDO, Patrícia. Floresta tropical, savana e tundra sofrem com aumento de queimadas em 2019, mas fogo na Amazônia impacta mais o planeta. G1, 04 set. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/09/04/queimadas-afetam-amazonia-tundra-e-savana-em-2019-mas-planeta-sofre-mais-com-o-fogo-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 29 set. 2019.

IPHAN. Ministério da Cultura. Paisagem Cultural. Brasília: Depam/IPHAN, 2009. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Livreto_paisagem_cultural.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

NODARI, Paulo César. A ética aristotélica. Síntese nova fase, Belo Horizonte, v. 24, n. 78, 1997.

PAULINO FILHO, Ronaldo. A posse no direito brasileiro. Migalhas, 06 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI277565,41046-A+Posse+no+Direito+Brasileiro>>. Acesso em: 26 set. 2019.

PIZZO, Tatiana Sguillaro. O que se entende por usucapião coletiva? Jusbrasil, 2010. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2168155/o-que-se-entende-por-usucapiao-coletiva-tatiana-sguillaro-pizzo>>. Acesso em: 20 set. 2019.

RODRIGUES, Regis. Paisagem. Disponível em: <<https://escolakids.uol.com.br/geografia/paisagem.htm>>. Acesso em: 27 set. 2019.

SARLET, Ingo; FENTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. 2010.

GARANTIAS REAIS: a hipoteca e a alienação fiduciária em garantia frente ao direito pátrio

Eder Nunes Rodrigues^{13*}

Resumo: Na Antiguidade, não havia muitos métodos que visassem garantir a satisfação do crédito. Ao devedor, era imposto até mesmo castigo físico, o que começou a mudar com a criação das garantias. Dentre tais garantias, destacam-se as garantias reais, que recaem sobre coisas. Nosso ordenamento jurídico possui algumas garantias, as quais serão abordadas ao longo deste artigo, sobretudo a alienação fiduciária e a hipoteca.

Palavras-chave: Garantias. Hipoteca. Alienação Fiduciária.

1. INTRODUÇÃO

É comum, nos dias de hoje, ao se celebrar um contrato, oferecer uma garantia. As garantias mais utilizadas sem dúvida são as garantias reais, que recaem sobre bens móveis ou imóveis. Desta forma, o que se busca aqui é entender um pouco sobre as garantias reais. Para tanto, é necessário fazer uma breve digressão histórica para entender como surgiram as garantias. Além disso, faz-se necessário analisar as principais garantias reais previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Após esta breve análise, o que se busca é ter uma rápida visão geral das principais características de tais garantias, das quais se destacam duas, que são mais comuns nos dias de hoje: a hipoteca e a alienação

13 *Pós-graduando pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: eder.nunesrodrigues@hotmail.com

fiduciária. Estas possuem semelhanças, mas também diferenças, que serão abordadas neste artigo.

Embora possamos apontar algumas semelhanças entre nosso ordenamento jurídico e o utilizado em civilizações antigas, de séculos atrás, mais fácil ainda é apontar diferenças, demonstrando o quanto nosso direito evoluiu. Em tempos longínquos, uma pessoa que não adimplia com suas dívidas, poderia sofrer castigos físicos, ser escravizado, bem como sua própria família poderia ser penalizada, com a finalidade de quitar tais débitos. Ainda na Roma antiga, na época das XII tábuas, até mesmo a morte era possível em caso de inadimplemento de uma dívida.

Obviamente que os tempos são outros, e, hoje em dia, existem outros meios de se resolver um litígio, sobretudo envolvendo débito. Não apenas isso, mas nossa sociedade desenvolveu até mesmo um meio para se precaver contra eventual insolvência. Trata-se da figura da garantia, assunto objeto do presente artigo. A garantia pode ser prestada em um contrato bancário, no qual o Banco (em regra) credor solicita alguma garantia do devedor, seja um aval, um título de crédito ou um imóvel, com o objetivo de resguardar o adimplemento do compromisso. Até mesmo quando se trata de um processo judicial, em situações específicas, prevê a lei que o jurisdicionado prestará garantia, e quando o assunto é garantia, uma das formas mais utilizadas atualmente é a garantia real.

A garantia real refere-se à garantia prestada por uma coisa. Dentre estas coisas, os bens imóveis sempre foram valorizados ao longo da história, e por muito tempo era a maior representação de poder e capacidade financeira, levando, inclusive, a guerras, pois quem possuía terras, possuía influência, poderes e etc. (Citar fonte).

Embora muito tenha se mudado na sociedade atual, os bens imóveis continuam tendo grande valor, razão pela qual, por muitas vezes,

são utilizados como garantia. A garantia real decorre do direito real, ou seja, direito sobre as coisas, sendo a coisa, neste caso, o bem imóvel.

Assim sendo, o que se busca neste artigo é realizar um breve estudo sobre as garantias reais previstas em nosso ordenamento jurídico, com a finalidade de conceituá-las, verificar seus pontos em comum, bem como suas particularidades, e ainda considerar pontos interessantes sobre o assunto no âmbito de nossos tribunais.

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE AS GARANTIAS REAIS

É sabido que tratam os direitos reais dos direitos referidos a bens, sejam eles móveis ou imóveis. Devido a esta classificação, a este direito é atribuída a nomenclatura de direito das coisas, ou direitos reais, sendo este diferente dos direitos pessoais que, como o próprio nome diz, recai sobre o sujeito. Os direitos reais possuem vários desdobramentos, principalmente ao analisarmos suas origens, com as teorias de Savigny, Hierig e etc. Mas o que se busca, neste artigo, é o tema referente às garantias reais, ou seja, às garantias que recaem sobre as coisas.

Em tempos antigos, em caso de inadimplência, o devedor poderia ser escravizado, sofrer castigos físicos, sendo que até mesmo parentes seus poderiam ser responsabilizados:

Nas sociedades primitivas desconhecia-se a existência da garantia real. Respondia o devedor com a sua pessoa, isto é, com o próprio corpo pelo pagamento de suas dívidas. Em alguns povos, era ele adjudicado ao credor. Em outros, tornava-se escravo do seu credor, juntamente com sua mulher e filhos. Mesmo em Roma,

na época da Lei das XII Tábuas, que representou a primeira codificação de seu direito, podia o devedor ser encarcerado pelo credor, que tinha o direito de vendê-lo e até matá-lo. Se houvesse mais de um credor, instaurava-se sobre o seu corpo um estranho concurso creditório, levando-o além do Tibre, onde se lhe tirava a vida, repartindo-se o cadáver. (GONÇALVES, 2014, p. 719).

A possibilidade de o débito recair sobre os bens do devedor ocorre em momento posterior na história, com o avanço das legislações, que passaram a prever o princípio da Responsabilidade Patrimonial. A partir daí, não mais a pessoa do devedor responderia pela dívida, mas sim o seu patrimônio:

Desde então tem sido adotado, nas diversas legislações, o princípio da responsabilidade patrimonial, segundo o qual é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações. Desse modo, o patrimônio do devedor constitui a garantia geral dos credores. Efetiva-se pelos diversos modos de constrição judicial (penhora, arresto, sequestro), pelos quais se apreendem os bens do devedor inadimplente para vendê-los em hasta pública, aplicando-se o produto da arrematação na satisfação do crédito do exequente. (GONÇALVES, 2014, p. 71).

Apesar disso, em muitos casos, o patrimônio do devedor se mostrava insuficiente frente a consideráveis débitos, o que frustrava as pretensões dos credores, que passaram a buscar outros meios de garan-

tir o adimplemento de seus créditos. Surge, então, a figura das garantias, que podem ser tanto pessoais/fidejussórias ou reais.

É importante destacar a diferença entre tais garantias, pois as garantias pessoais/fidejussórias se caracterizam por ser prestadas por uma pessoa, ou seja, um terceiro integra a relação para garantir o débito de maneira pessoal:

Não se pode esquecer que os direitos reais de garantia não se confundem com as garantias pessoais ou fidejussórias, eis que no primeiro caso um bem garante a dívida por vínculo real e efeitos *erga omnes* (art. 1.419 do CC/2002); enquanto que no último a dívida é garantida por uma pessoa, presentes efeitos *inter partes* (exemplo: fiança). (TARTUCE, 2014, p. 361).

Como exemplo deste tipo de garantia, temos o instituto da fiança, muito disseminado na nossa sociedade. Contudo, por se tratar de uma garantia prestada por uma pessoa, há ainda o risco da inadimplência, razão pela qual utilizam-se as garantias reais, que recaem sobre bens, que garantem o débito. Via de regra, tais bens possuem elevado valor, podendo trazer ao credor maior segurança. Uma característica das garantias reais é que vincula o bem à satisfação do crédito do credor, diferentemente da garantia pessoal, na qual a obrigação recai sobre o patrimônio do garantidor no estado em que esse se achar quando da execução. Por isso, é comum se verificar, nos dias atuais, a exigência de uma garantia real em contratos de grande valor, principalmente quando se formaliza um contrato bancário entre uma empresa e uma instituição financeira, no qual, via de regra, a garantia se dá por bem móvel ou imóvel.

A garantia real é tratada com zelo pelo legislador e esse zelo é previsto na Lei nº 11.101/2005, denominada Lei de Falência.

No artigo 83 da referida lei, é trazida a ordem de prioridade de créditos em casos de falência, sendo que os créditos vinculados a garantias reais, ficam atrás apenas dos créditos trabalhistas, tamanho o prestígio dos débitos com garantia real:

Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

III – créditos tributários, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;

IV – créditos com privilégio especial, a saber: [...] (BRASIL, 2005).

Pode-se dizer que os direitos reais de garantia possuem quatro características: preferência, indivisibilidade, sequência e excussão.

A preferência se materializa na redação do artigo 1.422 do Código Civil, que atribui ao credor hipotecário preferência no pagamento de seu crédito em decorrência do registro de tal hipoteca: “o credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de executar a coisa hipotecada

ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro.” (BRASIL, 2002).

Quanto à indivisibilidade, esta está expressa no artigo 1.421 do Código Civil, sendo que o pagamento de parcela não desfaz o vínculo de garantia do bem ao crédito, salvo estipulação em contrário: “o pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação.” (BRASIL, 2002).

Já a sequela diz respeito à continuidade do direito real, mesmo em casos de alienação do bem, conforme Flávio Tartuce (2014, p. 363): “a sequela, terceira característica, é representada pela seguinte máxima: para onde o bem vai, o direito real de garantia o acompanha. Desse modo, se um bem garantido é vendido, o direito real de garantia permanece”.

A excussão, também decorrente daquilo que preconiza o artigo 1.422 do código civil, caracteriza-se pela faculdade do credor em executar o bem dado em garantia, a fim de com ele satisfazer seu crédito.

Ainda sobre aspectos gerais, cabe ressaltar que as garantias reais possuem requisitos, quais sejam: requisito objetivo, subjetivo e formal.

Quanto ao requisito objetivo, dispõe o artigo 1.420 do Código Civil que “só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.” (BRASIL, 2002). Sendo assim, por expressa vedação legal, imóveis considerados públicos, bens de família e etc, não podem ser gravados com garantias reais.

quanto ao requisito subjetivo, o mesmo artigo 1.420 do Código Civil aduz: “só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese.” (BRASIL, 2002). Em outras palavras, exige o código que a pessoa, para dar um bem em garantia, deve possuir capacidade civil. Tal artigo impede a garantia real firmada por menores de 16 anos,

considerados absolutamente incapazes, maiores de 16 e menores de 18 sem assistência do representante, menores sob tutela, salvo se assistidos pelo tutor e autorizados por juiz, os interditados e pródigos atuando sozinhos, as pessoas casadas sem anuência do cônjuge, o inventariante sem autorização judicial, o falido, que é privado da administração de seus bens.

Feitas estas considerações, passemos a analisar então as garantias previstas em nosso ordenamento jurídico.

3. ESPÉCIES DE GARANTIAS REAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Civil brasileiro prevê como garantia os institutos da alienação fiduciária, hipoteca, penhor e anticrese. Em um primeiro momento, cabe destacar que, embora possuam elementos em comuns, tais garantias possuem também diferenças, o que fica evidenciado pelo fato de a Alienação Fiduciária ser prevista no artigo 1.361, encontrando-se no Capítulo IX, enquanto as demais garantias são encontradas no Capítulo X e em parte do artigo 1.419. Portanto, veremos as principais características das garantias, assim, poderemos conceituá-las, avaliar seus pontos positivos, bem como seus pontos de divergência.

3.1 Penhor

Pelos ditames do artigo 1.431 do Código Civil, podemos aferir que “constitui-se o penhor pela transferência efetiva da posse que, em garantia do débito ao credor ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de uma coisa móvel, suscetível de alienação.” (BRASIL, 2002). Pode se dizer, portanto, que, via de regra, o penhor recai sobre bem móvel. Assim sendo, é transferida ao credor a posse do bem

dado em garantia, conforme as palavras de Flávio Tartuce (2014, p. 377):

Assim, como primeiro direito real de garantia sobre coisa alheia, o penhor é constituído sobre bens móveis (em regra), ocorrendo a transferência efetiva da posse do bem do devedor ao credor (também em regra). Diz-se duplamente *em regra*, pois, no penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar, conforme estabelece o parágrafo único do art. 1.431 do CC/2002. Com a celebração do negócio, a posse indireta da coisa é transmitida ao credor pignoratício, por meio de uma tradição ficta ou presumida, o constituto possessório. Em complemento, nem sempre o penhor recairá sobre coisa móvel, como em algumas dessas modalidades especiais de penhor convencional.

O penhor, por expressa previsão legal, do artigo 1.432 do Código Civil, exige forma específica para produzir seus efeitos, devendo ser feito através de instrumento, seja por instrumento público ou particular, e produzirá seus efeitos a partir da tradição:

Não se pode esquecer que a instituição do penhor será efetivada por instrumento, seja ele público ou particular. Em suma, a sua constituição é um ato jurídico formal, pela exigência de forma escrita, sob pena de nulidade. Conforme o art. 1.432 do CC/2002, sendo feito por instrumento particular, deve ainda ser levado a registro, por qualquer dos contratantes, em regra, no

Cartório de Títulos e Documentos. O registro é elemento essencial para a constituição e eficácia real ou *erga omnes* do Penhor. (TARTUCE, 2014, p. 377).

O requisito da tradição surge como meio de trazer mais segurança ao credor. Com o penhor, a coisa móvel passa a estar sob a posse do credor, que, por consequência, deverá cuidar da coisa, para que a devolva eventualmente com a satisfação do crédito. Sendo assim, não basta apenas o instrumento, mas também a tradição para que este se aperfeiçoe, conforme dito por Carlos Roberto Gonçalves (2014):

O penhor figura entre os contratos que não se aperfeiçoam unicamente com o acordo de vontade das partes (*solo consensu*), mas dependem da entrega do objeto. Não se trata, pois, de contrato consensual, mas de contrato real: exige, para se aperfeiçoar, além do consentimento, a entrega (*traditio*) da coisa que lhe serve de objeto, como também sucede com os de depósito, comodato, mútuo, anticrese e arras, exceto nas espécies elencadas no mencionado parágrafo único do art. 1.431. A transferência da coisa para as mãos do credor tem a vantagem de impedir a alienação fraudulenta do objeto da garantia, além de dar publicidade ao negócio jurídico. A publicidade é reforçada pelo registro do título no Cartório de Registro de Títulos e Documentos. (GONÇALVES, 2014, p. 737).

Contudo, não obstante a previsão geral de transferência da posse da coisa para o credor, a lei traz algumas exceções para os casos de penhor rural, industrial, mercantil e de veículos. Nestes casos, o bem

permanece sob a posse do devedor, conforme estipula o parágrafo único do artigo 1.431 do Código Civil. Por uma questão de congruência, o credor, em posse da coisa, deverá dela cuidar, visto que, uma vez adimplido o crédito, o bem será devolvido e, caso não ocorra o adimplemento, o credor pode reter a coisa. Neste caso, também por questão lógica, a coisa dada em penhor deve ser passível de alienação. O Capítulo II, que trata do penhor, do artigo 1.431 até o artigo 1.472, traz ainda uma série de informações sobre as partes envolvidas nessa operação, espécies de penhor e outras disposições. O que cabe ressaltar aqui é que o penhor enquanto garantia real não se confunde com a penhora judicial, que é a constrição judicial dos bens. No penhor, denomina-se o bem como empenhado, ou apenhado, enquanto na penhora o bem é penhorado.

3.2 Anticrese

A anticrese está prevista no artigo 1.508 do Código Civil, que diz: “pode o devedor ou outrem por ele, com a entrega do imóvel ao credor, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos.” (BRASIL, 2002). Entende-se, portanto, que se trata da transferência do direito à percepção dos frutos do imóvel, como, por exemplo, o valor referente a um aluguel. Não é comum ver este tipo de garantia nos dias de hoje, pois é necessário tirar a posse do imóvel do devedor, o que gera resistência, ainda mais por haver a possibilidade da hipoteca, que também recai sobre o imóvel, mas não implica a transferência da posse do imóvel, conforme Carlos Roberto Gonçalves (2014):

A anticrese é direito real sobre coisa alheia, em que o credor recebe a posse de coisa frugífera, ficando autorizado a perceber-lhe os frutos e imputá-los no pagamento da dívida.

Trata-se de uma garantia estabelecida em favor do credor, que retém em seu poder imóvel alheio, tendo o direito de explorá-lo para pagar-se por suas próprias mãos. Embora conhecida há séculos, é pouco utilizada, recaindo a preferência, hodiernamente, sobre a hipoteca. Apresenta o inconveniente de retirar do devedor a posse e gozo do imóvel, transferindo-os para o credor. Este é obrigado, por sua conta, a colher os frutos e pagar-se, como mencionado, com o seu próprio esforço. (GONÇALVES, 2014, p. 789).

A garantia da anticrese recai sobre bem imóvel, sendo necessária, para sua ocorrência, a elaboração de documento, não podendo se confundir a anticrese com penhor, já que o penhor recai sobre bem móvel. Não se confunde também com o penhor rural, pois a intenção da anticrese é apenas a percepção dos frutos inerentes ao imóvel e tão somente até o limite de seu crédito. Uma curiosidade sobre a anticrese é a possibilidade de recair sobre imóvel hipotecado, conforme explica Flávio Tartuce (2014):

Deve ficar claro que o imóvel dado em anticrese pode ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético, ou a terceiros, assim como o imóvel hipotecado poderá ser dado em anticrese (art. 1.506, § 2.º, do CC). Isso é perfeitamente possível, uma vez que o imóvel pode ser objeto de várias hipotecas, não havendo qualquer problema em conjugar os direitos reais de garantia sobre ele. (TARTUCE, 2014, p. 439).

Conforme dito anteriormente, trata-se de garantia não muito usual no Brasil e, segundo Tartuce (2014), houve inclusive a discussão a respeito da sua retirada, quando da criação do Código Civil de 2002:

A anticrese é um direito real de garantia pouco usual no Brasil, sendo certo que houve propostas de sua retirada quando da elaboração do Código Civil Brasileiro de 2002, conforme bem apontam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, que participaram do seu processo de elaboração (*Código...*, 2005, p. 755). De fato, o instituto continua não tendo concreção na vigência da atual codificação, relevando-se uma categoria quase inútil e com pouca ou nenhuma incidência prática. (TARTUCE, 2014, p. 438).

3.3 Hipoteca

A hipoteca é uma garantia real na qual o bem dado em garantia é gravado com o objetivo de garantir a satisfação do crédito. Diferente das garantias observadas anteriormente, a hipoteca não implica a transferência da posse do bem ao credor, e por recair também sobre bens imóveis, aeronaves e navios, acaba por se tornar uma das (se não a) garantias mais utilizadas no país. Sobre a hipoteca, afirma Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 760)

No direito moderno, a hipoteca é concebida e regulada, de modo geral, como **direito real de garantia** que consiste em sujeitar um imóvel, **preferentemente**, ao pagamento de uma dívida de outrem, sem retirá-lo da

posse do dono. Inocorrendo a *solutio*, o credor pode executi-lo, alienando-o judicialmente e tendo primazia sobre o produto de arrematação, para cobrar-se da totalidade da dívida e de seus acessórios.

A hipoteca também possui forma e deve ser registrada para se tornar oponível a terceiros, de forma que a preferência se dará conforme ordem de registro. Portanto, pode-se dizer que a hipoteca não registrada seria meramente cláusula contratual, possuindo efeito tão somente entre as partes. Para que se oponha a hipoteca perante terceiros, imperioso o registro a ser feito através de instrumento público. Cabe ressaltar também que é possível gravar um imóvel com mais de uma hipoteca, conforme ensina Flávio Tartuce (2014, p. 411):

Em outras palavras, não havendo o citado registro, a hipoteca gera efeitos como simples instituto contratual, com eficácia *inter partes*. Consigne-se que há ainda a possibilidade de um registro especial, como se verá, a respeito dos navios e aeronaves. Os registros e averbações seguirão a ordem em que forem requeridos, o que é decorrência do *princípio da anterioridade ou da prioridade registral*, verificando-se a ordem pela sua numeração sucessiva no protocolo de registro (art. 1.493, *caput*, do CC/2002). O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas, o que é fundamental no plano prático (art. 1.493, parágrafo único, do CC/2002).

A hipoteca se diferencia do penhor, visto que o penhor, via de regra, recai sobre bens móveis e implica a transferência da posse da coisa. Já a hipoteca recai sobre bem imóvel, aeronaves e embarcações, vinculando o bem à solvência do crédito, sendo necessário seu registro, diferentemente do penhor. Ademais, diferente da anticrese, que consiste no direito de perceber os frutos da coisa para seu adimplemento. Sendo assim, é patente a diferença entre a hipoteca e as demais garantias, mesmo que sejam garantias reais. A hipoteca é uma garantia real que possui diversas peculiaridades, portanto, cabe aqui citar algumas delas. O bem só pode ser hipotecado caso alienável, ou seja, bens inalienáveis não são passíveis de hipoteca. Por expressa autorização legal, é possível cada proprietário hipotecar sua parte e, em caso de eventual execução da dívida, fica resguardado o direito dos demais proprietários ao valor referente ao seu quinhão. Contudo, a hipoteca sobre a totalidade do imóvel fica adstrita à autorização de todos os condôminos. Cabe ainda ressaltar que é possível alienar um bem hipotecado, sendo facultado, todavia, a pactuação de cláusula que considera o débito vencido em caso de alienação do bem hipotecado:

O Código Civil de 2002, afastando qualquer dúvida que pudesse existir anteriormente, declara peremptoriamente, no art. 1.475, como já foi comentado, que “é nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado”. Não perde ele, com efeito, em virtude da hipoteca, o *ius disponendi*. A alienação transfere o domínio, mas este passa ao adquirente com o ônus hipotecário. Anula-se somente a cláusula que a proíbe, mas não a hipoteca. O parágrafo único do aludido dispositivo, todavia, considera lícita a cláusula que estabeleça que o crédito hipotecário se torna exigível,

vencendo-se antecipadamente, “se o imóvel for alienado. (GONÇALVES, 2014, p. 775)

Por fim, uma vez não paga a dívida, poderá o credor executar a hipoteca. Neste caso, o devedor será notificado a pagar a dívida e, não o fazendo, o bem será penhorado e levado a hasta pública, para que, com o fruto de sua venda, seja satisfeito o crédito. Cabe ressaltar inclusive que, não sendo tal valor suficiente, a execução pode recair sobre outros bens do devedor, conforme expõe Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 782):

A excussão do imóvel hipotecado efetua-se sob forma de execução por título extrajudicial contra devedor solvente (CPC, arts. 583 e s. e arts. 646 e s.). O art. 585, III, do aludido diploma incluiu “os contratos de hipoteca” no elenco dos títulos executivos extrajudiciais.

A execução é dirigida contra o próprio devedor, que será citado para pagar o débito em três dias ou nomear bens à penhora. Se não pagar, nem fizer nomeação válida, o oficial de justiça penhorará, preferencialmente, o imóvel dado em hipoteca. A constrição poderá, todavia, estender-se a outros bens, se aquele se mostrar insuficiente para garantir a satisfação do crédito.

A lei, entretanto, resguarda alguns direitos ao executado, como aviso com antecedência da praça pública, a fim de assegurar o direito de adimplir a dívida antes que seja levado o bem a praça pública.

3.4 Alienação fiduciária em garantia

Outra espécie de garantia é a chamada alienação fiduciária, prevista no Código Civil. Ela possui legislação própria, por exemplo, o Decreto-lei nº 911/69 e, também a Lei nº 9.514/97, que versa sobre o sistema de financiamento imobiliário, regendo também a alienação fiduciária de bens imóveis. Conforme o artigo 22 desta Lei: “a alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.” (BRASIL, 1997). Entende-se, portanto, que a propriedade será transferida somente quando adimplida a dívida, isso de acordo com os ditames do artigo 25 da mesma Lei: “Com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel.” (BRASIL, 1997).

Por se tratar de instituto previsto em leis específicas, sobretudo uma lei que versa sobre o sistema de financiamento imobiliário, pode-se concluir que se trata de um instituto geralmente utilizado para esta finalidade, conforme Flávio Tartuce (2014, p. 471) afirma: “a norma é clara ao preceituar que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel, pois pago o preço, geralmente de um financiamento, o devedor fiduciante consolida a propriedade em seu nome”.

Embora se trate de garantia comumente atrelada a financiamentos imobiliários, por vezes tal garantia é utilizada também em contratos bancários nos quais se exige um grau maior de garantia do contratante.

Como se trata de garantia que recai frequentemente sobre bem imóvel, a legislação exige que seja a operação registrada na matrícula do imóvel, sendo este requisito formal para instituição da alienação fiduciária em garantia:

Voltando à estrutura da alienação fiduciária, e repetindo, há um desmembramento da posse: o dever fiduciante é possuidor direto; credor fiduciário é possuidor indireto (art. 23, parágrafo único, da Lei 9.514/1997). O art. 23 da Lei 9.514/1997 estabelece que esta propriedade fiduciária será constituída mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título.

Isso para gerar efeitos como verdadeiro direito real de garantia. A exemplo do que consta do Código Civil e do Decreto-lei 911/1969, o art. 24 da Lei 9.514/1997 consagra os requisitos do instrumento ou contrato que serve de título ao negócio fiduciário, que envolvem a sua eficácia. (TARTUCE, 2014, p. 472).

Uma vez alienado fiduciariamente em garantia, o imóvel será de posse indireta do credor. Quitada a dívida, resolve-se a garantia. No entanto, vencida e não paga a dívida, tal propriedade será consolidada em nome do credor conforme explica Flávio Tartuce (2014, p. 473):

Como mencionado, com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos do art. 25, *caput*, da lei, a propriedade fiduciária do imóvel. Ocorrendo o pagamento, no prazo de trinta dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato (art. 25, § 1.º, da Lei 9.514/1997). Sendo apresentado esse termo de

quitação, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária (art. 25, § 2.º, da Lei 9.514/1997). Seguindo, conforme o art. 26 da Lei 9.514/1997, vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. Os parágrafos do dispositivo regulamentam essa consolidação.

Por fim, a própria legislação que rege a alienação fiduciária de imóvel prevê, em seu artigo 27, que “uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel.” (BRASIL,1997). Portanto, o imóvel é dado em garantia e a operação será averbada na matrícula dele. Quitada a dívida, resolve-se a alienação. Todavia, vencida e não paga a dívida, a propriedade será consolidada pelo credor que, posteriormente, procederá o leilão do imóvel de acordo com os ditames da lei.

Ressalte-se que é possível também a alienação fiduciária em garantia de bem móvel. Esta garantia é normatizada pelo Decreto-lei nº 911/69, e sua instituição e processamento se assemelham à alienação estudada aqui anteriormente:

Pelo dispositivo inaugural do decreto, a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor fiduciário o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem. Sendo assim, torna-se o alienante ou devedor fiduciante possuidor direto e depositário com todas as responsa-

bilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal (art. 66, caput, da Lei 4.728/1965). (TARTUCE, 2014, p. 460).

Por fim, deve-se mencionar que a propriedade fiduciária prevista em tal decreto guarda relação com o artigo 1.361 do Código civil, que aduz: “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.” (BRASIL, 2002).

4. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE A HIPOTECA E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Após breve digressão acerca das garantias reais, pode-se perceber que duas delas acabam chamando mais a atenção. Não somente por serem mais utilizadas costumeiramente até os dias de hoje, mas também por possuírem pontos em comum. Não se pode negar que a hipoteca e a alienação fiduciária em garantia são das garantias reais mais utilizadas. É certo, também, que ambas possuem pontos em comum, pois, embora possam recair sobre alguns bens móveis em certas condições, habitualmente são gravadas sob bens imóveis.

Aliás, outro ponto em comum entre ambas é o registro na matrícula do imóvel, obrigatório para que seja oponível a terceiros, tenha sido a garantia formalizada através de instrumento público ou não. Entretanto, mesmo recaiando via de regra, sobre bens imóveis, e mesmo servindo como garantia por débitos contraídos pelo proprietário do imóvel, vê-se que a hipoteca geralmente está atrelada a um empréstimo, diferente do que ocorre costumeiramente com a alienação fiduciária.

Por sua própria natureza, por se tratar de propriedade resolúvel, a alienação fiduciária mais comumente se encontra atrelada ao financiamento de bens (muitas vezes, o próprio bem alienado, em que somente haverá a transferência da propriedade uma vez ultimado o pagamento), muito embora seja possível a alienação fiduciária em garantia de empréstimos bancários, por exemplo.

Outro ponto de divergência é a previsão legal, pois a hipoteca encontra amparo no próprio Código Civil, ao passo que a alienação fiduciária, embora prevista no Código Civil, é instituto regulamentado pela Lei nº 9.514/97, que versa sobre o sistema de financiamento imobiliário.

Por fim, cabe destacar o posicionamento do STJ no que diz respeito à hipoteca e à alienação fiduciária em garantia nas operações que envolvem construtora e agente financeiro. Segundo a súmula 308 do STJ: “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.” (BRASIL, 2005).

Trata-se de súmula datada de 2005, firmada em caso no qual, em síntese, a incorporadora fez empréstimo junto a uma instituição financeira para construção de apartamentos. Os próprios apartamentos a serem construídos foram dados à instituição financeira como garantia. Ocorre que os bens foram vendidos, entretanto, a construtora não honrou com seus compromissos junto à instituição financeira, que então ajuizou ação, buscando haver para si os imóveis, inclusive imóveis já vendidos. Trata-se de situação muito comum, já que boa parte das construtoras financiam suas obras, oferecendo em garantia os imóveis a serem construídos. Assim, conforme os apartamentos são vendidos, é baixada a hipoteca referente a cada imóvel vendido, e com o valor da venda, é quitado, em parcelas, o débito da construtora junto à instituição financeira.

Então em julgamento do caso, o STJ decidiu que, nesta hipótese, a hipoteca não é oponível ao adquirente de boa-fé. Até pouco tempo atrás, este era o entendimento do STJ, que curiosamente teve uma pequena alteração ainda em 2019. É que, em recente julgamento, o STJ estendeu tal entendimento também à alienação fiduciária em garantia. Entende a corte do STJ que, embora a Súmula 308 seja direcionada ao instituto da hipoteca, o que se busca é resguardar os direitos do adquirente do imóvel de boa-fé, que cumpriu com o contrato e quitou os valores acordados. Ademais, entende não haver diferenças suficientes entre hipoteca e alienação fiduciária para justificar que tal Súmula se aplique somente à hipoteca. Portanto, o entendimento que passa a vigor é o de que a Súmula 308 também se aplica à alienação fiduciária de imóveis, conforme se pode ver na ementa do julgado abaixo:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA FIRMADA ENTRE A CONSTRUTORA E O AGENTE FINANCEIRO. INEFICÁCIA EM RELAÇÃO AO ADQUIRENTE DO IMÓVEL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 308/STJ. 1. Ação declaratória cumulada com obrigação de fazer, por meio da qual se objetiva a manutenção de registro de imóvel em nome da autora, bem como a baixa da alienação fiduciária firmada entre a construtora e o agente financeiro. 2. Ação ajuizada em 12/03/2012. Recurso especial concluso ao gabinete em 05/09/2016. Julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é definir se a alienação fiduciária firmada entre a construtora e o agente financeiro tem eficácia perante o adquirente do imóvel, de forma a se admitir a aplicação analógica da Súmula

308/STJ. 4. De acordo com a Súmula 308/STJ, a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. 5. A Súmula 308/STJ, apesar de aludir, em termos gerais, à ineficácia da hipoteca perante o promitente comprador, o que se verifica, por meio da análise contextualizada do enunciado, é que ele traduz hipótese de aplicação circunstanciada da boa-fé objetiva ao direito real de hipoteca. 6. Dessume-se, destarte, que a intenção da Súmula 308/STJ é a de proteger, propriamente, o adquirente de boa-fé que cumpriu o contrato de compra e venda do imóvel e quitou o preço ajustado, até mesmo porque este possui legítima expectativa de que a construtora cumprirá com as suas obrigações perante o financiador, quitando as parcelas do financiamento e, desse modo, tornando livre de ônus o bem negociado. 7. Para tanto, partindo-se da conclusão acerca do real propósito da orientação firmada por esta Corte – e que deu origem ao enunciado sumular em questão –, tem-se que as diferenças estabelecidas entre a figura da hipoteca e a da alienação fiduciária não são suficientes a afastar a sua aplicação nessa última hipótese, admitindo-se, via de consequência, a sua aplicação por analogia. 8. Recurso especial conhecido e não provido. REsp. STJ 1576164 DF 2015/0324836-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, data de julgamento: 14/05/2019, T3-TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2019. (BRASIL, 2019).

5. CONCLUSÃO

Em conclusão, vimos que, na Antiguidade, não havia o instituto da garantia. Sendo assim, em caso de inadimplência era imposta ao devedor uma série de castigos físicos, muitas vezes brutais. Tais castigos não satisfaziam, contudo, o crédito, portanto, passou-se a buscar uma forma de garantir e/ou satisfazer tal crédito. Sendo assim surge a figura da garantia. A garantia pode ser fidejussória, ou seja, garantia que recai sobre uma pessoa, ou garantia real, que recai sobre coisa. A garantia real acaba por ser mais interessante para o credor, pois tende a cair sobre bens de valores estipulados, que variam pouco, enquanto a garantia fidejussória recai sobre pessoa que, contudo, pode ter alterações bruscas em seu patrimônio.

Com isso, nosso ordenamento jurídico, obviamente busca regulamentar as garantias sobre coisas, sendo elas a anticrese, penhor, hipoteca e a alienação fiduciária em garantia. A anticrese não é um instituto muito utilizado, já o penhor é garantia que recai sobre bem móvel. Sendo assim, a hipoteca e a alienação em garantia acabam sendo mais utilizadas, por recaírem sobre bem imóvel. Os bens imóveis, historicamente possuem elevado valor, o que permanece nos dias de hoje, o que faz com que as garantias que recaiam sobre imóveis sejam mais atraentes.

A hipoteca e a alienação possuem características em comum, por recaírem sobre imóvel, por serem registradas na matrícula do imóvel e etc., mas também possuem diferenças, até mesmo no que tange ao regramento, pois a hipoteca é regida pelo Código Civil, enquanto a alienação fiduciária, embora conste no Código Civil, possui regramentos próprios.

E, por fim, cabe citar a Súmula 308 do STJ que traz a ideia de não se opor a hipoteca a terceiro adquirente de imóvel hipotecado por relação entre construtora e instituição financeira. Segundo a corte, o comprador de boa-fé adimpliu com seu contrato e, portanto, não deve

ter seu direito atingido por questões envolvendo construtora e instituição financeira. Recentemente, o STJ compreendeu que tal entendimento também se estende à alienação fiduciária, pois se trata de instituto com características em comum com a hipoteca, o que, portanto, não justificaria aplicar a Súmula somente à hipoteca.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp 1576164 DF 2015/0324836-0, Relator: Ministra Nancy Andrighi, data de julgamento: 14 maio 2019, T3-Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 23/05/2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201576164>>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Estabelece normas sobre alienação fiduciária e dá outras providências, Brasília, 1º out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Lei de Falência. Diário Oficial da União, Brasília, 9 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília,

21 nov. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula 308. 25 abr. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula308.pdf>. Acesso em: 19 set. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil 2, contratos em espécie: direito das coisas esquematizado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, E-book, 2014

TARTUCE, Flávio. Direito das coisas. 6. ed. São Paulo: Método/Forense, E-book, 2014.

A TUTELA PRIVADA DE DIREITOS REAIS E DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA SOBRE BENS PÚBLICOS

Arthur Nunes Pierazolli¹⁴

Resumo: O presente artigo tem como objetivo inicial discorrer sobre uma tutela jurídica material de direitos reais e pessoais em favor de particulares sobre bens públicos. Para tanto, buscou-se examinar o conceito legal de bens públicos a partir dos critérios da titularidade e da afetação. Examinou-se, continuamente, o regime jurídico atrelado à cada categoria de bens públicos, a partir de uma visão doutrinária e jurisprudencial. Em seguida, foram analisados os institutos da legitimação de posse e a legitimação fundiária, à luz das inovações trazidas pela Lei nº 13.465/2017. Por fim, este trabalho se propôs a abordar a tutela jurisdicional da posse, tendo em vista a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Bens públicos. Direitos reais. Particulares. Tutela da posse.

1. INTRODUÇÃO

A primeira conceituação dos bens públicos remonta ao Direito Romano, que já registrava alusão a esse conceito nas Institutas de Gaio e de Justiniano, por meio da seguinte classificação: *res nullius* (entendidas como coisas fora do comércio), que incluíam a *res communes* (mares, portos, estuários e rios), a *res publicae* (como terras e

¹⁴ Pós-graduando em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. . E-mail: arthur-np@hotmail.com

escravos de propriedade de todos, excluídas do comércio jurídico) e finalmente *res universitatis* (e.g: fórum, ruas e praças públicas).

A classificação ora apresentada tem cunho mais exemplificativo, não permitindo uma conceituação direta dos bens públicos. Entretanto, dela defluem alguns elementos importantes à sua caracterização: destinação ou uso coletivo e inalienabilidade (afinal, trata-se de bens fora do comércio jurídico).

Posteriormente, no curso da Idade Média, houve uma nova classificação, que vinculava a propriedade dos bens públicos à coletividade, atribuindo-se ao monarca apenas o exercício do poder de polícia sobre estes.

Assim, em fins do século XVII e ao longo do século XVIII, vislumbravam-se duas categorias de bens públicos, a saber: a) as coisas públicas (afetadas ao uso público), tais como rios e estradas, sobre as quais recaíam o poder de polícia do rei ; b) os bens integrados ao domínio da coroa, em relação aos quais o monarca detinha o direito de propriedade.

2. O DOMÍNIO EMINENTE DO ESTADO

Estreitamente ligadas à concepção de bem público, Carvalho Filho (2018, p. 1306) registra a existência de duas macrocategorias: o domínio público e o domínio eminente do Estado. Citando o jurista Cretella Júnior, por domínio público se entende “O conjunto de bens móveis e imóveis destinados ao uso direto do poder público ou à utilização direta ou indireta da coletividade, regulamentados pela Administração e submetidos a regime de direito público”.

De outro lado, como bem adverte Carvalho Filho (2018), o domínio eminente não apresenta qualquer correlação com os bens de

domínio patrimonial do Estado, estes últimos compreendidos na segunda classificação apresentada por Di Pietro (2019). O domínio eminente seria, então, uma manifestação da soberania estatal em relação aos bens situados em seu território, qualquer que seja a natureza deles, compreendendo os bens públicos, os bens privados e os bens não sujeitos ao regime normal da propriedade.

A noção de domínio eminente do estado apresenta diversas repercussões jurídicas, donde a importância de sua compreensão. Poderíamos citar, a título de exemplo, a competência da justiça brasileira, com exclusão de qualquer outra jurisdição estrangeira, para conhecer e julgar ações relativas a imóveis situados no Brasil, conforme se despreende do art. 23, I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015). Carvalho Filho (2018), oportunamente, também observa que o domínio eminente fundamenta todas as formas de intervenção do Estado na propriedade, como desapropriação, limitações administrativas, servidões e requisições.

3. CRITÉRIOS LEGAIS PARA A CONCEITUAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

Vistas tais definições, é mister perquirir qual conceito de bem público teria sido adotado em nosso ordenamento jurídico. O artigo 98 do Código Civil fornece tal resposta: “são públicos os bens de domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todas os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem” (BRASIL, 2002).

Percebe-se, desse modo, que o legislador atrelou o conceito de bem público à sua titularidade pelas pessoas jurídicas de direito interno, isto é, àquelas constantes no art. 41 do Código Civil: a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as Autarquias, inclusive as as-

sociedades públicas e, finalmente, as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Nesse trilhar, cabe indagar se os bens das estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) poderiam ser classificados como bens públicos. Insta adiantar que não existe consenso doutrinário a respeito do tema.

Oliveira (2018), seguido por autores como Bandeira de Mello e Gasparini sustenta, segundo uma concepção material ou funcionalista, que tais bens também hão de ser considerados públicos, desde que afetados à prestação de serviços públicos. Nesse sentido, pondera:

Contudo, os bens das pessoas jurídicas de direito privado, inclusive as concessionárias e as permissionárias, que estiverem vinculados à prestação do serviço público sofrerão a incidência de algumas limitações inerentes aos bens públicos (ex: impenhorabilidade), tendo em vista o princípio da continuidade do serviço público, com derrogação especial do regime de direito privado, o que permite qualificá-los como bens materialmente públicos ou quase públicos (OLIVEIRA, 2018).

Converge, nessa orientação, o enunciado n° 287 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

O critério da classificação dos bens públicos indicado no art.98 do Código Civil não exaure a enumeração dos bens públicos; podendo ainda ser classificado como tal o

bem pertencente à pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos.

O Superior Tribunal de Justiça possui precedentes relativos à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, revelando adoção do critério da afetação à prestação de serviços públicos. A título de ilustração, vejamos o seguinte arresto:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO DOLOSA DE BEM DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS ANTERIORMENTE FURTADO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 180, § 6º, DO CP. ECT. PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL, DE FORMA EXCLUSIVA. PATRIMÔNIO. REGIME DE BENS PÚBLICOS. BENS DA MANTENEDORA. UNIÃO. INSUSCETIBILIDADE DE CONSTRIÇÕES QUE AFETEM A REGULARIDADE E CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, DA CF. PREVISÃO EXPRESSA DE INCIDÊNCIA DO ART. 180, § 6º, DO CP AOS BENS E INSTALAÇÕES DE EMPRESA CONCESSIONÁRIA. INEXISTÊNCIA DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DESFAVORÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. As Empresas Estatais - Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista - são dotadas de personalidade jurídica de direito privado e possuem regime híbrido, isto é, predominará o público ou o privado a depender da

finalidade da estatal se prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica.

2. A ECT é empresa pública, é pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço postal, de natureza pública e essencial (art.21, X, da CF).

3. “A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. (...) O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. (...) Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade” (ADPF 46/DF, Rel. para acórdão Min. EROS GRAU, Pleno, DJ 26/2/10).

4. Diversamente daquelas Empresas Estatais exercentes de atividade econômica, que **estão** predominantemente sob o regime de direito privado, a EBCT está sob o domínio do regime público, dada a essencialidade e exclusividade do serviço postal prestado.

5. “a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos goza dos mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública, explora serviço de competência da União serviço público federal e, sendo mantida pela União Federal (CB, artigo 21, X), seus bens pertencem à entidade mantenedora. Esses bens consubstanciam propriedade pública, estando integrados à prestação de serviço público. (...) Ainda que no caso se cuide de empresa pública integrante da Ad-

ministração Indireta, pessoa jurídica de direito privado, a ECT é delegada da prestação de serviço público federal, a ela amoldando-se ainda outra lição de Aliomar Baleeiro: constituem serviço público quaisquer organizações de pessoal, material, sob a responsabilidade dos poderes de Pessoa de Direito Público Interno, para desempenho de funções e atribuições de sua competência, enfim, todos os meios de operação dessas Pessoas de Direito Público, sob várias modalidades, para realização dos fins que a Constituição, expressa ou implicitamente lhes comete” (INFORMATIVO 390/STF).

6. Os bens da ECT estão sob o regime de direito público e diretamente ligados à atividade essencial, sendo insuscetíveis de quaisquer constringências que afetem a continuidade, a regularidade e a qualidade da prestação do serviço. (BRASIL, 2010)

A contrario sensu, chega-se à conclusão de que, quando afetado à atividade econômica em sentido estrito, isto é, desvinculada da prestação de serviços públicos, os bens das estatais não encontram proteção jurídica especial, inclusive por força do art. 173,§1), II, da Constituição da República, sob pena de ferir a isonomia de tratamento em relação às demais pessoas jurídicas de direito privado existentes em nosso ordenamento jurídico.

Nesse contexto, é possível, portanto, que os bens das sociedades de economia mista sejam, inclusive, usucapidos, conforme precedentes do STJ:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA DE DEFESA. BEM PERTENCENTE A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. I - Entre as causas de perda da propriedade está o usucapião que, em sendo extraordinário, dispensa a prova do justo título e da boa-fé, consumando-se no prazo de 20 (vinte) anos ininterruptos, em consonância com o artigo 550 do Código Civil anterior, sem que haja qualquer oposição por parte do proprietário. II - Bens pertencentes a sociedade de economia mista podem ser adquiridos por usucapião. Precedentes. Recurso especial provido. (BRASIL, 2006b, p. 300)

Carvalho Filho (2018), por sua vez, posiciona-se em sentido contrário, prendendo-se à literalidade do art.98 do Código Civil e ao enquadramento legal das entidades paraestatais como pessoas jurídicas de direito privado.

Haveria, contudo uma exceção ao critério da titularidade, introduzida pela Lei n. 11.284, que conceituou como “florestas públicas” aquelas naturais ou plantadas, localizadas em bens de domínio da União, dos Estados, Municípios, Distrito Federal ou das entidades da administração indireta, sem restringir o seu alcance às empresas públicas e sociedades de economia mista (BRASIL, 2006a).

3.1 A classificação dos bens públicos quanto ao critério da afetação jurídica

Superado o conceito de bem público no capítulo precedente, faz-se necessário examinar uma segunda classificação dos bens públicos trazida pelo Código Civil, a par da titularidade, qual seja, aquela da sua afetação jurídica. Tal classificação mostra-se de grande relevância, na medida que definirá o regime jurídico incidente sobre cada categoria de bens.

Sobre a afetação, também referida na doutrina como destinação ou consagração, Oliveira (2018, p. 653) explica: “a afetação significa a atribuição fática ou jurídica de finalidade pública, geral ou especial, ao bem público”. Ao revés, a desafetação é a supressão da destinação fática ou jurídica do bem público.

Tanto a afetação como a desafetação poderão ser instituídas por três vias, respeitando-se o princípio da simetria das formas: a lei, em primeiro lugar, como fonte formal primária do direito, por excelência; em segundo lugar o ato administrativo, enquanto manifestação formal e unilateral de vontade da Administração Pública; e, finalmente, o fato administrativo.

Oliveira (2018, p. 624), entretanto, faz uma importante ressalva quanto às formas de concretização desses institutos:

Registre-se, por derradeiro, que a afetação e a desafetação não podem decorrer da utilização ou não de determinado bem público pelos administrados. Portanto, a passagem de veículos por bem dominical não o transforma em rua (bem de uso comum do povo) e a ausência de visitantes no museu público não lhe retira o caráter de bem público de uso especial, transformando-o em dominical.

Feitas tais considerações, torna-se mais fácil a compreensão da classificação dos bens públicos trazida pelo Art. 99 do Código Civil, que os distingue em três categorias: a) bens de uso comum; b) bens de uso especial e c) bens dominicais, sendo as duas primeiras pertencentes aos grupos dos bens afetados e a última, pertencente ao grupo dos bens desafetados (BRASIL, 2002). É interessante notar que o referido artigo não cuidou de conceituar as duas primeiras, limitando-se a dar-lhes exemplos.

Com efeito, no primeiro inciso, ao tratar dos bens de uso comum do povo, o legislador mencionou “rios, mares, estradas e praças”. Não se pode esquecer outro exemplo, desta vez contemplado pelo no Art. 225 da Constituição da República: o meio ambiente ecologicamente equilibrado (BRASIL, 1988).

Trata-se de bem público cujo destinatário é a coletividade em geral, não estando atrelado a uma finalidade pública específica. Isso não significa, porém, que seu uso pela coletividade seja irrestrito, logicamente sofre a devida regulamentação pelo Poder Público, como deixa entrever a leitura do Artigo 100 do Código Civil, seu uso comum poderá ser inclusive a título oneroso.

Já o segundo inciso cuida dos bens de uso especial, os exemplificando por meio dos terrenos e edifícios destinados a serviço da administração direta e autárquica dos três entes federados. Cuida-se, assim, de bens atrelados à consecução tanto de serviços públicos, caso em que a coletividade será seu destinatário imediato, como de serviços administrativos, hipótese em que esta será destinatária mediata. Di Pietro (2019, p. 854), com a precisão que lhe é peculiar, assevera:

Quando se fala que o bem de uso especial está afetado à realização de um serviço, como o faz o art. 99, II, do

Código Civil, tem-se que entender a expressão serviço em sentido amplo, para abranger toda a atividade de interesse geral exercida sob a autoridade ou a fiscalização do poder público; nem sempre se destina ao uso direto da Administração, podendo ter por objeto o uso particular, como ocorre com o mercado municipal, o cemitério, o aeroporto, a terra dos silvícolas, etc.

Finalmente, o terceiro inciso cuida da categoria dos bens dominiais ou dominicais, cujo estudo se revela de maior importância para este trabalho. Da literalidade do texto legal, constata-se que se trata de bens que “constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades” (BRASIL, 2002).

Há, todavia, uma ressalva contida no parágrafo único do artigo 99 do Código Civil, considerando, salvo disposição legal em contrário, também pertencentes à categoria dos bens dominicais os “bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado” (BRASIL, 2002).

Carvalho Filho (2018), ilustrativamente, aponta como bens dominicais as terras devolutas, os prédios públicos desativados, os bens móveis inservíveis e a dívida ativa. Conforme sintetiza Di Pietro (2019 p. 856-857), trata-se de bens do domínio privado do Estado, que se sujeitam a regime jurídico predominantemente de direito privado, já que a Administração comporta-se em relação àqueles como um proprietário particular. Ainda sobre as características de tal categoria de bens, pondera, que, tradicionalmente:

Comportam uma função patrimonial ou financeira, porque se destinam a assegurar rendas ao Estado, em oposição aos demais bens públicos, que são afetados a uma destinação de interesse geral; a consequência disso é que a gestão dos bens dominicais não era considerada serviço público, mas uma atividade privada da administração.

Entretanto, a própria autora reconhece uma alteração no panorama jurídico dos bens dominicais, o que será objeto de estudo mais detido no próximo capítulo.

4. O REGIME JURÍDICO E A TUTELA DE DIREITOS PESSOAIS E REAIS SOBRE OS BENS PÚBLICOS DOMINICAIS

O Art. 99, III, do Código Civil consigna que os bens dominicais podem ser objeto tanto de direitos reais como de direitos pessoais. Esta última expressão pode ser entendida como sinônima de direitos obrigacionais ou, ainda, de direitos de crédito.

A compreensão dessas duas categorias é de suma importância para se entender o regime jurídico incidente sobre tais bens e as consequências dele advindas.

Sobre os direitos obrigacionais, Farias e Rosenvald (2019, v. 5) ponderam que são direitos que se caracterizam por uma relação de crédito entre pessoas determinadas ou ao menos determináveis, que têm por objeto uma prestação, exigindo-se, assim, um comportamento do devedor para a satisfação do interesse do credor.

Como bem observam: “o termo obrigação significa exatamente, um dever específico que vincula determinada pessoa em relação à ou-

tra” (FARIAS ; ROSENVALD, 2019, v.5). Sobre os principais traços distintivos dos direitos pessoais ou de crédito, pode-se elencar: a transitoriedade do vínculo entre os seus sujeitos, a sua eficácia relativa (*inter partes*), a não exaustividade (rol aberto) e a inexistência de direito de sequência.

Por outro lado, os direitos reais, nas palavras desses mesmos autores, referem-se a “situações de subordinação de coisas a pessoas” (FARIAS ; ROSENVALD, 2019, v. 5), outorgando a seu titular “o exercício de uma posição de vantagem sobre o objeto” (FARIAS ; ROSENVALD, 2019, v. 5).. Trata-se de um direito à coisa (*jus in re*).

As principais características dos direitos reais são a sua tipicidade ou taxatividade legal, a eficácia absoluta (*erga omnes*) e a existência de um poder de sequência ou perseguição sobre a coisa. Como regra, não exigem nenhum comportamento do sujeito passivo, a não ser um dever de abstenção.

Afirmar que os bens dominicais podem ser objeto de direitos reais e pessoais significa, em outros termos, que estes podem ser objeto de cessão, alienação e ônus (gravame). Significa também conferir direitos a outrem, inclusive particulares, sobre eles. Entretanto, a disponibilidade sobre tais bens não é absoluta, devendo obedecer às condições legalmente fixadas.

Quanto à alienação de bens dominicais, Di Pietro (2019, p. 863) pondera:

Os bens dominicais, não estando afetados à finalidade pública específica, podem ser alienados por meio de institutos do direito privado (compra e venda, doação, permuta) ou do direito público (investidura, legitimação da posse, legitimação fundiária e retrocessão).

Os requisitos genéricos indispensáveis à alienação – forma de

transferência do domínio – constam no art.17 da Lei n° 8.666/1993, quais sejam, a demonstração de interesse público, prévia avaliação, licitação e autorização legislativa, quando se tratar de bens imóveis (BRASIL, 1993).

No tocante à alienação por meio dos institutos de direito público, é interessante ressaltar, como o fez Di Pietro (2019), que prescindem de licitação, uma vez que inexistente competição.

Quanto aos instrumentos de direito público, merecem destaque a legitimação da posse, a concessão de uso especial para fins de moradia, a concessão de direito real de uso e a legitimação fundiária, especialmente por constituírem Instrumentos da Política Urbana, nos termos do art.4º da Lei n° 10.257/2001 (BRASIL, 2001).

4.1 Legitimação de posse

Em relação à legitimação de posse, Di Pietro (2019) esclarece que o instituto foi previsto, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, na Lei de Terras de 1850, sendo, posteriormente, consagrado na Constituição da República de 1967, na Lei n° 6.383/1976, e na Lei n° 11.952/2009.

Como bem ressalta a autora, a nomenclatura do instituto é equívoca, pois, embora se fale de de legitimação de posse, o instituto foi criado e desenvolvido como forma de transferência de domínio de bem público ao particular.

Com efeito, tal conclusão é reforçada pelo art. 5º da Lei n. 601 de 1850, que dispunha que seriam “legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada habitual do respectivo possessor ou de quem o represente [...]”

(BRASIL, 1850).

É interessante notar que, já em 1850, vislumbrava-se manifestação incipiente do princípio da função social da posse, embora sem tal nomenclatura.

Quanto à Lei 6.383/1976, é importante registrar que seu objeto se refere primordialmente ao processo discriminatório de terras devolutas da União (BRASIL, 1976). A legitimação de posse, à qual se refere a partir do seu art. 29, constitui verdadeiro direito subjetivo para o ocupante de imóvel rural de área contínua de até 100 hectares, que tenha tornado a terra produtiva pelo seu trabalho e o de sua família, pelo prazo mínimo de 01 ano, desde que não seja proprietário de outro imóvel rural.

Concretamente, a legitimação de posse consistirá numa licença de ocupação, pelo prazo mínimo de 04 anos, ao cabo do qual o ocupante terá preferência para a sua aquisição. Tal licença será, nos termos do art. 29, §3º “intransferível inter vivos e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto” (BRASIL, 1976).

A Lei 8.666/1993 também disciplina a concessão do título de propriedade ou direito real de uso de imóvel, prevendo inclusive a dispensa do procedimento licitatório e a dispensa de autorização legislativa para a alienação de imóvel ou instituição de direito real em favor do ocupante que se encontre nas condições supramencionadas (BRASIL, 1993), obedecidos os limites do art. 6º da Lei 11.952/2009, que elevou o patamar de 100 para 2.500 hectares (BRASIL, 2009a).

Paralelamente, previu-se a legitimação de posse urbana, no art. 59 da Lei 11.977/2009, conhecida como a Lei do Minha Casa e Minha Vida, consistindo o direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia, que, após o decurso do prazo de 05 anos, poderia requerer ao oficial do registro de imóveis a conversão deste título em

registro de propriedade, tendo em vista a sua aquisição por usucapião (BRASIL, 2009b). Tal dispositivo padecia de grave vício de inconstitucionalidade, tendo em vista a afronta ao art. 183, §3º da Constituição da República, que dispõe que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião, nem mesmo os dominicais, conforme jurisprudência remansosa do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, foi revogado pela Lei 13.465/2017, que instituiu a Reurb, passando a disciplinar instituto homônimo. Com efeito, o art.11, VI, deste diploma conceitua a legitimação da posse como:

Ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, conversível em direito real de propriedade na forma desta lei, com a identificação de seus ocupantes, do tempo de ocupação e da natureza da posse (BRASIL, 2017).

Ainda sobre o regramento do instituto, é importante consignar que voltou a ter aplicação exclusiva à regularização fundiária (artigo 25, *caput*), não se aplicando a imóveis urbanos em área de titularidade do Poder Público (artigo 25,§2º). Cumpre ressaltar ainda uma diferença marcante em relação ao regime da Lei 6.383 de 1979: a possibilidade de alienação *inter vivos*.

4.2 Legitimação fundiária

A legitimação fundiária é um instrumento aplicável exclusivamente no âmbito da Reurb, previsto no art. 23 da Lei 13.465 de 2017. Constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade

conferido por ato do Poder Público àquele que detiver, em área pública ou possuir em área privada, com *animus domini*, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente até 22 de dezembro de 2016.

O parágrafo segundo do dispositivo em apreço explicita as repercussões jurídicas de se considerar tal instrumento como forma de aquisição originária da propriedade, a exemplo do que ocorre com a usucapião e a desapropriação: adquirir-se-á a propriedade livre de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado (BRASIL, 2017).

Por sua vez, o conceito de “núcleo urbano informal consolidado” vem explicado no art. 11, III, da Lei 13.465 de 2017, como sendo aquele de difícil reversão, considerados, dentre outros fatores e circunstâncias, o tempo da ocupação, a natureza das edificações e a presença do Poder Público (BRASIL, 2017).

O grande problema do instituto da legitimação fundiária ocorre na sua incidência sobre imóveis privados. Nesse sentido, conforme pondera Pinto (2017, p. 5-6):

A Legitimação fundiária (art.23), que é a principal inovação trazida pela MPV e mantida na Lei, é uma grave violação ao direito de propriedade, constitucionalmente assegurado, pois faculta ao prefeito conferir a terceiros a propriedade de imóveis por eles ocupados, sem indenização aos proprietários e independentemente do tempo e da natureza da posse. No caso de áreas públicas, a legitimação fundiária viola ainda a vedação expressa da Constituição à usucapião de bens públicos. Em conjugação com dispositivos que dispensam a alienação de bens públicos em geral e da União em particular, de desafeta-

ção, licitação, autorização legislativa e avaliação prévia, a Lei compromete a defesa do patrimônio público, as prerrogativas do Poder Legislativo, a transparência da gestão pública e a responsabilidade fiscal.

Cumpre ressaltar igualmente que a Lei nº13.465/2017 atualmente é alvo de pelo menos duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o STF, que ainda não tiveram o seu mérito apreciado. A mais recente delas foi a ADI nº 5.833/DF, proposta pelo Instituto de Arquitetos do Brasil, sob argumento de violação ao modelo constitucional de política urbana e à competência dos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local e o adequado ordenamento territorial, além competência executiva ou administrativa deste em matéria urbanística.

No Parecer nº192/2017, a então Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, opinou pela procedência do pedido.

Sob o aspecto da inconstitucionalidade formal, a PGR destacou à fl.05: “A Lei nº13.465/2017, com o intuito de definir novo regramento sobre a regularização fundiária urbana, não respeitou o protagonismo municipal sobre o tema e extrapolou a competência da União para editar normas gerais”.

Sob o aspecto da inconstitucionalidade material, por sua vez, a PGR destacou à folha10, que “a distribuição de títulos dominiais, decorrentes da privatização de terras públicas e privadas, desacompanhada das medidas necessárias ao exercício do direito de habitação não se coaduna com a ordem constitucional [...]” não podendo a regularização fundiária urbana importar em privatização da sociedade por meio da distribuição de títulos de propriedade.

Para a Procuradora Geral da República, a norma em questão ainda representaria retrocesso frente ao regramento da Lei 11.977/2009,

que atrelava a regularização fundiária urbana à garantia do direito social de moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ademais, às folhas.15/16, a PGR reitera a inconstitucionalidade do regramento da legitimação fundiária em razão da ausência de critérios objetivos de ocupação, principalmente o temporal, e da ausência de previsão de indenização, quando recair sobre áreas privadas.

Deve-se frisar que o art. 23 da Lei 13.465/2017 ainda fere os princípios da proporcionalidade e da isonomia, ao prever requisitos negativos apenas para os beneficiários da Reurb-S : não ser concessionário, foreiro, ou proprietário de imóvel urbano ou rural (inciso I); não ter sido contemplado com outro programa de regularização fundiária (inciso II). Nesse sentido, a PGR destaca (p.18):

Os requisitos definidos pelo art. 23-§1º possuem razoabilidade, porque visam a privilegiar aqueles que ainda não foram beneficiados por programa de regularização ou não possuem imóvel. O que não se afigura compatível com a ordem constitucional é a exigência desses requisitos apenas para a regularização fundiária de interesse social, dispensando-os no caso de população que não seja caracterizada como baixa renda. Previsão desse teor contribuirá para a concentração de propriedade, em descompasso com a própria finalidade da política pública.

5. A TUTELA POSSESSÓRIA SOBRE BENS PÚBLICOS

Conforme preconizam Farias e Rosenvald (2019, v. 5, p. 203):

O direito do possuidor de defender a sua posse contra terceiros, incluindo-se o proprietário - é uma consequência jurídica produzida pela necessidade geral de respeito a uma situação fática consolidada, na qual necessidades humanas fundamentais são satisfeitas. A densidade social da posse, como modo revelador da necessidade básica do homem de se apropriar de bens primários, justifica que não seja ela reduzida a mero complemento da propriedade, mas sim em instrumento concreto de busca pela igualdade material e justiça social.

Como se vê, a tutela jurisdicional da posse pressupõe uma situação anterior de manifestação de um poder fático sobre um bem, seja esta decorrente de um ato-fato (ocupação do bem), de um direito real ou de um direito obrigacional.

Entretanto, no curso da ação possessória, é irrelevante a discussão do título jurídico de domínio, como deixa entrever o art.559 do Código de Processo Civil:

Na pendência de ação possessória é vedado, tanto ao autor, como ao réu propor ação de reconhecimento do domínio, exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa. Parágrafo único: Não obsta à manutenção ou à reintegração de posse a alegação de propriedade ou outro direito sobre a coisa (BRASIL, 2015).

Farias e Rosenvald (2019, v. 5, p. 206) explicam que a vedação da *exceptio proprietatis* tem fundamento na função social da posse, que atua como balizador contra o abuso do direito de propriedade; afinal, nenhum direito, nem mesmo o de propriedade, é absoluto. Ademais, a vedação também se justifica em razão da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional, impedindo a discussão de matéria estranha ao pleito possessório.

Por tais razões, o trânsito em julgado da ação possessória funciona como verdadeira condição suspensiva ao ajuizamento de qualquer ação em que se discuta propriedade, mesmo porque se está diante de causas de pedir distintas, não havendo relação de prejudicialidade entre elas. Nesse sentido, consignam os renomados civilistas:

O êxito na proteção possessória retorna ambos os litigantes à situação anterior à agressão, sem gerar coisa julgada material sobre a ação reivindicatória, uma vez que não se confunde a *causa petendi* das duas pretensões. Ou seja: o resultado da demanda possessória não adquire qualquer relevância no resultado de eventual ação petítória, podendo o possuidor vitorioso naquela e vice-versa (FARIAS ; ROSENVALD, 2019, v. 5, p. 207).

Entretanto, a vedação à exceção de propriedade, conforme ensinam Farias e Rosenvald (2019, p. 213), não alcança a usucapião, uma vez que a causa de pedir desta é a própria posse. Sobre esse particular, os autores em questão registram crítica ao art. 11 do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), que dispõe: “Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações petítórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo” (BRASIL, 2001).

O objetivo de tal dispositivo, ao que parece, foi evitar decisões contraditórias. Entretanto, andou mal o legislador nessa hipótese, pois a suspensão das ações possessórias e petitórias pode ser usada como um expediente de má-fé pelos invasores de imóveis, para evitar que o proprietário ou possuidor esbulhado possa recuperar o poder fático sobre a coisa, na pendência da ação de usucapião.

Ao nosso ver, a aplicação das regras de conexão e de continência do Código de Processo Civil, com a reunião das causas no juízo prevento, para julgamento simultâneo, mostrar-se-ia muito mais razoável.

Fixadas tais premissas, mostra-se oportuno perquirir qual tipo de posse poderia ser objeto de uma ação possessória e o conceito de função social da posse, uma vez que é este instituto legitima a proteção possessória, inclusive frente ao direito de propriedade, como visto alhures.

Defende-se que apenas a posse justa e a de boa-fé são merecedoras de proteção possessória, uma vez que o Direito não pode tutelar a má-fé. A posse justa é aquela definida nos termos art.1200 do Código Civil, como não sendo violenta, clandestina ou precária.

Sobre tais vícios objetivos, que desqualificam a posse para injusta, Farias e Rosendal (2019, v. 5, p.147) consignam que a violência pode ser tanto física (*vis absoluta*), como moral (*vis compulsiva*). Ao seu turno, a precariedade resultaria do abuso de confiança, de modo que a posse outrora legítima degenerar-se-ia em apropriação indébita.

Finalmente, a clandestinidade refere-se à falta de publicidade e ostensividade na aquisição da posse, denotando o emprego de meios sorrateiros para manter o legítimo possuidor em estado de ignorância.

Noutro giro, no que concerne à boa-fé, o Código Civil a consigna, no art. 1.201, como atributo pelo qual o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa. Trata-se, então, da boa-fé subjetiva. Não é imprescindível que o possuidor tenha justo título para

caracterizar a sua boa-fé. Caso não o tenha, poderá comprová-la por outros meios legalmente admitidos. A caracterização da posse de boa-fé mostra-se importante no tocante ao direito à percepção dos frutos (art.1.214), bem como ao direito à indenização e à retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis.

Ainda sobre o exame dos tipos de posse merecedores de proteção possessória, é mister tecer algumas considerações a respeito da detenção, tendo em vista a repercussão jurídica do instituto. Nesse trilhar, ponderam Farias e Rosenvald:

A detenção é uma posse degradada, juridicamente desqualificada pelo ordenamento jurídico vigente. O detentor não poderá manejar ações possessórias e nem tampouco alcançar a propriedade pela via da usucapião. O legislador entendeu que, em determinadas situações, alguém possui poder fático sobre a coisa sem que sua conduta alcance repercussão jurídica, a ponto de ser negada ao detentor a tutela possessória (FARIAS ; ROSENVALD, 2019, v. 5, p. 131).

Observa-se que a distinção entre posse e detenção não se dá pelo elemento volitivo, mas sim por um critério objetivo, segundo a teoria de Ihering. Farias e Rosenvald (2019, v. 5), o ordenamento jurídico brasileiro teria reconhecido quatro formas de detenção.

A primeira delas diz respeito aos servidores ou fâmulos da posse, que “exercitam atos de posse em nome alheio, como mero instrumento da vontade de outrem. É o eloquente caso do caseiro perante o bem imóvel” (FARIAS ; ROSENVALD, 2019, v. 5). Tal situação encontra respaldo no art. 1.198 do Código Civil, que dispõe: “considera-se de-

tentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com o outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas” (BRASIL, 2002). Conforme registram os renomados civilistas, a detenção, nessa hipótese, pode fundar-se em relações tanto de direito público (vínculo pessoal de sujeição com a Administração Pública) ou privado, independentemente da existência de um contrato formal de trabalho, seja sobre coisas móveis, seja sobre imóveis. Embora não se reconheça ao detentor, nos termos do art.1.198, a legitimidade para intentar ações possessórias, a doutrina admite que este se valha da autotutela. Nesse sentido, o enunciado n. 493 do CJP esclarece que “O detentor pode, no interesse do possuidor, exercer a autodefesa do bem sob o seu poder”.

Já a segunda espécie de detenção, consagrada pelo ordenamento brasileiro, consta do art.1.208 do Código Civil, segundo o qual não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância. Tal dispositivo pode ser aplicado à permissão e à autorização de uso de bem público, enquanto formas de uso privativo de bem público de uso comum pelo particular. Tanto um como outro, como observa Carvalho Filho (2018), decorrem de ato administrativo discricionário, unilateral e precário, não possuindo, portanto, natureza contratual. Seria o caso de uma banca de revista instalada em uma praça pública. O permissionário, nesse caso, seria mero detentor e não possuidor do bem público.

De outro lado, a terceira forma de detenção também emerge do art.1.208 do Código Civil, decorrendo da prática de atos de clandestinidade ou violência, que também não induzem posse, segundo a liberalidade do dispositivo (BRASIL, 2002).

Finalmente, a quarta forma de detenção consagrada pelo ordenamento jurídico é aquela que deriva da ocupação irregular de bens públicos. Farias e Rosenvald (2019) distinguem duas situações: a primeira referente aos bens de uso comum e aos de uso especial, em relação aos

quais admite-se apenas a detenção; já a segunda se refere aos bens dominicais, em face dos quais se admite também a posse:

Destarte, o particular que ocupa bem público de uso comum do povo ou especial não possui ação possessória em face do Poder Público, pois como mero detentor é inviável alegar esbulho, turbação ou ameaça diante de atos de autoexecutoriedade praticados pela administração. Punível será apenas o excesso, pela via da pretensão indenizatória.

Para esses autores, o critério para se aferir se é posse ou detenção vem da afetação do bem com uma finalidade pública, sendo tal distinção importante, à medida que, nos bens públicos afetados, não pode se cogitar em posse individualizada, proibindo-se a propositura de ações possessórias.

Por outro lado, nos bens dominicais, é possível o manejo de ações possessórias, em caso de ameaça, esbulho ou turbação, inclusive frente ao Poder Público. O Superior Tribunal de Justiça, contudo, posiciona-se de forma contrária, não reconhecendo a posse sobre bens públicos de qualquer natureza, conforme ilustra o seguinte aresto:

RECURSO ESPECIAL. POSSE. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BEM PÚBLICO DOMINICAL. LITÍGIO ENTRE PARTICULARES. INTERDITO POSSESSÓRIO. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL. OCORRÊNCIA.

1. Na ocupação de bem público, duas situações devem ter tratamentos distintos: i) aquela em que o particular invade imóvel público e almeja proteção possessória ou indenização/retenção em face do ente estatal e ii) as contendas possessórias entre particulares no tocante a imóvel situado em terras públicas.
2. A posse deve ser protegida como um fim em si mesma, exercendo o particular o poder fático sobre a res e garantindo sua função social, sendo que o critério para aferir se há posse ou detenção não é o estrutural e sim o funcional. É a afetação do bem a uma finalidade pública que dirá se pode ou não ser objeto de atos possessórias por um particular.
3. A jurisprudência do STJ é sedimentada no sentido de que o particular tem apenas detenção em relação ao Poder Público, não se cogitando de proteção possessória.
4. É possível o manejo de interditos possessórios em litígio entre particulares sobre bem público dominical, pois entre ambos a disputa será relativa à posse.
5. À luz do texto constitucional e da inteligência do novo Código Civil, a função social é base normativa para a solução dos conflitos atinentes à posse, dando-se efetividade ao bem comum, com escopo nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.
6. Nos bens do patrimônio disponível do Estado (dominicais), despojados de destinação pública, permite-se a proteção possessória pelos ocupantes da terra pública que venham a lhe dar função social.

7. A ocupação por particular de um bem público abandonado/desafetado - isto é, sem destinação ao uso público em geral ou a uma atividade administrativa -, confere justamente a função social da qual o bem está carente em sua essência.

8. A exegese que reconhece a posse nos bens dominicais deve ser conciliada com a regra que veda o reconhecimento da usucapião nos bens públicos (STF, Súm 340; CF, arts. 183, § 3º; e 192; CC, art. 102); um dos efeitos jurídicos da posse - a usucapião - será limitado, devendo ser mantido, no entanto, a possibilidade de invocação dos interditos possessórios pelo particular.

9. Recurso especial não provido (BRASIL, 2016).

O julgado em tela revela dois regimes jurídicos possíveis no tocante à ocupação irregular de bens públicos dominicais: a) a relação entre o particular e a Administração Pública e b) as relações travadas unicamente entre particulares.

No tocante à relação do ocupante com a Administração Pública, esta será sempre de detenção, nos termos da Súmula nº 619 do STJ: “a ocupação indevida de bem público configura mera detenção de, natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias”.

Lado outro, no tocante à relação de ocupação sob o viés da disputa apenas entre particulares, é possível o reconhecimento de proteção possessória, em nome da função social da posse, com os recursos e as ações a ela inerentes. Sobre a função social da posse, registramos o valioso magistério de Rosendal e Farias (2019, v. 5, p. 80):

[...] a função social da posse é uma abordagem diferenciada da função social da propriedade, na qual não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas também se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Cumpre perceber que a função social da propriedade recebeu positivarão expressa no código civil (art.1.228,§1º), mas o mesmo não aconteceu com a função social da posse. Contudo, a ausência de regramento no direito privado em nada perturba a filtragem constitucional sobre esse importante modelo jurídico, pois o acesso à posse é um instrumento de redução de desigualdades sociais e justiça distributiva.

Em relação às disputas possessórias entre particulares sobre bens públicos, é importante trazer à baila um precedente qualificado da Corte Especial do STJ, no julgamento dos EResp n.113446/MT, que relativiza a própria vedação à *exceptio proprietatis*, permitindo que o Poder Público se valha de oposição para defender a posse de bem público irregularmente ocupado, invocando, incidentemente, o título de domínio:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DEMANDA POSSESSÓRIA ENTRE PARTICULARES. POSSIBILIDADE DE DEFESA DA POSSE DE BEM PÚBLICO POR MEIO DE OPOSIÇÃO. 1. Hipótese em que, pendente demanda possessória em que particulares disputam a posse de imóvel, a União apresenta oposição pleiteando

a posse do bem em seu favor, aos fundamentos de que a área pertence à União e de que a ocupação de terras públicas não constitui posse.

2. Quadro fático similar àqueles apreciados pelos paradigmas, em que a Terracap postulava em sede de oposição a posse de bens disputados em demanda possessória pendente entre particulares, alegando incidentalmente o domínio como meio de demonstração da posse.

3. Os elementos fático-jurídico nos casos cotejados são similares porque tanto no caso examinado pelo paradigma quanto naquele examinado pelo acórdão embargado de divergência o ente público manifesta oposição em demanda possessória pendente entre particulares, sustentando ter ele (o ente público) direito à posse e alegando domínio apenas incidentalmente, como forma de demonstração da posse.

4. Divergência configurada, uma vez que no acórdão embargado a oposição não foi admitida, ao passo que nos paradigmas se admitiu tal forma de intervenção de terceiro. Embargos de divergência admitidos.

5. O art. 923 do CPC/73 (atual art. 557 do CPC/2015), ao proibir, na pendência de demanda possessória, a propositura de **ação de reconhecimento do domínio**, apenas pode ser compreendido como uma forma de se manter restrito o objeto da demanda possessória ao exame da posse, não permitindo que se amplie o objeto da possessória para o fim de se obter sentença declaratória a respeito de quem seja o titular do **domínio**.

6. A vedação constante do art. 923 do CPC/73 (atual art. 557 do CPC/2015), contudo, não alcança a hipótese em que o proprietário alega a titularidade do domínio apenas como fundamento para pleitear a tutela possessória. Conclusão em sentido contrário importaria cancelar eventual fraude processual e negar tutela jurisdicional a direito fundamental.

7. Titularizar o domínio, de qualquer sorte, não induz necessariamente êxito na demanda possessória. Art. 1.210, parágrafo 2º, do CC/2002. A tutela possessória deverá ser deferida a quem ostente melhor posse, que poderá ser não o proprietário, mas o cessionário, arrendatário, locatário, depositário, etc.

8. A alegação de domínio, embora não garanta por si só a obtenção de tutela possessória, pode ser formulada incidentalmente com o fim de se obter tutela possessória.

9. Embargos de divergência providos, para o fim de admitir a oposição apresentada pela União e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que aprecie o mérito da oposição. (BRASIL, 2018)

Vê-se, assim, que a interpretação do STJ acerca do atual art. 557 do Código de Processo Civil é no sentido de que a limitação cognitiva ali presente não impede que a titularidade do bem público seja invocada como fundamento para proteção possessória, pois, do contrário, haveria negativa de jurisdição, inviabilizando que o Poder Público pudesse exigir em juízo o exercício regular de sua posse sobre terrenos públicos cuja posse é disputada entre particulares.

O julgado em questão contempla uma relevante síntese: “a ale-

gação de domínio, embora não garanta por si só a obtenção da tutela possessória, pode perfeitamente ser formulada incidentemente com o fim de se obter tutela possessória” (BRASIL, 2018). Há, então, uma expectativa de que a *ratio decidendi* deste julgamento passe também a ser aplicada em litígios entre particulares sobre bens particulares.

No voto do Relator Ministro Benedito Gonçalves, reportando-se aos comentários dos juristas José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo¹⁵, acerca do art. 1.210 do Código Civil, consigna-se que a vedação a *exceptio proprietatis* tem origem no Direito Romano, no qual o domínio ainda não se provava pelo registro, o que trazia maior dificuldade à sua comprovação, podendo tumultuar o processo da ação possessória.

Tal vedação hoje não se justifica, constituindo afronta ao direito fundamental de propriedade previsto no art. 5º da Constituição da República, na medida que obriga o proprietário a se sujeitar a uma invasão que não está respaldada por qualquer situação jurídica, hipótese diversa de quando se verifica um desdobramento legítimo da posse. Ademais, constitui afronta à celeridade e à economia processual, na medida que obriga o proprietário a se submeter a uma “duplicidade estéril de procedimentos”.

Outro julgado digno de nota é o REsp nº 1582176/MG, no qual a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça admitiu o manejo de reintegração de posse por particulares contra esbulho praticado contra bem de uso comum do povo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DAS COISAS. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA. ESBULHO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCOR-

¹⁵ Código Civil Comentado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

RÊNCIA. REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DO PEDIDO E LEGITIMIDADE AD CAUSAM. CONDIÇÕES DA AÇÃO. TEORIA DA ASSERÇÃO. POSSE DE BEM PÚBLICO DE USO COMUM. DESPROVIMENTO.

1. Ação ajuizada em 20/10/2010. Recurso especial interposto em 09/05/2011. Conclusão ao gabinete em 25/08/2016.

2. Trata-se de afirmar se i) teria ocorrido negativa de prestação jurisdicional; ii) a representação processual das recorridas estaria regular e se competiria ao recorrente a prova da irregularidade; iii) particulares podem requerer a proteção possessória de bens públicos de uso comum; e iv) estariam presentes os requisitos necessários ao deferimento da liminar de reintegração de posse.

3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

4. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

5. As condições da ação devem ser averiguadas segundo a teoria da asserção, sendo definidas da narrativa formulada inicial e não da análise do mérito da demanda.

6. O Código Civil de 2002 adotou o conceito de posse de Ihering, segundo o qual a posse e a detenção distinguem-

-se em razão da proteção jurídica conferida à primeira e expressamente excluída para a segunda.

7. Diferentemente do que ocorre com a situação de fato existente sobre bens públicos dominicais - sobre os quais o exercício de determinados poderes ocorre a pretexto de mera detenção -, é possível a posse de particulares sobre bens públicos de uso comum, a qual, inclusive, é exercida coletivamente, como composse.

8. Estando presentes a possibilidade de configuração de posse sobre bens públicos de uso comum e a possibilidade de as autoras serem titulares desse direito, deve ser reconhecido o preenchimento das condições da ação.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido (BRASIL, 2016b, grifos)

Como se vê, há uma contradição em relação à posição da Quarta Turma, para a qual só é possível se falar em detenção em relação aos bens públicos de uso comum.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se, neste trabalho, que o regime jurídico dos bens dominicais permite a alienação, a constituição de direitos reais, inclusive de garantia, bem como pessoais, em favor de particulares, tendo em vista a sua desafetação ou a desvinculação de uma finalidade pública.

Nesse diapasão, surgem institutos como a legitimação de posse e a legitimação fundiária, com o escopo de promover a regularização fundiária, seja em âmbito rural, no primeiro caso, como em âmbito ur-

bano, no segundo.

Afora o regime jurídico próprio a essa categoria de bens, tais institutos permitem a consagração do princípio da função social da posse e da dignidade humana, promovendo o direito à moradia e a redução de disparidades sociais, principalmente em relação à população dos núcleos urbanos informais. Trata-se, em suma, da garantia de um mínimo existencial.

No entanto, malgrado os nobres objetivos da Lei 13.465/2017, como se pode constatar, há relevantes dúvidas sobre a constitucionalidade deste texto normativo, tendo em vista a invasão de competência municipal pela União, de modo a violar o pacto federativo, bem como a possibilidade de expropriação de bens particulares sem a justa indenização e, ainda, a burla à norma constitucional que veda a usucapião de bens públicos.

No tocante às tutelas possessórias, verificou-se a problemática inerente à ocupação irregular de imóveis públicos. O cerne de tal controvérsia reside na classificação de tal ocupação como posse ou detenção, sendo que esta última impediria o manejo dos interditos possessórios.

Atualmente, constata-se que o STJ tem estabelecido um duplo regime jurídico, conforme a proteção possessória seja buscada frente ao Poder Público, ou em relação a outro particular, com o fito de reconhecer a melhor posse.

Nesse cenário, porém, o Tribunal da Cidadania tem flexibilizado a vedação à exceção de domínio, em favor do ente público, como garantia contra a sua turbacão ou esbulho.

Resta saber se tal flexibilização será reconhecida em relação aos litígios versando sobre imóveis particulares.

Por fim, resta saber se o STJ manterá uma flexibilização à tutela

privada de bens de uso comum, ou a restringirá aos bens dominicais, tendo em vista a divergência instalada entre a terceira e a quarta turma.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei. n. 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Rio de Janeiro, 20 set. 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm>. Acesso em: 16 setembro de 2019.

BRASIL. Lei n. 6.383, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, e dá outras Providências. Brasília, 07 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6383.htm>. Acesso em: 16 setembro de 2019.

BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 16 setembro de 2019.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, 10 jul. 2001. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10257-10-julho-2001-327901-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 16 setembro de 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.pla>

nalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 setembro de 2019.

BRASIL. Lei n. 11.284, de 02 de março de 2006a. Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro [...]. Brasília, 02 mar. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11284.htm>. Acesso em: 16 setembro de 2019.

BRASIL. Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009a. Dispõe sobre regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União ou do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra, altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências. Brasília, 25 jun. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11952.htm>. Acesso em: 16 setembro de 2019.

BRASIL. Lei n. 11.977, de 07 de julho de 2009b. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, [...]; e dá outras providências. Brasília, 07 jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm>. Acesso em: 16 setembro de 2019.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 setembro de 2019.

BRASIL. Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos

concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia legal [...]. Brasília, 06 set. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 16 setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 647.357/MG. Relator: Ministro Castro Filho - Terceira Turma, julgado em 19 set. 2006. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 23 out. 2006b. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/153177989/resp-647357-mg>>. Acesso em: 16 setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 894.730/RS. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Relator para Acórdão: Ministro Arnaldo Esteves Lima - Quinta Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 02 ago. 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15468055/recurso-especial-resp-894730-rs-2006-0225661-0/inteiro-teor-15468056?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1296964/DF. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão - Quarta Turma, julgado em 18 out. 2016. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 07 dez. 2016a.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 2016b. REsp 1582176/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrigli - Terceira Turma, julgado em 20 set. 2016. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 set. 2016b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1134446/MT. Relator: Ministro Benedito Gonçalves - Corte Especial, julgado em 21 mar. 2018. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 04 abr. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FARIAS, Christiano Chaves; ROSENVALD, Nelson de. Curso de Direito Civil: reais. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

PINTO, Victor Carvalho. A regularização fundiária urbana na Lei 13.465/2017. São Paulo, Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4109237/mod_resource/content/1/A%20Regulariza%C3%A7%C3%A3o%20Fundia%C3%A1ria%20Urbana%20na%20Lei%2013.465.2017%20-%20Victor%20Carvalho%20Pinto.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

DIREITO À MORADIA E SUA RELAÇÃO COM A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA ANÁLISE DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS NO BRASIL

Priscila Alves Braga Maciel de Oliveira¹⁶

Resumo: O presente trabalho busca analisar a submissão das relações patrimoniais ao novo contexto de afirmação dos direitos fundamentais, apresentando a dignidade da pessoa humana como valor supremo na construção de um Estado Democrático de Direito, desmistificando o direito de propriedade como um direito absoluto ou exclusivo do seu titular, de forma a apresentá-lo na sua atual dimensão social, podendo, inclusive, ser, eventualmente, suprimido em favor de um direito constitucional social de moradia.

Palavras-chave:: Direito Civil Constitucional; Função social da propriedade; Função social da posse; Direitos fundamentais; Direito social de moradia; Conflitos fundiários.

1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico apresentou transformação substancial com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), momento em que se inaugurou um novo contexto de afirmação dos direitos fundamentais, apresentando a dignidade da pessoa humana como valor supremo na construção de um Estado Democrático de Direito. Nesse viés, é essencial e necessária uma leitura constitucional de todo o sistema

¹⁶ Pós-graduada em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. E-mail: priscilabmo@hotmail.com.

normativo pátrio pelos operadores do direito, não sendo possível admitir uma interpretação dissociada da CF/88 sob pena de contrariar seus próprios preceitos, seja de forma direta ou indireta.

Nesse aspecto, como não poderia deixar de ser, o direito privado na sua concepção clássica, privatista e individualista perdeu espaço para a adoção de uma visão social e constitucional do direito, tendência que foi denominada pelos doutrinadores como Direito Civil Constitucional, deixando, pois, o patrimônio, considerado por si só, de ser o eixo central em matéria civilista. E é este o ponto principal do presente trabalho: desenvolver essa nova visão do direito civil no intuito de desmistificar o direito de propriedade como um direito absoluto ou exclusivo do seu titular, de forma a apresentá-lo na sua atual dimensão social, podendo, inclusive, ser, eventualmente, suprimido em favor de um direito constitucional social de moradia.

O posicionamento adotado é derivado, principalmente, da realidade fundiária das grandes cidades do Brasil, país marcado por inúmeras desigualdades sociais, não sendo, pois, surpresa a proliferação de assentamentos irregulares, invasões e ocupações coletivas.

Nesse contexto, a discussão proposta perpassa a ideia de que o direito à moradia, como direito social garantido constitucionalmente, é dimensão fundamental da existência humana, não podendo e não devendo ser ele negligenciado em razão de um direito de propriedade afastado da sua função social.

E, nessa perspectiva, forçoso afirmar que a existência de um regime patrimonial de exclusão social estaria, pois, completamente dissociado das bases em que se deve assentar um Estado Democrático de Direito cujo objetivo é a efetivação de direitos fundamentais com fundamento na dignidade da pessoa humana.

Assim, pretende-se demonstrar, por meio de uma análise doutrinária e jurisprudencial, que, na hipótese de surgimento de um direito fundamental de moradia que venha a colidir com um direito fundamental individual de propriedade, a tendência tem sido atender aos fins sociais da posse, à procura e à efetivação do bem comum, entendendo a propriedade não como uma garantia em si mesma, reconstruindo, pois, a sistemática do direito privado.

2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De forma introdutória, necessária se faz a menção a respeito da classificação dos direitos fundamentais em dimensões, no intuito de elucidar o direito à moradia como direito social constitucionalmente previsto.

Fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, os direitos fundamentais de 1ª dimensão marcaram a passagem de um Estado Autoritário para um Estado de Direito, num contexto de respeito às liberdades individuais, em uma perspectiva de abstenção estatal, conforme leciona Pedro Lenza (2015), ou seja, não exigem uma prestação do Estado, possuindo um caráter negativo. Tais direitos, cujo documento histórico marcante para sua configuração foi a Magna Carta de 1215 assinada pelo rei “João Sem Terra” na Inglaterra, representam, de uma forma geral, os direitos civis e políticos, tendo por titular o indivíduo, sendo oponíveis perante o Estado (LENZA, 2015, p. 1142).

Os direitos de 2ª dimensão, inspirados na Revolução Industrial a partir do século XIX, decorrentes das péssimas condições de trabalho, são direitos que impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado e, portanto, direitos com viés positivo, no intuito de possibilitar à população melhor qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade (ZOGHBI, 2015).

Nessa perspectiva, evidenciam-se direitos sociais, correspondendo a direitos de igualdade, no qual se insere o direito à moradia, tendo como referência a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919.

Já os direitos de 3ª dimensão retratam uma alteração da sociedade decorrente do desenvolvimento tecnológico e científico, passando o ser humano a ser inserido em uma coletividade. Apresentam-se, portanto, como direitos transindividuais, que consagram os princípios da solidariedade e da fraternidade. De forma exemplificativa, são eles: direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos; direito de comunicação e de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (LENZA, 2015).

No que tange aos direitos de 4ª dimensão, não há um consenso na doutrina. Norberto Bobbio citado por Pedro Lenza dispõe que essa dimensão decorreria dos avanços no campo da engenharia genética, enquanto que Paulo Bonavides, também citado por Lenza, afirma que esses direitos decorrem da globalização política (LENZA, 2015).

Quanto aos direitos de 5ª dimensão, seu principal representante é o direito à paz.

Por fim, há quem defenda como direito de 6ª dimensão o direito à água potável, necessário à existência humana e a outras formas de vida, o que exige tratamento prioritário das instituições sociais e estatais (ZOGHBI, 2015).

3. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO SOCIAL

Nos termos do art. 6º da CF/88, na redação dada pelas Emendas Constitucionais 26/2000 (BRASIL, 2000) e 64/2010 (BRASIL, 2010), são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a

moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Conforme explanado anteriormente, trata-se de um direito de 2ª dimensão, apresentando-se, nos ensinamentos de Pedro Lenza (2015, 1280), como

prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art.1º, IV, da CF/88).

Como direitos de *status* positivo, permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado, mediante instituição e execução de medidas públicas, com o objetivo de melhorar sua condição de vida, garantindo os pressupostos materiais para o exercício da liberdade (CARVALHO, 2009).

No que diz respeito especificadamente ao direito à moradia, este foi previsto expressamente como direito social pela Emenda Constitucional n. 26/2000 (BRASIL, 2000). Alguns doutrinadores, como José Afonso da Silva citado por Marcelo Milagres (2011) em sua obra, entendem que o direito de moradia já estava amparado na promulgação da CF/88 em razão do disposto no art. 23, IX da CF/88, segundo o qual todos os entes federativos têm competência para promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

A moradia vai além do “ter um teto para morar”, ela pressupõe um espaço de realizações, de satisfação, de conforto, de segurança. É espaço de intimidade e de livre desenvolvimento do homem, sendo verdadeira extensão da própria pessoa. Segundo Milagres (2011, p. 64), “o caráter fundamental do direito à moradia decorre da sua essencialidade, do seu valor existencial”. Trata-se, portanto, do mínimo existencial, ou seja, do núcleo de direitos imprescindíveis para uma vida com dignidade.

Sendo assim, pensar em vida digna sem moradia é insustentável, por ser a dignidade a qualidade intrínseca do ser humano que implica direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra qualquer ato de cunho degradante ou desumano, garantindo condições existenciais mínimas.

Nesse aspecto, importa salientar que a CF/88 se refere à dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e seu fundamento é valor supremo, princípio absoluto que não comporta relativização.

Assim, não se podendo desvincular o direito à moradia de uma vida com dignidade, o princípio da dignidade da pessoa humana deve respaldar a atuação dos intérpretes e aplicadores do direito frente ao surgimento do direito de moradia em contraposição a uma noção de patrimonialidade consubstanciada em uma propriedade sem finalidade social.

4. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A autonomia privada apresentou grande destaque quando surgiu o regime capitalista, numa fase em que a apropriação de bens, por parte do cidadão, era incentivada em seu grau máximo, estimulando-se o acesso à propriedade como fim último.

Essa era de geração de riqueza individual culminou, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, em um extenso desequilíbrio econômico na medida em que “a liberdade de uns poucos importa opressão de uma massa de pessoas, privadas de acesso a bens mínimos e excluídas até de sua especial dignidade” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 233-234).

A intensa desigualdade e discrepância social geradas pela sistemática aqui exposta levou a humanidade a um novo contexto de viés constitucional e social, tendo como compromisso primeiro a dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade, aos quais foram submetidas as relações patrimoniais. Nessa nova perspectiva, “o indivíduo solitário, isolado em sua atividade econômica, é convertido na pessoa solidária que convive em sociedade e encontra nas necessidades do outro um claro limite à sua liberdade de atuação” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 234).

Nos ensinamentos de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011, p. 234):

Cumpre visualizar um Direito Civil Constitucional, no qual princípios de caráter superior e vinculante criam uma nova mentalidade, erigindo como direitos fundamentais do ser humano a tutela de sua vida e de sua dignidade. Essas normas de grande generalidade e grau de abstração impõem inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas. Os limites da atividade econômica e a função social dos direitos subjetivos passam a integrar uma nova ordem pública constitucional e devem ser encarados como meios de ampla tutela aos direitos essenciais do ser humano.

Entendendo, pois, a função social como princípio inerente a todo direito subjetivo, tem-se que a ordem jurídica passa a ser ordenada para finalidades, sendo o fim do direito o bem comum. Portanto, não é por muito complexo concluir, nas palavras dos já mencionados autores, que “o ordenamento jurídico apenas concederá merecimento à persecução de um interesse individual, se este for compatível com os anseios sociais que com ele se relacionam” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 235-236).

Assim, numa perspectiva de atendimento a objetivos maiores e de maior relevância, a satisfação de um bem individual não pode ser obtida em detrimento de um sacrifício de interesses coletivos. Nesse ponto, inclui-se a análise do direito de propriedade, na medida em que, apesar dos amplos poderes conferidos ao proprietário, não podem ser eles praticados em irrestrito controle, caso contrário, dissociado da função social, serviria o direito de propriedade, em verdade, como mero instrumento de exclusão social (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Os limites internos e positivos estabelecidos pela função social na atuação do proprietário como forma de condicionamento da propriedade aos interesses coletivos e de não-proprietários, provoca, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011, p. 241):

[...] uma necessária conciliação entre poderes e deveres do proprietário, tendo em vista que a tutela da propriedade e dos poderes econômicos e jurídicos de seu titular passa a ser condicionada ao adimplemento de deveres sociais. O direito de propriedade, até então tido como um direito subjetivo na órbita patrimonial, passa a ser encarado como uma complexa situação jurídica subjetiva, na qual se inserem obrigações positivas do proprietário perante a comunidade.

[...]

É fundamental ressaltar que a tutela constitucional da propriedade, alinhavada no art. 5º, inciso XXII, é imediatamente seguida pelo inciso XXIII, disciplinando que “a propriedade atenderá a sua função social”. Esta ordem de inserção de princípios não é acidental, e sim intencional. Inexiste incompatibilidade entre a propriedade e a função social, mas uma obrigatória relação de complementariedade, como princípios de mesma hierarquia. Não se pode mais conceder proteção à propriedade pelo mero aspecto formal da titularidade em razão do registro. A visão romanística, egoística e individualizada sucumbiu em face da evolução da humanidade. A Lei Maior tutela a propriedade formalmente individual a partir do instante em que se exiba materialmente social, demonstrando merecimento e garantindo a sua perpetuidade e exclusividade. A propriedade que não for legitimada pela função social será sancionada pelo sistema por diversas formas e intensidades.

A propriedade pode ser então entendida como uma relação jurídica complexa em que se verifica dois polos contrapostos: o proprietário que titulariza o direito subjetivo de exigir dos não-proprietários um dever genérico de abstenção (art. 5º, XXII, CF/88), e a coletividade enquanto titular do direito subjetivo difuso de exigir que o proprietário conceda função social ao direito de propriedade (art. 5º, XXIII, CF/88). (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Por não existir hierarquia entre os direitos fundamentais de propriedade e sua função social, na concorrência de interesses conflitantes, a proporcionalidade será realizada no caso concreto, com ponderação

de valores sociais de forma a preservar a concretude do princípio que se mostre mais relevante e tenha maior peso no caso concreto.

É nesse ponto, complementado pela análise da função social da posse que segue adiante, que se vislumbra a possibilidade de ser suprimido o direito de propriedade quando exercido dissociado de sua função social, em favor de um direito constitucional social de moradia, de forma a privilegiar a dignidade da pessoa humana em detrimento de uma conduta ociosa, inerte, antissocial e leniente do proprietário em outorgar destinação útil àquilo que lhe pertence.

5. FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

Nessa incessante busca pela efetivação do bem comum em uma estrutura jurídica de viés constitucional e social, a função social não se dirige apenas à propriedade, sendo, em verdade, inerente a todo direito subjetivo, incluindo-se nesse ponto a posse, “como fato social, de enorme repercussão para a edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 45).

A teoria da função social da posse, apesar de não ter sido expressamente prevista no Código Civil (BRASIL, 2002), apresenta-se de forma implícita em virtude da filtragem constitucional aplicada sob todo o ordenamento jurídico, sendo objeto de estudo por diversos doutrinadores, dentre eles Marco Aurélio Bezerra de Melo citado por Flávio Tartuce (2016, p. 909), que ensina de forma elucidativa a importância do instituto:

A densidade axiológica da posse, mormente em uma sociedade que oscila entre a pobreza e a miséria e que adota como modelo tradicional para a aquisição de bens a compra e venda e o direito hereditário, a posse deve

ser respeitada pelos operadores do direito como uma situação jurídica eficaz a permitir o acesso à utilização dos bens de raiz, fato visceralmente ligado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e ao direito constitucionalmente assegurado à moradia (art. 6º da CRFB). Importa, por assim dizer, que ao lado do direito de propriedade, se reconheça a importância social e econômica do instituto.

Nesse mesmo sentido é o enunciado n. 492 da *V Jornada de Direito Civil* de 2011, dispondo que “a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela”

A relevância da posse é também ressaltada por Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2011, p. 47) nos seguintes termos:

Tutela-se a posse como direito especial, pela própria relevância do direito de possuir, em atenção à superior previsão constitucional do direito social primário à moradia (art. 6º da CF – EC nº26/01), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a conceder dignidade à pessoa humana (art. 1º, III, da CF). A oponibilidade erga omnes da posse não deriva da condição de direito real patrimonial, mas do atributo extrapatrimonial da proteção da moradia como local de resguardo da privacidade e desenvolvimento da personalidade do ser humano e da entidade familiar.

A despatrimonialização e, conseqüente, repersonalização da pos-

se introduzida pela órbita constitucional leva a uma noção de posse com importância social, de caráter imprescindível e expressão natural da necessidade humana (FARIAS; ROSENVALD, 2011). Imperioso nesse ponto destacar o papel exercido pelo possuidor na efetivação da função social da posse, cujo ensinamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald é preciso:

Na função social da posse o possuidor não é mais inserido entre os erga omnes, como mero sujeito passivo universal de um dever de abstenção, que difusamente titulariza o direito subjetivo de exigir que o proprietário cumpra as suas obrigações perante a coletividade. Aqui, o possuidor adquire individualidade e busca acesso aos bens que assegurem a si e a sua família o passaporte ao mínimo essencial. São casos em que a propriedade recebe função social, mas quem a concede não é o proprietário, porém um possuidor (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 49).

Assim, há que se destacar que a função social da posse apresenta abordagem diferenciada da função social da propriedade, em que “não apenas se sanciona a conduta ilegítima de um proprietário que não é solidário perante a coletividade, mas se estimula o direito à moradia como direito fundamental de índole existencial, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 49-50).

Ora, rara não são as vezes em que se observa conflitos entre posse e propriedade e seus princípios da função social, tornando-se evidente a colisão entre garantias fundamentais e essenciais do nosso sistema constitucional. Essa tensão será solucionada pela lei ou pelo próprio magistrado na vertente do princípio da proporcionalidade de modo a ponderar a dimensão dos interesses conflituosos na situação concreta, conforme já

anteriormente mencionado (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 48-49).

Torna-se, pois, imprescindível se reconhecer a posse como instrumento de redução de desigualdades sociais e, de certa forma, como justiça distributiva, na medida em que possibilita a efetivação do direito fundamental de moradia pertencente ao núcleo garantidor do mínimo existencial fundamentado na dignidade da pessoa humana.

6. OCUPAÇÕES COLETIVAS

Inicialmente, cumpre diferenciar invasão de ocupação. A invasão, nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2011, p. 75), “é o esbulho possessório pelo ilícito recurso à força como forma de acesso a bens jurídicos”, sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico.

Ao contrário, a ocupação “é um ato-fato de ingresso em bens abandonados pelo proprietário e, portanto, privados de qualquer função social, eis que desprovido de significado por parte de quem o titularizaria” (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 75).

Dirige-se o enfoque às ocupações que, claramente, culminam no surgimento de conflitos fundiários, representando em verdade um conflito social de direitos fundamentais, em que de um lado tem-se o direito patrimonial de propriedade e do outro o direito fundamental existencial de acesso à moradia.

Para Dyrceu Cintra Júnior, citado por Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2011, p. 43):

Quando se tem num processo o titular de um direito de propriedade expresso num papel e a realidade de uma comunidade instalada no espaço que seria objeto daquele

direito individual, o assunto tem de ser tratado de forma diferente da tradicional, com um olho na Constituição e outro voltado a uma incessante atividade hermenêutica que não descarte jamais o valor justiça.

No mesmo sentido é o entendimento dos ilustres autores já mencionados, ao afirmarem que

No conflito entre a propriedade – de caráter patrimonial e de ordem privada – e o direito de acesso à moradia e à subsistência, de caráter extrapatrimonial e de ordem pública, prevalecerá este último, caso sobejem evidente o abandono da coisa e a carência de legitimação do seu titular pela ausência de destinação social do bem, posto irrecusáveis os pressupostos assinalados no arts. 1º, III; 3º, III e IV; 5º; e 6º da lei Maior (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 75-76).

Evidente, portanto, que as ocupações coletivas apresentam relação direta com a função social como delimitadora da extensão da autonomia privada, uma vez que existem a partir do não exercício dos poderes dominiais pelo titular da propriedade concomitante ao surgimento da função social da posse por outras pessoas. Ou seja, de um lado deixa-se de realizar a função social da propriedade por quem de direito, ao mesmo em tempo em que se efetiva a função social da posse por não-proprietários.

Nesse aspecto, desmistifica-se, pois, o direito de propriedade como um direito absoluto ou exclusivo do seu titular, sendo reconheci-

da juridicamente a atribuição de peso superior ao direito de moradia em detrimento da propriedade individual carente de função social.

A questão em comento, que perpassa pelo respeito a direitos fundamentais e pela interpretação do direito civil numa vertente constitucional, já foi, por diversas vezes, reconhecida pela jurisprudência. Casos notórios, como o da favela Pulman em São Paulo, tiveram como fundamento o exercício da função social da posse sobre o bem abandonado, considerando ainda que o titular não havia adimplido com a função social da propriedade e, portanto, foi garantido o mínimo existencial em sua concretude ao reconhecer o direito social de moradia daquela coletividade de pessoas:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2005, p. 344).

Outras duas importantes e recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça caminham para o mesmo sentido: o de reconhecer o direito social de moradia decorrente de ocupações coletivas, levando em consideração as funções sociais da propriedade e da posse, mediante ponderação de valores com cerne na dignidade da pessoa humana, entendendo pela impossibilidade de desconsideração da nova realidade em proveito do titular da propriedade:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CASO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. INVASÃO DO IMÓVEL POR MILHARES DE FAMÍLIAS DE BAIXA RENDA. OMISSÃO DO ESTADO EM FORNECER FORÇA POLICIAL PARA O CUMPRIMENTO DO MANDADO JUDICIAL. APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO E OCUPAÇÃO CONSOLIDADA. AÇÃO REINTEGRATÓRIA. CONVERSÃO EM INDENIZATÓRIA. POSTERIOR EXAME COMO DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E SOCIAL SOBRE O PARTICULAR. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA E REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. JUSTO PREÇO. PARÂMETROS PARA A AVALIAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CÁLCULO DO VALOR. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Hipótese em

que a parte autora, a despeito de ter conseguido ordem judicial de reintegração de posse desde 1991, encontra-se privada de suas terras até hoje, ou seja, há mais de 2 (duas) décadas, sem que tenha sido adotada qualquer medida concreta para obstar a constante invasão do seu imóvel, seja por ausência de força policial para o cumprimento do mandado reintegratório, seja em decorrência dos inúmeros incidentes processuais ocorridos nos autos ou em face da constante ocupação coletiva ocorrida na área, por milhares de famílias de baixa renda. 3. Constatada, no caso concreto, a impossibilidade de devolução da posse à proprietária, o Juiz de primeiro grau converteu, de ofício, a ação reintegratória em indenizatória (desapropriação indireta), determinando a emenda da inicial, a fim de promover a citação do Estado e do Município para apresentar contestação e, em consequência, incluí-los no polo passivo da demanda. 4. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido da possibilidade de conversão da ação possessória em indenizatória, em respeito aos princípios da celeridade e economia processuais, a fim de assegurar ao particular a obtenção de resultado prático correspondente à restituição do bem, quando situação fática consolidada no curso da ação exigir a devida proteção jurisdicional, com fulcro nos arts. 461, § 1º, do CPC/1973. 5. A conversão operada na espécie não configura julgamento ultra petita ou extra petita, ainda que não haja pedido explícito nesse sentido, diante da impossibilidade de devolução da posse à autora, sendo descabido o ajuizamento de outra ação quando uma parte do imóvel já foi afetada ao domínio público, mediante apossamento administrativo, sendo a outra restante ocupada de forma precária por inúmeras famílias de baixa renda com a intervenção do Município e do Estado, que implantaram toda a infraestrutura básica no local, tornando-se a área bairros urbanos. 6. Não há se falar em violação ao prin-

cípio da congruência, devendo ser aplicada à espécie a teoria da substanciação, segundo a qual apenas os fatos vinculam o julgador, que poderá atribuir-lhes a qualificação jurídica que entender adequada ao acolhimento ou à rejeição do pedido, como fulcro nos brocardos *iura novit curia* e *mihi factum dabo tibi ius* e no art. 462 do CPC/1973. 7. Caso em que, ao tempo do julgamento do primeiro grau, a lide foi analisada à luz do disposto no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do CC/2002, que trata da desapropriação judicial, chamada também por alguns doutrinadores de desapropriação por posse-trabalho ou de desapropriação judicial indireta, cujo instituto autoriza o magistrado, sem intervenção prévia de outros Poderes, a declarar a perda do imóvel reivindicado pelo particular em favor de considerável número de pessoas que, na posse ininterrupta de extensa área, por mais de cinco anos, houverem realizado obras e serviços de interesse social e econômico relevante. 8. Os conceitos abertos existentes no art. 1.228 do CC/2002 propiciam ao magistrado uma margem considerável de discricionariedade ao analisar os requisitos para a aplicação do referido instituto, de modo que a inversão do julgado, no ponto, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, providência vedada no âmbito do recurso especial, em face do óbice da Súmula 7 do STJ. 9. Não se olvida a existência de julgados desta Corte de Justiça no sentido de que “inexiste desapossamento por parte do ente público ao realizar obras de infraestrutura em imóvel cuja invasão já se consolidara, pois a simples invasão de propriedade urbana por terceiros, mesmo sem ser repeliada pelo Poder Público, não constitui desapropriação indireta” (AgRg no REsp 1.367.002/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013). 10. Situação em que tal orientação não se aplica ao caso estudado, pois, diante dos fatos delineados no acórdão

recorrido, não há dúvida de que os danos causados à proprietária do imóvel decorreram de atos omissivos e comissivos da administração pública, tendo em conta que deixou de fornecer a força policial necessária para o cumprimento do mandado reintegratório, ainda na fase inicial da invasão, permanecendo omissa quanto ao surgimento de novas habitações irregulares, além de ter realizado obras de infraestrutura no local, com o objetivo de garantir a função social da propriedade, circunstâncias que ocasionaram o desenvolvimento urbano da área e a desapropriação direta de parte do bem. 11. O Município de Rio Branco, juntamente com o Estado do Acre, constituem sujeitos passivos legítimos da indenização prevista no art. 1.228, § 5º, do CC/2002, visto que os possuidores, por serem hipossuficientes, não podem arcar com o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo proprietário do imóvel (ex vi do Enunciado 308 Conselho da Justiça Federal). 12. Diante da procedência parcial da ação indenizatória contra a Fazenda Pública municipal, tem-se aplicável, além do recurso voluntário, o reexame necessário, razão pela qual não se vislumbra a alegada ofensa aos arts. 475 e 515 do CPC/1973, em face da reinclusão do Estado do Acre no polo passivo da demanda, por constituir a legitimidade ad causam matéria de ordem pública, passível de reconhecimento de ofício, diante do efeito translativo. 13. A solução da controvérsia exige que sejam levados em consideração os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da segurança jurídica, em face das situações jurídicas já consolidadas no tempo, de modo a não piorar uma situação em relação à qual se busca a pacificação social, visto que “é fato público e notório que a área sob julgamento, atualmente, corresponde a pelo menos quatro bairros dessa cidade (Rio Branco), onde vivem milhares de famílias, as quais concedem função social às terras em litígio, exercendo seu direito fundamental social à

moradia”. 14. Os critérios para a apuração do valor da justa indenização serão analisados na fase de liquidação de sentença, não tendo sido examinados pelo juízo da primeira instância, de modo que não podem ser apreciados pelo Tribunal de origem, tampouco por esta Corte Superior, sob pena de supressão de instância. 15. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, desprovidos. (BRASIL, 2018, grifos nossos).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC/1973 E 561 DO NOVO CPC. REALIDADE FÁTICA DO IMÓVEL MODIFICADA. IMÓVEL QUE SE TRANSFORMOU EM BAIRRO URBANO POPULOSO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA NOVA REALIDADE NA SOLUÇÃO DA CONTENDA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE. DIREITO À MORADIA E MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO DE VALORES. NEGATIVA DA REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO ORIGINÁRIA EM ALTERNATIVA. ART. 461-A DO CPC/1973. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. “Havendo no acórdão declaração expressa quanto aos fatos e fundamentos que embasaram suas conclusões, não há como vislumbrar-se ofensa aos arts. 458 e 535, CPC, por negar-se o colegiado, em embargos declaratórios, a explicitar as razões pelas quais preferiu apoiar-se em certas provas, em detrimento de outras. O princípio do livre convencimento motivado é um dos postulados do nosso sistema processual”. (Resp 50936/SP, DJ 19/09/94). 2.

O art. 927 do CPC/1973, reproduzido no art. 561 do novo diploma, previa competir ao autor da ação possessória de reintegração a comprovação dos seguintes requisitos: a posse; a turbação ou esbulho pela parte ré; a data da turbação ou do esbulho e a perda da posse. 3. Ainda que verificados os requisitos dispostos no item antecedente, o julgador, diante do caso concreto, não poderá se furtar da análise de todas as implicações a que estará sujeita a realidade, na subsunção insensível da norma. É que a evolução do direito não permite mais conceber a proteção do direito à propriedade e posse no interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva. 4. O Supremo Tribunal Federal orienta que, tendo em vista a impossibilidade de haver antinomia entre normas constitucionais, sem a exclusão de quaisquer dos direitos em causa, deve prevalecer, no caso concreto, o valor que se apresenta consentâneo com uma solução razoável e prudente, expandindo-se o raio de ação do direito prevalente, mantendo-se, contudo, o núcleo essencial do outro. Para esse desiderato, recomenda-se a aplicação de três máximas norteadoras da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. 5. No caso dos autos, o imóvel originalmente reivindicado, na verdade, não existe mais. O bairro hoje, no lugar do terreno antes objeto de comodato, tem vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados, levando-se à conclusão de que o cumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, com satisfação do interesse da empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas famílias que há anos construíram suas

vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, irmanada por idêntica herança cultural e histórica, razão pela qual não é adequada a ordem de reintegração. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL, 2016, grifos nossos).

7. CONCLUSÃO

O novo contexto jurídico exposto no presente trabalho tem por fundamento supremo a dignidade da pessoa humana no seu sentido mais amplo, de forma que seja garantido a todos direitos mínimos existenciais, nestes incluído o direito social de moradia, tradução primária do homem e condição indispensável a uma vida digna.

A visão do direito civil na sua vertente constitucional é o que possibilita visitar e renovar conceitos pretéritos no intuito de caminhar o direito junto às transformações e anseios da sociedade e, é, pois, nesse ponto, que o instituto da propriedade, antes de caráter absoluto e com viés individualista, cedeu lugar a uma dimensão social, ou seja, a autonomia da vontade deixa de ser irrestrita para coexistir com as pretensões da coletividade visando a satisfação do bem comum.

Num país como o Brasil, cujo desenvolvimento foi e é marcado por grandes desigualdades, a questão fundiária, por vezes, mostra-se complexa, impondo conflitos entre direitos fundamentais existenciais e patrimoniais que devem ser solucionados baseados no princípio da proporcionalidade, ponderando valores no caso concreto, a fim de propiciar um equilíbrio entre o direito de propriedade e o acesso ao mínimo existencial por um viés que se aproxime do próprio Estado Democrático de Direito. É nesse sentido que se objetivou, neste trabalho, demonstrar que o direito de propriedade não é um direito absoluto podendo, inclusive, ser, eventualmente, suprimido em favor de um direito constitucional so-

cial de moradia.

De suma importância que os princípios da função social, seja da propriedade ou da posse, sejam observados, uma vez que, se não há função social inexistente o elemento legítimo de índole constitucional a justificar a tutela do direito individual de propriedade.

Assim, corroborando com a jurisprudência pátria, chega-se à conclusão de que, na divergência entre os anseios de proprietários e possuidores, que mantêm ingerência sobre o bem, concedendo função social à posse, deve-se priorizar a interpretação que mais sentido possa conferir dignidade à pessoa humana, entendendo-se pela supremacia do direito à moradia em detrimento da noção de patrimonialidade, consubstanciada em uma propriedade antissocial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 75.659/SP. Relatório: Ministro Aldir Passarinho Júnior - Quarta Turma, julgado em 21 ju. 2005. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 15 fev. 2005. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1302736&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 30 set 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1302736/MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão - Quarta Turma, julgado em 12/04/2016. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 23 maio 2016. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=75659&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1442440/AC. Relator: Ministro GURGEL DE FARIA - PRIMEIRA TURMA, julgado em 07

dez. 2017. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 15 fev. 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549845496/recurso-especial-resp-1442440-ac-2014-0058286-4/inteiro-teor-549845507?ref=-serp>>. Acesso em: 30 set. 2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 15. ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados. V Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/561>>. Acesso em: 29 set. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Direito à moradia. São Paulo: Atlas, 2011.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 6. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

ZOGHBI, Sérgio. Dimensões dos direitos fundamentais. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <<https://sergiozoghbi.jusbrasil.com.br/artigos/499244953/dimensoes-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 29 set. 2019.

A (IM)POSSIBILIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DO PRAZO PARA USUCAPIÃO NO CURSO DA AÇÃO

Ana Beatriz Rosa Salame¹⁷

Resumo: O artigo dispõe de forma crítica acerca da possibilidade ou não do preenchimento do requisito legal temporal para configuração da prescrição aquisitiva durante o transcurso do processo para Usucapião.

Palavras-chave: usucapião, processo, prazo aquisição, posse

1. INTRODUÇÃO

A instituição do Estado Democrático de Direito, a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, instituiu garantias e direitos fundamentais, dentre eles, está previsto no rol do artigo 5º:

[...] Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

¹⁷ Pós-graduada em Direito Civil aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. E-mail: anasalame0@gmail.com

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social [...] (BRASIL, 1988, grifos nosso).

É justamente visando atender a função social da propriedade e em cumprimento ao disposto no texto constitucional supramencionado, que a figura da ação de usucapião ganha força no ordenamento jurídico brasileiro, com o escopo de dirimir conflitos sobre propriedade, posse e possuidor. Neste sentido ensina Lucas Barreto sobre a função social da propriedade:

Outro ponto importante consubstancia-se em considerar-se a função social i) como um objetivo ao direito de propriedade, ou seja, algo que lhe é exterior, ou ii) um elemento desse mesmo direito, um requisito intrínseco necessário à sua própria existência. A doutrina mais atual, à qual nos filiamos, inclina-se a aceitar que a função social da propriedade é parte integrante da propriedade: em não havendo, a propriedade deixa de ser protegida juridicamente, por fim, desaparecendo o direito (BARRETO 2005).

A prescrição aquisitiva da propriedade, através da usucapião, deverá atender requisitos legais dispostos especificamente no Código Civil de 2002, requisitos estes indispensáveis para a concretização do devido processo legal. Neste contexto, identificamos que as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) vêm admitindo a complementação do prazo da ação de usucapião durante o curso da ação.

Considerando o exposto, o presente artigo tem por objetivo analisar as implicações desta decisão no direito brasileiro. A metodologia de pesquisa deste trabalho pauta-se na revisão bibliográfica, sendo feita a análise através da leitura e crítica de livros, artigos e de legislação pertinente. Neste sentido, o artigo se dividirá em três capítulos que tratarão acerca da diferença dos institutos de posse e de propriedade, da usucapião e seu conceito, bem como as espécies existentes no Brasil e seus requisitos e, por fim, analisaremos a (im)possibilidade de complementação do prazo para da ação de usucapião no transcurso do processo.

2. POSSE E PROPRIEDADE

O Capítulo 1 do Título III do Código Civil de 2002 disciplina o direito de propriedade. Em seu artigo inaugural, o legislador discorre sobre os poderes inerentes ao proprietário, que envolvem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la do poder de quem quer que, injustamente, a possua ou detenha (BRASIL, 2002).

Para melhor compreensão do direito de propriedade, faz-se necessário delinear os elementos desta. A faculdade de usar pode ser definida como a possibilidade de utilização da coisa no que melhor aprou-ver o proprietário, extraindo todos os benefícios desta que puderem ser prestados. No que concerne à capacidade de reivindicação do bem, esta traduz-se em um direito subjetivo, no qual o sujeito poderá recuperar o bem de quem quer que o possua injustamente. A disposição do bem funda-se na alienação da coisa, seja a título oneroso ou gratuito, caso assim queira o proprietário. Quanto à faculdade de gozar, esta significa que o proprietário poderá colher os frutos provenientes da propriedade, explorando os produtos desta de forma econômica.

O direito de propriedade possui, ainda, princípios que lhe são balizadores. A propriedade é revestida de caráter *erga omnes*, podendo ser

oposta a todo e qualquer indivíduo da sociedade. Na prática, a aquisição de uma propriedade torna-se conhecida através do registro público. Neste momento, o ato torna-se público, consolidando-se o caráter *erga omnes* mencionado alhures.

A Carta Magna brasileira dispõe, em seu artigo 5º, XXIII, que a propriedade atenderá a uma função social. Nesta seara, a função social pode ser entendida tanto como um direito fundamental quanto como um princípio constitucional. O artigo supramencionado mostra-se também como uma limitação ao direito de propriedade, porque possibilita que o Estado intervenha no domínio privado, sob justificativa legal, retirando do ordenamento jurídico o caráter absoluto da propriedade e relativizando-o. Neste sentido, disciplina Rochelle Jelineck (2006, p. 13):

A propriedade compreende, em seu conteúdo e alcance, além do tradicional direito de uso, gozo e disposição por parte de seu titular (direito-garantia), a obrigatoriedade do atendimento de sua função social, cuja definição é inseparável do requisito obrigatório do uso racional da propriedade e dos recursos ambientais que lhe são integrantes. O proprietário (pessoa física ou jurídica, esta de direito público ou privado), como membro integrante da comunidade, se sujeita a obrigações crescentes que, ultrapassando os limites do direito de vizinhança, no âmbito do direito privado, abrange o campo dos direitos da coletividade, visando ao bem-estar geral, no âmbito do direito público. A expressão função social passa por uma ideia operacional, impondo ao proprietário não somente condutas negativas (abstenção, como não causar contaminação do solo), mas também positivas (obrigações de fazer, como de parcelar gleba de sua propriedade).

Dispõe ainda Flávio Tartuce acerca das características do direito de propriedade:

A propriedade, como direito real por excelência, tem características muito próximas dos direitos reais, analisadas no Capítulo 1 do presente trabalho. Diante dessa proximidade, pode-se afirmar que são caracteres da propriedade, a constituir a sua natureza jurídica, pelo que consta do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal:

a) Direito absoluto, em regra, mas que deve ser relativizado em algumas situações – Restou bem claro que a propriedade é o mais completo dos direitos reais. Diante do seu caráter erga omnes, ou seja, contra todos, é comum afirmar que a propriedade é um direito absoluto. Também no sentido de certo absolutismo, o proprietário pode desfrutar do bem como bem entender. Todavia, como se expôs, existem claras limitações dispostas no interesse do coletivo, caso da função social e socioambiental da propriedade (art. 1.228, § 1.o, do CC/2002). Além disso, não se pode esquecer a comum coexistência de um direito de propriedade frente aos outros direitos da mesma espécie, nos termos do art. 1.231 do CC/2002, segundo o qual se admite a prova em contrário da propriedade de determinada pessoa. Ora, o direito de propriedade até tem natureza absoluta se comparado com os direitos pessoais de caráter patrimonial. Entretanto, a propriedade deve ser relativizada se encontrar pela frente um direito da personalidade ou um direito fundamental protegido pelo Texto Maior. Por tudo isso, é forçoso deduzir que se

trata de um direito absoluto, regra geral, mas que pode e deve ser relativizado em muitas situações.

b) **Direito exclusivo** – Determinada coisa não pode pertencer a mais de uma pessoa, salvo os casos de condomínio ou copropriedade, hipótese que também não retira o seu caráter de exclusividade (DINIZ, Maria Helena. Curso..., 2006, v. 4, p. 116).

Isso justifica a presente característica, a ser retirada do art. 1.231 do CC/2002, segundo a qual a propriedade presume-se plena e exclusiva, salvo prova ou previsão em contrário (presunção relativa ou *iuris tantum*). É correto afirmar, assim, que apesar de ser um direito exclusivo, a propriedade envolve interesses indiretos de outras pessoas, e até de toda a sociedade, que almejam o atendimento à sua função social. **Direito perpétuo** – O direito de propriedade permanece independentemente do seu exercício, enquanto não houver causa modificativa ou extintiva, sejam elas de origem legal ou convencional. A propriedade, por tal característica, pode ser comparada a um motor em constante funcionamento, que não para, em regra (moto contínuo), a não ser que surja um fato novo que interrompa o seu funcionamento. A propriedade, regra geral, não pode ser extinta pelo não uso, a não ser nos casos de usucapião, como se estudará oportunamente.

c) **Direito elástico** – Característica que é atribuída, na doutrina nacional, a Orlando Gomes, a propriedade pode ser distendida ou contraída quanto ao seu exercício, conforme

sejam adicionados ou retirados os atributos que são destacáveis (GOMES, Orlando. *Direitos reais...*, 2004, p. 110). Na propriedade plena, o direito se encontra no grau máximo de elasticidade, havendo uma redução nos direitos reais de gozo ou fruição e nos direitos reais de garantia.

d) **Direito complexo** – Por tudo o que aqui está sendo exposto, a propriedade é um direito por demais complexo, particularmente pela relação com os quatro atributos constante do caput do art. 1.228 do CC/2002.

e) **Direito fundamental** – Por fim, não se pode esquecer que a propriedade é um direito fundamental, pelo que consta do art. 5.o, incs. XXII e XXIII, da Constituição Federal. Esse caráter faz com que a proteção do direito de propriedade e a correspondente função social sejam aplicados de forma imediata nas relações entre particulares, pelo que consta do art. 5.o, § 1.o, do Texto Maior (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Em reforço, o direito de propriedade pode ser ponderado frente a outros direitos tidos como fundamentais, caso da dignidade humana (art. 1.o, inc. III, da CF/1988), particularmente naqueles casos de difícil solução – técnica de ponderação, desenvolvida, entre outros, por Robert Alexy (TARTUCE, 2014).

Atinente a propriedade, compreende ressaltar o importante instituto da posse, a qual se desdobra em indireta e direta, conforme assevera o Código Civil de 2002:

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto (BRASIL, 2002).

A posse direta revela-se presente quando o sujeito detém materialmente a coisa, em uma relação possessória vertical, não se excluindo desta a posse indireta, que será analisada *a posteriori*, posto que ambas podem coexistir. Na prática, essa relação pode ser facilmente ilustrada pelas figuras do locador e do locatário, oriundas de um negócio jurídico denominado contrato de locação, regulamentado pelo Código Civil de 2002, bem como pela Lei n. 8.245/91, conhecida como Lei de Locações (BRASIL, 1991).

Cumprе resvalar que a posse direta possui como característica a temporaneidade, sendo exercida em determinado prazo, como nos casos de locação. Já a posse indireta, da qual deriva a posse direta, está configurada quando o proprietário transfere seu direito de possuidor a outrem, ou seja, ao possuidor direto.

Friedreich Karl Von Savigny foi um jurista que se dedicou ao estudo da posse, publicando em 1833 a obra intitulada *Tratado da posse*, externando quais seriam os conceitos e os elementos de uma posse. Na interpretação de Savigny, para que esta posse venha a existir, faz-se necessária a presença de dois elementos: o *corpus* que consiste da detenção física da coisa pelo possuidor, caracterizando-se assim como

elemento objetivo da posse; o *animus*, então, seria o elemento subjetivo da posse, no qual o sujeito exerce seu poder sobre a coisa, defendendo-a de terceiros e exercendo o direito como se titular fosse. Podemos afirmar, ainda, que está presente nesta teoria a intenção do indivíduo de ter o bem como se seu fosse. A existência dos dois elementos citados acima é indispensável para que esteja configurada a posse

Em contraponto à teoria subjetiva de Savigny, o doutrinador Rudolf Von Inhering diverge dos elementos caracterizadores da posse, formulando a denominada Teoria Objetiva, a qual desconsidera o elemento subjetivo introduzido por Savigny, limitando a posse ao elemento objetivo, qual seja, o *corpus* (INHERING). Neste diapasão, disciplina Carlos Roberto Gonçalves (2014) acerca do *corpus*:

Para Ihering, portanto, basta o *corpus* para a caracterização da posse. Tal expressão, porém, não significa contato físico com a coisa, mas, sim, conduta de dono. Ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica. Tem posse quem se comporta como dono, e nesse comportamento já está incluído o *animus*. O elemento psíquico não se situa na intenção de dono, mas tão somente na vontade de agir como habitualmente o faz o proprietário (*afectio tenendi*), independentemente de querer ser dono (*animus domini*).

A conduta de dono pode ser analisada objetivamente, sem a necessidade de pesquisar-se a intenção do agente. A posse, então, é a exteriorização da propriedade, a visibilidade do domínio, o uso econômico da coisa. Ela é

protegida, em resumo, porque representa a forma como o domínio se manifesta.

Assim, “o lavrador que deixa sua colheita no campo não a tem fisicamente; entretanto, a conserva em sua posse, pois que age, em relação ao produto colhido, como o proprietário ordinariamente o faz. Mas, se deixa no mesmo local uma joia, evidentemente não mais conservar a posse sobre ela, pois não é assim que o proprietário age em relação a um bem dessa natureza” (GONÇALVES, 2014).

Expostas as teorias de forma pormenorizada, destaca-se que o Código Civil de 2002 adotou a teoria objetiva apresentada por Inhering, acerca de qual seria o elemento da posse, conforme se depreende da leitura do artigo 1.196 do referido diploma legal. Concernentes às teorias possessórias, cumpre destacar que a posse divide-se em posse de boa-fé e má-fé, prevista no artigo 1.201 e seguintes do Código Civil:

Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

Parágrafo único. O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção (BRASIL, 2002).

A posse com justo título pode ser compreendida como um título apto a transferir a propriedade e outros direitos reais, como no caso da ação de usucapião. Lado outro, a posse a título injusto que, em tese, impede a aquisição da posse, conforme preconiza o artigo 1.208 do Código Civil: “Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade” (BRASIL, 2002).

A partir da leitura do dispositivo do diploma legal supramencionado, tem-se que a posse clandestina, adquirida mediante formas escusas, a posse violenta, consolidada mediante coação física ou moral, a posse precária, que pode iniciar-se de forma justa, como nos casos em que, celebrado um contrato de locação e exaurido o tempo deste negócio jurídico, o possuidor recusa-se a devolver o bem ao proprietário, convertendo-se a posse em precária, tornando o título injusto, são causas impeditivas a posse, que só será adquirida após cessada a clandestinidade, a precariedade e a violência.

Diante de tais elementos possessórios, o presente trabalho abordará de forma específica a posse *ad usucapionem*, sendo necessária a exposição de seus conceitos e particularidades, já que se mostra como único instrumento pelo qual se adquire a propriedade, ainda que ausentes os elementos de boa-fé e justo título, através da comprovação dos requisitos legais, embasando-se no cumprimento da função social da propriedade, presente no texto constitucional.

3. USUCAPIÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, anterior ao advento do Código Civil de 2002, não considerava a possibilidade da existência da ação de usucapião sem que estivesse presente o elemento da boa-fé. Atualmen-

te, no digesto vigente, o legislador ampliou o rol de possibilidades da usucapião, ao prever a chamada usucapião extraordinária, regulamentada pelo artigo 1.238. João José Ramos Shaefer, em seu artigo nomeado “Usucapião: conceito, requisitos e espécies”, delineia, de forma geral, o procedimento judicial que regula a usucapião, expondo de forma prática o rito do processo, conforme a citação abaixo:

Para obter a respectiva sentença declaratória da propriedade pelo usucapião, deve o autor, por intermédio de advogado, promover ação própria, no juízo competente, expondo os fundamentos do pedido; juntando planta do imóvel (deve ser apresentada a ART e o memorial descritivo elaborado pelo agrimensor ou engenheiro que confeccionou a planta); pedindo a citação da pessoa em cujo nome estiver o imóvel registrado (ou juntando certidão de que não há registro anterior) e requerendo, ainda, a citação dos confrontantes e, por edital, dos interessados incertos ou eventuais interessados. O pedido deve ser feito com outorga uxória, se casado o requerente (STJ, REsp n. 60.592-0). Serão intimados os representantes das Fazendas Federal, Estadual e Municipal. O representante do Ministério Público intervém no processo, obrigatoriamente. Havendo contestação, adota-se o rito ordinário, cumprindo ao autor, por testemunhas, perícias e demais meios, provar a sua posse. Não havendo contestação o juiz profere a sentença. (SHAEFER, 2004).

O conceito da ação de usucapião pode ser compreendido como um modo de aquisição originária da propriedade seja de bens móveis ou imóveis, consolidando-se através da prescrição aquisitiva, vincula-

da aos requisitos dispostos em lei que serão posteriormente abordados. Neste sentido, cumpre destacar o posicionamento do STJ acerca do tema estudado:

A aquisição por usucapião é aquisição originária; Com relação ao usucapiente, importa a posse pelo prazo de vinte anos, pacífica e ininterrupta, com ânimo de dono. Nenhuma relação ou sucessão existe entre o pendente do direito de propriedade e o que a adquire pelo usucapião. Com o usucapião, simplesmente extingue-se o domínio do anterior proprietário, bem como os direitos reais que tiver ele constituído, e sem embargo de quaisquer limitações a seu dispor. Prazo de vinte anos consumado no interregno entre a data em que o fiduciário mais jovem completou os dezesseis anos, e a data da propositura da ação reivindicatória (BRASIL).

Preleciona Flávio Tartuce:

Conforme restou evidenciado, a posse *ad usucapionem* ou usucapível é uma posse especial, que apresenta as seguintes características principais: a) Posse com intenção de dono (*animus domini*) – Como exaustivamente demonstrado, a posse *ad usucapionem* deve ter como conteúdo a intenção psíquica do usucapiente de se transformar em dono da coisa. Entra em cena o conceito de posse de SAVIGNY, que tem como conteúdo o *corpus* (domínio fático) e o *animus domini* (intenção de dono). Essa intenção de dono não está presente, pelo menos em regra, em casos envolvendo vigência de contratos, como

nas hipóteses de locação, comodato e depósito. Ilustrando e concluindo pela não caracterização da intenção de dono, destaca-se o seguinte julgado: “Ação reivindicatória – Alegação defensiva de usucapião – Testemunhas contraditadas a que se deu a valoração adequada – Comodato caracterizado – Legatário que sempre residiu no local, até sua morte – Cessão graciosa de um imóvel nos fundos da casa em que residia – Ausência do ‘animus domini’ pelo ocupante da edícula – Indenização devida a partir do trânsito em julgado – Razoabilidade jurídica – Recurso parcialmente provido” (TJSP – Apelação com Revisão 135.688-4 – São Paulo – 8.^a Câmara de Direito Privado – Rel. Nivaldo Balzano – 17.03.2003 – v.u.). b) Posse mansa e pacífica – É a posse exercida sem qualquer manifestação em contrário de quem tenha legítimo interesse, ou seja, sem a oposição do proprietário do bem. Se em algum momento houver contestação dessa posse pelo proprietário, desaparece o requisito da mansidão e, assim, a posse *ad usucapionem*. c) Posse contínua e duradoura, em regra, e com determinado lapso temporal – A posse somente possibilita a usucapião se for sem intervalos, ou seja, se não houver interrupção. Contudo, como exceção a ser estudada, o art. 1.243 do CC/2002 admite a soma de posses sucessivas ou *accessio possessionis*. Quanto à duração, há prazos estabelecidos em lei, de acordo com a correspondente modalidade de usucapião. Cumpre destacar a aprovação de interessante enunciado na V Jornada de Direito Civil, estabelecendo que “O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor” (Enunciado n. 497). d) Posse justa – A posse usucapível deve se apresentar sem os ví-

cios objetivos, ou seja, sem a violência, a clandestinidade ou a precariedade. Se a situação fática for adquirida por meio de atos violentos ou clandestinos, não induzirá posse para os fins de usucapião, enquanto não cessar a violência ou a clandestinidade (art. 1.208, 2.^a parte, do CC). Se for adquirida a título precário a posse injusta jamais se convalidará, segundo o entendimento majoritário outrora exposto. e) Posse de boa-fé e com justo título, em regra – Para a usucapião ordinária, seja de bem imóvel ou móvel, a lei exige a boa-fé e o justo título (arts. 1.242 e 1.260 do CC). Para outras modalidades de usucapião, tais requisitos são até dispensáveis, como se verá mais adiante, havendo uma presunção absoluta ou *iure et de iure* de sua presença (TARTUCE, 2014).

Dentre as modalidades de usucapião, há, no direito brasileiro, a usucapião extraordinária, ordinária, familiar, especial urbana, especial rural coletiva e indígena. No presente artigo, abordaremos de forma mais profunda as denominadas ações de usucapião extraordinário e ordinário.

A usucapião extraordinária, conforme exposto alhures, está prevista no artigo 1.238 do Código Civil de 2002, conforme transcrição abaixo:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por

sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (BRASIL, 2002).

A usucapião extraordinária subdivide-se ainda em comum, em que deverá ser preenchido o requisito temporal, qual seja, a posse ininterrupta, sem oposição, pelo prazo de 15 anos, presumindo-se a boa-fé do usucapiente, em divergência ao disposto no Código Civil de 1916 que fora revogado. Esta presunção de boa-fé é a chamada *juris et de jure*, ou seja, não permitindo a admissão de prova em contrário.

Na usucapião extraordinária especial, regulamentada pelo parágrafo único do artigo acima mencionado, verifica-se que o legislador, em consonância com o texto constitucional, proporcionou o caráter social do instituto, ao estabelecer a redução de prazo nos casos em que o indivíduo estiver estabelecido no local a sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, em consonância com o princípio e garantia fundamental, que é o atendimento à função social da propriedade. Frisa-se que a posse também deverá ser exercida de forma ininterrupta, sem oposição, no entanto, com a particularidade do lapso temporal de 10 (dez) anos, para que o direito esteja configurado.

A usucapião ordinária possui sustentáculo no Artigo 1.242 do Código Civil de 2002:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (BRASIL, 2002).

Nesta modalidade, também há subdivisão em usucapião ordinária comum, em que o requisito temporal está preenchido mediante a posse ininterrupta pelo prazo de 10 (dez) anos. No entanto, diferentemente da usucapião extraordinária, aqui há a condição da presença do elemento da boa-fé. Neste sentido:

Apelação Cível AC 10407130006189001 MG (TJ-MG)
Jurisprudência•27/08/2014•Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - USUCAPIÃO ORDINÁRIA - REQUISITOS - ANIMUS DOMINI - JUSTO TÍTULO - BOA FÉ - A usucapião é uma das formas originárias de aquisição da propriedade imóvel pela qual o interessado poderá adquirir o domínio do bem quando cumpridos os requisitos legais estabelecidos pelo Código

Civil Brasileiro. - Nos termos do artigo 551 do Código Civil de 1916, aplicável ao caso, adquire o domínio do imóvel aquele que, por dez anos o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa fé (MINAS GERAIS, 2014).

Neste caso, o usucapiente acredita possuir justo título, no entanto, se este for por um vício de vontade ou ainda alguma irregularidade formal, deixa de possuir eficácia no ordenamento jurídico. Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal, citados por Helio Gehring Júnior:

Conforme ensinamento de Cristiano Chaves de Farias & Nelson Rosendal, a boa-fé está ligada ao estado subjetivo de ignorância do usucapiente. Com isso, a boa-fé torna necessária a convicção que o possuidor tem de que o bem usucapiendo é seu. Com isso, percebe-se que a boa-fé está acima do animus domini, pois o que prevalece é a intenção do possuidor de ser dono da coisa através da boa-fé, por mais que ele não tenha a propriedade da coisa. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal³³, a boa-fé é tida como opinio domini, uma vez que o possuidor se identifica como dono da coisa. Somente a pessoa com justo título poderá se beneficiar da boa-fé na usucapião ordinária. Não tendo o justo título, deverá o usucapiente socorrer-se da usucapião extraordinária (CHAVES; ROSENVALD).

No que concerne à usucapião ordinária especial, esta deverá preencher os mesmos requisitos da comum, no entanto, reduzir-se-á a metade o prazo (cinco anos) se o imóvel for adquirido de forma onerosa, devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóvel, sendo a *posteriori* cancelado, tendo o indivíduo estabelecido no local a sua moradia ou tendo realizado qualquer investimento, seja de caráter social ou econômico. Delimitadas as noções básicas acerca de ambas as modalidades de usucapião, extraordinária e ordinária, imprescindível destacar que o preenchimento do lapso temporal configura-se como um requisito formal, conforme amplamente demonstrado.

4. COMPLEMENTAÇÃO DO PRAZO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO NO TRANSCURSO DO PROCESSO

O Superior Tribunal de Justiça em recentes julgados vem se posicionando no sentido de permitir a complementação do prazo da ação de usucapião no transcurso da ação, conforme pode ser visto na ementa abaixo:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. PRAZO. IMPLEMENTAÇÃO. CURSO DA DEMANDA. POSSIBILIDADE. FATO SUPERVENIENTE. ART. 462 DO CPC/1973.

CONTESTAÇÃO. INTERRUÇÃO DA POSSE. INEXISTÊNCIA. ASSISTENTE SIMPLES.

ART. 50 DO CPC/1973.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n°s 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível o reconhecimento da usucapião de bem imóvel na hipótese em que o requisito temporal (prazo para usucapir) previsto em lei é implementado no curso da demanda.

3. A decisão deve refletir o estado de fato e de direito no momento de julgar a demanda, desde que guarde pertinência com a causa de pedir e com o pedido. Precedentes.

4. O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, em conformidade com o disposto no art. 462 do CPC/1973 (correspondente ao art. 493 do CPC/2015).

5. A contestação não tem a capacidade de exprimir a resistência do demandado à posse exercida pelo autor, mas apenas a sua discordância com a aquisição do imóvel pela usucapião.

6. A interrupção do prazo da prescrição aquisitiva somente poderia ocorrer na hipótese em que o proprietário do imóvel usucapiendo conseguisse reaver a posse para si. Precedentes.

7. Na hipótese, havendo o transcurso do lapso vintenário na data da prolação da sentença e sendo reconhecido pelo tribunal de origem que estão presentes todos os demais requisitos da usucapião, deve ser julgado procedente o pedido autoral.

8. O assistente simples recebe o processo no estado em que se encontra, não podendo requerer a produção de provas e a reabertura da fase instrutória nesta via recursal (art. 50 do CPC/1973). Precedente.

9. Recurso especial provido.

Neste sentido, também tem se posicionado o Enunciado 497 da V Jornada de Direito Civil que dispõe que o prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012).

A partir da análise do caso concreto objeto do recurso colacionado, um dos fundamentos utilizados para justificar a permissão do transcurso que é objeto de análise sustenta-se nos princípios da celeridade processual, introduzidos pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que ampliou o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, inciso LXXVIII, que dispõe: “[...] a todos, no

âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1998).

O legislador pátrio buscou, através da Emenda Constitucional n. 45/2004, mecanismos de combate a morosidade, implementando ao texto constitucional o princípio da efetividade jurisdicional e da razoável duração do processo.

O Estado, ao proibir a autotutela, avoca para si a responsabilidade de realizar a prestação jurisdicional e proteger os jurisdicionados de lesão ou ameaça em seu direito. Para tanto, a efetividade da jurisdição é o mecanismo que visa garantir ao litigante que este receba a prestação adequada, apta a produzir efeitos no mundo fático. Neste contexto, Cândido Rangel Dinamarco dispõe que

O inc. XXXV do art. 5º da Constituição, antes interpretado como portador somente da garantia da ação, tem o significado político de pôr sob controle os órgãos da jurisdição todas as crises jurídicas capazes e gerar estados de insatisfações às pessoas [...] o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo. O inc. XXXV do art. 5º da Constituição, antes interpretado como portador somente da garantia da ação, tem o significado político de pôr sob controle os órgãos da jurisdição todas as crises jurídicas capazes e gerar estados de insatisfações às pessoas [...] o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam

processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo (DINAMARCO, 2009, p.117).

O princípio da razoável duração do processo descrito no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Cidadã, foi consagrado, visando tornar a prestação jurisdicional mais célere e, por conseguinte, revestindo-a de efetividade. Neste diapasão, insere-se ainda o princípio da economia processual, visceralmente ligado ao princípio da efetividade processual, que também foi utilizado como fundamento de decisão do Superior Tribunal de Justiça. Esse princípio tem por escopo evitar que sejam praticados atos desnecessários e, por consequência, revestindo de eficácia a prestação jurisdicional.

No mesmo sentido da decisão proferida pelo STJ, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul também tem entendido pela possibilidade de complementação do prazo para ação de usucapião durante o curso da ação:

TJ- MS – Apelação APL 08302545620138120001 MS
0830254-56.2013.8.12.0001 (TJ-MS) Data de publicação: 18/06/2019

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – POSSE DO ANTECESSOR – SEM CONTINUIDADE- ACRÉSCIMO INADMISSÍVEL – POSSE INDIRETA - TEMPO INSSUFICIENTE PARA USUCAPIÃO ORDINÁRIA – AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Nos

termos do artigo 1.243 do Código Civil é condição para que a posse da autora seja somada a de seu antecessor para fins de usucapião que não tenha ocorrido solução de continuidade, o que se verifica, não sendo possível a soma. 2. A autora logrou êxito em comprovar a posse do imóvel, mesmo que de forma indireta quando alugado a terceiros, desde 2009. 3. Mesmo admitindo a contagem do tempo de posse no curso da lide a autora não completou o prazo necessário de quinze anos para prescrição aquisitiva e não preenche os requisitos necessários para usucapião em menor tempo. (MATO GROSSO DO SUL, 2019, grifos nossos)

O ponto basilar da discussão cinge-se na ausência do preenchimento do requisito temporal, quando da propositura da ação e, consequentemente, da inexistência de condições suficientes para a sua propositura. Ademais, a permissão de complementação do prazo da usucapião importa na configuração de uma insegurança jurídica, visto que a parte autora poderá valer-se da morosidade da atividade jurisdicional e, imbuída de má-fé, ajuizar a ação de usucapião, confiando no fato de que o lapso temporal será preenchido no transcurso do processo.

Em contraponto aos julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, entendeu:

ACÇÃO DE USUCAPIÃO – AUSÊNCIA DE REQUISITOS – UNIÃO DE POSSES – IMPOSSIBILIDADE

Compete ao autor, na ação de usucapião extraordinária, preencher os requisitos legais previstos no art. 1.238 do Código Civil, anteriormente previstos no art. 550 do CC de 1916, sendo certo que a ausência de qualquer deles acarretará a improcedência do pedido.

O tempo em que o alienante era proprietário do imóvel, não pode se somar ao de quem lhe adquiriu a posse, para efeito de usucapião, visto que deixaria de ser soma de posses e passaria a ser soma de propriedade e posse, o que fere o art. 1.243 do CC.

Apelação Cível nº 1.0301.02.007510-9/001 – Comarca de Igarapé – Apelantes: Valdir José de Oliveira, Elzira Silva Theobaldo de Oliveira, Sebastião José de Oliveira – Apelados: Antônio de Souza e outros repdos. p/c. espec Antônio Luiz Pigozzo, Lea de Oliveira Souza – Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes (MINAS GERAIS, 2013).

Deste modo, tem-se que a ausência do requisito temporal ensejaria, ao menos em tese, a improcedência do pedido. Neste caso, a autorização da complementação deste prazo durante o curso a ação importaria em uma sobreposição dos princípios da celeridade e economia processual, em detrimento dos princípios da segurança jurídica e do respeito ao devido processo legal, indo de encontro dos requisitos processuais formais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pautou-se na análise da possibilidade/impossibilidade da complementação do prazo (requisito formal) da ação de usucapião durante o transcurso da ação, mostrando que a superação de um dos principais requisitos que autorizam a decretação da prescrição aquisitiva é incoerente com o ordenamento jurídico brasileiro.

Esta incoerência mostra-se cristalina, pois a decisão proferida pelas Cortes brasileiras, neste sentido, acaba por considerar um princípio ou garantia constitucional superior aos demais, causando, desta forma, a restrição do espaço dialético processual, em que, muitas vezes, o princípio da economia e da celeridade e/ou da duração razoável do processo se sobrepõe às garantias processuais de um espaço isonômico em que seja possível a demonstração e a discussão de todos os argumentos plausíveis tanto de matéria processual quanto de mérito, dentro de modelo processual constitucional.

Consequentemente, pode-se afirmar que a insegurança jurídica é o resultado de um problema estrutural do ordenamento jurídico pátrio, expondo o indivíduo, que também possui o seu direito de propriedade protegido pela Constituição Cidadã, a um processo que é pautado no direito material em que há uma restrição do instrumentalismo processual.

Em virtude dos argumentos apresentados, conclui-se pela impossibilidade da complementação do prazo da ação de usucapião durante o transcurso do processo, pois, conforme analisado, o não atendimento dos requisitos previstos na legislação pátria infringe os princípios balizadores do devido processo legal, pondo em risco a frágil e nova democracia brasileira, ao sobrepor os princípios constitucionais ao texto normativo.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Função social da propriedade: análise histórica. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 778, 20 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7164>>. Acesso em: 20 set 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Lei 8.245, 18 de outubro 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Processo Civil. Volume I. Malheiros. São Paulo. 2009. P 117.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado n. 497 do CJF/STJ. V Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosa do de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2012. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/561>>. Acesso em: 27 et. 2019.

GEHRING JÚNIOR, Helio. Justo título na usucapião ordinária: direito das coisas. 2019. Acesso em: 26 set. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74785/justo-titulo-na-usucapiao-ordinaria>>

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil 2 Contratos em Espécie: direito das coisas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 334 p.

JELINEK, Rochelle. O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do código civil. Porto Alegre, 2006, Porto Alegre, p. 13. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/media/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2019.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. Ementa n. 08302545620138120001. Relator: Desembargador Sideni Soncicni Pimentel, Quarta Câmara Cível, julgado em 13 jun. 2019. Jusbrasil, Campo Grande, 11 jun. 2019. Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/722869951/apelacao-apl-8302545620138120001-ms-0830254-5620138120001?ref=serp>>. Acesso em: 24 set. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível AC 0006189-46.2013.8.13.0407 MG. Relator: Alexandre Santiago, 11ª Câmara Cível, julgado em 21 ago. 2014. Jusbrasil, 27 ago. 2014. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/136096285/apelacao-civel-ac-10407130006189001-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 set. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0301.02.007510-9/001. Relator: Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes, 18ª Câmara Cível, julgado em 22 maio de 2012, Belo Horizonte, 11 jan. 2013. Disponível em: <<http://iregistradores.org.br/tjmg-acao-de-usucapiao-ausencia-de-requisitos-uniao-de-posses-impossibilidade/>>. Acesso em: 22 set. 2019.

SCHAEFER, João José Ramos. Usucapião: Conceito, requisitos e espécies. Revista Catarinense, Florianópolis, v. 105, n. 104, p.93-94, 01 out. 2004. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79135948.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2019.

STJ. RECURSO ESPECIAL : REsp 207.167 RJ 2004/0111329-9. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. DJ: 03/11/2009. JusBra-

sil, 2009. Disponível em: Acesso em: 20 set.2019.REsp 207.167/RJ – 4ª T. STJ –j. 21-06-2001. rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 03-09-2001

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Coisas. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. 111 p.

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA PARA PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE DE COISA FUTURA

*Talita Fonseca Olvino da Costa*¹⁸

Resumo: O presente artigo trata do instituto de incorporação imobiliária, partindo do contexto de surgimento dessa atividade no Brasil, passando pela evolução legislativa a respeito do tema, com enfoque nas normas protetivas dos adquirentes, instituídas, primeiramente, pela Lei 4.591/64, com incremento pela Lei 10.931/2004.

Palavras chaves: Incorporação imobiliária. Evolução legislativa. Normas protetivas.

1. INTRODUÇÃO

A partir de pesquisa bibliográfica e do método jurídico dedutivo, pretende-se, pela via do presente artigo, contextualizar o surgimento da incorporação imobiliária no Brasil enquanto modelo de negócio informal que, em dado momento, em razão da expansão dessa atividade e, principalmente, do risco a que se submete o adquirente, reclamou disciplinamento legal.

Com enfoque nas normas protetivas dos adquirentes, intenta-se demonstrar a evolução legislativa do tema, a partir de leis que margeavam, mas não regulavam a matéria, até o advento da Lei 4.591/64, de caráter específico e abrangente, incrementada, posteriormente, pela Lei 10.931/2004.

¹⁸ Advogada, pós-graduanda em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

2. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A GÊNESE DO TRATAMENTO LEGISLATIVO DO TEMA

No início do século XX, impulsionado pelo processo de industrialização somado à mecanização rural e à concentração fundiária, o Brasil experimentou grande migração da população rural para a área urbana. Esse aumento demográfico nas cidades implicou a valorização dos terrenos e, por conseguinte, a necessidade de máximo aproveitamento do espaço, o que refletiu na multiplicação de construções verticais que, dentro de um único terreno, pudessem abrigar, em unidades autônomas, várias famílias.

A despeito de qualquer regramento legal acerca de condomínio ou incorporação imobiliária, a construção de moradias múltiplas passou a constituir modelo de negócio em que diversas pessoas, com vistas a aquisição de futura unidade privativa, associavam-se a um organizador, pagando-lhe determinado valor ao longo da construção que poderia ser realizada por outrem em terreno que poderia ser de terceira pessoa.

Na ausência de norma regulamentadora dessas relações jurídicas, não raro, ocorriam alterações imprevistas das condições inicialmente pactuadas, ou, mais gravemente, o abandono das construções pelo responsável pela obra, deixando em total desamparo jurídico os pretensos adquirentes.

À época, no que dizia respeito aos condomínios prediais, o regramento legal brasileiro se limitava ao artigo 946, da Consolidação das Leis Civis Brasileiras, datada de 1.858, que, ratificando os termos das Ordenações Filipinas, previu que “Se uma casa fôr de dois donos, pertencendo a um as lojas e ao outro o sobrado, não pôde o dono do sobrado fazer janella, ou outra obra, sobre o portal das lojas” (BRASIL, 1858).

Obviamente, dada à proporção significativa que as cidades e vilas brasileiras foram tomando, multiplicaram-se as celeumas decorrentes da primariedade dessas organizações, reclamando a edição de uma legislação moderna e abrangente, apta a tratar dos problemas oriundos da crescente concentração de pessoas em prédios e comunidades. Não obstante, o advento do Código Civil de 1.916 não trouxe regramento suficiente aos condomínios edilícios, restando, ademais silente, quanto à incorporação imobiliária.

Com efeito, muito embora se tratasse do primeiro compêndio legal brasileiro, importante para a inauguração de uma nova sistemática jurídica dissociada da legislação portuguesa, o Código de autoria de Clóvis Bevilacqua, além de revogar o único dispositivo pertinente ao tema, absteve-se de dispor de regras pertinentes à incorporação enquanto negócio jurídico *sui generis*.

Especificamente quanto ao instituto do condomínio, o então novel diploma limitou-se a regular o condomínio *pro indiviso*, prevendo, a partir do Artigo 623, regramento pertinente à propriedade em comum, passando ao largo do disciplinamento do condomínio de plano horizontal (BRASIL, 1916). Remanesceu, neste sentido, a importante lacuna, quanto às normas específicas à incorporação e Ao condomínio edilício, a qual somente começou a ser preenchida quase 12 anos após o início de vigência do Código Civil de 1.916.

Ainda que de forma incipiente, o Decreto nº 5.481/28, modificado posteriormente pelo Decreto-Lei nº 5.234/43 e pela Lei 285/48, inaugurou o regramento acerca do condomínio edilício no Brasil, ao dispor sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares, no todo ou em parte, destinados a escritório ou à residência particular, constituindo cada unidade uma propriedade autônoma, a ser assinalado por designação numérica averbada no Registro de Imóveis, para fins de identidade e discriminação (BRASIL, 1928).

O referido decreto instituiu a área de uso comum como coisa inalienável e indivisível de domínio de todos os proprietários, permitindo, por outro lado, que as unidades privativas fossem dadas separadamente em hipoteca, anticrese, arrendamento ou locação. Percebe-se que, no tocante à área comum, o Decreto visava impedir que o interesse individual se sobrepusesse ao interesse coletivo do condomínio; no tocante às áreas privativas, dava plena autonomia ao proprietário, que só encontrava limite em eventual prejuízo ao conjunto.

Nesse sentido, visando a proteção do interesse da coletividade, o Decreto estabeleceu um rol de vedações aos proprietários, além de trazer regras gerais de administração, a exemplo da eleição bial de síndico por maioria de votos, a realização de assembleias anuais para deliberação sobre despesas comuns, formalizando, ainda, orientações quanto a obras relativas à estrutura da edificação, à questão fiscal e securitária comum e individual (BRASIL, 1928).

Verificou-se, pela via do Decreto, avanço quanto ao disciplinamento da alienação de unidades e utilização de edifícios já construídos. Porém, nada se dispunha quanto à atividade produtiva e à venda das unidades de edificações ainda em construção. Neste sentido, em que pese o contributo do decreto para a evolução legislativa sobre o condomínio, ditando regras para o funcionamento de um novo modo de morar, o laconismo de seus 11 artigos frente ao acelerado processo de urbanização exigia atualização e ampliação do disciplinamento da matéria, inclusive para alcançar, de forma inédita, a incorporação imobiliária.

Impende ressaltar que dada a inexistência, até então, de limitações aos incorporadores e de proteção legal aos pretensos adquirentes, a atividade enfrentava grande descrédito perante a sociedade, mormente em razão do histórico de prejuízos sofridos por muitos que empregaram suas economias em um negócio sem garantias.

Neste contexto é que se verificou efetivo desenvolvimento do tratamento legislativo sobre a incorporação imobiliária. Leandro Leal Ghezzi, citado por Rizzardo explica que

Em 1964, o governo militar determinou a elaboração de um anteprojeto de lei que disciplinasse as incorporações imobiliárias. Através dessa Lei, desejava-se não apenas viabilizar a retomada dos empreendimentos imobiliários, mas também que as relações jurídicas que permeavam esta nova modalidade negocial fossem devidamente disciplinadas, trazendo-se, por conseguinte, ordem ao mercado imobiliário (GHEZZI, *apud* RIZZARDO, 2019, p. 258).

Coube ao celebrado jurista Caio Mário da Silva Pereira a elaboração do projeto da referida Lei que, segundo Chalhoub (2019, p. 1), “foi formulado em termos aptos a equacionar por completo a atividade e a estruturação do contrato, privilegiando a boa-fé e o equilíbrio das relações obrigacionais, com importantes mecanismos de segurança para o negócio e, conseqüentemente, para os adquirentes”.

Conquanto tenha sofrido emendas e vetos, a estrutura básica do projeto foi preservada, convertendo-se na Lei nº 4.591/64, que se tornou importante mecanismo para a consecução da atividade, com as garantias necessárias ao adquirente de coisa futura.

Desde então, passados mais de 50 anos desde a sua entrada em vigência, a lei mantém-se hígida, com alterações pontuais necessárias - e adianta-se, ainda insuficientes, - à sua atualização frente a novas circunstâncias e celeumas que foram se apresentando ao longo do tempo. Exemplo disso, o advento do Código Civil de 2002, que derogou

a lei quanto às disposições acerca de condomínio, passando a regular o tema; bem como a Lei 10.931, de 2004, que incrementou a Lei de Incorporações Imobiliárias, ao criar o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias ou, ainda, mais recentemente, o Código de Processo Civil, que dispôs sobre a impenhorabilidade de recursos oriundos da alienação das unidades imobiliárias.

3. A LEI 4.591/64: O DISCIPLINAMENTO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A INSTITUIÇÃO DAS NORMAS PROTETIVAS

A Lei 4.591/64 foi dedicada, primeiramente, ao instituto do condomínio, verificando-se, nessa parte, os desdobramentos do Decreto nº 5.481/28 que, quanto a esse tema, constituiu verdadeiro embrião do regramento legal. Especificamente quanto ao disciplinamento da incorporação imobiliária que aqui interessa, o Título II, que trata das disposições gerais, inicia-se, apresentando a conceituação da atividade como sendo aquela “com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas” (BRASIL, 1964).

Trata-se de uma conceituação deveras sucinta, na medida em que, conquanto a construção e a alienação sejam atos importantes dessa atividade, outros aspectos são por ela abarcados. De forma mais aprofundada, Rizzardo (2019) assim explica a incorporação imobiliária:

Mais conceitualmente, é a atividade de coordenação e execução de edificações imobiliárias (e não somente de prédios), que vai desde a alienação de frações ideais, que se transformam em unidades imobiliárias em construção, com a sua destinação aos adquirentes quanto prontas, e

a efetivação do registro imobiliário. Vendem-se antecipadamente as unidades de um edifício com a construção planejada, ou unidades pendentes de construção, podendo inclusive ser vendida na “planta”. Daí se firmar a ideia de que se trata de promessa de compra e venda futura (RIZZARDO, 2019, p. 261).

Trata-se, portanto, de atividade, eminentemente empresarial, que engloba a identificação de oportunidades de captação de terrenos, desenvolvimento e estudo de viabilidade de projeto de empreendimento, contratação da construção, organização de documento e de registro e, principalmente, venda de frações ideais que, futuramente, serão convertidas em unidades residenciais, salas ou até mesmo vagas de estacionamento. Principalmente em razão do caráter de venda antecipada, a lei foi estruturada de forma a sistematizar proteção ao promitente comprador, que, até então, dada a inexistência de regramento legal, ficava a mercê de possíveis aproveitadores e golpistas.

Neste sentido, a então novel legislação, qualificou o incorporador, impôs condições a sua atuação e tornou obrigatória a sua participação para instituição da incorporação, afastando a posição, até então vigente, de mero organizador, alheio ao contrato. Nos termos do Artigo 29:

Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais tran-

sações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas (BRASIL, 1964).

Dessa conceituação, extrai-se uma figura polivalente, na medida em que indica os atos pertinentes à complexa atividade de incorporação. Pelos termos legais, o incorporador é um articulador, uma vez que atua tanto na mediação do negócio, na obtenção ou disponibilização de recursos, ao menos iniciais, para a empreitada, quanto na venda das unidades imobiliárias futuras e na construção do edifício, com objetivo final de constituição da propriedade condominial especial ou, a teor do Código Civil, condomínio edilício.

Entretanto, a lei apresenta condições para que um indivíduo se lance como incorporador não bastando, para tanto, a mera intenção de atuar nesse sentido. Com efeito, à luz do Artigo 31, pode exercer a atividade o proprietário do terreno, a quem o título por si só concede a disponibilidade da coisa e constitui garantia aos pretensos adquirentes. Também se qualificam para atuar como incorporador o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário desde que observadas as cautelas legais imiscuídas no art. 32 *a*: i) a promessa de compra e venda ou cessão de direitos ou de permuta seja irrevogável e irretroatável; ii) conste cláusula de imissão na posse; iii) não haja estipulações impeditivas de alienação em frações ideais; iv) conste autorização para eventual demolição de edificação eventualmente existente no imóvel. A lei ainda admite que o construtor, devidamente licenciado, ou o corretor, assumam a função de incorporador, o que demanda, contudo, que sejam investidos, pelos sujeitos anteriormente indicados, de poderes para implementar a incorporação e, oportunamente, transferir aos adquirentes as porções ideais sobre o terreno e as unidades.

Com vistas a viabilizar a implantação de programas sociais de habitação, a exemplo do Programa Minha Casa, Minha Vida, a Lei n. 12.424/2011 inclui-se no artigo 31 a alínea *c*, para reconhecer como incorporador também ao “ente da Federação imitado na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente” (BRASIL, 2011).

Por fim, a condição de incorporador é ampliada ao alcançar, por equiparação, nos termos do Artigo 30, os proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras (BRASIL, 2011).

Qualquer que seja a qualificação do incorporador, nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa de quem atua nesse sentido, devendo seu nome permanecer ostensivamente no local da construção, permitindo-se a qualquer interessado vinculá-lo à obra, qualquer que seja seu estágio.

Fica explícito, portanto, em clara ratificação do sistema protetivo do adquirente no âmbito da Lei de Incorporações, que “Não é aceita a ideia da função desvinculada da existência de algum direito sobre o imóvel destinado à incorporação. Em princípio, imprescindível a ligação do incorporador ao imóvel, por meio do domínio ou algum direito sobre o mesmo, ou de poderes expressos recebidos” (RIZZARDO, 2019, p. 268).

A estruturação formulada com esse intuito é perceptível não só nas condições de legitimação para o exercício da atividade, como também nas regras de contratação e implementação da incorporação imobiliária.

Diversamente dos primórdios da atividade, realizada informalmente e sem qualquer estruturação prévia, as imposições advindas da Lei 4.591/64 implicam a formalização documental de todos os atos da incor-

poração imobiliária, a começar pelo arquivamento e registro do memorial de incorporação na matrícula do terreno onde se edificará o objeto da incorporação.

Trata-se de um dossiê composto de documentos, elencados no art. 32, de natureza jurídica, técnica e financeira a respeito do imóvel, do incorporador e da futura edificação, a exemplo do título de propriedade do terreno, das certidões negativas de impostos, protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais relativos ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador.

Especificamente quanto ao futuro empreendimento imobiliário, exige-se o registro do projeto de construção aprovado, custo total da obra e de cada unidade, cálculo das áreas das edificações, memorial descritivo das especificações da obra projetada, discriminação das frações ideais de terreno com as unidades que a elas corresponderão, além da minuta da futura convenção do condomínio. Neste sentido, segundo Chalhoub (2019):

Os elementos do Memorial evidenciam a autonomia material e financeira da incorporação e sua conformação como unidade econômica autônoma, dotada de capacidade de formação de capital com lastro no seu próprio ativo, composto pelas receitas de venda dos imóveis a construir, em montante suficiente para cumprimento do seu objeto, que corresponde à realização da obra, entrega das unidades aos adquirentes, liquidação do passivo e retorno do investimento (CHALHUB, 2019, p. 25).

Caberá ao Oficial de Registro a aferição da qualidade do incorporador e da regularidade do memorial de incorporação, desempenhando importante papel quanto à segurança do negócio, na medida em que, so-

mente se verificada a conformidade desses aspectos, procede-se o arquivamento e o registro do dossiê na matrícula do terreno.

A partir desse ato dá-se ciência pública acerca de todos os dados do negócio, permitindo-se aos interessados a exata compreensão dos termos em que esse se efetivará, o que, a toda evidência, confere segurança à contratação, inclusive por permitir a avaliação de eventuais inconvenientes e riscos pessoais da aquisição da futura unidade. Assim sendo, apenas a partir do arquivamento do memorial de incorporação estará o incorporador autorizado a negociar as unidades da futura edificação, sob pena de multa, ficando ele vinculado àquela estruturação para fins de proposta de compra e venda aos pretensos adquirentes.

Além disso, a lei indica outros fatores que devem ser informados nos documentos de ajuste a fim de que deles tenha plena ciência o adquirente. É o caso da existência de ônus real ou fiscal sobre o imóvel ou de ação que possa comprometê-lo, bem como o fato de o bem estar ocupado e ainda se a aquisição do terreno for se efetivar com pagamento total ou parcial em unidades.

Conquanto esses fatos não constituam óbices ao registro da incorporação imobiliária, impõe-se que seja dada a devida publicidade, posto que todas essas circunstâncias, a seu modo, influenciam, ao menos potencialmente, no tempo e no custo da obra e, por conseguinte, na opção de contratação pelo adquirente.

Cabe destacar que, a teor do art. 34 da Lei de Regência, o incorporador pode fixar prazo de carência para efetivação da incorporação de até 180 dias a partir do registro, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento, denunciando a incorporação no prazo mencionado, por meio de comunicação ao Registro de Imóveis. Trata-se de uma concessão ao incorporador que lhe autoriza, em caso de superveniente verificação da inviabilidade da empreitada, interrompê-la, desde logo, sem maiores reflexos na expectativa e na esfera patrimonial dos adquirentes, obrigan-

do-se a restituição de eventuais parcelas no prazo de até 30 dias da desistência (BRASIL).

Não sendo essa a hipótese e estando o incorporador autorizado, por meio do arquivamento do memorial de incorporação, a promover a oferta pública das unidades, cuidou o legislador de estabelecer penalidades próprias da fase contratual, a exemplo da multa pela demora na formalização dos pactos, reportando-se a contexto comum nos primórdios das incorporações, quando o pretense adquirente aderiu, unilateralmente, a proposta de compra, contraindo obrigações sem que o incorporador assumisse as contrapartidas.

Na praxe atual, o que se verifica usualmente é a celebração de contrato de promessa de compra e venda, com a bilateralidade que lhe é pertinente: o incorporador, enquanto proprietário do terreno promete vender e entregar “pronta”, por preço e prazo certo, unidade imobiliária futura, o adquirente compromete-se ao pagamento, geralmente, em parcelas.

Registre-se que, a teor do §2º, do art. 32, inserido por força da Lei n. 10.931/2004, uma vez levados a registro, esses instrumentos conferem direito real de aquisição, oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra (BRASIL, 2004).

Para a fase pós-contratual, prosseguiu o legislador, estabelecendo obrigações e limitações ao incorporador, que guardam pertinência desde a imperiosidade de informar aos adquirentes, ao menos semestralmente, o andamento da obra, até a vedação de alterar o projeto construtivo ou desviar-se do plano de construção.

Disciplinou-se, ainda, a responsabilização civil pela execução da obra, fixando obrigação de indenizar os adquirentes por prejuízos decorrentes de interrupção ou retardamento das obras, podendo, ainda ser des-

tituído sem prejuízo de sua responsabilidade civil e penal, na hipótese de paralisação ou atraso excessivo da obra.

Previu-se, ademais, a constituição de crédito privilegiado em favor dos compromissários na hipótese de falência do incorporador que por ele responde, subsidiariamente com bens pessoais.

Concluídas as obras com a expedição da certidão de habite-se, ainda remanesce ao incorporador a obrigação de requerer a averbação da construção para fins de individualização e discriminação das unidades, sob pena de indenizar os adquirentes por eventuais prejuízos, restando ao construtor ou ao próprio adquirentes promover o ato registral na hipótese de inercia.

Infere-se, até aqui, que, após longo período de anomia e, por conseguinte de altos riscos e reiterados prejuízos suportados por pretensos adquirentes de unidades futuras, o legislador buscou estabelecer garantias que assegurassem o cumprimento da obrigação principal do incorporador, qual seja, a conclusão das obras e a entrega, do ponto de vista fático e jurídico, da entrega das unidades.

Entretanto, essas cautelas não foram suficientes para evitar prejuízos de adquirentes e investidores, demandando-se nova evolução legislativa tendente a ampliar o sistema protetivo no âmbito das incorporações imobiliárias.

4. A INSUFICIENCIA DAS CAUTELAS ORIGINÁRIAS E O INCREMENTO DA LEGISLAÇÃO PARA AMPLIAÇÃO DA SEGURANÇA DO ADQUIRENTE

Como visto, a principal faceta da incorporação imobiliária conforma-se na venda antecipada de unidades imobiliárias, de modo que, independente da forma de aquisição, compete ao adquirente o paga-

mento adiantado de parte ou de todo o bem a ser construído ou em construção. Daí se extrai que, geralmente, são os recursos dos adquirentes, despendidos a longo prazo, que suportam a execução da obra, protraindo a obtenção da contrapartida do incorporador, qual seja, a unidade individualizada, somente após a conclusão do empreendimento.

Diante da posição de vulnerabilidade do adquirente, a Lei 4.591/64 estruturou mecanismos protetivos aos direitos do consumidor, ao i) condicionar a negociação das unidades ao arquivamento do memorial de incorporação; ii) prever a irretratabilidade do contrato; iii) prever responsabilização civil do incorporador na hipótese de frustração ou retardamento da conclusão das obras; iv) impor dever de informação, ao menos semestral, quanto ao andamento da obra; v) classificar como privilegiados os créditos dos adquirentes na hipótese de falência do incorporador; vi) autorizar a destituição do incorporador que paralisar ou retardar o andamento das obras, sujeitando-o à responsabilização penal e civil (BRASIL, 1964).

Entretanto, como atividade complexa, executada em diversos atos, a longo prazo, a incorporação imobiliária apresenta riscos negligenciados quando da edição da Lei, no longínquo 1964, tornando insuficientes as exigências e as garantias inicialmente estabelecidas para assegurar o cumprimento das obrigações pelo incorporador, mormente na hipótese de falência. Quanto a esse particular, Siqueira (2019) pontua que

Um dos pontos de maior vulnerabilidade nos contratos de incorporação imobiliária [...] era a utilização de recursos de um empreendimento para outro, podendo o incorporador deles dispor para atender a quaisquer negócios que estivessem sob seu comando, não importando a natureza. Assim, o risco de um empreendimento contaminava todos os outros, já que recursos de um deles eram

facilmente desviados para atender quaisquer obrigações da empresa incorporador (SIQUEIRA, 2019).

A deficiência legal quanto à comunicabilidade de bens e receitas das incorporações foi descortinado com maior clareza por ocasião de um evento que impactou fortemente o mercado imobiliário no Brasil e causou grande comoção social, a saber, a falência, em 1999, da então maior incorporadora do país, a Encol.

Com um modelo de administração no qual os novos empreendimentos financiavam os anteriores, a viabilidade das incorporações dependia sempre de uma venda constante, de modo que, quando a oferta de imóveis se tornou maior que a capacidade do mercado de absorvê-los, a empresa entrou em declínio, vindo a encerrar suas atividades.

Como resultado imediato, frustrou a expectativa de 42.000 (quarenta e dois mil) clientes que, tendo investido em negócio jurídico aparentemente seguro, aguardavam a entrega de seus imóveis, tendo prejuízos inclusive quanto ao valor empenhado, dada a insuficiência de recursos que suportassem todos os créditos, ainda que privilegiados.

Diante desse contexto, restou claro que a demonstração, por meio do Memorial de Incorporação, de aspectos técnicos, jurídicos e financeiros do incorporador e do empreendimento constituía salvaguarda comezinha, fazendo-se necessária a instituição de medidas que assegurassem o direcionamento de todos os recursos dos adquirentes à execução e à conclusão da obra correlata, independente de superveniente inidoneidade jurídica ou incapacidade financeira do incorporador.

Nesse sentido, com base em fundamentos doutrinários apresentados pelo Dr. Melhim Name Chalhub, foi desenvolvido anteprojeto de lei para introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a teoria afetação aplicada à incorporação imobiliária. Pereira explica que

A teoria da afetação [...] atende à necessidade de privilegiar determinadas situações merecedoras de tutela especial; para tal, admite-se a segregação, dentro de um mesmo patrimônio, de determinados bens ou núcleos patrimoniais que, identificados por sua procedência ou destinação, são encapsulados no patrimônio geral do titular para que fiquem excluídos dos riscos de constrição por dívidas ou obrigações estranhas à sua destinação, como são os casos dos bens objeto de fideicomisso, o bem de família (Código Civil, arts. 1.711 e segs.), o imóvel de moradia da família (Lei n. 8.009/1990), entre outros (PEREIRA, 2018, p. 276).

Percebe-se, a partir dessa lição, que a teoria da afetação encontra perfeita aplicação na incorporação imobiliária pelos seguintes motivos: em se tratando de direito fundamental à moradia e dado ao relevante papel econômico e social da atividade, é clara a necessidade de uma tutela especial, a exemplo das hipóteses erigidas pelo doutrinador; cada incorporação imobiliária possui aspectos únicos do ponto de vista estrutural e financeiro, ressaíndo dessa circunstância a autonomia necessária à desvinculação patrimonial pregada pela referida teoria.

Quanto a esse segundo aspecto, sabe-se que o conceito de patrimônio diz respeito à universalidade de bens, direitos e obrigações, passíveis de valoração econômica, de determinada pessoa física ou jurídica que, a princípio, podem ser geridos da forma que melhor lhes aprouver, sem qualquer condicionamento. Pelo sistema de afetação, promove-se o destaque de um ou mais, com vistas a destinação específica, blindando-os quanto a outras obrigações que não aquelas que se pretende assegurar.

Há que se esclarecer, contudo, que esse destaque não importa supressão do patrimônio de seu titular, mas tão somente na imposição de condições à sua utilização, na medida em que se estabelece uma vinculação a determinado objetivo.

De forma mais elucidativa, Chalhub (2019) explica que o patrimônio de afetação no âmbito das incorporações imobiliárias conforma-se em “um regime de vinculação de receitas, pelo qual as quantias pagas pelos adquirentes ficam afetadas à consecução da incorporação, vedado, nos limites definidos pela lei, o desvio de seus recursos para outras finalidades.”

Por esse mecanismo “o volume dos recursos afetados [...] limita-se ao quantum necessário à execução da obra e regularização do edifício no Registro de Imóveis, estando excluídas da afetação, portanto, as quantias que excederem a esse limite, das quais o incorporador pode se apropriar sem restrição alguma” (CHALHUB, 2019, p. 85).

Em se tratando de incorporações imobiliárias, a estruturação que se extrai do Memorial de Incorporação permite individualizar cada uma delas ainda que se refira a um mesmo incorporador. Veja que a partir do dossiê se infere, entre outros, as características da edificação, das unidades com suas respectivas frações ideais, bem como o custo total da obra e de cada unidade, o que, somado aos valores de comercialização, permite se aferir, de pronto, a viabilidade de autossuficiência e, por conseguinte, a autonomia patrimonial daquela incorporação em relação ao acervo universal da incorporadora.

Infere-se, portanto, que o caráter marcante do patrimônio de afetação é a incomunicabilidade do acervo vinculado à incorporação específica quanto a outros negócios da incorporadora, uma vez que a afetação de determinada incorporação destina-se à satisfação de débitos pertinentes, inclusive de natureza fiscal, trabalhista, previdenciário,

assegurando, ainda, o direito dos adquirentes em relação às suas unidades. Na visão de Rocha:

O patrimônio de afetação foi concebido com o objetivo principal de assegurar a recomposição imediata dos patrimônios individuais dos adquirentes de fração ideal vinculada à unidade autônoma em construção ou a ser construída, no caso de quebra do incorporador. Decorre do principal, o objetivo de conferir segurança e confiança ao mercado imobiliário. Outros objetivos secundários, como o controle centralizado dos recursos financeiros destinados à incorporação, a manutenção de contabilidade separada, a fiscalização das obras e do patrimônio de afetação, direta ou indiretamente já estavam contemplados na lei das incorporações.

Firme nesse entendimento, o anteprojeto de lei foi aprovado pelo Instituto dos Advogados do Brasil – IAB e remetido ao Poder Executivo e Legislativo, transformando-se, em primeiro momento, na Medida Provisória 2.221/2001, revogada em 2004, com o advento da Lei da 10. 931/2004, que inseriu na Lei 4.591/64 os artigos 31-A a 31-F.

Da análise desses dispositivos, contudo, extrai-se que não espelham fidedignamente o instituto tal como concebido. Já no artigo inaugural do tema, retirou-se o caráter compulsório próprio do regime de afetação e proposto no anteprojeto para deixar a critério do incorporador a constituição do patrimônio de afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à conse-

cução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. Acerca dessa limitação, oportuna a crítica Chalhub:

Ora, a afetação da incorporação imobiliária é instrumento de proteção da economia popular, pois um de seus propósitos basilares é disciplinar a captação de recursos que é realizada por meio da venda antecipada de unidades imobiliárias em construção. Esse fato, por si só, indica que toda e qualquer incorporação é merecedora de tutela especial sob a forma de segregação patrimonial, que deve ser instituída independente de qualquer manifestação do incorporador, bastando para tal o registro do Memorial de Incorporação (CHALHUB, 2019, p. 110).

Registre-se, por outro lado, que em clara consonância com o regime em comento, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe em seu art. 833, XII, norma cogente que, a despeito da opção de afetação pelo incorporador, acoberta de impenhorabilidade os créditos oriundos de alienação das unidades imobiliárias, sob o regime de incorporação imobiliária, vinculados a execução da obra (BRASIL, 2015).

Em que pese o fato de que essa proteção diga respeito somente a impenhorabilidade dos recursos advindos das vendas das unidades, trata-se de uma segurança importante por preservar compulsoriamente os recursos necessários à execução da obra e, em última análise, a entrega das unidades de toda e qualquer incorporação.

Voltando aos termos do artigo 31-A da Lei de Incorporações, tem-se que, optando o incorporador pelo regime de afetação por meio de termo próprio a ser averbado na matrícula do terreno a qualquer

tempo, o patrimônio pertinente não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva, restando a de arrecadação ou de plano de recuperação na hipótese de falência ou recuperação judicial do incorporador

Em nítido reforço ao caráter defensivo da afetação patrimonial, foi introduzido pelo art. 31-C o direito dos adquirentes de formar uma comissão de representantes que, assim como a instituição financiadora, poderá nomear um fiscal para acompanhar o patrimônio de afetação (BRASIL).

Soma-se a essa concessão a obrigação de o incorporador disponibilizar os documentos que evidenciem o avanço das obras e a movimentação financeira da incorporação, permitindo-se aos adquirentes a verificação da conformidade do cronograma e da aplicação dos recursos.

Para além da função fiscalizatória, a comissão de representantes ganha destaque na hipótese de decretação de falência, insolvência civil ou paralisação das obras, quando, resguardados os bens da incorporação, deliberar-se-á, em assembleia geral convocada especialmente para esse fim, sobre os termos da continuação da obra – mantendo-se o regime de incomunicabilidade e vinculação de receitas - ou da liquidação do patrimônio de afetação, com o pagamento dos débitos relativos àquela incorporação.

Oportuno se registrar os termos do art. 9º da Lei 10.931/2004 pelo qual

Perde eficácia a deliberação pela continuação da obra a que se refere o § 1º do art. 31-F da Lei nº 4.591, de 1964,

bem como os efeitos do regime de afetação instituídos por esta Lei, caso não se verifique o pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, ou insolvência do incorporador, as quais deverão ser pagas pelos adquirentes em até um ano daquela deliberação, ou até a data da concessão do habite-se, se esta ocorrer em prazo inferior (BRASIL, 2004).

Acerca da referida disposição, assinala Pereira:

O art. 9.º da Lei n. 10.931/2004 subverte todo esse sistema de proteção ao determinar a desafetação da incorporação; ora, se aplicado esse dispositivo, todo o acervo da incorporação será arrecadado à massa falida e só poderá ser liquidado ao final do processo de falência, prejudicando seriamente os trabalhadores, que perderão o direito de receber seus créditos diretamente do patrimônio de afetação e serão obrigados a habilitar seus créditos e aguardar a liquidação do ativo da massa falida para recebê-los (PEREIRA, 2019, p. 282).

De lado essa distorção, com vistas a assegurar todos os atos da incorporação, o regime de afetação vigora até a averbação da construção, com a entrega formal e material das unidades aos adquirentes, e, se for o caso, com o pagamento total do financiamento contraído pelo incorporador junto a instituição financiadora.

O patrimônio de afetação extingue-se, ainda, com a denúncia da incorporação no prazo de carência, depois de restituídas aos adquirentes as quantias por eles pagas e, ainda, em razão da liquidação da incorporação em caso de falência ou insolvência civil do incorporador, hipótese em que também estarão garantidos os créditos dos adquirentes.

5. CONCLUSÃO

Como vimos, a incorporação imobiliária constitui-se atividade complexa que envolve a venda de coisa futura, a saber, unidade imobiliária em construção, exigindo-se do adquirente o pagamento antecipado, ao menos de parte do preço negociado.

À vista dessa caracterização, patente a posição de vulnerabilidade ocupada pelo comprador, demandando-se, por conseguinte, uma proteção especial que durante muito tempo foi negligenciada, deixando em desamparo um sem número de adquirentes prejudicados por aproveitadores que, após embolsar valores consideráveis, simplesmente abandonavam as obras.

Conforme digressão apresentada, embora a atividade tenha se intensificado no Brasil, a partir do início do século XX, somente em 1964 se verificou a edição de uma legislação que disciplinou a atividade e, mais importante, introduziu no ordenamento jurídico uma sistemática protetiva em favor dos compradores decorrente da qualificação do incorporador e da necessidade de formalização e verificação documental de toda a incorporação imobiliária.

A evolução legislativa experimentada não foi, contudo, suficiente para evitar prejuízos dos compradores e de toda coletividade, principalmente em razão da má administração dos recursos das obras pelos incorporadores que culminava em falências, a exemplo do ocorrido em 1999, com a Encol, então líder do mercado.

Nesse contexto, houve incremento da legislação pátria pertinente a essa temática, quando, em 2004, introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro o patrimônio de afetação que, embora tenha sido distorcido ao se tornar uma faculdade do incorporador, constitui importante ferramenta de proteção aos adquirentes, promovendo a segregação do patrimônio de cada incorporação do patrimônio geral das incorporadoras e, por conseguinte, impedindo que as obras sejam prejudicadas pelo desvio dos recursos empregados pelos compradores.

A introdução do art. 833, XII do Código de Processo Civil promove grande reforço na tutela especial concedida no âmbito da incorporação imobiliária, ao impor, compulsoriamente, a impenhorabilidade dos recursos advindos da alienação das unidades imobiliária vinculados à execução da obra, independentemente da opção pelo regime de afetação.

Nesse sentido, conquanto ainda se verifique a derrocada de incorporadoras e todas as consequências nefastas daí advindas, percebe-se a evolução legislativa quanto ao tema, que em razão do relevante papel social e econômico, de fato, faz juz ao desenvolvimento e ao aprimoramento de normas efetivamente eficazes à concretização do objeto da incorporação imobiliária.

REFERENCIAS

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 01 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº. 5.481, de 25 de junho de 1928. Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providencias. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/de->

cret/1920-1929/decreto-5481-25-junho-1928-776630-publicacaooriginal-140611-pl.html>. Acesso em: 13 ago. 2019

BRASIL. Lei 4.591, de 16.12.1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm. Acesso em: 13 ago. 2019

BRASIL. Consolidação das Leis Brasileiras. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. Coleção história do direito brasileiro. Direito Civil, 1858. Ed. Facsimilar. Brasília: Senado Federal, 2003. 2v. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496206>>. Acesso em: 20 ago. 2019

BRASIL. Lei 10.931, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm>. Acesso em: 20 set. 2019

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 out 2019.

CARVALHO, Tânia Bahia Siqueira. Os efeitos da crise sobre a incorporação imobiliária com patrimônio de afetação. Revista de Direito Recuperacional e Empresa, v. 11/2019, jan-mar. 2019.

CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação Imobiliária. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 5. ed, rev., atual., ampl. E-book. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987053>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizadores: Sylvio Capanema de Souza e Melhim Namem Chalhub. Condomínio e incorporações. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980986/cfi/6/12!/4/2/4@0:0>>. Acesso em: 20 ago. 2019

RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985400/cfi/6/10!/4/2@0:0>>. Acesso em: 13 ago. 2019

ROCHA, Marco Antonio. O Regime da afetação patrimonial na incorporação imobiliária. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB, São Paulo, [ca. 2006]. Disponível em <<https://www.irib.org.br/obras/o-regime-da-afetacao-patrimonial-na-incorporacao-imobiliaria>> Acesso em: 20 set. 2019

SANTOS, Lourdes Helena Rocha dos. CASTRO, Fabio Caprio Leite de. A evolução histórica e os novos horizontes da incorporação imobiliária e do condomínio edilício no direito brasileiro. Revista Síntese Direito Imobiliário, ed. 29, set/out 2015, p. 73/102.

A MULTIPROPRIEDADE DE UNIDADES DE “APART-HOTEL” – UM ESTUDO DE CASO DO EDIFÍCIO SAN DIEGO CONVENTION FLAT

Isabela Pierazolli Filgueiras¹⁹

Resumo: O trabalho analisa os impactos da mudança legislativa, que institui a mutipropriedade no ordenamento de direitos reais brasileiro, sobre os termos da convenção do condomínio do Edifício San Diego Convention Flat, em Belo Horizonte.

Palavras-chave: Direitos Reais. Direito de Propriedade. Direito de Multipropriedade. *Timesharing*. Apart-hotel.

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro está em constante evolução, não sendo diferente a evolução dos Direitos Reais, especialmente em relação ao direito de propriedade, exercido por uma pluralidade de indivíduos. Isso torna necessário analisar detidamente os novos institutos, ao se considerar os novos moldes de propriedade das unidades imobiliárias fracionadas temporariamente. Essa inovação confere natureza real ao direito sobre a fração temporal do imóvel, chamado direito de multipropriedade. Isto dá acesso a cada um dos multiproprietários a todos os direitos da propriedade – art. 5º, inciso XXIV e art. 170 da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) – ainda que não o façam ao mesmo tempo.

¹⁹ Advogada. Pós- graduada em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: isabela.pierazolli@gmail.com

Considerando o sistema híbrido existente na jurisdição dos condomínios brasileiros, detidamente o modelo “apart-hotel”, cabe aos empresários e moradores aplicarem a legislação civilista, inclusive no tocante a esse novo direito. Também se aplicam legislações relativas aos contratos de locação e hospedagem, uma vez que é comum a prestação de serviços pelo condomínio a moradores e hóspedes.

Considerar a existência de uma relação de consumo ainda atrai para essas relações a influência do Código de Defesa do Consumidor, o que é apenas um exemplo das várias complicações emergentes da matéria. Ao tratar da propriedade imobiliária, que é um recurso escasso (OLIVEIRA, 2019), potencialmente podem ser abordados todos os ramos do direito.

Adiante, o objetivo geral é a análise dos efeitos trazidos ao exercício da propriedade e qual a interferência em condomínios de multipropriedade de apart-hotel. O objetivo específico é a análise da situação – em recorte de objeto – dos proprietários de unidades condominiais edilícias do edifício San Diego, em Belo Horizonte. Diante do exposto, elege-se como marco teórico o advento da Constituição da República, que instituiu como garantia o direito de propriedade e, consequentemente, as normas infraconstitucionais, quais sejam: o Código Civil e a Lei 13.777/2018.

Ainda por mais que não se trate diretamente de um marco teórico, tendo em vista que a legislação consumerista abrange somente as relações de consumo, sem previsão direta quanto ao tema, ainda, assim, é importante a sua análise, pois quando aplicado à multipropriedade sobre unidades de condomínio edilício, verifica-se uma prática empresarial muito próxima da anterior à edição da Lei 13.777/2018 (BRASIL, 2018). Os “apart-hotéis”, portanto, apresentam campo de insegurança jurídica quanto às influências da referida modalidade de direito real em multipropriedade. As perguntas abordadas no presente trabalho justificam-se porque não poderiam ser respondidas apenas pela revisão bibliográfica do tema. Sendo o “apart-hotel” *suis generis*, o intérprete é convidado a

considerar fortemente os termos de cada convenção de condomínio estabelecidos no sentido de determinar quais serão os fatores dominantes se houver conflito, em relação ao caso concreto.

A metodologia utilizada é a de estudo de caso, por meio de leitura crítica da convenção de condomínio do edifício San Diego, organizado ao modo de apart-hotel. Ademais, será feita a leitura e a análise de artigos científicos, legislações concernentes e jurisprudência relevantes, em especial, assim como já mencionados acima, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) e a Lei 13.777/2018 (BRASIL, 2018). Segundo Robert Yin, a metodologia do estudo é “uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo no seu contexto da vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o conte—xto *não estão claramente definidos*” (YIN, 2015).

Diante das várias questões de segurança jurídica pertinentes ao tema, elege-se o fenômeno da compatibilização entre os institutos, questionando quem são os titulares dos direitos próprios de dono e a quais condições ficam submetidas o exercício desse direito. Denota-se, inicialmente que, “apart-hotéis” são unidades imobiliárias já bastante fracionadas que inferem em um novo fracionamento também na seara de Registros Públicos de Imóveis, além da responsabilidade sobre as obrigações da coisa e das decorrentes do uso da coisa. A análise será feita sob o contexto metodológico e contemporâneo da mudança legislativa em questão.

2. Procedimento para instituição da multipropriedade

Inerente é a complexidade para abordar o tema dos “apart-hotéis” antes desta inovação: a que possibilita o fracionamento temporal das unidades imobiliárias. A Lei 13.777/2018 (BRASIL, 2018) conduz mudanças no Código Civil e na Lei de Registros Públicos (BRASIL, 1973), instituindo uma nova modalidade de direito real sobre coisa própria

(OLIVEIRA, 2019). Trata-se da possibilidade de fracionar uma unidade imobiliária em parcelas de tempo superiores ao período de 7 dias, anualmente.

O entendimento de que o ordenamento brasileiro instituiu o direito sobre coisa própria chamado multipropriedade, o qual é decorrente do princípio da unitariedade matricial: “A matrícula, que por conter a descrição do imóvel, é o cerne do Registro Imobiliário, está subordinada ao princípio da unitariedade, que determina que a cada imóvel deve corresponder uma única matrícula e a cada matrícula um único imóvel” (KONNO, 2010). Assim, seja o imóvel uma gleba ou um apartamento poderá ser dividido em até 52 partes para que diferentes proprietários exerçam, em diferentes períodos do ano, os direitos de dono. Considera-se que, para o registro de imóveis, as frações de tempo correspondem a imóveis independentes, ainda que assim não sejam.

Logo, a matrícula-mãe do condomínio edilício vincula-se às matrículas de cada unidade autônoma e a matrícula-mãe de um imóvel sob regime de multipropriedade vincula-se às matrículas-filhas de cada fração criada. Deste modo, portanto, em um condomínio edilício é possível que cada unidade autônoma se fracione em muitas outras, fazendo com que a unidade condominial seja matrícula-mãe com relação à multipropriedade e a matrícula-filha com relação ao condomínio.

A legislação submete a hipótese de multipropriedade sobre unidades de condomínio edilício à administração de um profissional (BRASIL, 2018). Existe discussão quanto a essa matéria, em vista de que, parte da doutrina a considera aplicável somente à multipropriedade submetida ao regimento consumerista (OLIVEIRA, 2019). Tal interpretação dispensaria um profissional, no caso de multipropriedade instituída por amigos próximos ou familiares.

De acordo com Oliveira, é inconstitucional a reserva de mercado feita aos profissionais da administração, sendo que a administração pode ser feita por síndico:

De qualquer forma, entendemos pela inconstitucionalidade do dispositivo ao exigir um administrador profissional por ofensa à liberdade profissional e à livre iniciativa. Não há motivos para essa reserva de mercado a quem seja inscrito no conselho profissional dos administradores. Outras pessoas, ainda que não sejam profissionais, poderiam exercer essa função. O próprio síndico, nomeado livremente pelos condomínios, poderiam desempenhar a função. Temos, portanto, que o art. 1.358-R do CC merece interpretação conforme à Constituição Federal para que seja lido no sentido de que a expressão “administrador profissional” pode ser entendida como qualquer pessoa capaz, ainda que sem inscrição em conselho profissional de administrador, e pode ser o próprio síndico do condomínio edilício.

Ainda que assim não fosse, no mínimo, tem-se de dar interpretação restritiva ao preceito para o restringir a casos em que os multiproprietários sejam considerados consumidores. Assim, se, em um condomínio edilício composto por 4 unidades pertencentes a amigos, é autorizado que cada unidade se sujeite a uma multipropriedade em benefício dos respectivos parentes, não há razão alguma para burocracias maiores. Não há relação de consumo nesse ambiente fraterno-familiar e, portanto, jamais se poderia entender pela obrigatoriedade de um administrador profissional (OLIVEIRA, 2019)

Contudo, somente é pertinente ao nosso objeto a atividade “apart-hotel” explorada de maneira comercial, como é o caso do edifício San Diego, sendo clara a obrigatoriedade de administração profissional. No geral, a contratação deste tipo de instituto se dá com apoio da garantia constitucional de livre iniciativa e de liberdade contratual (BRASIL, 1988). Para compreender a maneira de exploração da unidade habitacional, recorreremos ao trabalho desenvolvido pelo BNDES Setorial, de autoria dos turismólogos William Saab e Luiz Gimenez, que discorrem:

Atualmente, embora especialistas considerem que existam diferenças entre os conceitos de flat, apart-hotel e hotel-residência, estes são muitas vezes empregados como termos semelhantes. Para alguns, existe apenas uma diferença regional de denominação: no Rio de Janeiro, são conhecidos como apart-hotéis e, em São Paulo, como flats. Ambos, no entanto, são considerados edifícios residenciais.

Comparando-se com os hotéis-residência, os flats seriam apartamentos pequenos para permanência de duas a três noites. Para hospedagem com permanência de uma semana a um mês, caracterizada como long stay, seriam utilizados os hotéis-residência.

Em relação aos hotéis, uma diferença básica reside no número de investidores. Nos flats existem em geral diversos investidores, e nos hotéis, em média, três proprietários. As áreas de lazer são iguais em flats e hotéis, e ambos têm serviços de quarto 24 horas, lavanderia e recepção.

Os condo-hotéis, ou hotéis em condomínio, muitas vezes confundidos com os flats, constituem-se basicamente de

hotéis com funding realizado pelo mercado imobiliário, contemplando a venda das unidades ou tendo a captação de recursos por meio de um fundo de investimento imobiliário. É um hotel em sua totalidade, com todos os apartamentos disponíveis para o *pool* e operados por cadeia hoteleira. Do ponto de vista arquitetônico, esses empreendimentos privilegiam os espaços comuns destinados a atividades sociais e de lazer, em detrimento das áreas de serviço das unidades autônomas, tais como cozinha e despensa (SAAB, 2001)

Na lógica apresentada, o objeto deste trabalho qualifica-se como flat, ou “*apart-hotel*”, sendo empreendimento imobiliário desenvolvido por numerosos investidores onde apenas algumas unidades estão disponíveis para o *pool*. Por *pool* compreende-se a disponibilização da unidade habitacional para o mercado hoteleiro, por meio de contratos de hospedagem firmados com a administração do condomínio.

No mesmo trabalho, os autores segmentam em três as principais modalidades desse negócio imobiliário:

Residencial puro: trata-se de um empreendimento do tipo residencial com serviços, que constitui, na verdade, uma residência onde são oferecidos aos condôminos serviços de hotelaria. Nessa modalidade, além de poder utilizar o imóvel, o adquirente pode também locá-lo a terceiros de forma tradicional.

Residencial com hotel: ao mesmo tempo em que existem unidades residenciais com moradores permanentes, há

unidades que integram um sistema de ocupação através de hospedagem.

Hotel-residência: é o empreendimento que oferece apenas os serviços de hospedagem. Em sua maioria, são entregues à administração de uma operadora. Possuem áreas úteis em geral menores e não dispõem de cozinha. São conhecidos também como condo-hotéis, ou seja, hotéis em condomínio, comportando diversos condôminos. O conceito de flat é adotado tanto em relação à prestação de serviços quanto à comercialização das unidades. O proprietário da unidade, assim, participa da receita do complexo hoteleiro (SAAB, 2001, grifos da autora).

A matriz enquadra o objeto deste estudo como um empreendimento residencial com hotel. Bem como existem unidades disponíveis para o *pool*, existem unidades habitadas por seus proprietários ou por eles disponibilizadas a título gratuito para algum parente. Portanto, os proprietários de todas as unidades contribuem com a manutenção dos serviços, enquanto apenas os proprietários de unidades disponibilizadas participam dos lucros da atividade hoteleira.

Como se trata de um condomínio edilício instituído antes da publicação da Lei 13.777/2018, o objeto só pode adotar o modelo de multipropriedade por deliberação majoritária dos condôminos. Essa regra decorre da redação dada ao artigo 1.358-O do Código Civil:

Art. 1.358-O. O condomínio edilício poderá adotar o regime de multipropriedade em parte ou na totalidade de suas unidades autônomas, mediante:

I - previsão no instrumento de instituição; ou

II - deliberação da maioria absoluta dos condôminos (BRASIL, 2002).

A reserva legal compreende uma limitação do direito de propriedade do titular de uma unidade habitacional, impedindo que institua a multipropriedade sobre sua unidade sem anuência dos demais. Logo, a melhor técnica seria adotar, junto a essa deliberação, adaptações no texto da convenção de condomínio e dos regimentos internos para acomodar expressamente as soluções adotadas quanto aos multiproprietários.

Caso seja alterado, no que pese o silêncio da lei quanto ao procedimento, bastará a averbação junto ao cartório de imóveis, à luz do art. 246 da Lei de Registros Públicos: “Art. 246 - Além dos casos expressamente indicados no item II do artigo 167, serão averbados na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro” (BRASIL, 1973).

Nesta linha, serão indicadas as respectivas matrículas filhas e seus titulares, não desfazendo o fracionamento a titularidade de todas as frações por um único sujeito de direito. Contudo, devem ser consideradas outras consequências para a estrutura do condomínio.

3. Responsabilidade por receitas e despesas

O modelo adotado pelo Edifício San Diego é residencial com hotel, mas predominam os proprietários-moradores, como extraído do artigo trigésimo sétimo da convenção de condomínio:

ARTIGO TRIGÉSIMO SÉTIMO: antes da conclusão das obras, a administradora contratada para administrar o Edifício, apresentará a todos os titulares de unidade, o Sistema de Locação em Grupo de suas respectivas unidades, sistema esse designado simplesmente como *pool*, com objetivo de formar um grupo de participantes desse sistema. Tal sistema só passará a existir desde que haja um número suficiente de participantes a critério da Administradora do sistema.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: uma vez formado o grupo, este constituirá uma Sociedade em Conta de Participação ou outra que a Administradora vier a sugerir, sociedade esta que será a única reconhecida oficialmente pelo condomínio. À Administradora contratada pelo condomínio, caberá com exclusividade a administração do sistema de locação em grupo (*pool*)

[...]

PARÁGRAFO OITAVO: será admitido o Ingresso de outras unidades no *pool*, desde que, obedecidas as condições estabelecidas pela Sociedade, e respeitado, ainda, que: a) as unidades do *pool* tenham atingido a ocupação mínima de 80% (oitenta por cento) nos últimos 3 (três) meses; b) as unidades a Integrem o *pool* sejam montadas e decoradas de acordo com as especificações fornecidas pela Administradora do *pool*; c) as novas admissões sejam feitas em grupo nunca superior a 20% do volume de unidades já existentes no *pool* naquele mês; d) a ordem para a lista de espera das novas unidades que queiram entrar no *pool*, seja a ordem cronológica de data e horário do recebimento pela Sociedade Administrado-

ra do *pool*, das cartas de intenção dos condôminos. e) os novos condôminos integrantes do *pool*, somente participem dos rendimentos dele decorrentes, a partir do 2º (segundo) mês, contado da data da assinatura do respectivo contrato com a Sociedade.

PARÁGRAFO NONO: as disposições constantes dos itens “a” e “e”, do Parágrafo Oitavo poderão ser desconsideradas, isoladamente, por mera liberalidade da Administradora, em conjunto com os representantes integrantes do *pool*. (Convenção Edifício San Diego Convention Flat)

Observa-se que, oferecer a unidade habitacional a atividade hoteleira, é uma faculdade do proprietário limitada pela convenção e pelo Regimento Interno. A convenção determina o estabelecimento de sociedade em conta de participação, embora admita a opção por um modelo de sociedade personificada (BRASIL, 2002). Essa sociedade é responsável pela administração da locação em grupo e pela gestão dos recursos dessa atividade. Destaca-se que esse é um dos pontos em que pode existir diferença significativa entre os termos definidos, livremente, por particulares em outros edifícios com características semelhantes.

Agindo em conformidade com a convenção de condomínio, a sociedade só admitirá novos apartamentos no sistema de locação em grupo se houver taxa de ocupação satisfatória – superior a 80%, nos últimos três meses. A anuência dos integrantes do *pool* autoriza a administração a adicionar novas unidades ao sistema sem observar essa regra. Contudo, podemos verificar que as regras para deliberação entre os integrantes do *pool* não estão definidas na convenção do condomínio. Decorre que a deliberação será da sociedade administradora do *pool*, uma vez que ela se constitui dos proprietários de unidades integrantes desse regime.

Como operam o sistema de locação em grupo através de uma sociedade em conta de participação, os condôminos do edifício San Diego devem oferecer os termos que constituem essa sociedade ao arquivamento da Junta Comercial (BRASIL, 2002). Mesmo não significando a criação de uma nova pessoa jurídica, a formalização da sociedade torna oponível a terceiros a estrutura constitutiva do ente. A administradora do regime de *pool* tem natureza empresária e, portanto, responsabiliza-se por distribuir, entre os condôminos-sócios - que oferecem suas unidades ao sistema - o resultado da atividade. Nota-se que essa sociedade empresária não é a gestora do hotel como um todo.

Os serviços são classificados pelo artigo trigésimo quarto da mesma convenção de condomínio entre serviços internos essenciais, internos opcionais e externos. Os internos, sejam essenciais ou não “são de custeio obrigatório de todos os condôminos, de unidades residenciais, [...] sendo as respectivas verbas incluídas nas despesas normais de condomínio, e rateadas de acordo com o critério estabelecido na cláusula vigésima”

Serviços essenciais podem ser utilizados sem a cobrança de taxa, enquanto serviços opcionais são prestados pelo condomínio mediante taxa de utilização. Contudo, os recursos obtidos através da locação dos apartamentos são geridos pela sociedade empresária, inclusive para adimplir as obrigações com o próprio condomínio. Ainda, no artigo trigésimo sétimo:

ARTIGO TRIGÉSIMO SÉTIMO: antes da conclusão das obras, a administradora contratada para administrar o Edifício, apresentará a todos os titulares de unidade, o Sistema de Locação em Grupo de suas respectivas unidades, sistema esse designado simplesmente como *pool*, com objetivo de formar um grupo de participantes desse sistema. Tal sistema só passará a existir desde que haja

um número suficiente de participantes a critério da Administradora do sistema.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: uma vez formado o grupo, este constituirá uma Sociedade em Conta de Participação ou outra que a Administradora vier a sugerir, sociedade esta que será a única reconhecida oficialmente pelo condomínio. À Administradora contratada pelo condomínio, caberá com exclusividade a administração do sistema de locação em grupo (pool)

[...]

PARÁGRAFO QUARTO: a Administradora se obriga a destacar os rendimentos da Sociedade as taxas de condomínio, efetuando, pontualmente o pagamento de tais taxas em seus respectivos prazos, bem como os gastos com chamadas telefônicas interurbanas e internacionais e demais Serviços Internos Opcionais, seguindo as mesmas normas, condições, prazos e multas a que estão sujeitos todos os condôminos na forma desta Convenção de Condomínio. Fica a Sociedade responsável pelo pagamento das demais despesas feitas pelos seus locatários junto aos prestadores de serviços (lavadeira, coffee-shop e outros) nas condições estipuladas entre as partes, de comum acordo e por escrito. Para tanto, a Administradora informará aos prestadores de serviços, na data de início das locações, através de impresso próprio, se o locatário pode ou não assinar as notas de despesas para posterior pagamento (Convenção Edifício San Diego Convention Flat)

Como se observa, o condomínio elabora um orçamento que, mantido pelas contribuições condominiais, mantém em funcionamento a rede de serviços cuja utilização é comercializada pela sociedade empresária. Ainda, segundo o trigésimo sétimo, inclusive, o destacamento dos respectivos quadros de funcionários:

PARÁGRAFO SÉTIMO: o condomínio se obriga a ceder os espaços e equipamentos necessários à operação da Sociedade Administradora, dentro do prédio, permitindo igualmente o livre acesso de seus funcionários, ficando esta, contudo, obrigada a separar o seu quadro de funcionários daquele do Condomínio, bem como a contratar com o Síndico a locação dos espaços que irá ocupar bem como das áreas que irá explorar em benefício da Sociedade Administradora do *pool*. (Convenção Edifício San Diego Convention Flat)

Considerando a instituição de multipropriedade sobre as unidades habitacionais desse modelo, parece pertinente que o custeio condominial seja feito em conformidade com o que dispõe o Código Civil:

Art. 1.358-J. São obrigações do multiproprietário, além daquelas previstas no instrumento de instituição e na convenção de condomínio em multipropriedade:

I - pagar a contribuição condominial do condomínio em multipropriedade e, quando for o caso, do condomínio edifício, ainda que renuncie ao uso e gozo, total ou parcial, do imóvel, das áreas comuns ou das respectivas

instalações, equipamentos e mobiliário [...] (BRASIL, 2002).

Assim, podem ser cobradas taxas tanto pela administração do condomínio edilício, a qual já existe, quanto pela administração do condomínio em multipropriedade, que poderia acarretar novos gastos a distribuir. É preciso questionar se as obrigações geradas com o objetivo de manter funcional a estrutura de comodidade que acompanha a habitação são obrigações de natureza real. Considerando dívidas relativas às cotas de condomínios edilícios, o STJ fixou a seguinte tese:

RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. DÍVIDAS DE COTAS CONDOMINIAIS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. NÃO OCORRÊNCIA. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO. DÍVIDAS ANTERIORES E POSTERIORES. SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL CONFIGURADO. 1. Ação ajuizada em 27/07/2011. Recurso especial interposto em 08/07/2016 e atribuído a este Gabinete em 13/06/2017. 2. O propósito recursal consiste em definir se a ausência do registro da convenção de condomínio retira a legitimidade do condomínio para a inscrição em órgão de proteção ao crédito de dívida condominial anterior à aquisição do imóvel. 3. Ausentes a omissão, a contradição e o erro material, não há violação ao art. 1.022 do CPC/2015. 4. As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram (Tema 882). 5. Devidamente estabelecido o condomínio, todas as des-

pesas condominiais são obrigações *propter rem*, isto é, existentes em função do bem e, assim, devido por quem quer que o possua. Precedentes. 6. Na hipótese dos autos, previamente ao registro da convenção de condomínio, as cotas condominiais não podem ser cobradas juntas ao recorrente. Porém, aquelas dívidas surgidas posteriormente à convenção, devem ser consideradas de natureza *propter rem*. 7. Segundo a jurisprudência desta Corte, pode-se definir dano moral como lesões a atributos da pessoa, enquanto ente ético e social que participa da vida em sociedade, estabelecendo relações intersubjetivas em uma ou mais comunidades, ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade. 8. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que inscrições indevidas são causa de dano moral *in re ipsa*, salvo algumas exceções bem delimitadas, como a existência de prévia anotação de débito nos serviços de proteção de crédito. 9. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1731128/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 06/12/2018) (STJ, 2018).

Os serviços disponibilizados pelo Edifício San Diego são financiados pela fiel execução do orçamento aprovado pelo condomínio, pagos a título de contribuição condominial. Isso significa que tal obrigação é de natureza *propter rem*. Dessa forma, mesmo em regime de multipropriedade, serão responsáveis os proprietários pela mesma fração ideal do dispêndio do condomínio à qual titulam perante o registro de imóveis.

A norma é silente quanto ao pagamento de parcelas quando da fruição ou proporcionalmente ao longo de todos os meses do ano. Desse

modo, os termos de instituição do condomínio edilício em multipropriedade têm de ser assertivos quanto a essa deliberação. Toda receita do condomínio vem de contribuições dos condôminos, sendo que apenas os incluídos no sistema de locação em grupo exploram atividade lucrativa sobre o serviço prestado pelo condomínio.

A interinação do instituto da multipropriedade com a fruição empresarial do quarto de “apart-hotel” deve ser zelosa em registrar contabilmente qual foi a proporção de receita auferida em cada período para remuneração adequada dos condôminos. Ainda que exista uma sociedade empresária gerindo a execução operacional da atividade, o direito de gozo é próprio da coisa e os frutos são devidos ao dono no momento em que são colhidos.

4. Deliberação da unidade multiproprietária

Em um condomínio edilício, as unidades habitacionais são, normalmente, dotadas de poder idêntico de voto. Essa disposição política conduz a deliberação do condomínio através da soma das vontades dos coproprietários. Observando que unidades do condomínio venham a ser fracionadas segundo o instituto da multipropriedade, deverá ser considerado que

Art. 1.358-I. São direitos do multiproprietário, além daqueles previstos no instrumento de instituição e na convenção de condomínio em multipropriedade:

I - usar e gozar, durante o período correspondente à sua fração de tempo, do imóvel e de suas instalações, equipamentos e mobiliário;

II - ceder a fração de tempo em locação ou comodato;

III - alienar a fração de tempo, por ato entre vivos ou por causa de morte, a título oneroso ou gratuito, ou onerá-la, devendo a alienação e a qualificação do sucessor, ou a oneração, ser informadas ao administrador;

IV - participar e votar, pessoalmente ou por intermédio de representante ou procurador, desde que esteja quite com as obrigações condominiais, em:

a) assembleia geral do condomínio em multipropriedade, e o voto do multiproprietário corresponderá à quota de sua fração de tempo no imóvel;

b) assembleia geral do condomínio edilício, quando for o caso, e o voto do multiproprietário corresponderá à quota de sua fração de tempo em relação à quota de poder político atribuído à unidade autônoma na respectiva convenção de condomínio edilício (BRASIL, 2002).

É peculiar a situação do edifício San Diego em relação à norma em retrospectiva porque existem deliberações que competem à sociedade em conta de participação que administra o hotel, não às assembleias condominiais. Pertencer ao sistema de *pool* autoriza participar de decisões tais como a de autorizar o ingresso de novas unidades na sociedade empresária.

Na interpretação extensiva, *mens legis*, do instituto, uma unidade fracionada em que todos os multiproprietários decidem por ingressar no sistema de *pool* deliberaria neste sistema tal como delibera na assembleia do condomínio edilício. Ou seja, o voto do multiproprietário corresponderá à quota de sua fração de tempo em relação à quota de poder político atribuído àquela unidade autônoma. Ainda, uma unidade em que apenas um dos multiproprietários decide por ingressar no sistema teria poder

político fracionário em proporção à quantidade de tempo que oferece à hotelaria.

Não existem correias legislativas que atrelem a proporção de poder político instituída no inciso IV do art. 1.358-I do Código Civil (BRASIL, 2002), a constituição de sociedades empresárias destinadas à exploração desse capital imobiliário. Contudo, interpretar diferentemente o instituto – conferindo um voto a cada multiproprietário, por exemplo – seria desprestigioso ao princípio da isonomia. Da mesma forma que o legislador se preocupou em regular as relações em assembleias condominiais, os particulares devem se preocupar em observar o princípio, sob pena de prejudicar os demais condôminos.

5. Administração da multipropriedade em condomínio edilício

O Condomínio do Edifício San Diego Convention Flat é um condomínio edilício, administrado por síndico, na forma do art. 1.347 do Código Civil (BRASIL, 2002), competindo-lhe as atribuições do artigo seguinte:

Art. 1.347. A assembléia escolherá um síndico, que poderá não ser condômino, para administrar o condomínio, por prazo não superior a dois anos, o qual poderá renovar-se.

Art. 1.348. Compete ao síndico:

I - convocar a assembléia dos condôminos;

II - representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns;

III - dar imediato conhecimento à assembléia da existência de procedimento judicial ou administrativo, de interesse do condomínio;

IV - cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembléia;

V - diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores;

VI - elaborar o orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano;

VII - cobrar dos condôminos as suas contribuições, bem como impor e cobrar as multas devidas;

VIII - prestar contas à assembléia, anualmente e quando exigidas;

IX - realizar o seguro da edificação.

§ 1º Poderá a assembléia investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação.

§ 2º O síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembléia, salvo disposição em contrário da convenção (BRASIL, 2002).

Além do determinado pelo código civil, a convenção de condomínio objeto dessa análise é mais detalhista ao separar as atribuições conferidas ao síndico daquelas conferidas aos demais administradores do edifício. Como vemos, são distintas as atribuições do síndico e da administradora operacional:

ARTIGO VIGÉSIMO: a) As Funções administrativas, de natureza legal, caberão a um síndico, condômino ou não, eleito em Assembleia Geral Ordinária, pelo prazo de dois anos, podendo ser reeleito. b) As Funções Administrativas, de natureza operacional, deverão ser delegadas a uma empresa administradora especializada.

PARÁGRAFO PRIMEIRO: sempre que houver choque de interesses do condomínio com a empresa administradora, o síndico exercerá, também as funções administrativas de natureza operacional, que se relacionam com o problema.

PARÁGRAFO SEGUNDO: ao síndico compete: a) opinar e fiscalizar os atos, decisões e deliberações da administradora, objetivando sempre, o interesse, o bem estar do condôminos e a manutenção dos serviços de que o condomínio é dotado, sendo assessorado nestas funções pelo Conselho Consultivo; b) contratar locações em nome do condomínio, da loja ou das áreas internas comuns; c) contratar, demitir, treinar, dirigir empregados, fixando os salários, “ad referendum” do Síndico e do Conselho Consultivo; d) executar fielmente as disposições orçamentárias aprovadas pela assembleia; e) exercer e praticar todos os demais atos que lhe forem dele-

gados. F) cumprir integralmente todas as obrigações que lhe são atribuídas no Contrato de Prestação de serviços.

PARÁGRAFO TERCEIRO: à administradora compete: a) elaborar e desenvolver o Regulamento Interno do Edifício e suas partes comuns; b) exercer a Administração Operacional interna do Edifício no que diz respeito ao seu funcionamento e coordenação, superintendendo os serviços de que o prédio é dotado; c) contratar, demitir, treinar, dirigir empregados, fixando os salários, “ad referendum” do Síndico e do Conselho Consultivo; d) executar fielmente as disposições orçamentárias aprovadas pela assembleia; e) exercer e praticar todos os demais atos que lhe forem delegados. F) cumprir integralmente todas as obrigações que lhe são atribuídas no Contrato de Prestação de serviços (Convenção Edifício San Diego Convention Flat)

Tendo em vista que as competências do síndico são diferentes daquelas conferidas à sociedade administradora, visto que, enquanto esta é responsável por administrar as rendas provenientes de um sistema de locação em grupo, inclusive no tocante à prestação de serviços aos condôminos, aquele é representando dos condôminos frente a esta em caso de conflito de interesses. Em decorrência das características do edifício San Diego, o administrador deve ser empresa especializada, devidamente contratada pela assembleia condominial para tanto, nos termos do artigo quadragésimo segundo:

ARTIGO QUADRAGÉSIMO SEGUNDO: objetivando dar uma continuidade administrativa ao edifício, face as

suas características de conter serviços, e para instalação e funcionamento dos mesmos, a administração será entregue a uma empresa especializada, contratada pelo Condomínio. Para os dois primeiros anos de atividade, fica a Incorporadora desde já, revestida de todos os poderes necessários para, em nome e por conta do Condomínio, escolher a Sociedade Administradora e representá-lo no referido Contrato.

PARÁGRAFO ÚNICO: A sociedade Administradora do *pool* deverá ser, preferencialmente a própria Administradora Operacional do Condomínio e, apenas excepcionalmente e ante relevantes motivos, poderá ser outra. (Convenção Edifício San Diego Convention Flat)

A escolha da denominação administradora operacional para nomear a empresa designada a desempenhar as funções de administração pertinentes ao síndico é notavelmente característica da natureza empresarial do empreendimento. A norma condominial incentiva a centralização das administrações, como denota a redação do parágrafo único. Como já possui uma administração condominial centralizada que exerce os poderes da figura de síndico, o parágrafo quinto do art. 1.358-R do Código Civil (BRASIL, 2002) autoriza que a administração da multipropriedade seja conferida à mesma pessoa:

Art. 1.358-R. O condomínio edilício em que tenha sido instituído o regime de multipropriedade em parte ou na totalidade de suas unidades autônomas terá necessariamente um administrador profissional.

§ 1º O prazo de duração do contrato de administração será livremente convencionado.

§ 2º O administrador do condomínio referido no caput deste artigo será também o administrador de todos os condomínios em multipropriedade de suas unidades autônomas.

§ 3º O administrador será mandatário legal de todos os multiproprietários, exclusivamente para a realização dos atos de gestão ordinária da multipropriedade, incluindo manutenção, conservação e limpeza do imóvel e de suas instalações, equipamentos e mobiliário.

§ 4º O administrador poderá modificar o regimento interno quanto aos aspectos estritamente operacionais da gestão da multipropriedade no condomínio edilício.

§ 5º O administrador pode ser ou não um prestador de serviços de hospedagem (BRASIL, 2002).

A norma do parágrafo segundo convida a administração de multipropriedades instituídas sobre unidades habitacionais do condomínio edifício San Diego a serem administradas pela mesma empresa gestora do condomínio edilício. Embora as figuras do síndico e da administração profissional não devam ser confundidas, a instituição desta esvazia aquela de seus poderes, como explica Oliveira:

Não necessariamente esse administrador profissional terá de ser o síndico do condomínio edilício e dos condomínios multiproprietários. Todavia, se o administrador profissional for pessoa diversa, os síndicos ficarão com

função gestora limitada a intermediar o diálogo dos condôminos com esse administrador profissional, convocando assembleias, assinando, em nome do condomínio, o contrato de prestação de serviço com esse administrador profissional e repassando informações para os condôminos. Caberá ao administrador profissional as funções gestoras dos condomínios edifícios e multiproprietários, como a gestão da conta bancária do condomínio, a contratação de funcionários, a realização de obras etc.

Dessa forma, existindo administração profissional capaz de gerir a instituição de multipropriedade no edifício, o objeto do trabalho tem estrutura de administração compatível com a forma prescrita em lei. A centralização do exercício desses poderes visa conferir a cada multiproprietário a fruição adequada do bem, sem preterição de qualquer condômino.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou, através da metodologia de estudo de caso, como se dá a propriedade sob a ótica de um condomínio instituído para se configurar como multipropriedade, tendo em vista se tratar de um “apart-hotel”. Ressalta-se, novamente, o seu marco teórico, quais sejam: Constituição da República, Código Civil, Lei 13.777/2018 e, ainda que não seja objeto direto de análise, o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, tendo em vista o objeto, a convenção de condomínio do Edifício San Diego, localizado na cidade de Belo Horizonte, é possível verificar a compatibilidade do instituto ora discutido. Desde que se tenha a deliberação majoritária dos condôminos, sendo admitida a possibilidade da instituição do fracionamento multiproprietário de cada unidade autônoma.

Diante a hipótese proposta, percebe-se a necessidade de uma administração profissional e a capacidade de deliberação correspondente à fração ideal do imóvel que representa o título de multipropriedade. Já quanto ao justo título, ou seja, o Registro Público de Imóvel, deverá o titular averbar junto à matrícula-mãe uma parcela única de multipropriedade, sendo-lhe, portanto, concedidos todos os direitos inerentes àquele que a exercerá de forma autônoma. Conquanto, cumpre ressaltar que os direitos próprios serão convencionados e limitados através da promulgação de uma nova convenção de condomínio.

Considera-se que, mesmo diante da nova legislação, a qual dispõe estritamente quanto à nova modalidade de propriedade, o estudo de caso em questão até o presente momento não instituiu o condomínio edilício como se multipropriedade fosse. Desta feita, necessária se faz a aplicação da legislação concernentes às relações civis, ou seja, o Código Civil de 2002, devendo ser desconsideradas as alterações tidas pela Lei 13.777/2018, por se considerar que o Edifício San Diego foi constituído como simples condomínio.

Portanto, não haveria de ser ter prestações de contas diferentes, visto que, ao final, todos configuram como se proprietário fossem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 jan. 2002. Código Civil. Brasília, DF. Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.777, 20 dez. 2018. Dispõe sobre o regime jurídico da multipropriedade e seu registro. Brasília, DF. Senado Federal, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.015, 31 dez. 1973. Lei Registro Públicos. Brasília, DF. Senado Federal, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

KONNO, Alyne Yumi. Registro de Imóveis – Teoria e Prática. 2. ed. São Paulo:2010.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. Considerações sobre a recente lei de multipropriedade ou da Time Sharing (Lei 13.777/2018): principais aspectos de Direito Civil, de Processo Civil e de Registros Públicos. São Paulo. [Publicado na página do jurista Flávio Tartuce do Jusbrasil]. 2019. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/661740743/consideracoes-sobre-a-recente-lei-da-multipropriedade>>. Acesso em: 20 set. 2019.

SAAB, William George Lopes; GIMENEZ, Luiz Carlos Perez. Flats, apart-hotéis ou hotéis-residência: caracterização e desempenho no Brasil e no município de São Paulo,2001

STJ. RECURSO ESPECIAL: 1731128/RJ REsp.; Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. DJe: 27/11/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777340&num_registro=201701388010&data=20181206&formato=PDF>. Acesso em: 30 set. 2019.

DIREITOS REAIS: um estudo sobre o direito real de habitação em confronto com o direito de propriedade nas relações sucessórias

Thaísa Araújo Santos^{20*}

Resumo: O presente estudo aborda dois direitos reais importantes para a construção da vida digna que, no entanto, podem se colidir em situações concretas. Trata-se do direito real de habitação em confronto com o direito de propriedade nas relações sucessórias. Isso porque, de um lado, encontra-se o cônjuge ou companheiro (a) que residia no imóvel com o de cujus e do outro, os herdeiros legítimos. São situações diversas que demandam a análise concreta nos casos específicos, pois é possível perceber que nenhum desses direitos são considerados absolutos, porém, ambos são primordiais para garantir a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, torna-se por vezes complexo e difícil decidir qual desses dois direitos é prioritário, sendo que o direito real de habitação constitui uma modalidade de restrição ao exercício do direito de propriedade na sua forma plena.

Palavras-chave: Direitos reais. Propriedade. Função social. Direito real de habitação.

1. INTRODUÇÃO

A propriedade é entendida como o direito real mais completo, sendo que dela derivam-se todos os outros direitos reais. Por outro lado, o direito real de habitação é vigente no ordenamento jurídico brasileiro

²⁰ Pós-graduanda pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Setembro de 2019. thaisaaraujos@gmail.com.

desde o advento da Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), sendo concedido apenas aos cônjuges sobreviventes e se fossem casados pelo regime da comunhão universal de bens.

Com as mudanças sociais, esse direito foi estendido à todos os regimes de casamento, além da união estável de forma vitalícia, sendo que alguns autores ainda entendem que, mesmo que o cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente constitua nova relação matrimonial ou união estável, o direito a habitação, persistirá.

Como consectário do reconhecimento ao direito real de habitação, os herdeiros legítimos são impedidos de exercer o direito de propriedade de forma ampla. Dessa forma, é que essa matéria merece um tratamento respeitoso alinhando-a com a jurisprudência, posições doutrinárias e legislação, considerando ainda os importantes princípios envolvidos.

Diante disso, esse estudo propõe demonstrar como o direito real de habitação pode colidir diretamente com o direito de propriedade e consequentemente ao decidir pela prevalência de qualquer um desses, haverá o esvaziamento do outro.

Para tanto, foi necessário abordar, além de um breve estudo sobre os direitos reais, importantes conceitos sobre o direito real de habitação e de propriedade, bem como a limitação do mesmo pela função social da propriedade e seus elementos constitutivos. Contudo, o objetivo principal somente pode ser atingido após a análise da legislação pátria, considerando ainda os conhecimentos doutrinários de renomados autores e principalmente pelos importantes julgados sob as mais variadas situações concretas, devidamente colacionados nesse estudo.

2. DIREITOS REAIS OU DIREITO DAS COISAS? NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Os Direitos Reais, também conhecidos por Direito das Coisas, está inserido na Parte Especial do Código Civil de 2002 em seu terceiro Livro. No entanto, há divergências doutrinárias sobre qual a expressão correta a ser utilizada, quando se trata de construir as capas dos manuais de Direito Civil. Flávio Tartuce (2017, p. 17) indaga: “qual a expressão correta a utilizar, Direito das Coisas ou Direitos Reais”?

Caio Mário da Silva Pereira (2017) prefere a utilização do termo “Direitos Reais”, pois vem sendo mais aceita e difundida desde Savigny.

Nesse mesmo sentido, é a preferência de Gagliano e Pamplona Filho (2019).

Até um passado recente, por inspiração alemã, a expressão preferida para o ramo do Direito Civil que se pretende aqui compreender era “Direito das Coisas” (Sachenrecht). Na contemporaneidade, todavia, tem-se preferido utilizar a locução “Direitos Reais” para denominar o segmento da civilística que disciplina a relação jurídica real. Entretanto, salientamos que, em nosso sentir, a utilização de uma denominação por outra não traduz qualquer equívoco, podendo ambas ser tranquilamente utilizadas como sinônimas. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 30).

Na visão de Azevedo (2019), a vivência em sociedade faz com que o ser humano tenha poder sobre os bens corpóreos que o envolve, poden-

do ter a expectativa ou não, que esses venham a incorporar o seu patrimônio. Nesse sentido, tem-se a seguinte definição:

O Direito das Coisas é o conjunto das normas reguladoras das relações jurídicas, com caráter econômico, entre as pessoas, relativamente às coisas corpóreas, capazes de satisfazer às suas necessidades e suscetíveis de apropriação, dentro do critério da utilidade e da raridade. Assim, o objeto do Direito das Coisas são os bens corpóreos com valor econômico (*res quae tangi possunt* – coisas que podem ser tocadas com a ponta dos dedos), sobre as quais pode ser exercido o poder do titular. (AZEVEDO, 2019, p. 19).

Pereira (2017, p. 18) entende que os Direitos Reais são “as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas ou determináveis, tendo como fundamento principal o conceito de propriedade, seja ela plena ou restrita”. Embora o autor adote o termo, Direitos Reais, ele explica que existe uma diferença básica em relação ao Direito das Coisas, pois esta “constitui um ramo do Direito Civil, um campo metodológico. Já os Direitos Reais constituem as relações jurídicas em si, em cunho subjetivo”.

O art. 1.225 do Código Civil de 2002 dispõe que:

Art. 1.225. São direitos reais:

I – a propriedade;

II – a superfície;

- III – as servidões;
- IV – o usufruto;
- V – o uso;
- VI – a habitação;
- VII – o direito do promitente comprador do imóvel;
- VIII – o penhor;
- IX – a hipoteca;
- X – a anticrese.
- XI – a concessão de uso especial para fins de moradia;
- XII – a concessão de direito real de uso;
- XIII – a laje. (BRASIL, 2002).

A propriedade constitui o direito real na coisa própria (*jus in re propria*) e as demais modalidades acima elencadas, são direitos reais na coisa alheia (*jus in re aliena*) que naturalmente comportam limitações de uso, conforme divisão abaixo:

- a) direitos de gozo ou fruição – superfície, servidão, usufruto, uso, habitação, concessão de uso especial para moradia, concessão de direito real de uso, laje;
- b) direitos de garantia – penhor, anticrese e hipoteca;
- c) direito à coisa – promessa de compra e venda. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 46, grifo nosso).

Azevedo (2019, p. 61) informa que “o art. 1.225 do Código Civil enumera, taxativamente, os direitos reais, menos a posse, que é tratada separadamente no Código. Essa enumeração é *numerus clausus*, não podendo os interessados criar outros direitos reais, por convenção”.

No entanto, no presente estudo, o objetivo é analisar o confronto existente entre dois direitos reais; o direito à propriedade e o direito real de habitação. Embora, ambos sejam garantidos pelo ordenamento jurídico pátrio, existem situações em que os mesmos se tornam colidentes, sendo necessária a intervenção do poder judiciário para decidir diante do caso concreto, qual dos institutos prevalecerá.

Posto isso e a fim de contribuir para um melhor entendimento sobre o assunto, é preciso antes debruçar sobre esses direitos reais específicos.

2.1 Direito de propriedade

A propriedade é entendida como o direito real mais completo, sendo que dela derivam-se todos os outros direitos reais.

Há que se destacar ainda que a palavra propriedade, origina-se do latim em *propietas*, inerente ao vocábulo *proprius*, ou seja, próprio, particular. Por fim, indaga-se, mas o que é propriedade?

2.1.1 Conceito

De acordo com Pereira (2017), a propriedade sempre ocupa o campo investigativo dos juristas, no sentido de fixar-lhe um conceito. No entanto, é difícil essa conceituação.

Não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. Muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés, envolve sempre, modifica-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas. Nem se pode falar, a rigor, que a estrutura jurídica da propriedade, tal como se reflete em nosso Código, é a determinação de sua realidade sociológica, pois que aos nossos olhos e sem que alguém possa impedi-lo, ela está passando por transformações tão substanciais quanto àquelas que caracterizaram a criação da propriedade individual, ou que inspiraram a sua concepção feudal. (PEREIRA, 2017, p. 86).

De forma bastante interessante e até mesmo despojada, introduzindo uma visão moderna, Caio Mário Pereira (2017, p. 93), afirma que independente do direito, seja direito real, direito subjetivo ou fundamental, “a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-cristã”.

A ideia de “meu e teu”, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e

incorpóreos independe do grau de cumprimento ou do desenvolvimento intelectual. Não é apenas o homem do direito ou o *business man* que a percebe. Os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças têm dela a noção inata, defendem a relação jurídica dominial, resistem ao desapossamento, combatem o ladrão. Todos

“sentem” o fenômeno propriedade. (PEREIRA, 2017, p. 93).

Continuando, Azevedo (2019, p. 61) entende que “a propriedade é, assim, o estado da coisa, que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa, encontrando-se em seu patrimônio e à sua disposição”.

Porém, é preciso destacar que o art. 5º, XXII da Constituição Federal de 1988, dispõe que a propriedade é um direito fundamental. Mas já no inciso seguinte, determina que ela deverá atender a sua função social.

Percebe-se então, que o conceito desse direito real, passa necessariamente pelo aspecto funcional, não sendo a propriedade um direito absoluto, pois poderá sofrer limitações, tal como dispõe o art. 1.228 do Código Civil vigente.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002).

Azevedo (2019) ensina que o proprietário é aquele que detém todos os poderes para usar, gozar ou fruir, dispor e reivindicar a coisa; porém,

não há que se falar em uso indiscriminado desses direitos, pois existe vedação ao abuso de direito de propriedade.

Flávio Tartuce (2017), a partir da abordagem de outros renomados autores, assim definiu a propriedade:

a propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional. Percebe-se, portanto, que a função social é íntima à própria construção do conceito. Como direito complexo que é, a propriedade não pode sobrelevar outros direitos, particularmente aqueles que estão em prol dos interesses da coletividade. (TARTUCE, 2017, p. 79).

Sendo então um direito básico do ser humano, a propriedade constitui um dos elementos que compõe a sua dignidade, na forma de moradia. A Constituição Federal de 1988 regulamenta em seu art. 6º que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, **a moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Nesse sentido, Tartuce (2017, p. 79) afirma que “concretamente, por meio da propriedade que a pessoa se sente realizada, principalmente quando tem um bem próprio para a sua residência”. Esse patrimônio mínimo para alcançar a vida digna, teria origem na conquista da propriedade

da casa própria, que é de notório conhecimento, a batalha diária travada principalmente pela população com menor poder aquisitivo.

Prosseguindo, é imperioso explanar sobre os atributos inerentes à propriedade que compõem o seu conceito.

2.2 Os elementos conceituais e constitutivos da propriedade

Conforme descrito anteriormente, o proprietário tem o direito de usar, gozar, dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Na linguagem Romana, são chamados de *ius utendi*, *fruendi et abutendi*, depois *disponendi* e *ius rei-vindicandi*.

2.2.1 Direito de usar (*ius utendi*)

O proprietário tem amplos poderes sobre a coisa e dela poderá extrair o que lhe for útil.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 152), é o “direito de tirar do bem todos os seus proveitos, sem que haja alteração em sua substância, ou seja, usar a propriedade de todas as formas previstas ou não vedadas em lei”.

Complementando, Pereira (2017) aduz que o proprietário, além de servir-se de sua propriedade para si ou em benefício de outrem, poderá ainda mantê-la na condição de inerte, sem contudo, exercer tal direito de forma abusiva e em confronto com as normas da boa vizinhança.

2.2.2 Direito de fruir (*ius fruendi*)

De acordo com o art. 1.232 de Código Civil: “Os frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”. (BRASIL, 2002).

Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 152) informam que é o “direito de perceber os frutos e de utilizar os produtos da coisa, ou seja, de fruir ou gozar todos os benefícios lícitos que a propriedade possa proporcionar”.

Nesse contexto, esse direito de fruição é inerente ao poder do proprietário de extrair os frutos naturais e civis produzidos pela coisa, podendo explorá-la para que seus produtos sejam vantajosos economicamente.

2.2.3 Direito de dispor (*ius abutendi* ou *disponendi*)

Inicialmente, o *ius abutendi* é o direito de usar muito. Contudo, Azevedo (2019) alerta que esse verbo não tem mais o mesmo sentido técnico, sendo então substituído pelo *ius disponendi*, ou seja, dispor, alienar.

Gagliano e Pamplona Filho (2019) complementam com a seguinte informação:

Por dispor, entenda-se a prerrogativa de transferir o bem, a qualquer título, o que também abarca a possibilidade de consumi-lo. Esclareça-se, de logo, que inexiste um “direito ao abuso”, como a expressão *ius abutendi* pode equivocadamente soar na primeira leitura (e consistiria em uma violação ao já explicado princípio da vedação ao abuso de direito), mas, sim,

apenas o exercício de um direito de disposição da coisa. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 152).

Importante contribuição é introduzida por Pereira (2017) ao ensinar que esse direito representa a autonomia do proprietário da coisa, pois aquele que pode dispor da coisa, seja doando, alienando, trocando é considerado o verdadeiro dono da coisa; muito mais do que aquele que só usa ou frui.

2.2.4 Direito de reaver (reivindicatio ou rei vindicatio)

Trata-se do direito de sequela. “O direito de reivindicar a coisa, podendo recuperá-la de quem injustamente a possua ou detenha. O proprietário exerce, por ele, assim, seu direito de seguir a coisa, para reivindicá-la”. (AZEVEDO, 2019, p. 64).

Cabe ressaltar aqui que, de acordo com o art. 5º da Constituição Federal de 1988, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Dessa forma, esse direito representa o poder que o proprietário possui de interpor uma ação contra quem esteja conservando consigo sem causa jurídica que o proteja ou possua a coisa injustamente, para poder recuperar a sua propriedade de forma integral.

Como forma de demonstrar a limitação desse direito imposto pela função social da propriedade, destaca-se o § 4º do art. 1.228 do Código Civil, *in verbis*:

O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou

separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. (BRASIL, 2002).

Acrescenta-se que embora esses poderes sejam oponíveis *erga omnes* (que tem efeito frente a todos), existe a limitação especialmente imposta pelo princípio da função social da propriedade. Fato esse que corrobora a impossibilidade do direito absoluto da propriedade.

2.3 O direito de propriedade limitado pela função social

A funcionalização dos direitos, muito em decorrência das mudanças sociais e econômicas vivenciadas no decorrer dos tempos, atinge principalmente o direito de propriedade.

Nos primórdios, tratava-se de um direito absoluto e individual, que foi evoluindo para um sentido mais plural e limitado, tendo sido colocado no plano do interesse social, principalmente pelo enfoque da função social.

Fica, assim, altamente reduzido o interesse privatístico do direito de propriedade, que pode, ainda, sofrer o fenômeno da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, sempre mediante

prévia e justa indenização em dinheiro, ou, ainda, ser utilizada pela autoridade competente, em caso de iminente perigo público, com pagamento indenizatório, se ocorrer prejuízo. (AZEVEDO, 2019, p. 69).

O já transcrito art. 5º, XXIII da Constituição Federal regulamenta que “a propriedade atenderá a sua função social”. Continuando, também em seu art. 170, determina que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e no seu inciso III, reforça a “função social da propriedade”.

Logo, são princípios e propósitos que limitam o conceito e o uso da propriedade. Dantas (2015) entende que

Sob tal prisma, a relação entre “direito” e “função social” é necessariamente adversarial: um se contrapõe ao outro como mecanismo de contenção, pois, se a propriedade é expressão da liberdade, qualquer forma de regulação representa uma violação a um direito que naturalmente todos têm em uma medida absoluta. O desafio aqui é fundamentar as razões pelas quais o proprietário, concebido historicamente pelo pensamento liberal como senhor absoluto de um direito, deveria agora se “conformar” com as limitações ao seu poder empreendidas pelo Estado. (DANTAS, 2015, p. 26).

No Estado Democrático de Direito, “a propriedade dotada de função social é justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função” (GRAU, 2010, apud DANTAS, 2015, p. 29).

Bastante discutido atualmente, também é o direito real de habitação como um instituto limitador do direito de propriedade, sendo alvo de críticas severas nas situações em que esses se confrontam e acabam por criar situações ensejadoras de injustiça entre as partes, seja por qualquer viés em que seja decidido.

2.4 Direito real de habitação (DRH)

Segundo Tartuce (2017), o direito real de habitação é uma forma bastante restrita do direito de fruição, isso porque aquele que possui esse direito poderá apenas habitar o imóvel. É o usufruto no seu menor conteúdo expressivo.

O Código Civil de 2002 em seu art. 1.414 regulamenta que “quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família”. (BRASIL, 2002).

É um direito personalíssimo e intransferível, que figura como beneficiário, o habitador. Esse não pode fruir do imóvel, pois não lhe é dado o direito de praticar atos, como alugar o imóvel, podendo somente residir no imóvel.

As suas modalidades são: a voluntária ou convencional e a legal.

De acordo com o disposto no art. 167 da Lei n. 6.015 de 1973 (Lei de Registros Públicos): “No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I – o registro: (...) 7) do usufruto e do uso sobre imóveis e da habitação, quando não resultarem do direito de família”.

Trata-se de direito real de habitação voluntária ou convencional, que decorre de ato *inter vivos*, de uma convenção entre as partes, de uma declaração unilateral ou por disposição em testamento.

Quanto ao direito real de habitação legal, é decorrente da lei e Tartuce (2017, p. 262) cita que “o art. 1.831 do CC/2002 reconhece ao cônjuge sobrevivente, seja qual for o regime de bens do casamento, a prerrogativa relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.

É um direito que embora possa parecer mais recente, já constava no ordenamento jurídico pátrio desde o advento da Lei nº 4.121/62 (Estatuto

da Mulher Casada), a qual era assegurado ao cônjuge sobrevivente, se casado pelo regime da comunhão universal de bens, o DRH.

2.4.1 Direito real de habitação nas relações sucessórias

O Código Civil de 2002 traz em seu bojo, o assentamento sobre esse direito.

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (BRASIL, 2002).

Também no seio da Lei nº 9.278/96, em seu art. 7º, parágrafo único, encontra-se a proteção à esse direito: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não construir nova união, ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”.

Dessa forma, Azevedo (2019) entende que esse direito deve ser assegurado à qualquer modalidade de união matrimonial.

Braulio Dinarte da Silva Pinto (2015) entende que:

O direito real de habitação é o direito que tem o cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens de seu casamento, de permanecer residindo na morada do casal após o falecimento de seu consorte, desde que aquele imóvel, que era usado para moradia, seja o único bem de natureza residencial a ser inventariado, não havendo limitações temporais ao exercício do di-

reito aqui assegurado, de tal forma que o cônjuge sobrevivente o detém de maneira vitalícia. (PINTO, 2015, p. 1).

Para o autor, o titular do direito precisa exercê-lo caso não haja a sua concretização imediata, requerendo-o nos autos do processo de inventário. No entanto, “ainda que não tenha feito requerimento expresso, desde que esteja a tempo de fazê-lo, poderá o titular do direito real opor o seu direito contra terceiros ou, até mesmo, contra os herdeiros e interessados no inventário e na partilha dos bens”. (PINTO, 2015, p. 1).

Trata-se de direito de moradia e não de usufruto, pois ao cônjuge sobrevivente é vedado realizar a transferência da posse do imóvel para qualquer outra pessoa, independente da forma, onerosa ou gratuita.

No entanto, Pinto (2015) entende que esse cônjuge poderá habitar o imóvel com seus filhos, outros parentes e defende que até mesmo na companhia de um novo marido/esposa ou companheiro(a).

Contudo, Azevedo (2019) entende que a duração do direito de habitação do cônjuge sobrevivente, é temporário. No seu entendimento, a sua extinção poderá ocorrer pela morte e diferente do entendimento esposado por Pinto (2015), que cessando o estado de viuvez, ou seja, se o viúvo(a) contrair novo matrimônio ou nova relação de companheirismo, cessará o seu direito de habitação.

Ponto importante, essa modalidade de DRH é alcançada por qualquer que seja o regime de bens.

Saliente-se que o art. 1.829, inciso I, da Lei 10.406/02, exclui o cônjuge sobrevivente, casado pelo regime da comunhão universal de bens e também aquele casado pelo regime da separação obrigatória de bens, da concorrência com os descendentes, no tocante à titularidade dos bens deixados pelo falecimento

do autor da herança. Porém, não os exclui do direito real de habitação. Desta forma, o cônjuge sobrevivente, no novo ordenamento jurídico civil do Brasil, sempre será aquinhado na sucessão, no mínimo, com o direito real estabelecido no art. 1.831 do Código Civil. (PINTO, 2015, p. 1).

Nessa mesma linha de entendimento, Carvalho (2017) corrobora:

Tem o referido direito por objeto o imóvel residencial em que ex-casal residia por ocasião da morte de um deles, a permitir ao parceiro sobrevivente ali continuar morando a título gratuito e em caráter vitalício, com o fito de garantir-lhe moradia, independentemente de sua participação na herança em propriedade. (CARVALHO, 2017, p. 1).

Entende-se que ao garantir esse direito, estará se consolidando um direito de matriz constitucional, uma vez que garante-se ao parceiro(a) viúvo(a), o direito à moradia que é assegurado pela Constituição brasileira, no rol dos direitos fundamentais.

O requisito essencial para assegurar esse direito real, é a existência do imóvel a ser inventariado onde o casal residia de forma permanente. Logo, são excluídos os imóveis que eram destinados a veraneio, como casas de praia, campo, etc. Também, não é função dos herdeiros determinar qual imóvel, o cônjuge sobrevivente poderá habitar ou em quais condições ou valor.

Saliente-se que tal exigência retira a garantia ao cônjuge sobrevivente, desatendendo ao sentido da criação do instituto, pois o direito real de habitação tem por finalidade impedir que os demais herdeiros deixem o(a) viúvo(a) sem moradia e, portanto, ao desamparo. O fato de existir outro imóvel residencial pode gerar a injustiça de estabelecer a desproteção do cônjuge supérstite, posto que, não raras vezes, a simples existência de um pequeno apartamento, destinado a produzir mais renda ao casal, mas inegavelmente de natureza residencial, poderá retirar o direito de manter-se na morada da família. (PINTO, 2015, p. 2).

Pinto (2015, p. 2) esclarece que “se a morada do casal não era própria e não faz parte do monte mor partilhável, mas entre os bens a serem divididos existe um único imóvel residencial, que não era usado para moradia do autor da herança e de seu consorte”, não restará configurado o DRH, posto que não havia habitação do casal no referido imóvel durante a vida conjugal. Da mesma forma, se existir na herança mais de um imóvel residencial e seja utilizado em locação residencial, não haverá direito à habitação. Nesse sentido, foi a decisão colacionada abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação de Reintegração de Posse.

1. Espólio autor alega que ré, ex-esposa do inventariado, ocupou irregularmente o imóvel após a morte do autor da herança. Procedência.
2. Ré que sustenta, em sua defesa, o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, eis que era casada com o titular do espólio sob o regime de separação de bens, e reside no imóvel objeto da demanda há cerca de 14 anos antes da celebração

do casamento civil do casal. Alegações autorais não elididas pela parte ré.

3. Ré que declarou ser proprietária de outro imóvel.

4. Conjunto probatório que demonstrou que a ré não residiu continuamente no imóvel em questão, e que manteve residência em outro endereço até data posterior ao óbito do inventariado. Inaplicabilidade do direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente previsto no art. 1.831 do Código Civil à presente hipótese.

5. Sentença mantida. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. Recurso improvido”

6. TJRJ, Apelação Cível nº 0039081-65.2011.8.19.0001, 10ª Câmara Cível, relator Desembargador Pedro Saraiva de Lemos, julgada em 04.03.2015. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Oportuno citar que, ainda que o cônjuge sobrevivente possua algum imóvel residencial que seja estranho à herança do falecido, ou seja, não compõe o monte-mor, não constituirá impedimento para que o sobrevivente tenha o direito real de habitação.

Outra questão apresentada é que poderá ser passível de injustiça para os herdeiros legítimos, reside no fato do DRH ser um instituto da sucessão legítima.

Portanto, o fato do cônjuge sobrevivente ser contemplado na sucessão testamentária, quer com herança instituída, quer com legado, não lhe retira o direito à habitação, a não ser que o seu aquinhoamento no testamento seja exatamente a casa de

moradia do casal, onde, não havendo o testamento, o cônjuge supérstite exerceria tal direito sucessório. Aqui o testador poderá deixar, até o limite de sua disponibilidade, somente bens outros diferentes de sua morada, pois tem a certeza de que seu consorte terá, além daquilo que lhe está destinando, o direito real de habitação da residência do casal. Isto, inclusive, vem expressamente definido no art. 1.831, quando salienta que o direito à habitação será exercido sem prejuízo nos demais direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. (PINTO, 2015, p. 2).

Aponta Gagliano e Pamplona Filho (2019), uma situação que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a DRH a viúva, mesmo havendo filhos gerados em união anterior do *de cujus*.

Em abril de 2013, o STJ reconheceu o direito real de habitação sobre imóvel à segunda família de um falecido que tinha filhas do primeiro casamento. A relatora do caso, ministra Nancy Andrighi, adotou entendimento diverso, mas ficou vencida. Em seu voto, ela deu provimento ao recurso especial das filhas do primeiro casamento e determinou a alienação judicial do bem.

A maioria seguiu a posição do ministro Sidnei Beneti, que proferiu o voto vencedor. Ele verificou no processo que todo o patrimônio do falecido já havia sido transferido à primeira esposa e às filhas após a separação do casal. Além disso, enfatizou que o imóvel objeto do conflito era uma “modesta casa situada no interior”. Para Beneti, de acordo com a jurisprudência do STJ, o direito real de habitação sobre o imóvel que

servia de residência do casal deve ser conferido ao cônjuge/companheiro sobrevivente, “não apenas quando houver descendentes comuns, mas também quando concorrerem filhos exclusivos do de cujos”. Ele citou vários precedentes da Corte, entre os quais, “a exigência de alienação do bem para extinção do condomínio, feita pelas filhas e também condôminas, fica paralisada diante do direito real de habitação titulado ao pai”. “A distinção entre casos de direito de habitação relativos a ‘famílias com verticalidade homogênea’ não está na lei, que, se o desejasse, teria distinguido, o que não fez, de modo que realmente pretendeu o texto legal amparar o cônjuge supérstite que reside no imóvel do casal”, destacou Beneti (REsp 1.134.387). (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, P. 554)

Mas, como fica a situação do companheiro(a) quanto ao direito real de habitação? Poderá ser efetivado o fundamental direito constitucional à moradia?

2.4.2 Do direito real de habitação na união estável

A vigência do Código Civil de 2002 consubstanciou em muitas discussões sobre a revogação ou não, do parágrafo único do art. 7.º, da Lei n. 9.278 de 1996, anteriormente citado, porém devido a importância do mesmo, é mister relembrá-lo aqui: “Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não construir nova união, ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família”. (BRASIL, 1996).

Gagliano e Pamplona Filho (2019) concordam que não houve revogação tácita ou expressa do artigo referido acima e negar o DRH ao com-

panheiro(a) em situação sucessória seria uma medida grave e constituiria em um verdadeiro retrocesso da legislação pátria.

O Enunciado nº 117 da I Jornada de Direito Civil, norteia o entendimento para que haja a equiparação. “O direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6.º, caput, da CF/88”. (CJF, 2003).

Assim, também foi a decisão pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.203.144/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/05/2014.

DIREITO DAS SUCESSÕES E DAS COISAS. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO. VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MANUTENÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

1. É entendimento pacífico no âmbito do STJ que a companheira supérstite tem direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do falecido onde residia o casal, mesmo na vigência do atual Código Civil.

Precedentes.

2. É possível a arguição do direito real de habitação para fins exclusivamente possessórios, independentemente de seu reconhecimento

anterior em ação própria declaratória de união estável.

3. No caso, a sentença apenas veio a declarar a união estável na motivação

do decisório, de forma incidental, sem repercussão na parte dispositiva e, por conseguinte, sem alcançar a coisa julgada (CPC, art. 469), mantendo aberta eventual discussão no tocante ao reconhecimento da união estável e

seus efeitos decorrentes.

4. Ademais, levando-se em conta a posse, considerada por si mesma, enquanto mero exercício fático dos poderes inerentes ao domínio, há de ser

mantida a recorrida no imóvel, até porque é ela quem vem conferindo à posse a sua função social.

5. Recurso especial desprovido. STJ, REsp 1.203.144/RS, 2014. (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Finalmente, Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 557) apontam que o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE nº. 878.694, declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e “disciplinou o direito sucessório da(o) companheira(o) –, a fim de que haja uma equiparação com o direito do cônjuge sobrevivente”. Desta forma, os autores entendem que “a extensão do direito de habitação em favor de quem viveu em união estável com o falecido (ou falecida) ganhou mais força, justificando-se, portanto, em uma inafastável perspectiva constitucional”.

3. O CONFRONTO ENTRE O DRH E O DIREITO DE PROPRIEDADE NAS RELAÇÕES SUCESSÓRIAS

Existem situações em que dois direitos garantidos pelo ordenamento jurídico serão confrontados por estarem em lados opostos. É o caso do direito de propriedade sobre fração de imóvel e o direito real de habitação.

De um lado, encontra-se o cônjuge ou companheiro(a) que residia no imóvel com o *de cujus* e do outro, os herdeiros legítimos.

No julgamento do Resp nº 1.134.387/ SP em 2013, a ministra Nancy Andrighi, da 3ª turma do STJ, entendeu que “é necessário ponderar sobre a prevalência de um dos dois institutos, ou, ainda, buscar uma interpretação sistemática que não acabe por esvaziar totalmente um deles, em detrimento do outro”.

Carvalho (2017, p. 2) afirma que “uma vez reconhecido esse direito, os sucessores plenos do hereditando, em especial seus herdeiros necessários, terão, durante correspondente exercício por parte do habitador, tão só a nua-propriedade, ou seja, a raiz do bem, assim como a sua posse indireta”.

DIREITO DAS SUCESSÕES. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO ABERTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

1. O Código Civil de 2002 regulou inteiramente a sucessão do companheiro, ab-rogando, assim, as leis da união estável, nos termos do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Portanto, é descabido considerar que houve exceção apenas quanto a um parágrafo.

2. É bem verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em

união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria à conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que não parece verdadeiro pela regra da Constituição Federal.

3. A parte final do § 3º do art. 226 da Constituição Federal consiste, em verdade, tão somente em uma fórmula de facilitação da conversão da união estável em casamento. Aquela não rende ensejo aum estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez a este.

4. No caso concreto, o fato de a companheira ter adquirido outro imóvel residencial com o dinheiro recebido pelo seguro de vida do falecido não resulta exclusão de seu direito real de habitação referente ao imóvel em que residia com o companheiro, ao tempo da abertura da sucessão.

5. Ademais, o imóvel em questão adquirido pela ora recorrente não faz parte dos bens a inventariar.

6. Recurso especial provido. Resp 1249227, 4ª Turma, relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 17.12.2013. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

É possível que o direito de propriedade dos herdeiros legítimos não seja tão prejudicado em diversas situações, como aquelas em que existam outros bens a inventariar, mesmo que não se trate de um imóvel residencial. Porém, algumas situações ensejarão injustiças enormes.

Imagine-se alguém que possui muitos imóveis residenciais e que seja casado pelo regime da separação convencional de bens com outrem que seja proprietário de um único imóvel residencial, justamente aquele que era usado para moradia do casal. Falece o detentor do único imóvel. No inventário existirá, para ser partilhado, um único imóvel residencial. Terá o cônjuge sobrevivente, proprietário exclusivo de inúmeros imóveis residenciais, direito real de habitação? (PINTO, 2015, p. 2).

Outra situação, bastante cotidiana é aquela em que existe um único filho, herdeiro legítimo e um único imóvel em que o *de cujus* residia com sua companheira, sendo que esse imóvel foi adquirido em período anterior ao início da união estável. No decurso do inventário, essa companheira consegue comprovar a existência dessa união estável *post mortem*. Esse único filho do *de cujus*, continuará a não poder dispor desse importante bem, mesmo em estado de carência e necessidade, uma vez que, para tanto, deverá aguardar o falecimento da companheira de seu pai ou que ela contraia matrimônio ou construa nova união estável?

Carvalho (2017, p. 2) afirma que “a aplicação do direito real de habitação ainda clama por observar, no caso concreto, relevante aspecto quanto ao seu efetivo reconhecimento, porquanto dois fundamentais direitos, amiúde, estão a colidir”.

De um lado temos o fundamental direito de propriedade, garantido pela Carta Magna em seu art. 5º, XXIII aos herdeiros necessários do hereditando (os preferenciais descendentes do falecido, na conformidade do inciso I do art. 1.829 do CC), normalmente, posto já dito, os titulares do bem imóvel objeto do direito pretendido e, de outro, os interesses daquele que

afirma sua titularidade no direito real menor, isto é, o direito real de habitação (direito à moradia, art. 6º da CRFB) assentado a favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente. (CARVALHO, 2015, p. 2).

É importante o julgado abaixo.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO REAL DE MORADIA. COMPANHEIRA FALECIDA QUE NÃO ERA PROPRIETÁRIA DO BEM, MAS APENAS MEEIRA, COPROPRIETÁRIA DO IMÓVEL JUNTAMENTE COM SEUS DOIS FILHOS, ORA RÉUS.

1. Autor que relata ter convivido maritalmente com a mãe dos demandados por cerca de 10 (dez) anos até o falecimento da mesma em 08/06/2011. Sustenta que após o falecimento da convivente foi autorizado pelos réus a continuar residindo no antigo lar do casal por mais um período, até que pudesse encontrar uma nova residência. Aduz que à época encontrava-se amparado pelo benefício do auxílio-doença, situação que mantém até a data do ajuizamento da demanda, e que passados 3 (três) meses do “acordo” celebrado foi retirado da casa mesmo sem possuir condições de encontrar outro imóvel para morar. Alega possuir direito real de habitação conforme previsão do artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96. Nesse sentido, requer a procedência do pedido, a fim de que seja reconhecido seu direito de morar na antiga residência do casal até que tenha condições de conseguir nova residência ou, subsidiariamente, seja arbitrado um aluguel no valor em que se localiza referido imóvel.

2. Sentença de improcedência dos pedidos em face da qual apelou o autor onde reiterou a interposição do agravo retido requerendo sua apreciação. No mérito o apelante pugnou pelo reconhecimento da existência do direito real de moradia na hipótese em apreço.
3. Agravo retido devidamente reiterado e que resta rejeitado. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Juiz é o destinatário das provas.
4. Patrimônio adquirido pela genitora dos réus, por meação, anteriormente à união estável estabelecida com o requerente. Imóvel que passou a pertencer aos réus, seus filhos, em condomínio, após o falecimento da genitora.
5. O direito real de habitação não se confunde com o direito real de propriedade dos herdeiros necessários e não pode sobre ele prevalecer. Benefício do parágrafo único do artigo 7º da Lei nº 9.278/96 que não possui caráter absoluto e generalizado, devendo ser analisado à luz das nuances circunstanciais que o caso apresenta.
6. Precedentes desta Corte de Justiça Estadual sobre o tema.
7. Companheiro sobrevivente em idade produtiva, com profissão definida, ostentando condições de estabelecer moradia mediante esforço próprio, tanto que passou a residir em outro local desde a entrega do imóvel em janeiro de 2012.
8. Recurso a que se nega seguimento com fulcro no artigo 557, caput do CPC” 9. TJRJ, Apelação Cível n.º 0044249-74.2013.8.19.0002, 8ª Câmara Cível, relator Desembargador Augusto Alves Moreira Junior, julgada em 08/10/2015. (CARVALHO, 2017, p.1, grifo nosso).

No caso em tela, o julgador observou-se que existiam dois direitos garantidos pelo ordenamento, quais sejam, o direito de propriedade buscado pelos filhos e o DRH do companheiro da falecida, em situação contraposta. Por fim, entendeu-se que o DRH não é absoluto e não poderia prevalecer sobre o direito de propriedade dos herdeiros, sendo analisado à luz das nuances circunstanciais do caso. Caso fosse concedido ao companheiro, o direito real de habitação, os herdeiros legítimos seriam impedidos de receber a herança, sendo a mesma postergada até o fim da vida do companheiro. Nesse sentido, também apresenta-se o julgado abaixo:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA, DURADOURA E COM OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA. DESNECESSIDADE DE PROLE EM COMUM PARA CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO DA COMPANHEIRA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE SOLIDARIEDADE FAMILIAR.

1. A autora trouxe farta prova documental a comprovar o relacionamento afetivo e a convivência, o que também foi corroborado pela prova testemunhal.

2. A falta de filhos em comum não descaracteriza a união estável, pois se deve considerar que a autora e o falecido já possuíam filhos maiores e já contavam, respectivamente, com 67 (sessenta e sete) e 79 (setenta e nove) anos de idade quando do início da união estável, razão pela qual é compreensível que a família que desejavam estabelecer se resumiria ao convívio como casal e à participação na vida particular e familiar

do outro. – Ademais, a união estabelecida atende o requisito do artigo 1.723, § 1o do Código Civil quanto à inexistência de impedimento para o casamento uma vez que a autora era viúva e seu falecido companheiro já se encontrava separado judicialmente.

3. O direito real de habitação sobre o imóvel destinado à moradia da família, no que tange a união estável, encontra-se positivado no parágrafo único do artigo 7o da Lei 9278/96. Entretanto, neste caso concreto, importante observar que existem dois direitos garantidos pela legislação brasileira que se apresentam contrapostos em certas situações: o direito de propriedade sobre a fração de imóvel, buscado pelos filhos que pretendem ver garantido o direito à herança após a morte de seu ascendente e o direito real de habitação do companheiro sobrevivente que residia no imóvel e pretende preservar sua moradia.

4. Quanto mais não fosse a legislação especial, quando positivou o direito real de habitação, o fez com relação a bem que tivesse sido adquirido mediante esforço comum dos conviventes, o que não é a hipótese dos autos.

5. No caso dos autos, o imóvel foi adquirido pelo falecido ao menos dez anos antes da constituição da união estável, inexistindo qualquer esforço da autora que eventualmente tenha contribuído para a aquisição. Ou seja, nunca existiu trabalho ou colaboração comum entre autora e falecido para a aquisição do bem, o que se considera um requisito necessário a configuração do direito real de habitação pela Lei 9.298/96. Precedente.

6. O regime da separação obrigatória de bens, na forma do artigo 1.641, II do Código Civil, é também aplicável às uniões estáveis. Precedentes. Assim, considerando o regime de bens

que regula a união estável do extinto casal, a autora não possui direitos em relação ao imóvel, não figurando como meeira, nem herdeira do falecido.

7. A procedência parcial dos pedidos atrai a aplicação da regra do caput do artigo 21 do Código de Processo Civil. **PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.**

8. TJRJ, 22a Câmara Cível, Apelação Cível n.º 0301422-12.2012.8.19.0001, Rel. Des. Carlos Alberto Santos de Oliveira, julgada em 14.1.2014. (CARVALHO, 2017, grifo nosso).

Contudo, não existe consenso nas decisões em casos semelhantes, o que contribui por vezes com sentenças injustas, diante do confronto entre dois direitos tão importantes e basilares para a vida digna da pessoa humana.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse estudo foi demonstrar como o direito real de habitação pode colidir diretamente com o direito de propriedade e consequentemente ao decidir pela prevalência de qualquer um desses, haverá o esvaziamento do outro.

É cediço que o direito real de habitação ao cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente é assegurado de forma vitalícia e alguns autores entendem que esse direito não se desfaz mesmo diante de novo casamento ou união estável. Dessa forma, os herdeiros legítimos, não terão a propriedade do imóvel no verdadeiro sentido da palavra, com todos os seus elementos conceituais (de usar, gozar, dispor e reavê-la), uma vez que o direito real de habitação limita o direito de propriedade.

Percebe-se pelos vários julgados colacionados nesse estudo, a preocupação autoral em demonstrar as variadas situações em que o direito real de habitação fora arguido e com decisões diversas diante da realidade fática de cada caso, sendo demonstrado que o direito real de habitação não tem sido considerado absoluto, assim como o direito de propriedade também é limitado, seja pelo princípio da função social, seja pelo DRH. Contudo, ambos são responsáveis por efetivar o direito constitucional à moradia.

Embora haja consenso que o direito real de habitação está ligado ao princípio da solidariedade familiar, bem como à dignidade da vida humana, há que se considerar também esse último princípio no direito da propriedade do(s) herdeiro(s), principalmente quando o imóvel foi adquirido pelo *de cujus* em data anterior à vigência do casamento ou da união estável, além de ser o único bem a inventariar. Nessa situação, haverá verdadeira violação de direitos de outrem, caso seja reconhecido o direito real de habitação.

Importante destacar que não houve aqui, a pretensão de esgotar o tema, até mesmo porque, é bastante complexo por envolver direitos e princípios tão relevantes que impactam diretamente na construção da vida digna. Porém, a autora teve a preocupação em apresentar algumas decisões, com base em situações bastante distintas, a fim de demonstrar casos concretos em que esses direitos realmente se tornam colidentes, principalmente quando se trata das situações em que envolvem famílias de baixa renda, que na maioria das vezes, só têm um único imóvel a inventariar e o peso de uma decisão judicial se tornará um consectário na vida digna e certamente restará sempre um sentimento que a justiça não foi alcançada, seja por qual direito envolvido na lide, decidir ou garantir o intérprete da lei.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil: direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Diário Oficial da União, Brasília, 3 set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 23 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015original.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 10 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial nº 1.203.144 – RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/05/2014. disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/133719303/recurso-especial-n-1203144-rs-do-stj>>. Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário nº 878.694. Relator: Ministro Roberto barroso. 2017. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=306841295&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial nº 1.134.387/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23334709/recurso-especial-resp-1134387-sp-2009-0150803-3-stj/inteiro=-teor23334710-?ref-juris-tabs>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Recurso Especial nº 1249227/SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgada em 17.12.2013. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2013-12-17;1249227-1338210>>. Acesso em: 11 set. 2019.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito real de habitação sucessório: questões controversas e necessidade de ajuste interpretativo e legislativo. 2017. Disponível em:<<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/444135393/direito-real-de-habitacao-sucessorio>>. Acesso em: 24 set. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Civil. Enunciado 117. 5 ago. 2003. Disponível em:< <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2019.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário: uma proposta de releitura do princípio constitucional. Revista de Informação Le-

gislative. Ano 52, Número 205 jan./mar. 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509941>>. Acesso em: 19 set. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: direitos reais. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MICHIELINI, Roziane do Amparo Araújo. Artigo científico: formato ABNT. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pró-reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Belo Horizonte, 2018. Disponível em www.pucminas.br/biblioteca. Acesso em: 24 set. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINTO, Bráulio Dinarte da Silva. Direito real de habitação no novo código civil. 2015. Disponível em: <<http://www.brauliopinto.com.br/artigos/2/direito-real-de-habitacao-no-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 19 set. 2019.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. Orientações para elaboração de trabalhos científicos: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 3. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2019. Disponível em: <www.pucminas.br/biblioteca>. Acesso em: 24 set. 2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. TJRJ. Apelação Cível nº 0039081-65.2011.8.19.0001. Relator: Desembargador Pedro Saraiva de Lemos, 10ª Câmara Cível, julgada em 04.03.2015. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/372881430/apelacao-apl-390816520118190001-rio-de-janeiro-capital-39-vara-civel/inteiro-teor-372881442?ref=amp>>. Acesso em: 11 set. 2019.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito das Coisas. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LIMITAÇÕES DA PROPRIEDADE NO DIREITO DE VIZINHANÇA E CONDOMINIAL

Ana Helena Rebouças Rosa ²¹

Roberta Souza Silva Pinto ²²

Resumo: O presente artigo científico busca analisar as limitações do direito da propriedade, constitucionalmente garantido, no que se refere, principalmente, a função social da propriedade, o direito de vizinhança e o direito condominial. Para tanto, serão analisados casos concretos retratados em jurisprudências de tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de uma investigação jurídica feita a partir da utilização do método analítico-dedutivo, tendo como embasamento a pesquisa bibliográfica e análise do ordenamento jurídico. Espera-se que, ao final, promovam-se esclarecimentos e a expansão de conhecimento relacionados à temática, a fim de se contribuir em busca de um maior aprofundamento em relação à aplicação do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Propriedade. Função Social. Vizinhança. Condomínio. Convenção.

21 Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Bacharel em Letras pela Universidade Federal de Minas Gerais, Advogada, pós-graduanda em Direito Civil pela PUC Minas, anahelenarr@hotmail.com.

22 Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Advogada, pós-graduanda em Direito Civil pela PUC Minas, souzasp.roberta@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O direito de propriedade, apesar de ser um direito fundamental garantido no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal, não é um direito absoluto. Visando conjugar os interesses individuais e coletivos, o direito de propriedade foi flexibilizado ao longo do tempo, possuindo, no contexto de um Estado Democrático de Direito, limitações constitucionais e reflexos infraconstitucionais, como, por exemplo, a função social, assegurada no inciso XXIII da Constituição.

A função social promove uma limitação ao direito de propriedade, assim como as restrições geradas a partir do direito de vizinhança e do direito condominial. É evidente a importância dessas limitações, uma vez que as restrições visam conter o uso abusivo das propriedades e garantir uma boa convivência da coletividade – conforme se verá no decorrer desse artigo.

Assim, são objetivos da presente pesquisa levantar conceitos necessários para o entendimento das limitações do direito de propriedade, com o foco nas limitações geradas a partir das normas de direito de vizinhança, direito condominial e em razão da pandemia do Covid-19. Pretende-se promover uma reflexão crítica, observando diversos entendimentos dos tribunais, a fim de permitir se concluir pela relatividade do direito de propriedade.

Trata-se de uma investigação jurídica feita a partir da utilização do método analítico-dedutivo, tendo como embasamento a pesquisa bibliográfica e análise do ordenamento jurídico. Espera-se que, ao final, promovam-se esclarecimentos e a expansão de conhecimento relacionados à temática, a fim de se contribuir em busca de um maior aprofundamento em relação à aplicação do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro.

O tema encontra relevância no atual estado de direito, bem como justifica-se pela necessidade de se ponderar o direito individual de propriedade com o bem comum e a paz social da coletividade.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito de propriedade é um direito fundamental assegurado no artigo 5º, inciso XXII da Constituição da República de 1988, considerado como direito real pelo Código Civil. Em relação à definição do direito de propriedade, Carlos Roberto Gonçalves (2012) afirma que:

Considerando-se apenas os seus elementos essenciais, enunciados no art. 1.228 retrotranscrito, pode-se definir o direito de propriedade como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha. (GONÇALVES, 2012, p. 194).

Já para Orlando Gomes (2004):

[...] a propriedade é um direito complexo, podendo ser conceituada a partir de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, para o jurista baiano, a propriedade é a submissão de uma coisa, em todas as suas relações jurídicas, a uma pessoa. No sentido analítico, ensina o doutrinador que a propriedade está relacionada com os direitos de usar, fruir, dispor e alienar a coi-

sa. Por fim, descritivamente, a propriedade é um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa está submetida à vontade de uma pessoa, sob os limites da lei. (GOMES, 2004 apud TARTUCE, 2018).

Flávio Tartuce (2018) afirma que “pode-se definir a propriedade como o direito que alguém possui em relação a um bem determinado” (TARTUCE, 2018, p. 909). Assim, verifica-se que o direito de propriedade é definido a partir da existência de um bem e das relações jurídicas construídas a partir desse bem, abrangendo assim, as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar deste.

O Código Civil, apesar de não definir o conceito de propriedade, dispõe apenas em seu artigo 1.228 acerca das faculdades inerentes ao proprietário, quais sejam: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (BRASIL, 2002).

A faculdade de usar diz respeito ao aproveitamento da coisa, conforme sua destinação econômica. Assim, o proprietário pode permitir que o uso seja feito por um terceiro. A faculdade de gozar ou fruir corresponde ao aspecto da exploração econômica dessa coisa, que permite e abrange a extração dos frutos e produtos provenientes dela. Quanto à faculdade de dispor, verifica-se que esta corresponde ao direito do proprietário de alterar e escolher a destinação do bem, podendo, portanto, alienar o bem ou destruí-lo e abandoná-lo. Já em relação à faculdade de reivindicar, ela permite que o proprietário se imponha, impedindo a interferência indevida de um terceiro (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 1006-1007).

Ainda em relação ao artigo 1.228 do atual Código Civil, verifica-se que a redação do dispositivo apresenta diferenças em relação ao art. 524 do Código Civil de 1916, cujo caput previa que

“A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. Isso porque não há mais a previsão da existência de direitos relativos ao uso, fruição e disposição da coisa, mas sim de faculdades jurídicas, o que foi feito no sentido de abrandar o sentido do texto legal. (TARTUCE, 2018, p. 910).

Para Flávio Tartuce (2018) a alteração da redação do artigo demonstra o rompimento do caráter individualista da propriedade, que prevalecia na visão anterior, uma vez que a substituição da palavra “direitos” por faculdade demonstra que a propriedade não mais corresponde a algo absoluto (TARTUCE, 2018, p. 910).

Nesse sentido, verifica-se que a definição da propriedade não foi sempre a mesma ao longo do tempo. De acordo com o contexto e a realidade da época, o conceito de propriedade variava de acordo com os valores e parâmetros de uma determinada legislação.

No direito romano, a propriedade tinha caráter individualista. Na Idade Média, passou por uma fase peculiar, com dualidade de sujeitos (o dono e o que explorava economicamente o imóvel, pagando ao primeiro pelo seu uso).

[...]

Após a Revolução Francesa, a propriedade assumiu feição marcadamente individualista. No século passado, no entanto, foi acentuado o seu caráter social, contribuindo

para essa situação as encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, e Quadragésimo Ano, de Pio XI. O sopro da socialização acabou, com efeito, impregnando o século XX, influenciando a concepção da propriedade e o direito das coisas. (GONÇALVES, 2012, p. 205).

Além disso, o artigo 1.231 do Código Civil determina que “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário” (BRASIL, 2002). A propriedade é plena uma vez que sua duração se perpetua no tempo. Em relação à exclusividade, a coisa não pode pertencer a dois titulares ao mesmo tempo. Destaca-se que “tal noção não se choca com a de condomínio, pois cada condômino é proprietário, com exclusividade, de sua parte ideal. Os condôminos são, conjuntamente, titulares do direito; o condomínio implica divisão abstrata da propriedade” (GONÇALVES, 2012, p. 204).

Muitos doutrinadores, como por exemplo, Orlando Gomes e Flávio Tartuce, afirmam também que a propriedade contém a característica da elasticidade, uma vez que “a propriedade pode ser distendida ou contraída quanto ao seu exercício, conforme sejam adicionados ou retirados os atributos que são destacáveis”. (TARTUCE, 2018, p. 913).

Portanto, a propriedade é um direito real completo e complexo, proporcionando ao titular o poder de exercer todos os atributos que a caracterizam. Em um contexto atual de um Estado Democrático de Direito, a propriedade é apenas um dos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, não possuindo valor hierarquicamente superior a nenhum outro. Assim, como veremos no decorrer desse texto, existem normas na própria legislação que permitem situações em que a propriedade deve ser relativizada.

2.1 Função Social da Propriedade

O artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal determina que “a propriedade atenderá a sua função social”. Nesse mesmo sentido, o parágrafo primeiro do artigo 1.228 do Código Civil afirma que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas” (BRASIL, 1988; BRASIL, 2002).

Assim, a função social da propriedade revela que o interesse individual e particular da propriedade tem que ser compatível com o interesse social de toda a coletividade, orientando e limitando a atuação da propriedade.

Flávio Tartuce (2018) afirma que “a propriedade deve sempre atender aos interesses sociais, ao que almeja o bem comum, evidenciando-se uma destinação positiva que deve ser dada à coisa” (TARTUCE, 2018, p. 915).

A função social impõe limites negativos e positivos, limitadores e impulsionadores em atenção ao direito de propriedade – não ao interesse externo da administração, da sociedade ou de vizinhos –, haja vista que todas as normas que se identificam com aquele princípio estão no interior do direito subjetivo, modelando e conformando a propriedade, incentivando a sua adequada fruição, de modo a evitar que o exercício do domínio se revele ocioso ou especulativo. A função social, portanto, é princípio básico que incide no próprio conteúdo do direito de propriedade, somando-se às quatro faculdades conhecidas

(usar, gozar, dispor e reivindicar). (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 1010).

Leon Duguit foi o primeiro autor a defender que a propriedade gerava para o proprietário o dever de utilizá-la no interesse da sociedade. (MELO, 2013). Para o mencionado autor:

[...] a propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder. (DUGUIT apud GONÇALVES, 2012).

A partir da consolidação de um Estado Social, o caráter individual da propriedade, estabelecido no contexto do Estado Liberal, foi substituído pela ideia de que a propriedade deveria estar de acordo com o interesse de toda a sociedade, e não somente dos proprietários.

A título exemplificativo, a Constituição Federal de 1988 elenca em seus dispositivos, como por exemplo no título VII, que versa sobre a ordem econômica e financeira, a defesa da função social nas propriedades urbanas de acordo com os bens e interesses da coletividade e das cidades.

Nesse sentido, a lei nº 10.257/2001 – Estatuto das Cidades – determina que uma propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais expressas no plano diretor das cidades, assegurando a qualidade de vida, a justiça social e o desenvolvimento das atividades econômicas.

Já o artigo 186 da Constituição determina que a função social da propriedade rural é cumprida quando há um aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Caso não cumprida a função social dessas propriedades, poderão ser estabelecidas sanções, como por exemplo a edificação compulsória, a desapropriação para fim de reforma agrária, podendo ainda ser instituído a perda da propriedade por usucapião.

Para Cristiano Chaves de Faria, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenthal (2017):

A síntese entre a tutela dos direitos de propriedade e o resguardo ao acesso ao mínimo existencial propiciará a possibilidade de uma equilibrada construção da locução função social das propriedades por um viés que se aproxime do Estado Democrático de Direito e não do Estado Social, como costumeiramente percebido na doutrina brasileira. Se a democracia pressupõe um regime que considere as pessoas livres e iguais com respeito à dignidade de cada ser humano - proprietário ou não proprietário-, ela exigirá que o Estado contenha sua postura arbitrária em favor da preservação das liberdades econô-

micas e civis sem se descurar de conceder garantias de inclusão social para a massa da população, para que as liberdades se exercitem com autonomia real. (FARIAS, NETTO, ROSENVALD, 2017, p. 1412).

Assim, destaca-se que a função social não está atrelada, necessariamente, ao fim de moradia, de exploração econômica, prestação de um serviço relevante ou à função socioambiental. Ela pressupõe que o bem seja utilizado adequadamente, de acordo com a boa-fé objetiva, representando, assim, uma limitação à propriedade. (MOREIRA, 2015, p. 5).

3. LIMITAÇÕES DA PROPRIEDADE NO DIREITO DE VIZINHANÇA E CONDOMINIAL

Conforme já foi possível observar, o direito de propriedade é um direito constitucionalmente garantido em seu artigo 5º, inciso XXII, que prevê que a todos “é garantido o direito de propriedade”.

Ocorre que, tal como outros direitos garantidos na Carta Magna, este direito não é absoluto, encontrando limitações face a outros direitos, inclusive ao direito de propriedade do outro. Tais limitações são decorrentes de lei, sendo elas limitações Constitucionais, restrições administrativas, restrições de natureza militar, restrições destinadas a proteger a lavoura, o comércio ou a indústria, limitações decorrentes das leis eleitorais e limitações baseadas no interesse privado (DINIZ, 2002, p. 216-217).

Como já abordado, uma das limitações ao direito de propriedade é encontrada na função social, posto que pressupõe que o bem seja utilizado adequadamente, de acordo com a boa-fé objetiva. Neste próximo tópico serão abordadas as limitações do direito de propriedade agora no que concerne aos direitos de vizinhança e condominial, observando casos

práticos e entendimentos sedimentados. Por fim, será abordada a limitação atualmente vivenciada no que se refere à pandemia causada pelo vírus do Covid-19.

3.1 Direito de vizinhança e o uso abusivo da propriedade

O direito de vizinhança é o conjunto de normas que limita as faculdades inerentes aos proprietários, visando conjugar os interesses individuais e os interesses coletivos dos imóveis presentes na vizinhança. “Consideram-se prédios vizinhos os que podem sofrer repercussão de atos propagados de prédios próximos ou que com estes possam ter vínculos jurídicos. São direitos de vizinhança os que a lei estatui por força desse fato” (GOMES, 2004 apud TARTUCE, 2018, p. 994).

Carlos Roberto Gonçalves (2012) afirma que:

As regras que constituem o direito de vizinhança destinam-se a evitar conflitos de interesses entre proprietários de prédios contíguos. Têm sempre em mira a necessidade de conciliar o exercício do direito de propriedade com as relações de vizinhança, uma vez que sempre é possível o advento de conflitos entre os confinantes. (GONÇALVES, 2012, p. 298).

Conforme foi possível observar, o direito de vizinhança possui uma conceituação bastante ampla, podendo abarcar, não só aquele que vive ao lado, mas também todo aquele indivíduo que vive nas proximidades e que pode ser afetado por este.

O Código Civil trata da matéria em seu Capítulo V e dispõe de inúmeras limitações ao direito de propriedade, com a finalidade de evitar o seu uso indevido e coibir interferências abusivas entre moradias próximas.

Já no primeiro artigo do capítulo, há a previsão expressa de que, havendo o uso anormal da propriedade, de forma a prejudicar o outro, caberia a tomada das medidas cabíveis fazendo cessar o mau uso. Assim dispõe o artigo 1.277 do diploma legal:

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança. (BRASIL, 2002).

Pode-se observar que se trata de uma cláusula aberta, cabendo inúmeras interpretações e aplicações, devendo, sempre, ser analisado o caso concreto. Para Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosendal, trata-se do “princípio geral a que se subordinam as relações de vizinhança”, em que “o proprietário, ou o possuidor, não podem exercer seu direito de forma que venha a prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que habitam o prédio vizinho” (FARIAS; NETTO; ROSEN-VALD, 2017, p. 1508).

Carlos Roberto Gonçalves (2012) defende que os atos prejudiciais ao sossego, segurança, e a saúde podem ser classificados em atos abusi-

vos, ilegais e lesivos. Os atos abusivos são aqueles em que o titular exerce seu direito irregularmente, em sua propriedade, descumprindo com a finalidade social do imóvel. Já os atos ilegais representam os atos ilícitos, incidindo, assim, o artigo 186 do Código Civil. Por fim, os atos lesivos são aqueles atos que causam danos ao vizinho, mesmo que a atividade seja autorizada ou não se esteja fazendo uso anormal da propriedade. Portanto, defende que o artigo 1.277 do Código Civil abrange os atos ilegais e abusivos, configurando, o uso anormal da propriedade. (GONÇALVES, 2012, p. 300).

Em relação ao parágrafo único do artigo 1.277, verifica-se que o uso anormal da propriedade é definido, então, a partir de certos parâmetros, como a natureza da utilização e a localização do prédio. A título exemplificativo, Flávio Tartuce (2018) cita que “[...] em uma localidade praiana destinada a bares noturnos (conforme normas regulamentares do próprio Município) deve existir uma tolerância maior ao barulho. O raciocínio não é o mesmo se a casa noturna ou o bar se localizar em uma região essencialmente residencial”. (TARTUCE, 2018, p. 996).

Nesse sentido, o vizinho que sofre as interferências pode utilizar de algumas alternativas para resguardar o seu sossego, saúde e segurança. Muitas das brigas entre vizinhos fogem da mera discussão administrativa e chegam ao judiciário, havendo, o Superior Tribunal de Justiça, firmado vários entendimentos sobre o tema. Primordialmente, a jurisprudência construída pretende proteger o direito individual de propriedade e, ao mesmo tempo, promover o bem da coletividade e preservar a convivência harmônica e saudável entre vizinhos.

Assim, inúmeras situações podem levantar a aplicação da cláusula geral e o pedido de ressarcimento por eventuais danos. Como exemplo, tem-se o Resp 1313641/RJ julgado pelo STJ em 2012 que condenou ao pagamento de indenização por dano moral o vizinho responsável por apartamento de que se origina infiltração não reparada depois de grande

lapso temporal, provocando constante e intenso sofrimento psicológico ao proprietário do outro apartamento. (BRASIL, REsp 1313641/RJ, 2012).

Outro exemplo de aplicação do dispositivo foi no Resp 1.096.639, em que ficou evidenciado que a empresa que se estabeleceu em edifício, cuja destinação era tanto comercial quanto residencial, atentou contra o sossego de outro morador em razão do excesso de ruído causado por equipamento que funcionava ininterruptamente, afetando a sua qualidade de vida. (BRASIL, REsp 1096639/DF, 2009).

Para além da regra geral, o capítulo prevê, ainda, inúmeras regras limitadoras da propriedade, tais como as relacionadas às árvores limítrofes, passagem forçada, passagem de cabos e tubulações, águas, limitações entre prédios, direito de tapagem e o direito de construir.

No REsp 1.531.094, por exemplo, firmou-se o entendimento de que a proibição de abrir janelas, ou fazer terraço ou varanda, a menos de um metro e meio do terreno vizinho não pode ser relativizada, nos termos do art. 1.301 do Código Civil. O entendimento pressupõe que o dispositivo legal “possui caráter objetivo, traduzindo verdadeira presunção de devassamento, que não se limita à visão, englobando outras espécies de invasão (auditiva, olfativa e principalmente física)” (BRASIL, REsp 1531094/SP, 2016).

Dessa forma, é possível constatar que o direito de vizinhança é um forte instrumento de limitação do direito de propriedade, em prol do bem comum, da paz social e da boa convivência.

3.2 Direito condominial e suas convenções

O condomínio é consolidado quando uma coisa ou bem pertence a mais de uma pessoa. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012), “[...] quando os direitos elementares do proprietário (CC, art. 1.228) pertence-

rem a mais de um titular, existirá o condomínio ou domínio comum de um bem”. (GONÇALVES, 2012, p. 326). No mesmo sentido afirma Flávio Tartuce (2018), “verifica-se a existência do condomínio quando mais de uma pessoa tem o exercício da propriedade sobre determinado bem” (TARTUCE, 2018, p. 1014). Há duas espécies de condomínio no Direito Civil, o condomínio geral e o edilício.

Especificamente em relação ao condomínio edilício, o artigo 1.333 do Código Civil determina que “pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos” (BRASIL, 2002). Assim, Carlos Roberto Gonçalves define que:

Caracteriza-se o condomínio edilício pela apresentação de uma propriedade comum ao lado de uma propriedade privativa. Cada condômino é titular, com exclusividade, da unidade autônoma (apartamento, escritório, sala, loja, sobreloja, garagem) e titular de partes ideais das áreas comuns (terreno, estrutura do prédio, telhado, rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, calefação e refrigeração centrais, corredores de acesso às unidades autônomas e ao logradouro público etc.) (CC, art. 1.331). (GONÇALVES, 2012, p. 327).

Nesse sentido, condomínio edilício se configura pela titularidade exclusiva de unidade autônoma por cada condômino e cotitularidade das partes comuns. Em razão dessa vinculação, assim prevê o § 3º do art. 1.331 do CC “a cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns (...)”. (BRASIL, 2002).

Uma das peculiaridades do condomínio edilício, que não possui o condomínio geral, é a instituição de Convenção de Condomínio. Assim dispõe o art. 1.333 do Código Civil:

Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.

Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis. (BRASIL, 2002).

Primeiramente cabe ressaltar que, nos termos do dispositivo legal, a Convenção de condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis para ser oponível contra terceiros, isto é, ter efeito *Erga Omnes*. Caso não haja o efetivo registro, mas seja aprovada em assembleia pelos condôminos, ela terá efeito *Inter Partes*, passando a disciplinar as relações internas do condomínio. Assim já definiu a Súmula 260 do STJ: “a convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos.” (BRASIL, 2002).

A Convenção de Condomínio se trata de uma clara espécie de limitação a qual, além das disposições estipuladas legalmente, institui novos direitos e deveres de seus subscritores. Ela possui como objetivo fundamental a regulamentação do convívio entre os moradores do condomínio.

Para Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, a convenção ultrapassa a natureza jurídica contratual ou associativa, possuindo caráter estatutário,

Trata-se de norma interna na qual são estipulados os direitos e deveres recíprocos dos condôminos. Seria uma espécie de constituição privada dos comproprietários, haja vista a sua força cogente apta a pautar comportamentos individuais reguladores da convivência geral (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 1534).

Assim, extrai-se que a natureza jurídica da convenção é institucional. Trata-se de uma sujeição de uma comunidade ao regime próprio instituído pela convenção. Vale ressaltar que a convenção não está vinculada apenas aos condôminos que participaram da fundação da convenção, sua força coercitiva atinge também todos aqueles que futuramente ingressariam no condomínio, como adquirente, locatário, etc.

No que se refere à sua força normativa, assim já decidiu o STJ

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. CONDOMÍNIO. CONVENÇÃO CONDOMINIAL DEVIDAMENTE REGISTRADA. NATUREZA JURÍDICA INSTITUCIONAL NORMATIVA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. NOVO CONDÔMINO. SUBORDINAÇÃO À CONVENÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. O recurso ora em análise foi interposto na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requi-

sitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. A matéria discutida no âmbito da Convenção de condomínio é eminentemente institucional normativa, não tendo natureza jurídica contratual, motivo pelo qual vincula eventuais adquirentes. Diz respeito aos interesses dos condôminos e, como tal, não se trata de um contrato e não está submetida às regras do contrato de adesão. Daí a desnecessidade de assinatura ou visto específico do condômino.

3. Diante da força coercitiva da Convenção Condominial com cláusula arbitral, qualquer condômino que ingressar no agrupamento condominial está obrigado a obedecer às normas ali constantes. Por consequência, os eventuais conflitos condominiais devem ser resolvidos por arbitragem.

4. Havendo cláusula compromissória entabulada entre as partes elegendo o Juízo Arbitral para dirimir qualquer litígio envolvendo o condomínio, é inviável o prosseguimento do processo sob a jurisdição estatal.

5. Recurso especial não provido.

(BRASIL, REsp 1733370/GO, 2018).

A Convenção de Condomínio não se limita a cumprir os dispositivos civilistas no que se refere ao condomínio edilício (Capítulo VII do Código Civil), mas irá instituir normas que reflitam o perfil do edifício e de seus condôminos. Ressalta-se que não se poderá estipular normas desarrazoadas que vão de encontro com o direito brasileiro. Deve ser observada a hierarquia de normas.

Nesse sentido, o STJ tem avaliado o caso concreto para averiguar se as normas de condomínio estão em consonância com o Direito Pátrio:

RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. ANIMAIS. CONVENÇÃO. REGIMENTO INTERNO.

PROIBIÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. Cinge-se a controvérsia a definir se a convenção condominial pode impedir a criação de animais de qualquer espécie em unidades autônomas do condomínio.
3. Se a convenção não regular a matéria, o condômino pode criar animais em sua unidade autônoma, desde que não viole os deveres previstos nos arts. 1.336, IV, do CC/2002 e 19 da Lei nº 4.591/1964.
4. Se a convenção veda apenas a permanência de animais causadores de incômodos aos demais moradores, a norma condominial não apresenta, de plano, nenhuma ilegalidade.

5. Se a convenção proíbe a criação e a guarda de animais de quaisquer espécies, a restrição pode se revelar desarrazoada, haja vista determinados animais não apresentarem risco à incolumidade e à tranquilidade dos demais moradores e dos frequentadores ocasionais do condomínio.

6. Na hipótese, a restrição imposta ao condômino não se mostra legítima, visto que condomínio não demonstrou nenhum fato concreto apto a comprovar que o animal (gato) provoque prejuízos à segurança, à higiene, à saúde e ao sossego dos demais moradores.

7. Recurso especial provido.

(BRASIL, REsp 1783076/DF, 2019).

Na hipótese, discute-se a possibilidade de possuir animais de estimação na unidade autônoma do condomínio, pelo que, o STJ decidiu ser ilegítima a restrição imposta ao condômino que possuía um gato em seu apartamento, isto porque não restou demonstrado nenhum fato concreto apto a comprovar que o animal provocasse prejuízos à segurança, à higiene, à saúde e ao sossego dos demais moradores.

Observe-se que, no instituto do condomínio, aplica-se muitas disposições no que se refere ao direito de vizinhança, principalmente no que se refere a sua norma geral de “fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.”

Uma figura interessante que constantemente entra em discussão ao se falar em direito condominial é a do condômino antissocial, previsto no art. 1.337 do CC.

Art. 1337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quíntuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.

Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia. (BRASIL, 2002).

Embora o termo “antissocial” configure conceito jurídico indeterminado, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald (2017) afirmam que antissocial “significa insociável, contrário à sociedade condominial (...), pode ser qualificado como o proprietário ou possuidor que descumpre reiteradamente deveres perante o condomínio” (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 1544).

Nas hipóteses de descumprimento dos deveres perante o condomínio, o condômino poderá ser incumbido a pagar multa correspondente até ao quíntuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração. Quando o comportamento antissocial gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, a multa poderá alcançar o décuplo do valor

atribuído à contribuição para as despesas condominiais. Ressalta-se que, de acordo com o STJ a aplicação da punição dependerá da garantia da ampla defesa e do contraditório.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA DE MULTA CONVENCIONAL. ATO ANTISOCIAL (ART. 1.337, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). FALTA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CONDÔMINO PUNIDO.

DIREITO DE DEFESA. NECESSIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PENALIDADE ANULADA.

1. O art. 1.337 do Código Civil estabeleceu sancionamento para o condômino que reiteradamente venha a violar seus deveres para com o condomínio, além de instituir, em seu parágrafo único, punição extrema àquele que reitera comportamento antissocial, verbis: “O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia”.

2. Por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve-se reconhecer a aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos

direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório. Com efeito, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais.

Precedentes do STF.

3. Também foi a conclusão tirada das Jornadas de Direito Civil do CJF: En. 92: Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo.

4. Na hipótese, a assembleia extraordinária, com quórum qualificado, apenou o recorrido pelo seu comportamento nocivo, sem, no entanto, notificá-lo para fins de apresentação de defesa. Ocorre que a gravidade da punição do condômino antissocial, sem nenhuma garantia de defesa, acaba por onerar consideravelmente o suposto infrator, o qual fica impossibilitado de demonstrar, por qualquer motivo, que seu comportamento não era antijurídico nem afetou a harmonia, a qualidade de vida e o bem-estar geral, sob pena de restringir o seu próprio direito de propriedade.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(BRASIL. REsp 1365279/SP, 2015).

Surge a discussão a respeito da possibilidade de se excluir o condômino antissocial depois de ultrapassadas as aplicações de multas administrativas em seu patamar máximo, e estas não impedirem o comportamento incompatível com a convivência dos demais condôminos.

Não há consenso em relação aos juristas. Uma parte da doutrina defende a impossibilidade da exclusão do condômino antissocial, argumentando, principalmente, no art. 5º, inciso XXII, e art. 6º, caput, da Constituição Federal que preveem o direito de propriedade como direito fundamental e o direito social à moradia.

Flávio Tartuce é um dos autores defensores desta vertente:

Não se filia a tal corrente, por violar o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988) e a solidariedade social (art. 3º, I, da CF/1988); bem como a concreção da tutela da moradia (art. 6º da CF/1988). Em suma, a tese da expulsão do condômino antissocial viola preceitos máximos de ordem pública, sendo alternativas viáveis as duras sanções pecuniárias previstas no art. 1.337 do CC. (TARTUCE p. 1037)

Há ainda o argumento de que, por haver ausência de disposição legislativa, a expulsão do condômino antissocial ofenderia o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assim já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo

EXPULSÃO DE CONDÔMINO POR COMPORTAMENTO ANTISOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. O Código Civil permite no art. 1.337 a aplicação de multas que podem ser elevadas ao décuplo em caso de incompatibilidade de convivência com os demais condôminos. Multa mensal que tem como termo inicial a citação e o final a publicação da r. Sentença, a partir de quando somente será devida por fatos subseqüentes que vierem a ocorrer e forem objeto de decisão em assembléia. Recursos parcialmente providos. (SÃO PAULO. Apelação Cível 0318734-14.2009.8.26.0000, 2009).

Apesar desta vertente, encontram-se algumas decisões que determinaram a exclusão do condômino antissocial, fundamentando, principalmente, que o direito de propriedade não é absoluto e deve-se vedar o abuso de direito, não sendo razoável impor ao restante dos condôminos que suporte a convivência incompatível com as normas legais e condominiais estipuladas, ainda mais quando há.

Assim já decidiu a 19ª Vara Cível TJSP, processo nº 1065584-32.2016.8.26.0100, a 4ª Vara Cível TJRJ, processo nº 0183751-55.2018.8.19.0001, e o Tribunal de Justiça do Paraná:

“Apelação cível. Condomínio edilício vertical. Preliminar. Intempestividade. Inocorrência. Apelo interposto antes da decisão dos embargos. Ratificação. Desnecessidade. Exclusão de condômino nocivo. Limitação do direito de uso/habitação, tão somente. Possibilidade, após esgotada a via administrativa. Assembleia geral realizada. Notificações com oportunização do contraditório. Quorum mínimo respeitado (3/4 dos condôminos). Mul-

ta referente ao décuplo do valor do condomínio. Medida insuficiente. Conduta antissocial contumaz reiterada. Graves indícios de crimes contra a liberdade sexual, redução à condição análoga a de escravo. Condômino que aliciava candidatas a emprego de domésticas com salários acima do mercado, mantendo-as presas e incommunicáveis na unidade condominial. Alta rotatividade de funcionárias que, invariavelmente saiam do emprego noticiando maus-tratos, agressões físicas e verbais, além de assédios sexuais entre outras acusações. Retenção de documentos. Escândalos reiterados dentro e fora do condomínio. Práticas que evoluíram para investida em moradora menor do condomínio, conduta antissocial inadmissível que impõe provimento jurisdicional efetivo. Cabimento. Cláusula geral. Função social da propriedade. Mitigação do direito de uso/habitação. Dano moral. Não conhecimento. Matéria não deduzida e tampouco apreciada. Honorários sucumbenciais fixados em R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Manutença” (PARANÁ, Apelação Cível 957.743-1, 2012).

Defende-se aqui a possibilidade de expulsão do condômino antissocial quando, no caso concreto, se verificar que as graves condutas antissociais do condômino sejam reiteradas e ultrapassam o mero aborrecimento ofendendo o direito dos demais. Ressalta-se, ainda, a necessidade de aplicação das multas administrativas previstas no Código Civil, antes que sejam tomadas as medidas mais graves.

Diante do exposto, constata-se que as Convenções de Condomínio tem o poder de limitar o direito de propriedade dos condôminos para garantir sua segurança, a saúde e o sossego, além de regulamentar o convívio

vio entre os moradores do condomínio, assegurando um equilíbrio entre direito e deveres, constituindo um bem comum e paz social.

3.4 Limitações nos condomínios edilícios em função do Covid - 19

Em março de 2020 chegou no país a epidemia causada pelo vírus Covid-19, com alta taxa de contágio, gerando, por consequência, o superlotamento dos leitos hospitalares. Com o intuito de se reduzir o contágio, várias medidas foram tomadas, como sendo, algumas delas, a estipulação da quarentena com a suspensão das atividades não essenciais, utilização de máscaras e lock down em várias cidades e regiões.

Vários foram os impactos do vírus no país, tanto sociais, econômicos, saúde, relacionamento pessoais e, inclusive, impactos de natureza jurídica nas mais diversas áreas.

Uma das áreas afetadas foi a relacionada ao direito de propriedade, principalmente, no que concerne os direitos de vizinhança e condominial. Neste último ficou evidenciado que o condomínio também deve tomar medidas para se evitar o contágio, mas a questão não é tão simples, posto que, neste período, as pessoas buscam utilizar das áreas comuns para se manterem ativos e ocupados.

Conforme apontado no tópico anterior, nos termos do art. 1.333 do Código Civil, condomínio edilício se configura pela titularidade exclusiva de unidade autônoma por cada condômino e cotitularidade das partes comuns, e ainda, pelo que prevê o art. 1.339, de que os direitos de cada condômino às partes comuns são inseparáveis de sua propriedade exclusiva. Assim, nesse momento de pandemia, surge o questionamento a respeito da limitação, ainda mais expressiva, do direito de propriedade.

Primeiramente, cabe ressaltar a necessidade de observação e análise, caso a caso, das previsões dispostas nas Convenções de Condomínio nesse momento. Não bastasse, aqui se revela a importância da figura do síndico e das Assembleias.

O art. 1.348 do Código Civil dispõe a respeito da competência do síndico, sendo ressaltadas as seguintes: convocar a assembleia dos condôminos; cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia; e diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores.

Assim, evidente que o síndico não pode, individualmente, estabelecer regras que não estejam previstas na convenção ou não tenham passado por deliberação em assembleia. Ressalta-se a importância desta que, nesse momento de pandemia, pode-se dar, inclusive, de maneira virtual, observada a convocação de todos os condôminos.

Nessa assembleia, de convocação extraordinária, poderão ser determinadas certas limitações das áreas comuns, por exemplo, agendamento prévio e limitado a um número determinado de pessoas quanto ao uso de academias, áreas de lazer, piscina, quadras esportivas etc, além de estipulação como limpeza após a utilização desses espaços para se evitar o contágio do próximo.

Deve-se levar em consideração que não poderá haver uma privação total da utilização desses espaços, tendo em vista que as áreas comuns do condomínio também pertencem ao proprietário de cada unidade autônoma, nos termos dos já mencionados arts. 1.333 e 1.339 do CC.

Através das assembleias, então, poderão ser deliberadas regras especiais de uso desses ambientes e demais disposições a serem melhor analisadas em cada caso concreto.

Não bastasse, pode-se ressaltar ainda a aplicação dos dispositivos do direito de vizinhança nos casos aqui presentes, como o 1.277, do Código Civil, que prevê a possibilidade do vizinho fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que habitam a propriedade provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Em leitura conjunta, tem-se ainda a responsabilidade de cada condômino de não utilizar as áreas do edifício de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes, nos termos do art. 1.336, IV, do Código Civil.

Finalmente, apesar de ser um tema polêmico, e sem entendimento sedimentado a respeito, defende-se, aqui, que seja possível a limitação da propriedade edilícia em razão do vírus Covid-19 desde que sejam observadas as previsões na Convenção de Condomínio e as disposições do Código Civil a respeito, atendendo, ainda, ao direito de propriedade.

CONCLUSÃO

Através do presente trabalho científico, foi possível perceber que o direito de propriedade, apesar de se configurar como uma garantia constitucional prevista no art. 5º, inc. XXII, da Constituição Federal do Brasil de 1988, não é absoluto e encontra limitações em outras áreas do direito também previstas na legislação constitucional.

A função social da propriedade é o primeiro óbice ao direito previsto na Carta Magna, isto porque, como evidenciado, esta determina que o interesse individual e particular da propriedade tem que ser compatível com o interesse social de toda a coletividade. Decorrente deste, encontramos reflexos no direito infraconstitucional que estipulam a limitação do direito de propriedade, como o direito de vizinhança e direito condominial.

Estas limitações ao direito de propriedade são consideradas constitucionais justamente por decorrerem do próprio direito de propriedade do outro, da função social da propriedade e do direito à dignidade da pessoa humana, por exemplo. Isto porque, tal como restou evidenciado na análise dos tópicos, o direito de propriedade não pode ser exercido de maneira abusiva, ofendendo o direito do outro. Deve haver um equilíbrio para se garantir uma boa convivência da coletividade.

No decorrer do trabalho ficou evidenciado, ainda, que o direito de vizinhança e o direito condominial estão estritamente relacionados, principalmente por objetivarem a regulamentação do convívio entre as pessoas que vivem nas proximidades e podem ser afetados pelo outro, em prol do bem comum e da paz social.

Não bastasse, em casos extraordinários como o atual vivenciado no Brasil e no mundo, pela pandemia do Covid-19, restou claro a importância da regulamentação dos direitos e, também, da colaboração entre os indivíduos para que seja superado este momento de calamidade.

Dessa forma, é expressiva a grande importância que o direito de propriedade possui na vida dos indivíduos e como está latente em seu dia a dia, seja em razão do direito de vizinhança, ou em razão do direito condominial, pelo que, deve ser observada e respeitada a legislação em direção à paz social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jul. 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 260. A convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos. Diário da Justiça: Segunda Seção, Brasília, DF, 06.02.2002, p.189.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão REsp 1313641/RJ. Indenização. Dano Moral. Condenação. Direito de Vizinhança. [...]. Relator: Sidnei Beneti, 26 jun. 2012. Brasília: STJ, Diário de Justiça Eletrônico: 29/06/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22137119&num_registro=201200325068&data=20120629&tipo=5&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão REsp 1096639/DF. Direito Civil. Vizinhança. Condomínio Comercial que admite utilização mista de suas unidades autônomas. Instalação de equipamento por Condômino que causa ruído. [...]. Relatora: Nancy Andrighi, 09 dez. 2008. Brasília: STJ, Diário de Justiça Eletrônico: 12/02/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4672911&num_registro=200802186512&data=20090212&tipo=5&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão REsp 1531094/SP. Recurso Especial. Direitos de Vizinhança. Direito de Construir. Direito de Propriedade. Exercício. Ação Demolitória. Janelas. [...]. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, 18 out. 2016. Brasília: STJ, Diário de Justiça Eletrônico: 24/10/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65500155&num_registro=201401939992&data=20161024&tipo=5&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão REsp 1733370/GO. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Recurso Manejado sob a égide do NCPC. Condomínio. Convenção Condominial Devidamente Registrada. Natureza Jurídica Institucional Normativa. Cláusula Compromissória Arbitral. Novo Condômino. Subordinação à Convenção. [...]. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, 26 jun. 2018. Brasília: STJ, Diário de Justiça Eletrônico: 31/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=86984060&num_registro=201800025298&data=20180831&tipo=5&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). Acórdão REsp 1783076/DF. Recurso Especial. Condomínio. Animais. Convenção. Regimento Interno. Proibição. Flexibilização. Possibilidade. [...]. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, 14 maio 2019. Brasília: STJ, REPDJe: 19/08/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1823906&num_registro=201802299359&data=20190819&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Acórdão REsp 1365279/SP. Direito Civil. Recurso Especial. Condomínio. Ação de Cobrança de Multa Convencional. Ato Antissocial (Art. 1.337, Parágrafo Único, do Código Civil). [...]. Relator: Luis Felipe Salomão, 25 ago. 2015. Brasília: STJ, Diário de Justiça Eletrônico: 29/09/2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52685559&num_registro=201102462648&data=20150929&tipo=5&formato=PDF

BRITO, Rodrigo Toscana de. Coronavírus: limitações ao uso de áreas comuns no âmbito do condomínio edilício. Jusbrasil. 2020. Disponível em: < <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/822957142/coronavirus-limitacoes-ao-uso-de-areas-comuns-no-ambito-do-condominio-edilicio>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 4. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil: volume único. 5.ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MELO, José Mário Delaiti de Melo. A função social da propriedade. Âmbito jurídico, Revista n. 108, 2013. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/category/edicoes/revista-108/>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

MOREIRA, Daniele Maghelly Menezes. A exclusão do condômino antissocial no condomínio edilício. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/DanieleMaghellyMenezesMoreira.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Cível 957.743-1. Relator: Arquelau Araujo Ribas. Curitiba, 13 dez. 2012. Disponível em: http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11389542/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-957743-1#integra_11389542

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Cível 0318734-14.2009.8.26.0000. Relatora Maia da Cunha. Barueri, 01 out. 2009. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcor-dao=4122049&cdForo=0>

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

