Revista de DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 34 • vol. 70 • jan.-jun./ 2011

Revista de DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 34 • vol. 70 • jan.-jun./ 2011

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Luciano Lopes Passarelli

Marcelo Augusto Santana de Melo

editorial@irib.org.br

CONSELHO EDITORIAL

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (RJ); Frederico Henrique Viegas de Lima (DF); João Pedro Lamana Paiva (RS); Luiz Egon Richter (RS); Marcelo Guimarães Rodrigues (MG); Maria do Carmo de Rezende Campos Couto (SP); Mario Pazutti Mezzari (RS); Ridalvo Machado de Arruda (PB); Rodrigo Toscano de Brito (PB); Ulysses da Silva (SP).

MEMBROS NATOS

Jether Sottano (SP); Italo Conti Junior (PR); Dimas Souto Pedrosa (PE); Lincoln Bueno Alves (SP); Sérgio Jacomino (SP); Helvécio Duia Castello (ES).

CONSELHO FISCAL

Alex Canziani Silveira (PR); Inah Álvares da Silva Campos (MG); Pedro Jorge Guimarães Almeida (AL); Rosa Maria Veloso de Castro (MG); Rubens Pimentel Filho (ES).

CONSELHO DE ÉTICA

Ademar Fioranelli (SP); Nicolau Balbino Filho (MG); Oly Érico da Costa Fachin (RS).

ISSN 1413-4543

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 34 • vol. 70 • jan.-jun./ 2011

Coordenação Editorial
LUCIANO LOPES PASSARELLI
MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

Publicação Oficial do
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

IRIB
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

Repositório de jurisprudência autorizado pelo Tribunal Regional Federal da 5.ª Região.

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

ISSN 1413-4543

REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 34 • vol. 70 • jan.-jun./ 2011

Coordenação Editorial
LUCIANO LOPES PASSARELLI
MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

Publicação Oficial do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB)

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Diretor responsável
ANTONIO BELINELO

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

editorial.revista@rt.com.br

Impresso no Brasil: [06-2011]

Profissional

Fechamento desta edição: [16.06.2011]



IRIB
Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil

Av. Paulista, 1439, 9.º andar, Cj. 94 – Bela Vista
CEP: 01311-200 – São Paulo – SP
Tel. Fax 11 3289-3599 – 3289-3321 – 3289-3340
www.irib.org.br – editorial@irib.org.br

OUVIDORIA – ouvidoria@irib.org.br

FUNDADOR

Júlio Oliveira Chagas Neto

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente: Francisco José Rezende dos Santos (MG)
Vice-presidente: Ricardo Bastos da Costa Coelho (PR)

Secretário-geral: José Augusto Alves Pinto (PR)
1º Secretária: Kênia Mara Felipetto Malta Valadares (ES)
2º Secretário: Sérgio Busso (SP)

Tesoureiro-geral: Vanda Maria de Oliveira Penna Antunes da Cruz (SP)
1º Tesoureiro: Ari Álvares Pires Neto (MG)

Diretor Social e de Eventos: Jordan Fabrício Martins (SC)
Diretor de Assuntos Internacionais: Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (RJ)
Diretor de Tecnologia e Informática: Flauzilino Araújo dos Santos (SP)
Diretor de Assuntos Agrários: Eduardo Agostinho Arruda Augusto (SP)
Diretor de Meio Ambiente: Marcelo Augusto Santana de Melo (SP)
Diretor de Publicidade Divulgação e Mídia Digital: Sérgio Jacomino (SP)
Diretora Legislativa: Léa Emilia Braune Portugal (DF)
Diretor de Assistência aos Associados: Antônio Carlos Carvalhaes (SP)
Diretor Especial de Implantação de Registro Eletrônico: João Carlos Kloster (PR)
Diretor de Assuntos Estratégicos: Emanuel Costa Santos

CONSELHO DELIBERATIVO

Vice-presidentes: Sérgio Toledo de Albuquerque (AL); Stanley Queiroz Fortes (AM); Vivaldo Affonso do Rêgo (BA); Expedito William de Araújo Assunção (CE); Luiz Gustavo Leão Ribeiro (DF); Etelvina Abreu do Valle Ribeiro (ES); Clenon de Barros Loyola Filho (GO); José Wilson Pires Sampaio (MA); Roberto Dias de Andrade (MG); Miguel Seba Neto (MS); Haroldo Canavarros Serra (MT); Cleomar Carneiro de Moura (PA); Fernando Meira Trigueiro (PB); Miriam de Holanda Vasconcellos (PE); Maria Elizabeth Paiva e Silva Muller (PI); Ricardo Basto da Costa Coelho (PR); Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho (RJ); Carlos Alberto da Silva Dantas (RN); Décio José de Lima Bueno (RO); João Pedro Lamana Paiva (RS); Gleci Palma Ribeiro Melo (SC); Maria do Carmo de Rezende Campos Couto (SP).

Apresentação da Editora

1

Ao ensejo das comemorações do seu centenário, a Editora Revista dos Tribunais, por seu Conselho Editorial e por sua Diretoria, determinou-se a redimensionar a constituição e a reorientar os rumos de suas publicações periódicas, no empenho de atender aos reclamos dos novos tempos e de modo condigno às características que delinearam seu perfil, responsáveis pelo prestígio de que gozam já agora há quase 100 anos.

Significa isso que o leitor, estudante, estudioso ou profissional moderno, que mais e mais necessita de informações completas e em ritmo acelerado, no acompanhamento de um mundo que experimenta constantes e rápidas mudanças e se percebe cada vez "menor", terá acesso ao que de mais atual existe no mundo do Direito, com agilidade e abrangência e, ainda, tendo em foco a inclusão do Direito brasileiro, primeiramente, no contexto latino-americano e, depois, no contexto mundial.

A partir deste número, o leitor vai encontrar muitos dos resultados decorrentes da tarefa a que a Editora se propôs, de incremento do conteúdo de seus periódicos e, ao mesmo tempo, de aperfeiçoamento de sua forma, numa convergência de informação, agilidade e comodidade.

2

As novas características gráfico-visuais das capas e dos textos das Revistas Especializadas manifestam sua transformação externa. Novas capas, em sua composição, observaram o padrão das tendências internacionais, de estética e dados, praticado pelas

publicações do gênero, cuidando de refletir, porém, a singularidade original. Um novo formato, agora em 16x23cm, veio permitir aumento na fonte, nas entrelinhas e nas margens, propiciando leitura mais fácil e, portanto, mais agradável. Em consequência, ainda, pôde ser ampliada a quantidade de páginas, para aumento da informação.

3

Internamente, em matéria de conteúdo, se processaram outros e fundamentais aprimoramentos, e este é o trabalho de pesquisa, a partir da base on-line da Editora, de uma equipe constituída de profissionais do Direito de formação e experiência em nível de excelência.

Assim, as "novas" Revistas Especializadas, que incluem as mais diversas áreas do Direito, terão suas Seções inseridas no contexto de um projeto de inter-relacionamento integral de conhecimentos jurídicos, em nível vertical e horizontal, teórico e prático, propiciando a compreensão mais completa possível do tema em estudo.

A. Doutrina

Nos artigos de doutrina, a iniciativa pioneira de inserção da área do Direito envolvida e de resumo e palavras-chave em texto bilíngue se encontra já consolidada, acrescentando funcionalidade à pesquisa do leitor.

RESUMO: Neste texto, examinam-se as principais características do PLS 166/2010 para um novo Código de Processo Civil brasileiro, dando-se ênfase à preocupação, visível no projeto, no sentido de "constitucionalizar" as regras lá existentes, ou seja, de deixar claro que a Constituição deve iluminar a compreensão das regras processuais: da conduta das partes, dos advogados, dos juízes, de terceiros etc.

PALAVRAS-CHAVE: PLS 166/2010 – Constitucionalização do processo – Contraditório – Recursos – Tutela de urgência – Tutela da evidência – Simplificação de procedimentos.

ABSTRACT: This text examines the principal characteristics of Bill of Law 166/2010 for a new Brazilian Code of Civil Procedure, giving emphasis to the concern, which is manifest in the Bill, to "constitutionalize" the rules already existing therein, i.e. make it clear that it is the Constitution that should illuminate the understanding of the procedural rules, the conduct of parties, lawyers, judges, third parties, etc.

KEYWORDS: Bill of Law 166/2010 – Constitutionalization of procedure – Adversary system – Appeals – Urgent protection – Protection of evidence – Simplification of procedures.

Em ampliação desse objetivo, os artigos apontam agora, ao final, em modo "veja também", **novas fontes de consulta pertinentes ao tema e/ou ao seu autor e remissões a doutrina suplementar, a jurisprudência e a legislação federal, concordes ou divergentes em relação à posição evidenciada no texto, com indicação da sua localização**.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Ação rescisória – Contestação, de Pedro Paulo S. Souza Carmo – *RePro* 23/198;
- Direito de retenção no contrato de empreitada, de Renato Ventura Ribeiro – *RDPriv* 26/229;
- Execução e exceção de contrato não cumprido: notas ao art. 582 do CPC, de Fredie Didier Jr. – *RePro* 172/19;
- O inadimplemento no pagamento do prêmio no contrato de seguro em face do novo Código Civil, de Virginia Duarte Deda de Abreu – *RT* 824/24;
- Rescisão de contrato de prestação de serviço motivada por descumprimento de obrigação contratual. Indenização por danos materiais e lucros cessantes indevida. Indenização por dano moral caracterizada, de Mara Lina Louzada Trombini – *RDPriv* 6/231;
- A resolução do contrato na nova teoria contratual, de Clarissa Costa de Lima – *RDC* 55/85; e
- Teoria da exceção: a exceção e as exceções, de Fredie Didier Jr. – *RePro* 116/54.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 530/222, *RT* 752/331, *RT* 753/348, *RT* 765/381 e *RT* 841/259.

Veja também Legislação

- Exceção de contrato não cumprido: arts. 476 e 477 do CC/2002.

B. Julgados

Nos julgados também já está firmada outra iniciativa pioneira desta Editora, de titulação e de redação das ementas em caso de falta, falha ou texto incompleto, no objetivo de trazer maior rigor à pesquisa do leitor.

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – Greve dos médicos peritos do INSS – Ordem impetrada com o fim de evitar punições por parte do empregador em razão da paralisação – Inadmissibilidade – Ausência de provas sobre a regularidade formal da deflagração greve – Inteligência do art. 6.º, § 5.º, da Lei 12.016/2009, do art. 267, IV, do CPC e dos arts. 4.º, § 1.º, e 13 da Lei 7.783/1989.

E no sentido de um conhecimento mais abrangente dos diferentes entendimentos dos tribunais sobre determinada matéria, novamente aqui são acrescentadas, em modo "veja também", **indicações de fontes de consulta, para jurisprudência no mesmo sentido, jurisprudência em sentido contrário, artigos de doutrina correlata e legislação e súmulas pertinentes, com a respectiva localização (periódicos e página).**

STF – *AgRg no RE 597.835/RJ* – 1.ª T. – j. 09.11.2010 – v.u. – rel. Min. Ricardo Lewandowski – *DJe* 25.11.2010 – Área do Direito: Civil; Processual.

PRECATÓRIO JUDICIAL – Execução de benefício previdenciário contra a Fazenda Pública – Admissibilidade – Necessidade da expedição da ordem para pagamento dos débitos provenientes das decisões judiciais, ainda que de natureza alimentícia – Entendimento em consonância com os precedentes da Suprema Corte – Inteligência do art. 100 da CF/1988.

Jurisprudência no mesmo sentido

- *RT* 743/434, *RT* 729/128, *RT* 726/163 e *RT* 693/271.

Veja também Jurisprudência

- *RePro* 121/264, *RePro* 121/213, *RT* 861/85, *RT* 846/214 e *RT* 718/240.

Veja também Doutrina

- A corte interamericana de direitos humanos e o sistema de precatórios no Brasil, de Ana Flávia Magno Sandoval – *RIASP* 25/293;
- A eficácia dos precatórios, de Marco Aurélio de Mello – *RTrib* 20/228;
- A execução contra a Fazenda Pública – Questões polêmicas nos tribunais, de Ricardo Seibel de Freitas Lima – *RT* 818/95;
- A execução contra a Fazenda Pública na Justiça do Trabalho, de Rodolfo Pamplona Filho e Társis Silva De Cerqueira – *RePro* 187/9;
- Aspectos atuais da Previdência brasileira, de Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub – *RIASP* 7/152;
- Da execução por precatório das obrigações previstas em lei orçamentária, de Edilton Meireles – *RePro* 95/119;

No texto dos julgados, ainda, estão colocadas **células** que chamam a atenção para a identificação das partes; a doutrina, a legislação e a jurisprudência citadas no acórdão; e os parâmetros da condenação, quando a decisão tiver cunho condenatório, nas áreas tanto civil como penal.

Legislação citada

- arts. 24, VIII, 225, I, 129, III, 170, VI, e 186, II, da CF/1988; arts. 2.º, IV, 3.º, I, II, III, c, IV e V, 4.º, VII, e 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981; art. 3.º da Lei 7.347/1985; art. 83 da Lei 8.078/1990; e art. 9.º, § 1.º, XIII, e § 2.º, III, do RISTJ.

manejados com o propósito de prequ
to, são inadmissíveis se a decisão er
ostentar qualquer dos vícios que au
sua interposição (AgRg no Ag 680
T., rel. Min. Félix Fischer, *DJ* 03.1
no AgRg no REsp 647.747/RS, 4.ª
Aldir Passarinho Junior, *DJ* 09.05.2
MS 11.038/DF, 1.ª Seção, rel. Min. Jo
Noronha, *DJ* 12.02.2007).

Constata-se, em verdade, a irresi
corrente e a tentativa de emprestar
de declaração efeitos infringentes, o que não se mostra viável no co
535 do CPC.

Ainda, alguns acórdãos, pela densidade e interesse do tema, recebem **resenhas especiais**, da elaboração de conhecidos juristas, que fazem uma análise da questão principal abordada no julgado.

RESENHA

O acórdão em referência cuida de pedido de intervenção nos Poderes Legislativo e Executivo do Distrito Federal subscrito pelo Procurador-Geral da República, após a deflagração da operação Caixa de Pandora pela Polícia Federal, em face de suposto envolvimento do então Governador do Distrito Federal e de Deputados distritais da base aliada do Governo em um esquema de fraudes em licitações e desvio de verbas públicas, objeto do Inq 650 do STJ. Alegou-se a existência de um esquema de corrupção comprometedor das funções governamentais no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal a ponto de violar os princípios republicano e democrático e o sistema representativo (art. 34, VII, *a*, da CF/1988), reclamando uma intervenção federal. O Min. Gilmar Mendes, na condição de Presidente do STF, reconheceu a competência do Presidente da Corte para relatar os processos de intervenção federal, nos moldes dos arts. 350 a 352 do RISTF e determinou ao Procurador-Geral da República que especificasse no pedido as condições e o prazo para se processar a intervenção requerida. O aditamento à inicial foi feito para se requerer a intervenção até a posse dos novos eleitos que se daria em 01.01.2011, com indicações de medidas a serem submetidas ao crivo do interventor. Após a propositura da representação de intervenção, o Governador Arruda perdera o mandato por ter se desfiliado de seu partido e o Vice-Governador renunciara ao mandato, o que demandou a elaboração de eleições indiretas de novo Governador.

4

Os esforços para aprimorar a qualidade de nossas Revistas não terminam, porém, aqui, mas são permanentes, na certeza de que qualidade intrínseca, zelo e respeito ao consumidor são deveres, não simplesmente deferências. Eis o espírito que envolveu e motivou todas as fadigas e todos os investimentos exigidos neste processo.

Já faz 100 anos que a Editora Revista dos Tribunais vem se empenhando em oferecer ao público jurídico produtos que se notabilizaram pela seriedade, atributo que sintetiza qualidade e, principalmente, respeito ao cliente. O passo que ela agora dá é, mais uma vez, evidência disso: tudo pode ser sempre aperfeiçoado. Por isso espera, também, poder contar com críticas e sugestões dos seus leitores.

Junho de 2011

Editora Revista dos Tribunais

Sumário

Apresentação 7

Direito de Propriedade

1. Multipropriedade imobiliária
   Marcelo Augusto Santana de Melo 19
2. Função social da propriedade privada diante do meio ambiente artificial
   Daniela Rosário Rodrigues 83
3. Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições
   Wanderli Acillo Gaetti 173
4. O direito de vizinhança e sua correlação com os interesses difusos e coletivos
   Rita Peixoto Ferreira Blum 225
5. A validade do registro de aforamento pós-2002
   Lourival da Silva Ramos Júnior e Helene Karlotta Von Mallinckrodt 245

Meio Ambiente e Registro Imobiliário

1. El derecho real de custodia del territorio
   Oscar Germán Vázquez Asenjo 269

Processo Civil e Registro Imobiliário

1. Comentários à Súmula 375 do STJ
   Fabiana Cristhina Almeida Probst Salgado 309
2. A incompetência absoluta do juízo e sua qualificação no registro de imóveis
   Luciano Lopes Passarelli 341

Qualificação Registral

1. Hermenêutica registral
Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Junior..... 405

Direito de Família e Registro Imobiliário

1. Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável
Walsir Edson Rodrigues Júnior..... 417

Trabalhos Forenses

1. Processo de dúvida inversa. Qualificação judicial. Negócio jurídico celebrado em Juízo.
Antonio Reynaldo Filho..... 451

2. Partilha cumulada (modelo)
Diego Selhane Perez..... 463

Jurisprudência Anotada

1. Acórdãos

Superior Tribunal de Justiça

PENHORA – Bem de família – Entidade familiar devedora que não utiliza seu único imóvel como residência – Circunstância que, por si só, não torna o bem penhorável

Resenha por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari..... 469

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

REGISTRO IMOBILIÁRIO – Imóvel rural – Reserva legal – Ausência de averbação imobiliária – Dilação do prazo para conclusão de georreferenciamento da propriedade

Resenha por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari..... 485

Tribunal de Justiça de São Paulo

LOCAÇÃO – Alienação de imóvel – Direito de preferência – Inexistência de averbação do contrato de locação no Cartório de Registro de Imóveis e depósito do preço e demais despesas

Resenha por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari..... 492

TJSP – Conselho Superior da Magistratura

REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada improcedente – Escritura pública de inventário e partilha lavrada no exterior

Resenha por Daniela dos Santos Lopes e Fábio Fuzari..... 496

Índice Alfabético-Remissivo 503

Normas de Publicação para Autores de Colaboração Autoral Inédita..... 507

Direito de Propriedade

1 Multipropriedade imobiliária

Marcelo Augusto Santana de Melo

Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade de Córdoba (Espanha) e pela PUC-MG. Mestrando em Direito Civil pela PUC-SP. Registrador imobiliário.

Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil

Resumo: Estudo do instituto da multipropriedade imobiliária e sua adoção no Brasil. Análise das principais formas de aproveitamento por turno e a tipicidade ou *numerus clausus* dos direitos reais. Breve histórico da propriedade imobiliária e suas funções social e econômica.

Palavras-chave: Multipropriedade – *Time-sharing* – Aproveitamento por turno – Função social da propriedade – Função econômica da propriedade – Tipicidade dos direitos reais – *Numerus clausus* – Condomínio civil – Condomínio edilício.

Abstract: Study of the Institute of time sharing proprierties and its adoption in Brazil. Analysis of the main ways to use and typicality or *numerus clausus* of real rights. Brief history of real estate and social and economic functions.

Keywords: Timeshares – Time sharing – Utilization per shift – Social function of property – Economic function of property – Typical of real rights – *Numerus clausus* – Condominium civil – Condominium *edilicio*.

Sumário: 1. Introdução – 2. Multipropriedade ou *time-sharing*: 2.1 Conceito; 2.2 Origem; 2.3 Características; 2.4 Espécies; 2.5 Denominação; 2.6 Multipropriedade na Espanha; 2.7 Multipropriedade imobiliária em Portugal; 2.8 Multipropriedade no Brasil; 2.9 Multipropriedade e usufruto; 2.10 Multipropriedade e direito pessoal de ocupação; 2.11 Multipropriedade imobiliária como direito real – 3. Tipicidade dos direitos reais e *numerus clausus*:

3.1 Condomínio tradicional; 3.2 Condomínio especial; 3.3 Multipropriedade e condomínio (*pro indiviso*) de fração de tempo em condomínio especial. Compatibilidade; 3.4 Conciliação entre os condomínios edilício e especial; 3.5 Breve histórico do direito de propriedade e multipropriedade como representação de suas funções social e econômica – 4. Formalização da multipropriedade condominial no registro de imóveis – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas – Anexo A.

"No Brasil, tudo que foge da rotina acaba em tropeços" (Carvalho, José Murilo. *D. Pedro II*. Rio de Janeiro: Cia. das Letras, 2007. p. 112).

1. Introdução

Instituto que sempre nos intrigou foi o da multipropriedade, *time-sharing* ou aproveitamento por turno. Primeiramente, por ser um instituto não muito utilizado no Brasil, país que possui uma das maiores vocações turísticas do mundo e a utilização de um instituto que permita compartilhar espaços de tempo entre proprietários distintos se adaptaria perfeitamente a essa finalidade. Segundo, porque – malgrado a inexistência de um direito real próprio – parece-nos possível a utilização de institutos reais vigentes para a multipropriedade na modalidade imobiliária através condomínio *pro indiviso*, o que demandará o estudo das características de tal modalidade, principalmente a que se relaciona com o seu caráter transitório.

Poucos se atreveram a justificar – ou reconhecer como possibilidade – o instituto da multipropriedade dentro do contexto da função social da propriedade imobiliária, o que poderia permitir uma nova interpretação de determinados institutos de direito real, atualmente existentes. Mudando-se a ótica muitas vezes formal, é possível reinterpretar um mesmo instituto e nele mesmo encontrar as soluções necessárias para a resolução de um problema aparente, tomando-se cuidado para não criarmos um malabarismo hermenêutico e expor a segurança jurídica em risco, principalmente com relação aos direitos reais, reconhecidamente estáveis.

O estudo da função econômica da propriedade; por conseguinte, do Registro de Imóveis, também foi considerado no presente estudo. Nesse ponto, até se confundindo com a própria função social, na medida em que a multipropriedade imobiliária pode desempenhar um importante papel no mercado imobiliário, fomentando os negócios jurídicos em zonas turísticas e trazendo notórios reflexos econômicos.

É preciso ressaltar também que nossa finalidade não é estudar com exaustão o instituto da multipropriedade imobiliária, existindo obras de fôlego nas

doutrinas nacional e internacional. Pretende-se sim analisar as propostas já elencadas pela doutrina e concentrar esforços na configuração ou adoção do condomínio *pro indiviso* vinculado às frações de tempo, modalidade rechaçada bruscamente pela doutrina num primeiro momento e que vem ganhando força no mercado imobiliário e jurisprudência.

2. Multipropriedade ou *time-sharing*

2.1 Conceito

Tepedino leciona que, basicamente, "com o termo multipropriedade designa-se, genericamente, a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua".[1] Pelo art. 45 da Lei Federal de Turismo da Espanha, "(...) se entende por multipropriedade o direito que adquire o comprador para usar o apartamento, vivenda, casa ou local de que se trata, por um período determinado de tempo ao ano". Silva e Christofari conceituam multipropriedade imobiliária como "relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, coisa essa repartida em unidades fixas de tempo, de modo a permitir que diversos titulares possam utilizar-se daquela coisa com exclusividade, cada um a seu turno, de maneira perpétua ou não".[2]

Diniz, por sua vez, leciona que "o sistema *time-sharing* ou multipropriedade imobiliária é uma espécie condominial relativa aos locais de prazer, pela qual há um aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento), repartido, como ensina Gustavo Tepedino, em unidades fixas de tempo, assegurando a cada cotitular o seu uso exclusivo e perpétuo durante certo período anual".[3]

Ultimamente, no mercado imobiliário mundial, tem-se especulado muito com relação à multipropriedade imobiliária como possibilidade de uma segunda propriedade para desfrutar em períodos de férias. Uma fórmula que nasce com o aumento do turismo e de uma insuficiente oferta que acolha a totalidade

1. Tepedino, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 1.
2. Christofari, Victor Emanuel; Oliveira Júnior, Dario da Silva. *Multipropriedade* – "Time sharing". *Aspectos cíveis e tributários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 1.
3. Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4, p. 212.

da demanda turística, aparece como ótima medida para o mercado imobiliário e demasiadamente atrativa para o consumidor. A ideia é simples: o mesmo imóvel é compartilhado e desfrutado por múltiplos usuários por turnos, de maneira que seu preço sempre será mais barato; ao mesmo tempo, pressupõe uma operação rentável para empreendedores imobiliários.

Outro fator importante que está sendo considerado é o social – como salientamos: quem tem a oportunidade de comprar uma propriedade de descanso em zonas turísticas acaba por não aproveitá-la adequadamente, deixando-a a maior parte do ano fechada, o que atrapalha o desenvolvimento da região e não gera empregos.

2.2 Origem

No tráfico econômico, nasceram diversas figuras jurídicas criadas pela autonomia da vontade dos contratantes com uma finalidade comum, de satisfazer a necessidade de assegurar o uso e gozo de um imóvel determinado durante um tempo limitado, ou em outras palavras, como relata Díez-Picazo, o uso "estável durante um espaço temporal".[4] O civilista espanhol também menciona que a origem da multipropriedade foi o clássico contrato de aluguel; no entanto, apresentava problemas com relação ao comprometimento do locatário no tocante à conservação do imóvel, bem como a necessidade de satisfação de um direito de proprietário levou à criação de outras figuras jurídicas.

A Europa foi o palco dessa inovação. O sistema de aproveitamento da propriedade surgiu pela primeira vez na França; chamado, inicialmente, de *multipropriété,* posteriormente, foi conhecido como *pluripropriété, propriété spatio-temporelle, copropriété saisonnière* e *droit de jouissance à temps partagé*. A Itália foi o segundo país a utilizar o sistema, denominando-o de *proprietà spazio-temporale*. Em Portugal, como direito real de habitação periódica, na Espanha, como *multipropriedade* e, nos Estados Unidos, como *time-sharing*.

2.3 Características

Muito difícil relatar e estudar as características do sistema de multipropriedade sem existir no Brasil legislação nesse sentido. No quadro anexo ao presente trabalho, relacionamos diversos tratamentos conferidos ao instituto em distintos países, sendo possível identificar algumas características gerais comuns aos instrumentos utilizados: todas as hipóteses remetem a um inte-

4. Picazo, Luis Diéz. *Sistema de derecho civil. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2004. vol. III, p. 367.

resse turístico e à transmissão (ou cessão) de imóvel vinculado a um espaço de tempo.

2.4 Espécies

a) Multipropriedade acionária

Nessa espécie de multipropriedade, a princípio utilizada na Itália, é constituída uma sociedade anônima, que será proprietária do imóvel no qual será repartida a utilização, sendo que a chave dessa espécie é a criação de ações específicas representativas da fração de tempo que o detentor poderá desfrutar no imóvel. Observa-se que não existe direito real algum e a natureza jurídica resulta na dependência do multiproprietário à condução social da empresa e a seu estatuto. A relação acaba por se tornar complexa e sempre atrelada ao destino da empresa. Nessa espécie de multipropriedade, o acionista sujeita-se, principalmente, aos destinos da sociedade. O seu direito torna-se vulnerável à eventual alteração da destinação do objeto social da empresa e principalmente da decisão de órgão administrativo. Há, ainda, a possibilidade de dissolução social da sociedade anônima, fusão, cisão, incorporação; ou seja, os fatores que poderão influenciar o exercício do gozo da propriedade no período acordado são inúmeros, o que acaba dificultando sua aplicação.

b) Multipropriedade imobiliária ou real

A multipropriedade imobiliária ou real, modelo cuja utilização estamos tentando defender no Brasil, baseia-se na possibilidade de outorga de direito real pleno ou limitado ao titular ou coproprietário. Basicamente, destacamos duas espécies: a primeira consiste em outorgar um direito real limitado a título de habitação, usufruto ou a criação própria de um instituto que permita o compartilhamento da propriedade. A segunda figura na possibilidade de outorgar direito real de propriedade, mas condicionando-se à utilização ou, ainda, prevendo a representatividade dos direitos como condomínio civil ou ordinário de fração de tempo.

c) Multipropriedade hoteleira

Tepedino nos ensina que a modalidade conhecida como hoteleira não constitui por si só uma espécie de multipropriedade. A rigor, trata-se da conjugação do sistema multiproprietário, concebido, ora mediante a modalidade imobiliária, ora através da fórmula societária, com os serviços de hotelaria desenvolvidos por empresa do ramo hoteleiro.[5]

5. Tepedino, Gustavo. Ob. cit., p. 19.

d) Multipropriedade obrigacional

Embora a doutrina acabe por não enunciar essa espécie de multipropriedade, parte da jurisprudência nacional mais conservadora classificar os contratos de aproveitamento por tempo como mero direito obrigacional, alguns definindo o instituto como arrendamento:

"*Time-sharing*. Sistema de multipropriedade imobiliária. Direito Real de Habitação Periódica que garante ao proprietário e consumidor espaço temporal de uso de cada multipropriedade. Contrato que não garante direito real, mas sim mero direito obrigacional ou pessoal de multipropriedade" (TJRJ, Recurso 2002.700.023695-8, 11.03.2003).

"Multipropriedade. Natureza jurídica de arrendamento" (TJSP, ApCiv 149.666.4/0-00, 04.05.2004).

Parece-nos que a multipropriedade obrigacional – cuja denominação já seria um paradoxo, uma vez que, existindo o caráter pessoal, não poderia ser propriedade ou direito real – está fortemente ligada à sua própria origem, decorrente do contrato de locação e não é satisfatória ao usuário em razão do próprio esvaziamento de conteúdo real necessário para a outorga de relativa segurança aos detentores do direito. Restringir os problemas inerentes à mera indenização é medida das menos relevantes quando estamos defendendo a utilização de um instituto criado para satisfazer uma necessidade básica do ser humano que é o lazer.

2.5 Denominação

O instituto vem sendo denominado de diversas formas, variando de acordo com a natureza jurídica da utilização do imóvel em frações de tempo. A expressão inglesa *time-sharing* é uma das mais comuns, e a tradução expressa o sentido de tempo compartilhado. A expressão *multipropriedade imobiliária*, também muito utilizada, expressa a existência de copropriedades em determinado imóvel, e, para nós, é a que mais se assemelha às características do sistema imobiliário brasileiro. Na Espanha, o instituto foi denominado regime de aproveitamento por turno na própria exposição de motivos da Lei 42, de 15.12.1988, existindo, inclusive, vedação expressa da utilização da expressão propriedade ou multipropriedade por problemas ocorridos em anos anteriores à criação do regime atual de direito real, principalmente decorrentes de infrações ao direito de consumidores.

2.6 Multipropriedade na Espanha

O regime de aproveitamento por turno – como gostam de chamar os espanhóis – possui características peculiares, quase exclusivas, que merecem ser

estudadas ainda que brevemente. A Espanha é o segundo país do mundo mais visitado, perdendo somente para o Egito, e, pela Lei 42, de 15.12.1988, procurou-se esgotar totalmente a matéria de aproveitamento de propriedades por turnos. A Lei espanhola sobre direitos de aproveitamento por turnos mostra uma forte inclinação ao direito real, embora tenha muitas características de direito pessoal. A particularidade desse direito resulta em seu conteúdo, que é a utilização de propriedade por períodos, no entanto, tecnicamente, o direito parece que tem pouco de real e muitas características pessoais.

Ruiz-Rico Ruiz e Cañizares Laso, civilistas espanhóis, ensinam que "se os serviços se erigem em componente essencial do direito de aproveitamento do turno, como parece querer nosso legislador, dogmaticamente se está configurando um direito real cujo conteúdo seria primordialmente um *facere*, o que lhe converte em um direito real insólito, e sim que possa encaixar-se tampouco nas figuras doutrinárias de direitos reais *in faciendo*, de características muito diversas do direito que agora se analisa".[6] Todavia, parece-nos, que ao instituir o aproveitamento por turno na Espanha como direito de propriedade limitado ou anômalo, surgiu forte crítica dos doutrinadores, porque referido direito era tratado anteriormente no aspecto pessoal. Atualmente, quem decide sobre a natureza jurídica do direito são as partes na elaboração do contrato, inclusive se os direitos se transmitem ou não aos herdeiros em caso de falecimento, o que caracterizaria o contrato como real. Assim, pela Lei 42, de 15.12.1988, estabelece-se um direito real anômalo ou apenas um direito pessoal de aluguel.

Outro aspecto importante na legislação é a adoção de seguro obrigatório do imóvel contra terceiros, bem como a necessidade de estabelecimento de possibilidade de intercâmbio da unidade com outros imóveis em sistema de aproveitamento por turno. A legislação espanhola é pródiga em cláusulas que protegem o consumidor no sistema de aproveitamento por turnos, prevendo, inclusive, o controle das cláusulas abusivas por parte do registrador e notário. A aquisição e transmissão de aproveitamento por turno que contenha caráter de direito real poderá ser inscrita no Registro de Imóveis após a lavratura de escritura pública pelo notário (art. 14).

Quirós consegue com muita clareza analisar a natureza jurídica do direito de aproveitamento por turno espanhol:

"a) Trata-se, com a propriedade por planos horizontais, de um conjunto imobiliário urbano. Existe uma 'propriedade' separada sobre cada uma dessas

6. Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel; Cañizares Laso, Ana (coords.). *Multipropriedad y aprovechamiento por turno*. Madrid: Civitas, 2000. p. 73.

unidades autônomas de um mesmo edifício, delimitadas espacial e temporariamente, do mesmo modo, e cada uma das 'propriedades distintas' leva um direito de copropriedade especial sobre as áreas comuns.

b) Diferencia-se da propriedade por planos horizontais ou dos complexos urbanos, porque a delimitação das unidades econômicas não é puramente física (o apartamento, a casa), senão que se fixam limites temporais. O resultado é que não existe nada no objeto físico dessas 'propriedades distintas' que não seja elemento comum (ainda que não seja dos elementos comuns gerais). Por isso, resulta excessivo e enganoso chamar a cada cotitular proprietário e a figura multipropriedade. '*Trata-se, pelo contrário, de uma especial comunidade articulada em direitos parciais qualitativamente distintos de um direito de propriedade*'."[7]

No entanto, conclui o referido autor, "(...) trata-se de direitos reais limitados de gozo que podem ser catalogados entre as *servidões pessoais*, porque, como estas, a faculdade de gozar de um imóvel alheio se restringe a determinadas utilizações: desfrutar, com caráter exclusivo, durante um período específico de cada ano, o respectivo imóvel (art. 1-1). E, ademais, o direito corresponde diretamente a uma pessoa (independentemente de ser titular ou não de qualquer imóvel)".[8]

Em síntese, no sistema de aproveitamento por turno, na Espanha, o direito que existe pode ser real se assim constar do contrato, no entanto, configura um direito real limitado (servidão pessoal) de forma muito semelhante ao usufruto do Direito brasileiro.

2.7 Multipropriedade imobiliária em Portugal

Em Portugal, através do Dec.-lei 355, de 31.12.1981, foi criado um direito real sobre coisa alheia em que a pessoa física ou jurídica que promove o negócio, o proprietário do "conjunto imobiliário", em quem recaem direitos reais limitados, assegurando aos proprietários a utilização de uma fração de tempo correspondente a uma semana por ano. Atualmente, o *time-sharing* está disciplinado em Portugal através do Dec.-lei 275/1993, de 5 de agosto, que foi alterado pelo Dec.-lei 180/1999, de 22 de maio, e pelo Dec.-lei 22/2002, de 31 de janeiro. O art. 1.º do Dec.-lei 275/1993 permite que "unidades de alojamento

7. Quirós, Manuel Peña Bernaldo de. *Derechos reales, derecho hipotecário*. 4. ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001. t. I, p. 596.

8. Idem, p. 604.

integradas em hotéis-apartamentos, aldeamentos turísticos e apartamentos turísticos podem constituir-se direitos reais de habitação periódica limitados a um período certo de tempo de cada ano". O direito real de habitação turística deve ser criado através do regime do condomínio especial edilício, e o proprietário das unidades autônomas sujeitas ao regime de direitos reais de habitação periódica não pode constituir outros direitos reais sobre as mesmas (art. 2.º).

Fernandes leciona que é possível extrair do corpo legislativo português as seguintes características do direito real de habitação: "direito de usar, por um ou mais períodos certos, em cada ano, para fins habitacionais, uma *unidade de alojamento* integrada num empreendimento turístico, mediante pagamento de uma prestação periódica ao proprietário do empreendimento ou a quem o administre".[9]

O direito real de habitação periódica que é perpétuo, podendo ser limitado por vontade das partes, não inferior a 15 anos, é constituído por escritura pública (art. 6.º) e deve ser registrado no respectivo Registro de Imóveis (art. 8.º). No art. 12, existe a confirmação do caráter real do direito instituído, transmitindo-se aos herdeiros no caso de falecimento do detentor do direito. A propriedade concentra-se em uma pessoa física ou jurídica, a fim de se proteger o consumidor de imputação de responsabilidade, que também deverá centralizar a administração. Com a Lei 15/1999, de 13 de dezembro, criou-se a possibilidade de punição administrativa do descumprimento das normas contidas no Dec.-lei 275/1993, a multa podendo atingir o montante de duzentos milhões de euros, confirmando-se a preocupação lusitana relativa ao descumprimento de cláusulas de proteção ao consumidor.

Sobre o proprietário, recai o dever de administrar e conservar as unidades autônomas sujeitas ao regime do direito real de habitação periódica, nos termos do art. 25 e ss. do Dec.-lei 180/1999, nada impedindo que ele transfira esse dever de gestão da sua esfera de poderes para a de uma empresa especializada, tendo, no entanto, de comunicar à Direção Geral de Turismo e aos titulares diversos, direitos de habitação periódica e continuando responsável, embora a título subsidiário, perante estes, cuja posição fica assim corretamente tutelada. Conforme leciona Mesquita: "revestindo o direito real de habitação periódica a natureza de um direito real limitado sobre coisa alheia, é inteiramente conforme aos princípios jurídicos a que obedecer ao estatuto das coisas

9. Carvalho Fernandes, Luís. A. *Lições de direitos reais*. 6. ed. Lisboa: Quid Juris, 2009. p. 479.

que a administração do imóvel sobre aquele direito incide continue a pertencer ao proprietário".[10]

2.8 Multipropriedade no Brasil

Não existe, no Brasil, legislação no sentido estrito sobre multipropriedade imobiliária ou aproveitamento por turnos, ao contrário do que ocorre com outros países com forte vocação turística. Assim sendo, para a adoção desse sistema, restam poucos instrumentos ou ferramentas para ser utilizadas. Primeiro, porque a figura do direito real para se obter o aproveitamento de imóveis por turnos ou frações de tempo não existe no Direito brasileiro, cujo rol dos direitos reais é taxativo. Segundo, porque a velocidade da evolução dos negócios jurídicos é superior ao próprio direito, e não existe norma que proíba a adoção da multipropriedade no Brasil, forçando-nos a usar a criatividade para sua pronta adoção.

O Ministério do Turismo do Brasil, através da Deliberação Normativa 378, de 12.08.1997, tentou disciplinar o sistema de tempo compartilhado no país. No art. 1.º da deliberação, "é reconhecido, para todos os efeitos, o interesse turístico do Sistema de Tempo Compartilhado em Meios de Hospedagem de Turismo, pela cessão pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos e a qualquer título, do direito de ocupação de suas unidades habitacionais, por períodos determinados do ano". Observa-se, a princípio, uma delimitação ou redução do instituto da multipropriedade tão somente para cessões de direito de ocupação pelo prazo de cinco anos. Foi criado, no âmbito do Instituto Brasileiro de Turismo, um cadastro dos empreendedores, operadores e comercializadores de intercâmbio de sistema de tempo compartilhado; de sorte que somente quem preencher os requisitos estabelecidos na normativa, como idoneidade financeira, capacidade técnica, entre outras, poderá operar o sistema de multipropriedade imobiliária no Brasil (art. 10). A tentativa foi interessante, no entanto, o Ministério do Turismo do Brasil, ao disciplinar a multipropriedade no Brasil, acabou por causar muitas confusões, mormente por utilizar institutos jurídicos inadequados, como o mero direito de ocupação, que não configura direito real e tampouco confere maiores segurança e certeza do objeto dos contratos.

2.9 Multipropriedade e usufruto

A primeira delas seria a constituição de direito real de usufruto vinculado a uma quota-parte ideal, no entanto, trata-se de direito real personalíssimo

10. Mesquita, Manuel Henrique. Uma nova figura real: o direito de habitação periódica. *Revista de Direito e Economia*, vol. VIII, n. 1, p. 49-60.

temporário, uma vez extinto pelo falecimento, consolidação ou renúncia, o direito retorna ao proprietário. Alguns autores admitem a constituição de usufruto em fração de tempo, contudo, entendemos que o problema não resulta na constituição do direito em si, mas no regime de representatividade do direito instituído, no caso, a diversos detentores. Efetivamente, não há óbice para se constituir usufruto para diversas pessoas, o fato é que não é comum, em nosso Direito, uma representatividade distinta de direitos e condôminos sobre as partes ideais.

2.10 Multipropriedade e direito pessoal de ocupação

Nesse tipo de sistema de compartilhamento de unidades turísticas, o imóvel figura como propriedade de um empreendedor, que estabelece as regras de sua utilização. O direito dos "adquirentes" é meramente pessoal, estando sujeito às regras estabelecidas pelo empreendedor. Em caso de inadimplemento dele, o contrato resolve-se de acordo com as regras gerais do Código Civil de 2002 para os contratos em geral. A grande dificuldade dessa espécie de contrato é o próprio produto oferecido. Um contrato pessoal é instituto jurídico frágil e pode, muitas vezes, não interessar a investidores e adquirentes, que não possuirão direito real sobre o imóvel; por consequência, de publicidade e proteção do Registro de Imóveis.

2.11 Multipropriedade imobiliária como direito real

Salientamos que nos interessa a utilização da multipropriedade imobiliária como instituto vinculado ao próprio direito de propriedade, com características e funções do direito real. O Brasil possui forte tradição no que concerne à formalização do direito de propriedade, obviamente por inspiração romana, trazendo segurança jurídica para os negócios imobiliários que envolvem imóveis. É por meio do cultivo do direito real e respectivo registro no Ofício Imobiliário que é proporcionada ao brasileiro a paz necessária para mover a economia. Por outro lado, o direito real oferece grandes vantagens para a exteriorização da multipropriedade imobiliária, sendo um sistema mais seguro para os investidores. No entanto, para a configuração da multipropriedade como direito real, é preciso enfrentar questões complexas no mundo jurídico, principalmente com relação a dogmas quase seculares do Direito Civil. O primeiro é estabelecer e identificar a possibilidade de liberdade contratual nos direitos reais que esbarrará, seguramente, na tipicidade e/ou *numerus clausus* dos respectivos direitos. Posteriormente, e este será o objeto de nosso principal argumento, o objetivo é estudar a utilização do condomínio civil como repre-

sentação de fração de tempo, onde tentaremos dissecar o instituto que, além de não ser um direito real novo, é expressão da própria propriedade.

3. Tipicidade dos direitos reais e *numerus clausus*

Um tema demasiadamente debatido na doutrina e jurisprudência é se o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema de *numerus clausus* de direitos reais ou, pelo contrário, o de *numerus apertus*. E a análise é importante para identificarmos a natureza jurídica da multipropriedade no Direito brasileiro e se há ou não a possibilidade de criação de *novos* direitos reais. O problema reside na autonomia da vontade ou dirigismo contratual na criação de direitos reais. Aceita a primeira doutrina, não se permite a criação de um direito real propriamente dito, devendo-se seguir os tipos reais previstos na legislação específica, especialmente os do Código Civil de 2002, no nosso caso, embora existam diversas leis esparsas. Na segunda, reconhece-se a força da autonomia de vontade não somente no campo dos direitos obrigacionais, mas também nos reais, podendo-se criar figuras distintas das tipificadas pela lei.[11] Alvim leciona que "dentre os princípios ou características dos direitos reais, há dois deles, que avultam e se colocam até mesmo prioritária e cronologicamente antes dos demais. São os *princípios da legalidade* (*que se traduz no que diz respeito às previsões normativas dos direitos reais, em tipicidade*) e o da *publicidade,* cuja conjugação essencial é exigível para se ter configurado um direito real, salvo exceções legais expressas. Estes dois dizem respeito à própria existência (no plano normativo) ou à criação dos direitos reais. Se uma dada situação tendente a desembocar na formação de um direito real for desconforme a um tipo de direito real, é certo que não poderá vir a ser objeto da publicidade, que, sabe-se, entre nós, é constitutiva do direito real".[12]

O princípio da *legalidade* e o da *taxatividade* não foram explicitamente reconhecidos no Código Civil de 1916 e nem no atual,[13] o art. 1.225 do CC/2002 apenas relaciona alguns direitos reais, silenciando no que diz respeito à possibilidade ou não de criação de outros direitos. No entanto, entre nós, principalmente depois de Pontes de Miranda, que criticava os civilistas que procuravam

11. Picazo, Luis Diéz. Ob. cit., p. 47.

12. Arruda Alvim Netto, José Manoel de. In: Arruda Alvim, Thereza; Laizo Clápis, Alexandre (coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. XI, t. I, p. 225.

13. Idem, p. 155.

justificar a atipicidade no Direito francês, que não inspirou o Código Civil de 1916, prevaleceu o entendimento de que o Direito brasileiro adotou o *numerus clausus,* porém sem analisar a ausência de proibição na legislação civil.[14] No Direito europeu, diversos países adotam o sistema de *numerus clausus,* seguindo o modelo germânico, tais como Suíça, Portugal, Holanda e Áustria. Por outro lado, países como a Espanha adotam o sistema de *numerus apertus*. Nos Estados Unidos, prevalece a necessidade de criação de *standards* mínimos para a configuração de um direito real, é o que defende a grande maioria dos autores.[15]

Carvalho Santos – ao justificar a liberdade das convenções – admite como direitos reais não somente os enumerados na lei, mas também os que possam resultar das convenções dos contratantes e que têm argumento pouco explorado pelos doutrinadores que o sucederam na linha do tempo. Segundo o saudoso civilista Beviláqua, que em seu projeto não se afastou do Direito então vigente, assim redigindo o texto do art. 775: "Somente se consideram reais, além da propriedade etc. A Comissão Especial da Câmara, no projeto que adotou, eliminou o advérbio *somente*, e daí por diante não mais votou ele a figurar no texto do art. 674. Ora, a supressão foi feita muito propositadamente, por isso que não teria sido feita se fosse intenção do legislador manter o caráter limitativo ou taxativo da enumeração do Direito anterior, reproduzida no *Projeto Clóvis*".[16] Parece-nos que a influência do direito alemão nos civilistas do começo do século passado foi significativa para a adoção, no Brasil, da tipicidade dos direitos reais ou, como preferem chamar os alemães, *definição rigorosa para direitos das coisas*. Schapp explica que o "princípio da definição rigorosa significa que a *liberdade contratual*, em vista da fundamentação dos direitos re-

14. Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado. Parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. XI, p. 59: "Os direitos reais são em número limitado, fechado (*numerus clausus*). No encontro entre o 'direito romano e o germânico, enriqueceu-se o direito moderno de direitos reais, mas, em vez de admitir a possibilidade de se dar eficácia real a qualquer vínculo (mediante a Gewere), manteve o sistema do *numerus clausus*. Houve tentativa de conciliação, ou de síntese com o direito territorial prussiano, por meio do registro dos negócios jurídicos obrigacionais; porém isso rasparia, por bem dizer, a dicotomia dos direitos em pessoais e reais, ao mesmo tempo em que transplantaria para o só plano da eficácia o critério distintivo. As dificuldades, que surgiriam, seriam enormes, e algumas inafastáveis".

15. Merrill, T; Smith, E. Optimal standardization in the Law of Property: The *numerus clausus* principle. *Yale Law Journal*, vol. 110, p. 1-70.

16. Carvalho Santos, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1982. vol. IX, p. 14.

ais limitados, é *limitada*. Com esta restrição da liberdade contratual, que, aliás, não é pronunciada expressamente pela lei, mas que resulta de todo o contexto de regulamentações do Direito das coisas, o legislador leva em conta a ideia de *proteção das relações jurídicas*".[17]

Díez-Picazo afirma que, no Direito espanhol, a doutrina do *numerus apertus* possui em seu favor o argumento incontestável em razão do Código Civil de 2002 não conter nenhuma proibição no que diz respeito ao fato de que os particulares possam criar novos direitos reais. E mais, nem sequer existe nele um preceito que estabeleça uma lista dos direitos que são reais, nem aberta nem fechada.[18] Porém, o principal argumento para a não taxatividade do rol dos direitos reais na Espanha ocorreu com o advento da Lei Hipotecária, de 08.02.1946, que permite a inscrição de "títulos em que se constituam, reconheçam, transmitam, modifiquem ou extingam direitos de usufruto, uso, habitação, enfiteuse, hipoteca, servidões e *quaisquer outros direitos reais*" (art. 2.º, § 2.º).

A maior crítica à adoção da forma livre de criação dos direitos reais (*numerus apertus*) se dá pelo fato de que é impossível prever as formas variadas e criativas de direitos reais, o que poderia colocar em risco o mercado, gerando insegurança jurídica aos negócios imobiliários tradicionalmente conhecidos como sérios e sólidos. É preciso prever os direitos reais com certa segurança e brevidade, quer para antever os efeitos que possam ser produzidos, quer para estabilizar relações jurídicas. A título de exemplo, não é preciso explicitar as consequências do não pagamento de uma dívida hipotecária ou a própria alienação fiduciária imobiliária, bem como se sabe que o usufruto será cancelado quando do falecimento de seu titular. Sobre a distinção entre tipicidade e taxatividade, embora poucos doutrinadores tenham se detido em suas características, Alvim analisou a diferenciação com brilhantismo. Segundo o civilista, "o que ocorre, todavia – no âmbito do direito das coisas – é a tipicidade, por intermédio de meticulosa disciplina legal dos modelos normativos, que tem lastro de historicidade, ao longo da qual os institutos foram sendo decantados, encontrando-se apreciavelmente cristalizados em suas grandes linhas, por isso que não teria sentido expressivamente operacional a tipicidade, se não fosse acompanhada da taxatividade. A taxatividade, portanto, é atributo quase que *indispensável* à operacionalização da tipicidade, tal como ela é entendida e tal

17. Schapp, Jan. *Direito das coisas*. Trad. da 3. ed. alemã de Klaus-Peter Rurack, Maria da Glória Lacerda Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010, p. 24.

18. Picazo, Luis Diéz. Ob. cit., p. 47.

como existe para funcionar no espectro de atuação dos direitos reais. Mas isto não significa que sejam expressões sinônimas, senão que parece não ter grande alcance e sentido prático para um sistema estabelecer a tipicidade e paralelamente admitir que os tipos possam ser outros, *criados pelos sujeitos privados,* além dos que constam da lei".[19] O civilista português Carvalho esclarece que a tipicidade "consiste na tendência dos direitos das coisas para se oferecerem em tipos característicos, aproveitando o Direito às formações mais ou menos consagradas pelos usos (tipos correntes) ou, sempre que busca reagir contra esses usos ou propor novos modelos socioeconômicos, criando, ele mesmo, de harmonia com tais fins, os "protótipos" ou os "tipos normativos" que lhe interessam. Não se trata, portanto, do princípio do *numerus clausus* ou da taxatividade, pois pode haver tipologias taxativas e não taxativas (exemplificativas e delimitativas)".[20]

Viegas de Lima,[21] em trabalho inovador e ousado, defende a revisão da tipicidade ou *numerus clausus* dos direitos reais, possibilitando a admissão da multipropriedade imobiliária como direito real. Segundo o culto civilista, "ao

19. Arruda Alvim Netto, José Manuel de. Ob. cit., p. 211.

20. Carvalho, Orlando de. *Direito das coisas (do Direito das coisas em geral)*. Coimbra: Centelha, 1977. p. 243.

21. Viegas de Lima, Frederico Henrique. *Propriedade, Estado e mercado*. Tese aprovada para concurso de professor titular da UnB, ago. 2010. não publicada, p. 98: "Seria impossível e, até mesmo equivocado, que o nascimento de um novo direito real se desse pela modalidade de estreitamento de seu conteúdo ou campo de aplicação. Em sentido oposto, este surgimento se dá a partir da modalidade de modificação e ampliação. A ampliação atende perfeitamente aos critérios norteadores da tipicidade, de acordo com a necessidade para sua inserção no ordenamento jurídico, bem como a sua rentabilidade. Somente assim, é possível se falar em justificação causal e praticidade do novo instituto. Sendo típico e, ao mesmo tempo integrante do sistema de *numerus clausus*, pode e deve ter autonomia. Esta, entendida como a possibilidade de ser aplicada segundo sua legítima utilidade e rentabilidade, revelando aí a causalidade e a praticidade indispensável para seu acolhimento no ordenamento jurídico. Por tudo, podemos concluir que na atualidade os direitos reais em geral e as propriedades, em particular, cobram um novo formato. As necessidades sociais da pós-modernidade evidenciam a imperiosidade de abertura sistêmica dos *numerus clausus*, permitindo que novos direitos, embora não advindos de uma norma em sentido formal, desde que perfeitamente delineados, possuem a capacidade de serem incorporados à categoria de direitos reais. Sobretudo se pensarmos na superação da categoria de direitos reais como as relações das pessoas e das coisas – relações reais – e formos ao encontro da noção de que estes possuem, em realidade, relações pessoais, desenvolvidas de pessoa a pessoa".

explicar esta fenomenologia, Foëx[22] aponta que nos dias atuais existe uma série de relações jurídicas entre uma pessoa e uma coisa que são, aparentemente, contrárias a *ratio* dos *numerus clausus*. É um bom número de direitos criados ou modificados essencialmente para responder corretamente às necessidades da vida prática, sem, necessariamente, atender às exigências da lei. Estas novas modalidades devem ser conformadas tendo por base não um processo legislativo normal, mas, a partir de uma redefinição dos *numerus clausus,* fundado nos princípios essenciais dos direitos reais, como tal estabelecidos no direito das coisas e no princípio da publicidade. A estes casos, novas modalidades de *propriedades* possuem o mérito de responder afirmativamente a tais necessidades e, possivelmente, reconhecer a entrada no mundo jurídico de um novo direito, a *expectativa real*" (...) "Concluímos, assim, que a tipicidade dos direitos reais no Brasil está vinculada, diretamente, às modalidades impostas pelo legislador. Entretanto, é equivocado se pensar que a vontade legislativa impõe, desde uma visão extremamente formalista e porque não chamar de obtusa que, um novo direito real que atende a praticidade e a uma causalidade, não comporta uma vida própria e independente".[23]

Mas não podemos, a exemplo da doutrina espanhola, olvidar da análise sistêmica dos direitos reais, cotejando a estrutura do estatuto civil com o sistema de transmissão da propriedade imobiliária. A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) fornece aos que adotam a teoria do *numerus clausus* argumentos positivados mais do que suficientes para a defesa de um sistema fechado com relação à criatividade de novos direitos reais. O art. 167, I, da Lei 6.015/1973, elenca atos de registro *strictu sensu* admitidos no Registro de Imóveis e, apesar de não proibir outros, não possui regra ampliativa ou que permita interpretação extensiva. Por sua vez, o art. 172 Lei 6.015/1973 é categórico ao afirmar que no "Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de *direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei*, *inter vivos* ou *mortis causa* quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade" (grifo nosso).[24] A expres-

22. Foëx, Bénédict. *Le* "numerus clausus" *des droits réels en matière mobilière. Études et pratique*. Genève: Payot Lausanne/Faculté de Droit de l`Université de Genève, 1987. p. 23 e 24.

23. Viegas de Lima, Frederico Henrique. Ob. cit., p. 102.

24. A jurisprudência administrativa do Estado de São Paulo é unânime com relação à taxatividade dos atos de registro e, por conseguinte, dos direitos reais, v.g. Corregedoria-Geral da Justiça, *RT* 500/104, Processos CG 1.084/1995, 961/1997, CG 195/2001

são "direitos reais reconhecidos em lei" limita expressamente a criatividade de criação de novos tipos de direitos reais porque deixa ao legislativo a análise da conveniência ou não da criação. No entanto, é preciso reconhecer que não possa existir relativa criatividade na execução dos negócios jurídicos envolvendo imóveis. É possível adaptar ou interpretar alguns institutos do direito civil com outros olhos, que permitam a aplicação de regras existentes no próprio ordenamento jurídico.

3.1 Condomínio tradicional

Antes de analisar a utilização do condomínio ordinário em fração de tempo, é importante analisar, mesmo que brevemente, o instituto do condomínio e acentuar sua diferença com o condomínio especial, distinção importante para a aplicação do sistema de multipropriedade no Brasil. Cambler ensina que "podemos dividir o condomínio, fundamentalmente, em dois grandes gêneros: o condomínio puro ou tradicional e o condomínio por unidades autônomas".[25] Historicamente, o condomínio tem-se organizado de duas maneiras distintas, que a doutrina costuma denominar condomínio romano e condomínio germânico. O condomínio romano tem sua origem em uma concepção individualista, na qual o predomínio se concede sempre ao indivíduo, e a situação de condomínio se concebe como algo transitório, incidental e desvantajoso (*communio incidens*), o titular detém o direito a uma quota-parte de um todo não localizado em um primeiro momento. O caráter transitório, incidental e desvantajoso que o condomínio traz é acompanhado de mecanismos que facilitam o caminho para sua extinção, outorgando-se a cada condômino a possibilidade de sair imediatamente a qualquer momento mediante a chamada *actio communi dividundo*. O condomínio germânico, por sua vez – ensina Diéz-Picazo –, parte de uma concepção coletiva do mundo, à qual se subordina o direito do indivíduo. "O condomínio se considera como uma situação permanente e estável e, ademais, como uma forma vantajosa de realizar determinadas funções

– 07.02.2001; Conselho Superior da Magistratura, ApCiv. 2.272-0/SP, j. 13.06.1983, rel. Des. Bruno Affonso de André; ApCiv 7.476-0/2/Taubaté, j. 18.09.1987, rel. Des. Sylvio do Amaral; ApCiv 40.017-0/0/SP, j. 15.12.1997, rel. Des. Márcio Martins Bonilha; ApCiv 63.089-0/6/SP, j. 10.09.1999, rel. Des. Sérgio Augusto Nigro Conceição; ApCiv 68.605-0/9/Americana, j. 19.10.2000, rel. Des. Luís de Macedo; ApCiv 96.177-0/4/SP, j. 12.12.2002, e ApCiv 84-6/4/Tanabi, j. 23.10.2003, ambas rel. Des. Luiz Tâmbara.

25. Cambler, Everaldo Augusto. *Incorporação imobiliária. Ensaio de uma teoria geral*. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 100.

econômicas. Assim que nessa espécie de condomínio as quotas não existem ou, se existem, são puras medidas de valor ou de gozo que não determinam um direito exclusivo. Por último, na comunidade germânica não se reconhece a cada condômino a possibilidade individual de pedir a divisão".[26] O que ocorre que na Alemanha também existe no condomínio civil, nos exatos moldes do Direito Romano (inclusive com possibilidade de divisão a qualquer tempo), conforme podemos verificar do BGB §§ 1.008 SS. Ocorre que o direito germânico possui outra espécie de condomínio, chamado de mão comum (BGB §§ 741 SS). Schapp leciona que "deve ser feita a distinção entre o condomínio e a propriedade em mão comum de uma coisa. A propriedade em mão comum de várias pessoas em relação a uma coisa – e, respectivamente, o direito em mão comum de outros direitos – é a consequência da comunidade em relação a um patrimônio, o chamado em mão comum".[27] O patrimônio em mão comum pressupõe uma ligação pessoal entre os condôminos, uma situação querida ou desejada para uma finalidade comum. Ter-se-á o condomínio tradicional quando "a mesma coisa pode ser objeto de direito real pertencente simultaneamente a várias pessoas. Nesse caso, a relação jurídica em sujeito plural, caracterizando-se pela indivisão do objeto e divisão dos sujeitos. É o direito sobre a coisa que se reparte entre diversas pessoas".[28]

Santos Justo ensina que a doutrina se divide quanto à natureza jurídica da compropriedade, podendo-se destacar as seguintes teorias: (a) teoria da divisão ideal da coisa (também denominada clássica ou tradicional – em que cada comproprietário é titular de um direito, pleno e exclusivo, de propriedade sobre uma quota ideal ou intelectual da coisa; (b) teoria da pluralidade de direitos de propriedade: a compropriedade é constituída por uma pluralidade de direitos de propriedade iguais sobre toda a coisa, e o direito de cada consorte é limitado pela concorrência dos direitos qualitativamente iguais dos outros; (c) teoria personalista: a compropriedade é um domínio que tem por titularidade a coletividade dos consortes elevada à pessoa jurídica; e (d) teoria da comunhão em um único direito: a compropriedade é um único direito de propriedade, com a particularidade de ter vários titulares, a cada um dos quais pertence uma quota ideal.[29] O civilista português afirma que a teoria da comunhão em um único direito suscita maior simpatia, "cada comproprietário tem uma quota

26. Picazo, Luis Diéz. Ob. cit., p. 72.

27. Schapp, Jan. Ob. cit., p. 42.

28. Orlando Gomes. *Direitos reais*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 211.

29. Santos Justo, António dos. *Direitos reais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 306.

sobre o direito de propriedade e não sobre uma parte ideal da coisa: a quota não representa a coisa, mas o próprio direito ou, como se referem alguns romanistas, é *pars dominii* ou *pars Dominica* e não *pars rei*".[30] O condomínio tradicional pode ser divisível (*pro diviso*) ou indivisível (*pro indiviso*). Será divisível quando a coisa pode ser repartida sem alteração de sua substância (art. 87 do CC/2002), sendo a comunhão somente de direito, na qual há mera aparência de condomínio, porque cada condômino encontra-se localizado em parte certa e determinada na coisa. No *pro indiviso*, não havendo a localização em partes certas e determinadas, a comunhão é de direito e de fato. Nos casos de imóvel, será o condomínio *pro indiviso* por sua própria natureza, em virtude de existir procedimento específico para o parcelamento do solo (Lei 6.766/1979).

Nessa modalidade de condomínio, cada condômino pode usar a coisa comum, mas de modo a não impedir que os outros usem de igual direito e sem prejudicar os interesses da comunhão, limitando-se, destarte, o direito de cada condômino. Cada condômino possui parte ideal da coisa comum, incerta e não localizada, com direitos sobre sua totalidade em igualdade de posições. Uma característica fundamental do condomínio ordinário é o direito de preferência que cada condômino possui em caso de alienação da parte ideal de outro, estabelecendo o legislador um mecanismo para a extinção do condomínio de modo a centralizar as partes ideais em um único proprietário. Outra característica do condomínio *pro indiviso* – e isso será debate aprofundado entre nós – é o seu caráter transitório: a todo tempo é possível que um ou mais condôminos proponha(m) a divisão do mesmo, sendo indivisível, o resultado seria a alienação forçada do imóvel para que o domínio seja consolidado ou se torne homogêneo.

3.2 Condomínio especial

O condomínio especial é assim denominado, ensina Cambler, "em razão da peculiar natureza do objeto, que pode ser o condomínio de pastagens (compáscuo – art. 646 do CC/2002), ou de partes específicas, quando recair sobre paredes, cercas, muros, valas, valados e qualquer obras divisória (arts. 642 e 645 do CC/2002)".[31] O mesmo ocorre quando nos referimos ao condomínio especial edilício, que possui regras próprias e específicas, hoje já incorporadas inclusive no Código Civil de 2002. Ocorre o condomínio especial, regido pelo

30. Idem, p. 307.

31. Cambler, Augusto. Ob. cit., p. 100.

art. 1.314 e ss. do CC/2002, pela Lei 4.591, de 16.12.1964, quando há uma divisão anômala em um prédio, ocasionando uma justaposição de propriedades distintas, perfeitamente individualizadas, classificando o condomínio em duas partes: a primeira consistindo em partes exclusivas, constituída de apartamentos, salas, conjuntos ou andares, exercendo o titular o domínio sobre todos os atributos e prerrogativas inerentes à propriedade, sem necessidade da anuência dos demais condôminos. A segunda é constituída de partes comuns, em que se pode dizer que cada condômino possui uma quota ideal comum aos demais, não suscetível de alienação ou utilização exclusiva por qualquer condômino. Dessa forma, nos termos do art. 3.º da referida lei, são comuns o terreno e tudo o que no edifício seja afetado pelo uso de todos os proprietários, como fundações, fachada, telhado, estrutura de concreto, muros etc.

Uma característica especial dos condomínios especiais é sua autorregulamentação por meio da convenção de condomínio e seu regulamento interno, instrumentos que permitem aos moradores traçar as regras de convívio, em prol da coletividade. Leciona Silva Pereira que "alguns consideram a convenção uma relação *contratual*. E na sua origem assemelha-se ela, na verdade, a um contrato, porque nasce de um acordo de vontades. Mas a sua ligação com o contrato é apenas formal. Na essência, ela mais se aproxima da *lei*. Com efeito, repete-se com frequência e autoridade que o contrato faz lei *entre as partes*, pois que, quanto a terceiros, é *res inter alios*. Já o mesmo não se dá com a Convenção que desborda dos que participaram de sua elaboração ou de sua votação. Estendendo-se para além dos que a assinaram e seus sucessores e sub-rogados, vai alcançar também pessoas estranhas".[32] O caráter normativo da convenção de condomínio é pacífico na doutrina e jurisprudência, seja na Lei 4.591/1964, seja no próprio Código Civil de 2002, no art. 1.333 e ss., confirmando essa particularidade e permitindo-se dizer que no condomínio edilício ou especial existe moderada limitação do direito de propriedade, adstringido às regras da convenção condominial.

*3.3 Multipropriedade e condomínio (*pro indiviso*) de fração de tempo em condomínio especial. Compatibilidade*

No condomínio civil, cada condômino pode usar a coisa comum, porém, de modo a não impedir que os outros usem de igual direito e sem prejudicar os

32. Silva Pereira, Caio Mário. *Condomínio e incorporações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 125.

interesses da comunhão, limitando-se, destarte, o direito de cada condômino, que possui parte ideal da coisa comum, incerta e não localizada, com direitos sobre a sua totalidade em igualdade de posições. Entendemos que existe a possibilidade de utilização do *condomínio de fração de tempo*. Como relatamos, no condomínio civil "cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la" (art. 1.314 do CC/2002).

Não existe regra para a quantificação ou aferição da parte ideal de cada condômino. O Código Civil de 2002 não faz referência, seguindo exemplo do estatuto civil anterior. É habitual, nas práticas notarial e registrária, a utilização de fração ou porcentagem para expressar a quota ideal de cada coproprietário (exemplo: 1/4 ou 25%). Entendemos que não existe qualquer proibição em nosso direito para representar a quota-parte de um condomínio em frações de tempo, como, por exemplo, a primeira quinzena do mês de janeiro ou, ainda, a terceira semana do mês de julho. Silva Filho já defendia a utilização da multipropriedade no Brasil, aplicando-se analogicamente a Lei 4.591/1964.[33] O art. 1.315 do CC/2002 estabelece que "o condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa e a suportar os ônus a que estiver sujeita", o que permite o estabelecimento de regras para manutenção das propriedades em sistema de multipropriedade imobiliária.

Aspecto relevante que deve ser levantado é sobre o caráter transitório do condomínio ordinário no Direito brasileiro, decorrente também da elasticidade do próprio direito de proprietário. Com efeito, o art. 1.320 do CC/2002 brasileiro dispõe que "a todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão".[34] No § 1.º do art. 1.320 do CC/2002, consta que "podem os condôminos acordar que fique indivisa a coisa comum por prazo não maior de cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior".[35] O art. 1.320 fundamenta-se e tem

33. Silva Filho, Elvino. *Questões de condomínio no registro de imóveis*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 139.

34. O Código Civil português possui redação semelhante: art. 1412, 1: "Nenhum dos comproprietários é obrigado a permanecer na indivisão, salvo quando se houver convencionado que a coisa se conserve indivisa".

35. O Código Civil espanhol, seguindo o italiano de 1865, estabelece o prazo de 10 anos. Uma exceção nesta tendência constitui o BGB alemão, que, inspirado na ideia germânica de condomínio, admite a existência de pacto de indivisão perpétuo.

origem no Direito Romano, cujo teor passou pela história jurídica inalterado. O Direito Romano contemplava o direito de solicitar a divisão como básico na qualidade de comunheiro. *In comunione vel societatis, nemo compellitur invito detenere* (C. 3,37,5). *Si conveniat ne omnino diviso fiat. Huiusmodo pactum nullus vire habere manifestissimus est* (D. 10,3.14,2). Igualmente, as Partidas,[36] seguindo o critério de que as coisas governam-se melhor quando são de uma só pessoa do que de várias, consagraram que qualquer dos condôminos podem pedir, em todo o tempo, a divisão da coisa comum.

Viegas de Lima entendia que "a forma condominial proposta por algumas doutrinas estrangeiras não pode ser aplicada no Brasil porque a indivisão forçada também depende de criação legal e não é aplicável para uma comunidade de unidades autônomas que possuem configuração semelhante à propriedade horizontal".[37] De fato, para a adoção da multipropriedade imobiliária é necessária a criação de um ambiente jurídico seguro a fim de que seja possível atrair investidores e interessados, e a possibilidade de extinção condominial pelos condôminos de fração de tempo é um fato que pode fragilizar a aplicação do instituto, mesmo que seja possível a estipulação de pacto de indivisão pelo período de cinco anos, prorrogáveis por igual período (parágrafo único do art. 1.320 do CC/2002). No entanto, ousamos discordar: reconhecemos que o estado de comunhão é reconhecidamente fonte de discussões, constituindo "sementeira de discórdias", conforme bem definia Barros Monteiro (1995),[38] o que propiciou o desenvolvimento de mecanismos para sua extinção. Porém, não podemos olvidar que a utilização do sistema de multipropriedade imobiliário no Brasil decorre de "adaptação" do instituto do condomínio civil, que possui natureza transitória. O caráter transitório do condomínio comum, assim, não configura óbice à adoção da multipropriedade porque esta não pode ser interpretada à luz das regras ordinárias do condomínio civil, como veremos.

O Código Civil de 2002 (art. 1.320, § 1.º) – igualmente como o anterior de 1916 (art. 629, parágrafo único) – permite o pacto de indivisão entre os condôminos pelo prazo de cinco anos, prazo que é suscetível de prorrogação ulterior.

---

36. As Sete Partidas (ou simplesmente Partidas) é um corpo normativo criado na Castilha durante o Reinaldo de Alfonso X (1252-1284), com o objetivo de conseguir certa uniformidade jurídica do Reino.

37. Viegas de Lima, Frederico Henrique. Aspectos teóricos da multipropriedade no direito brasileiro. *RT* 658/40.

38. Barros Monteiro, Washington de. *Curso de direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 205.

Tepedino, seguindo Pontes de Miranda,[39] entende que a regra de proibição é de ordem pública, fato esse que configura obstáculo quase intransponível para a adoção da multipropriedade condominial,[40] Awad, por sua vez, entende que a adaptação do condomínio *pro indiviso* à multipropriedade ocorreu de forma natural no Direito brasileiro, mais pela aproximação (subsunção) do que pela incompatibilidade.[41]

Na Espanha, quando ainda não existia o direito real de aproveitamento por turno criado pela Lei 42/1998, Miquel González já defendia a utilização do condomínio civil. Segundo o professor, não há nenhum obstáculo para, a partir das disposições do condomínio civil (art. 392 e ss. do CC espanhol), dar forma e conteúdo preciso a uma fórmula condominial em que o sujeito interessado possa adquirir uma quota com sinalização temporal do uso entre os condôminos, sem possibilidade de recurso ou ação de divisão".[42] Interessante notar que o art. 400 do CC espanhol possui regra idêntica ao parágrafo único do art. 1.320 do CC/2002 e, mesmo assim, o regime condominial com frações de tempo foi admitido naquele país até a publicação da Lei 42/1998.[43] Partindo-se de uma perspectiva histórica, a *actio communi dividundo* nos mostra com uma nota essencial na regulação do condomínio no Direito histórico, precisamente porque o espírito do condomínio romano exigia relativa estabilidade para as relações condominiais à época. A pergunta

39. Pontes de Miranda. Ob. cit., p. 102.

40. Tepedino, Gustavo. Ob. cit., p. 65: "Trata-se de preceitos de ordem pública, justificável lógica e historicamente. Do ponto de vista lógico-dogmático, a indivisão é inconciliável com a natureza transitória do condomínio, tido como forma anormal da propriedade, podendo conjecturar-se, ainda, que a revogação convencional da divisão poderia violar o contratante economicamente mais fraco, que se resignasse a tal pactuação embora lesado em seu direito de propriedade".

41. Awad, Pedro Elias. *Direito imobiliário*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2009. p. 197: "multipropriedade é a denominação mais utilizada para uma forma de condomínio pro indiviso na propriedade de um bem, em geral imóvel, mas que tem sua utilidade compartilhada entre os condôminos em parcelas fixas de tempo, previamente definidos, de sorte que todos tenham, perpetuamente, plena utilização do bem no espaço temporário que lhe foi atribuído".

42. Miquel González, José María. Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como copropiedad. *Revista de Derecho Registral* 14/41.

43. "Art. 400. Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común. Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención."

que devemos fazer é: se o condomínio regulado no Código Civil de 2002 não é mais o mesmo do Direito Romano – transitório e instável –, que sentido tem aplicar a normativa sobre a ação de divisão a um condomínio como a multipropriedade, que, por suas características de estabilidade, afasta-se do condomínio romano civil ordinário?

Obviamente, o fato da interpretação do pacto de indivisão ser aplicada de maneira restritiva se deu em razão do regime jurídico aplicado à propriedade outrora, do regime jurídico aplicável à propriedade ser o do Código Civil de 1916, de inspiração liberal. O Código Civil de 2002, no § 1.º do art. 1.228, prevê expressamente que a propriedade deve desempenhar suas funções social e econômica, que, malgrado não possam ser aplicadas diretamente sobre a incidência normativa expressa, podem e devem ser utilizadas pelo intérprete para extrair a essência de um sistema normativo. Nesse aspecto, ressaltamos a possibilidade do conteúdo da função social da propriedade urbana ser definida pelo plano diretor municipal (art. 182, CF/1988). Não vislumbramos a incompatibilidade alegada por Tepedino. A forma condominial foi adotada e tem sido utilizada no Brasil há muitos anos com relativo sucesso: só no Estado de São Paulo, constatamos a existência de condomínios edilícios de multipropriedade na forma de condomínio *pro indiviso* nos municípios de Americana, Campos do Jordão, Ubatuba, Guarujá e São Sebastião.[44] Ao prever a possibilidade de prorrogação posterior, o legislador começa a traçar e indicar regra de direito disponível e, por consequência, permitir o preenchimento ou adequação do direito real existente pela vontade dos contratantes. A principal razão pela qual o Estatuto Civil não permite a permanência do estado de condomínio é o fato de que nenhum comproprietário pode ser constrangido a permanecer em comunhão, em estado de indivisão. Carvalho Santos afirmava que o principal fundamento dessa regra está no respeito à liberdade individual, e, por isso, faz parte desta a faculdade para todo o indivíduo de não manter relações

44. A obra de Tepedino indica a existência de empreendimentos com sistema de multipropriedade em Búzios, Cabo Frio, Saquarema, Iguaba, Águas de Lindoia, Ubatuba e Angra dos Reis, entre outros municípios. Pesquisamos nos tribunais dos Estados com maior incidência de zonas turísticas e localizamos alguns processos judiciais, a maioria de cobrança de condomínio, existindo no Estado de São Paulo algumas dezenas de arestos importantes, confirmando o contrato de multipropriedade pelo condomínio civil. No Rio de Janeiro, localizamos um acórdão não reconhecendo a existência do sistema por falta de previsão na Lei 6.015/1973. No Rio Grande do Sul notamos também alguns acórdãos no Tribunal de Justiça reconhecendo o sistema, mas sem analisar a questão sobre o instrumento jurídico adequado (ApCiv 70002204675, Porto Alegre, 19.08.2003).

patrimoniais com outrem, sendo mesmo certo que a comunhão patrimonial dá lugar necessariamente ainda a relações pessoais.[45] Ora, a fundamentação principal para se permitir a extinção do estado de comunhão se dá pelo fato de que referida condição quase sempre ocorria independentemente da vontade do condômino. O que ocorre na multipropriedade imobiliária é exatamente o contrário: é justamente o compartilhamento que atrai as pessoas, visando a um aproveitamento social e econômico da propriedade imobiliária.

A possibilidade de estabelecimento de pacto de indivisão de condomínio *pro indiviso* em casos de multipropriedade foi fruto de intensa discussão da doutrina civil espanhola, tendo prevalecido a possibilidade do estabelecimento de diferenciação entre *condomínios voluntários ou involuntários*. A principal razão da possibilidade de propositura de divisão ocorre tão somente em condomínios involuntários porque referida situação não foi predeterminada ou desejada pelo condômino. Miquel González analisa esse ponto de vista com muita precisão:

"Si el pacto de indivisión se limita en su duración por razón de que la comunidad es una situación que el ordenamiento valora como indeseable, no hay ninguna posibilidad de suprimir la limitación en el caso de la multipropiedad. Pero si así fuera, se daría ciertamente una contradicción entre la valoración legal de la comunidad como situación social indeseable y la realidad social, en la que la comunidad sirve para satisfacer necesidades de los particulares. No tiene ningún sentido que la Ley imponga una limitación a la vinculación a la comunidad por razón de ser indeseable, cuando en la realidad social se experimenta como algo deseado". [46]

É preciso considerar, também – e nesse sentido nos socorre ainda a doutrina do país de Cervantes –, que a limitação do pacto de indivisão não tem sua origem na ideia de que a manutenção do condomínio seja prejudicial em si mesma, mas no sentido que limita a livre circulação dos bens, resultando problemas patrimoniais particulares e inclusive de ordem econômica geral, ou seja, em um condomínio cuja situação não foi desejada ou involuntária, a manutenção do referido estado é transitória e é natural que o Direito crie mecanismos para extinguir o estado condominial. Por isso, a ação de divisão é absolutamente necessária nos casos em que o condomínio seja involuntário, mesmo porque a negociação das partes ou quotas indivisas é complexa e dificultosa e, por tal fato, eventual pacto de indivisão não pode ser fixado por

45. Carvalho Santos, J. M. de. Ob. cit., p. 315.

46. Miquel González, José María. Ob. cit., p. 48.

tempo indeterminado. No caso da multipropriedade condominial, a situação é inversa. Já existiu o ato volitivo para a criação de quotas condominiais divididas em frações de tempo, sendo que referido estado, além de não restringir a livre circulação de bens, potencializa as negociações de referidas quotas: não há embaraço algum ao condômino, que pode livremente transmitir referido direito como desejar. Miquel González leciona que "cuando la comunidad no impide la circulación de los bienes, sino, al contrario, la potencia, no tiene sentido impedir la indivisión permanente, porque lo que es contrario al orden económico no es la indivisión, sino las demoras que a la libre circulación de los bienes supone la indivisión. Tales trabas están en función de la conciencia social, que .está dispuesta a adquirir determinadas participaciones y no otras. Ello lleva consigo que el objeto del tráfico se configure de un modo u otro. En el caso de la multipropiedad, el hecho de que sólo se disponga de unos días o de unas semanas al año como vacaciones, determina que exista una demanda de uso limitada en el tiempo; si la oferta se limita también a un tiempo, se podrá obtener la mayor adecuación de ambas con beneficios para las dos. De tal modo, que quien pretenda pasar solamente un mes en un apartamento no tenga que invertir lo necesario para adquirir la propiedad exclusiva, y, por otra parte, el que disponga de un apartamento pueda obtener un precio más elevado vendiéndolo a doce personas que a una sola".[47]

Pau Pedrón leciona que "no hay, pues, obstáculos para considerar que la multipropiedad es una comunidad ordinaria –*pro indiviso*–, de carácter estable; es decir, una comunidad funcional. Las diferencias fundamentales entre comunidad incidental y funcional residen en su origen, que es normalmente involuntario en la primera y siempre voluntario en la segunda; en su duración, que es transitoria y circunstancial en la comunidad incidental, mientras que es permanente y estable en la funcional; en sus fines, pues si la primera no se orienta a un fin o destino común de los partícipes, la segunda persigue un destino común; en la organización, ausente en la incidental y ordinariamente estructurada en la funcional".[48] Vazques de Castro, por sua vez, valoriza o aspecto econômico para justificar o pacto de indivisão. Segundo o catedrárico espanhol, "desde un punto de vista económico, no cabe duda que la realidad social nos presenta comunidades económicas y otras que, por el contrario, son antieconómicas. En éstas tiene sentido el ejercicio de la acción de división. No

47. Idem, ibidem.

48. Pau Pedrón, Antonio. Configuración jurídica de la multipropiedad en España. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIV, n. 584, p. 9-30.

así en aquéllas, a pesar que el Código Civil considere que todas las comunidades son antieconómicas".[49]

Na verdade, a doutrina espanhola funda o entendimento acima se inspirando no condomínio germânico em mão comum, que expusemos anteriormente,[50] o conteúdo do art. 1.320 do CC/2002 somente pode atingir os condomínios civil involuntários em que não exista uma finalidade comum desejada pelos compropriétários. Nesse último aspecto, a regra da possibilidade de divisão pode ser afastada em razão da autonomia da vontade dos adquirentes. A experiência do Direito espanhol pode – e deve – ser utilizada na interpretação do art. 1.320 do CC/2002 brasileiro, primeiramente porque a redação da norma contida nos mesmos é idêntica e induz as normas a serem discutidas no mesmo terreno jurídico; segundo porque a multipropriedade imobiliária condomínio foi utilizada com relativo sucesso naquele país por anos, somente tendo sido abolida em razão de problemas ligados aos direitos dos adquirentes das frações de tempo, principalmente no tocante às regras de consumo.

É interessante salientar que a Lei 4.591/1964 e o próprio Código Civil de 2002 (art. 1.331 e ss.) já criaram exceção legal à regra de divisão, já que preveem a impossibilidade de divisão das unidades autônomas com relação às coisas comuns, regra essa que somente a unanimidade dos condôminos pode mitigar. Defendemos a adoção da multipropriedade condominial dentro de um condomínio especial, seja pela existência da convenção condominial, que é o instrumento adequado para disciplinar o aproveitamento por turno, seja por esse caráter excepcional que permite a indivisão.

3.4 Conciliação entre os condomínios edilício e especial

Superada a possibilidade de utilização do condomínio *pro indiviso* de frações de tempo, principalmente no que diz respeito à possibilidade de estabelecimento de pacto de indivisão permanente, é preciso fixar sua imprescindível conciliação, a nosso ver, com o condomínio edilício. Somente será admitida a criação de regime especial condominial *pro indiviso* em unidades autônomas,

49. Vázques de Castro, Luis Martíngez. La multipropiedad y la acción de división. *Revista de Derecho Registral* 11-12/72.

50. Díez-Picazo entende que "esta Idea romana debe ceder paso a necesidades modernas em que se requiere, para la satisfacción de los intereses de los afectados, la permanencia de la situación de comunidad y, em consecuencia, la exclusión de la acción de división mientras esté el objecto destinado a la finalidade que exige esa permanencia" (ob. cit., p. 80).

ou seja, após a especificação de coisas comuns e privativas e consequente estabelecimento de uma unidade é que será possível estabelecer o critério de uso compartido. Para isso, é importante que exista o ambiente jurídico adequado a fim de que tudo possa ocorrer com maior segurança e ampla publicidade. Assim, não podemos confundir os condomínios que são seguramente conciliáveis. Prova disso é que se tornou comum o estabelecimento de condomínio ordinário em unidades autônomas, de forma que um apartamento pode ter como proprietários diversas pessoas físicas ou jurídicas. O que não é possível é a criação de um condomínio *pro indiviso* voluntário e indivisível fora do regime do condomínio especial, pois é preciso a utilização da convenção condominial para a fixação das regras de compartilhamento de tempo (períodos de semana no ano, preferência etc.), e também é impossível o estabelecimento direto do fracionamento do tempo sem a definição das distintas propriedades.

Vale ressaltar que principalmente o pacto de indivisão – que visa a estabilizar o próprio regime de aproveitamento – deve ser realizado por meio de instrumento adequado e também sob o regime do condomínio especial edilício. Isso ocorre principalmente em razão da existência do instituto da convenção condominial, que permite o disciplinamento e até normas restritivas ao direito de propriedade (mormente a comum) entre condôminos. Desse modo, a submissão do empreendimento de multipropriedade ao regime especial previsto na Lei 4.591/1964 e pelo art. 1.314 e ss. do CC/2002 é condição *sine qua non* para sua formação. A convenção de condomínio[51] é a lei interna do edifício e somente ela poderá regulamentar a utilização de turnos ou empreendimentos como sistema de multipropriedade imobiliária e, em especial, a limitação do direito de propriedade. Surgirão inúmeros problemas relativos à utilização: permuta, cessão de eventuais direitos, regras de tempo mínimo de cada turno, critério para parcelamento dos períodos, regras de transição em feriados prolongados ou não que são comuns no Brasil. Despesas com a manutenção e decoração também deverão estar previstas, pois um número considerável de

51. Caio Mário da Silva Pereira ensina que "alguns consideram a convenção uma relação contratual. E na sua origem assemelha-se ela, na verdade, a um contrato, porque nasce de um acordo de vontades. Mas a sua ligação com o contrato é apenas formal. Na essência, ela mais se aproxima da lei. Com efeito, repete-se com frequência e autoridade que o contrato faz lei entre as partes, pois que, quanto a terceiros, é *res inter alios*" (...) "O caráter normativo da convenção do condomínio é pacificamente reconhecido. Sua força cogente aos condôminos, seus sucessores e subrogados, e eventualmente às pessoas que penetrem aquele círculo fechado, representado pelo edifício, é aceita sem relutâncias" (*Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 125 e 129).

pessoas utilizará a unidade autônoma, o que implicará em infindáveis afinidades e tendências com relação a móveis, objetos de decoração, eletrodomésticos, empregados etc.

Somente a convenção condominial poderá ter o condão de mitigar a divisibilidade constante do § 1.º do art. 1.320 do CC/2002 e fixar as normas estruturais básicas para os condomínios, regras que possuam sanção e estejam respaldadas em legislação federal, o que somente poderá ser atingido pela convenção, que deve ser registrada no Livro 3 – Registro Auxiliar do Registro de Imóveis.[52] A aceitação da convenção pelos adquirentes das quotas ideais de tempo é necessária, devendo constar, no corpo do instrumento de compra e venda a estipulação do pacto de indivisão e renúncia do direito de preferência. Essa também era a preocupação de Silva Filho, que acredita que a multipropriedade deve ser regulada como condomínio especial da Lei 4.591/1964, esclarecendo que, "fixado o critério aferidor da quota-parte ideal do condômino, podemos, então, atingir configuração jurídica da multipropriedade, propriedade temporária ou *time-sharing* como sendo a nova forma de condomínio em propriedade horizontal em que a unidade autônoma do edifício – o apartamento – é de propriedade de várias pessoas ou de vários titulares de domínio, sobre o qual o exercício de propriedade é aferido em função do tempo".[53-54]

Mesmo Tepedino, que critica a adoção da forma condominial, entende que há perfeita compatibilidade entre os institutos do condomínio edilício e a multipropriedade, por isso, a disciplina do primeiro é bastante abrangente: "deixando significativa margem de atuação para a autonomia privada, tanto no que concerne à individuação das unidades autônomas quanto no que tange à convivência interna, regulada substancialmente pela convenção, fixada livremente pelos condomínios". Na esfera administrativa, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo entendeu como inaplicável a utilização do condomínio civil, tendo como principal argumento a falta de tipicidade ou *numerus clausus*.[55] Por sua vez, o 2.º TACivSP, hoje incorporado pelo Tribunal de Justiça, já

52. Não existe previsão legal de registro de convenção de condomínio ordinário no Registro de Imóveis, em especial na Lei 6.015/1973, muito embora o Código Civil de 2002, no art. 1.323, tenha permitido por deliberação dos condôminos a eleição de um administrador.

53. Tepedino, Gustavo. Ob. cit., p. 138-139.

54. Idem, p. 109-110.

55. "Registro de Imóveis – Multipropriedade (*time sharing*) – Enquadramento entre os direitos reais – Inviabilidade – Entendimento firmado pela Corregedoria Geral da Justiça – Constituição do empreendimento como condomínio especial disciplinado pela Lei

havia analisado a possibilidade de utilização do condomínio civil representando frações de tempo em compatibilidade com a Lei 4.591/1964, *in verbis:*

"À luz da concepção tradicional do direito de propriedade como aquele que recai sobre um *espaço físico* (ou o que quer que nele se contenha), essa Convenção pode ser vista como acordo de vontades dispondo sobre o *uso* desse espaço. Perfeitamente possível, daí, encarar o direito real sobre as unidades autônomas como propriedade singular que, no entanto, pode ter vários sujeitos ativos, apenas subordinados ao uso regulamentado no tempo.

(...)

A propósito, seria fascinante – e essencialmente pós-moderno – poder entender que cada titular no *time-sharing* tem a propriedade, sozinho, de uma unidade designada por duas referências, uma espacial (a situação da unidade num determinado edifício) e outra temporal (a situação da unidade num determinado período do ano). Um edifício como o Condomínio ora autor não teria, então, tantas unidades quanto fossem os seus compartimentos físicos privativos, e sim 52 vezes esse número, considerada a dimensão do tempo. Mais nenhuma dúvida surgiria sobre a possibilidade de o Condomínio cobrar dos proprietários dessas unidades 'tridimensionais' as despesas de manutenção" (ApCiv 753.574-0, rel. Gilberto dos Santos, 20.10.2003).

Trata-se de um tipo novo de condomínio especial próprio em locais de lazer. Os participantes resolvem por um aproveitamento econômico do bem

---

4.591/1964, com instituição de condomínio tradicional, regido pelo Código Civil de 2002, sobre as diversas unidades autônomas – Possibilidade – Inadmissibilidade, porém, da inserção, na convenção de condomínio levada a registro e nas matrículas das unidades autônomas, de quaisquer disposições tendentes a vincular o direito real de propriedade ao direito pessoal de regramento acerca do uso periódico anual das unidades, tornando reais direitos obrigacionais. Registro de Imóveis – Multipropriedade (*time sharing*) – Recusa acertada de averbação de alteração de convenção condominial que traz disposições de natureza obrigacional a respeito da utilização exclusiva pelos condôminos, no decorrer do ano, da totalidade das unidades autônomas – Determinação, ainda, da anotação, no livro em que registrada a convenção de condomínio, da ineficácia real da disciplina obrigacional constante do título – Recurso não provido nessa parte. Registro de Imóveis – Multipropriedade (*time sharing*) – Condomínio tradicional sobre as unidades autônomas, com inserção nas matrículas correspondentes de elementos de ordem obrigacional, tendentes a tornar reais direitos pessoais – Inadmissibilidade – Retificação das matrículas determinada a fim de ser excluído do fólio real todo e qualquer dado de natureza pessoal e obrigacional – Desnecessidade, porém, do bloqueio das matrículas, diante da retificação determinada – Recurso parcialmente provido (Ementa Oficial) – Processo CG 686/2007 – publicada em 16.10.2007."

imóvel uma unidade fixa de tempo, podendo cada coproprietário, por um determinado período, geralmente anual, fazer uso exclusivo do bem. Em resumo, os adquirentes das unidades autônomas são coproprietários de fração ideal, sofrendo limitações temporais e também aquelas inerentes à convivência em condomínio, tudo conforme disposto em regulamento (ApCiv 760.022-00/8, rel. Egidio Giacoia).

No âmbito judicial, o TJSP recentemente pacificou o entendimento sobre a possibilidade de conciliação do condomínio civil fracionado em tempo com o condomínio edilício especial. É o que se observa no acórdão passado dos autos da ApCiv 992.06.066340-4, da Comarca de Americana, de 25.08.2001:

O instituto do *time-sharing* revela-se compatível com a noção de unidades autônomas ou exclusivas, em contraposição às áreas comuns do edifício, apenas com a peculiaridade de que a propriedade pertence a várias pessoas e de que o uso é compartilhado de uma forma diferente, o que, contudo, é irrelevante para fins de cobrança das despesas condominiais, que no sistema de *time-sharing* em nada diferem das despesas dos condomínios em edificações propriamente ditos.

Não há dúvidas, assim, sobre a compatibilidade da multipropriedade imobiliária e a Lei 4.591/1964, que no art. 6.º dispõe que: "Sem prejuízo do disposto nesta Lei, regular-se-á pelas disposições de direito comum o condomínio por quota ideal de mais de uma pessoa sobre a mesma unidade autônoma".

Finalmente, precisamos analisar o direito de preferência previsto no art. 504 do CC/2002:

"Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de 180 dias, sob pena de decadência."

Uma vez eleito o condomínio civil para representar a multipropriedade, a preferência estabelecida no artigo em questão pode se tornar um problema no empreendimento, já que são constantes os negócios jurídicos em zonas turísticas. Entendemos também, nesse caso, que não existe óbice porque a preferência em si não pode ser obstáculo para a adoção do aproveitamento por turnos, mas sim mera consequência e pode não ser exercida por inércia, como também pode – em razão de ser direito disponível – ser expressamente renunciada quando da aquisição da lavratura da escritura pública. Acreditamos, assim, que o condomínio civil pode ser utilizado para representar frações de tempo, e é possível renunciar o direito de preferência por ser disponível, por-

que assim estaríamos conferindo conteúdo especial a um direito real existente, sem inovação e fugindo da tipicidade dos direitos reais. Nas palavras de Arruda Alvim: "uma coisa é criar direito real novo; outra é alterar o conteúdo de um direito real existente; e, ainda, é diferente, preencher o conteúdo de um direito real previsto, mas para o qual o preenchimento do conteúdo encontra na lei um *espaço aberto,* a ser coberto ou preenchido – limitadamente – pela vontade dos interessados, como é o caso no usufruto, no direito de superfície e na servidão".[56] Mesmo que chegássemos à conclusão sobre a impossibilidade de mitigação da divisão do imóvel fracionado no tempo em razão do constante no § 1.º do art. 1.320 do CC/2002, não podemos aceitar que o prazo de cinco anos prorrogável posteriormente não confira a segurança jurídica necessária para que o regime de aproveitamento por turno seja criado. Findo o prazo, existindo um condômino insatisfeito com o regime jurídico adotado, ele poderá, em um primeiro momento, alienar sua quota-parte ou, na pior das hipóteses, tentar extinguir o condomínio operado judicial, o que ocorrerá tão somente com relação à unidade autônoma em discussão.[57]

3.5 Breve histórico do direito de propriedade e multipropriedade como representação de suas funções social e econômica

No estudo da multipropriedade, é importante analisar a evolução histórica da propriedade imobiliária e demonstrar a radical transformação funcional que sofreu e vem sofrendo, estando longe daquela propriedade do Direito Romano e até mesmo da que consta no Código Napoleônico. É relevante, também, considerar e aceitar que muitas características e institutos inerentes à propriedade foram simplesmente compilados ou reproduzidos no decorrer dos anos sem,

---

56. Arruda Alvim Netto, José Manoel de. Ob. cit., p. 202.

57. Vázques de Castro defende que a existência de prazo para o pacto de indivisão não tira a segurança jurídica da multipropriedade condominial, principalmente porque permite a prorrogação anterior: "Sin embargo, la piedra de toque del pacto de indivisión en la multipropiedad lo constituye la posibilidad de 'sucesivas prórrogas'. Si admite prórrogas sucesivas, servirá para mantener la estabilidad de la figura. Si sólo admite una prórroga, como afirma un sector de la doctrina cualificado, el pacto de indivisión es un instrumento inútil. A la prórroga de dicho pacto se refiere el inciso segundo del párrafo segundo del art. 400, a tenor del cual el pacto de indivisión 'podrá prorrogarse por nueva convención'. En este punto, el Código Civil se aparta de su precedente legislativo más directo, cual es el Código Civil italiano de 1865, en el que no se establece expresamente esta posibilidad de prorrogar el pacto de indivisión" (ob. cit., p. 81).

contudo, considerar as principais transformações, razão pela qual devem ser interpretados e aplicados à luz também da sistemática funcional, o que pode ser dificultoso ao intérprete, pois é notório que a velocidade das transformações legislativas não acompanha a realidade do mundo fenomênico.

"What's property?". Essa é a primeira questão posta por Singer, Professor da Faculdade de Direito de Harvard, ao iniciar sua obra *Property law – rules, policies, and practices*.[58] A resposta não é tão simples:[59] "a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-cristã",[60] e tem sido estudada ao longo dos anos de forma mais focada em seu aspecto estrutural (usar, gozar e dispor), olvidando-se de seu aspecto funcional. Assim são os estatutos civis do Brasil de 1916 (art. 524), Portugal (art. 1.305) e Espanha (art. 348). De acordo com essa perspectiva, a propriedade também poderia ser estudada por outro ângulo, que não integraria a sua estrutura, mas representaria a sua ideologia. Fernandes, civilista português, ousou definir o direito de propriedade como "o direito real máximo, mediante o qual é assegurada a certa pessoa, com exclusividade, a generalidade dos poderes de aproveitamento global das utilidades de certa coisa".[61] Todavia, a conceituação é obviamente alicerçada na ideia relacionada aos poderes que o titular do direito tem sobre a coisa. Pinto Duarte, outro renomado civilista português, prefere não entrar na problemática da conceituação do direito de propriedade, segundo ele "é muito difícil definir direito de propriedade. Também nós prescindiremos de uma definição, preferindo, como ângulo de abordagem, a apresentação das suas características".[62] É preciso ressaltar, outrossim, que o caráter individual ou egoístico da propriedade não se restringia a referidos atributos, mas também à não utilização deles, ou seja, o proprietário possuía o direito de *não usar, não usufruir e não alienar* a propriedade. O português Santos

58. Singer, Joseph William. *Introduction to property*. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 2005. p. 2.

59. Duas teorias fundamentais analisam a essência do direito de propriedade: teoria da pertença de cunho qualitativo e a teoria do senhorio ou do domínio, que apresenta feição quantitativa. A primeira consubstancia uma situação de pertença de certa coisa a uma pessoa, criando-se assim uma relação de subordinação da coisa ao titular do direito; já a teoria do senhorio ou do domínio, diz-se quantitativa porque identifica o direito de propriedade como o mais vasto direito sobre uma coisa, que assim fica sujeita inteiramente ao titular do direito.

60. Silva Pereira, Caio Mário. *Instituições de direito civil* cit., p. 76.

61. Ob. cit., p. 334.

62. Pinto Duarte, Rui. *Curso de direitos reais*. 2. ed. Lisboa: Princípia, 2002. p. 47.

Justo salienta que a propriedade não reúne sempre todos os atributos a ela conferidos, o "gozo não é específico da propriedade; e, por outro, que pode haver proprietários sem o uso e a fruição e também sem o direito de disposição".[63] A clássica definição do direito de propriedade – *ius utendi, fruendi et abutendi* – não é encontrada nas fontes do Direito Romano, derivando ela, na verdade, dos intérpretes da Idade Média.[64] Marky leciona que a jurisprudência clássica do Direito Romano conceitua o Direito de propriedade como um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea.[65] No entanto, não existia um conceito de propriedade imobiliária unitária: o que existia era uma extensão do pátrio poder sobre pessoas e bens, assim, era a *patria potestas* que justificava o poder sobre a coisa.

A partir do final da República (períodos helenístico e clássico), passou-se a utilizar a expressão *dominium* para expressar a relação da pessoa com a coisa. Pode-se entender o *dominium* como uma senhoria sobre a coisa, cujas faculdades são indeterminadas. Assim, o *dominium* consiste em uma série de faculdades potencialmente ilimitadas no seu exercício, e para cada uma destas faculdades é dada a denominação de *ius: ius utendi, ius abutendi, ius fruendi, ius alienandi*. Os contornos da propriedade imobiliária desde o período pós-clássico romano e idade média foi de certa forma obscuro, com a queda do império romano (476 d.C.) e invasão bárbara, era em torno da posse que a mesma era definida. O feudalismo teve importância significativa e iria dominar por muitos anos a distribuição da terra na Europa. A relação feudal consistia basicamente em um nexo pessoal vitalício (inclusive, tal relação era extensiva aos herdeiros varões) entre vassalo possuidor da terra e seu senhor. Afirma Figueiredo que a relação do agricultor com o seu senhor era de dominação e subordinação, cabendo ao vassalo cultivar as terras e ao senhor oferecer proteção.[66]

Arruda Alvim leciona afirmando que "o que marcou, pois, a concepção da propriedade na época medieval, e o que podemos verificar desta breve exposição, foi a existência constante de dualidade de sujeitos. Havia aquele que podia *dispor* da terra e a *cedia a outrem* (fosse este quem pagasse o cânon, fosse o servo etc.), mas a disponibilidade e titularidade efetivas do bem cabia sempre

63. Ob. cit., p. 215-216.

64. Corrêa, Alexandre Augusto de Castro; Sciascia, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 124.

65. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1971. p. 85.

66. Figueiredo, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004. p. 49.

àquele que detinha o poder político, e, por implicação necessária, a titularidade jurídica. O direito dos outros, do direito deste detentor do poder político se originava e dele dependia".[67] Pode-se dizer que a propriedade no sistema feudal não tinha a característica exclusivista do Direito Romano e tinha contornos sociais, uma vez que permitia a exploração da terra por um número considerável e necessário de pessoal. O senhor feudal, com o poder bélico e subordinação à respectiva coroa, necessitava da mão de obra dos vassalos para manter seu exercício na sociedade feudal, aqueles, por sua vez, necessitavam de proteção contra as constantes invasões e incertezas da época.

Foi a ascensão do capitalismo, com sua necessidade de produção de bens e produtos além das necessidades locais, que começou a criar uma relação de independência dos trabalhadores da terra com os senhores feudais, tendo em vista que não precisavam mais de proteção externa. Um fato que contribuiu muito para o fortalecimento do direito de propriedade na Europa foi a Revolução Gloriosa, que ocorreu no Reino Unido entre 1685 e 1689, resultando na queda do Rei Jaime II do trono da Inglaterra, sendo substituído por sua filha Maria II e pelo genro holandês Guilherme. O evento marcou a restrição dos poderes reais no que tangia à propriedade privada, como proibição de requisição e confisco, e ainda com a possibilidade de proteção judicial pelos proprietários. A evolução da propriedade foi intensa no decorrer dos últimos dois séculos. Saiu de uma noção e perspectiva individualistas, tal como estabelecida no *Code Civil,* enraizada no *laisser-faire,* para ganhar, nos dias atuais, um contorno novo, evidenciando a necessidade de a propriedade atender mais às necessidades da coletividade e impor a seu titular uma gama de restrições ou limites, chegando a uma conceituação de *poder* restringido.

Na Suma Teológica, Tomás de Aquino (1225-1274 apud Antoncich; Clasen; Munarriz, 1986) aceitou a existência da propriedade, mas não a considerava um direito natural, não admitindo expressamente a existência de uma função social; contudo, é possível extrair alguns elementos que poderiam levar à admissão do princípio.[68] Entre os filósofos que buscam uma sustentação do instituto da propriedade como um direito natural, John Locke é indubitavelmente o mais importante. Sua teoria jusnaturalista cria uma solução criativa para o

67. Arruda Alvim Netto, José Manoel de. Ob. cit., p. 185-186.

68. "Usar uma coisa alheia subtraída ocultamente em caso de extrema necessidade não é um furto propriamente dito, pois tal necessidade torna nosso o que tomamos para sustentar nossa própria vida. No caso de uma necessidade semelhante, pode-se, também, tomar clandestinamente a coisa alheia para socorrer o próximo indigente" (2, 2, 66, 7).

dilema da origem comum da propriedade: para ele, a propriedade surge a partir do acréscimo trazido pelo trabalho e beneficia outras pessoas.[69] Essa teoria ajudará no conceito de função social criado por Auguste Comte e desenvolvido por Duguit.

Nos séculos XIX e XX, surge a ideia de função social da propriedade com a problemática conhecida hodiernamente: Duguit, jurista francês, em sua obra Las transformaciones del derecho público y privado, depois de tratar de questões como o desaparecimento do sistema de direito público criado com base no conceito de poder público, foi um dos primeiros que concluiu que nem o homem nem a coletividade tem direitos, mas cada indivíduo tem uma certa função a cumprir em sociedade, uma determinada tarefa a executar.[70] Figueiredo leciona que o conceito de função social oferecido por Duguit inspira-se na doutrina de Auguste Comte.[71] Em seu *Discurso sobre o espírito positivo*, Comte sustenta ser irrelevante a existência individual do homem, já que nosso desenvolvimento provém da sociedade e não dos indivíduos considerados isoladamente. Segundo o filósofo, "a ligação de cada um a todos, sob uma multidão de aspectos diferentes, de maneira a tornar involuntariamente familiar o íntimo sentimento de solidariedade social, convenientemente desdobrado para todos os tempos e todos os lugares".[72] O modo mais eficaz de assegurar a felicidade privada é pela procura ativa do bem público, a qual exige, necessariamente, a repressão permanente dos impulsos pessoais que possam suscitar conflitos contínuos.

Não podemos esquecer, outrossim, que entre os romanos, quando já se pronunciava a criação de um conceito de propriedade, vários institutos denotavam preocupação social, como o *omni agro deserto*, instituto que permitia a aquisição da propriedade pela utilização das terras longínquas e fronteiriças pelos agricultores que as tornassem produtivas; a própria compilação das XII Tábuas Romanas de 451 a.C., na Tábua Segunda, tinha uma forte referência socioambiental: "9. Se alguém, sem razão, cortar árvores de outrem, que seja condenado a indenizar à razão de 25 asses por árvore cortada". Ocorre que, malgrado o conceito de propriedade ou fato de que os atributos a ele inerentes

69. *Segundo tratado sobre o governo*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 45.

70. Duguit, Léon. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975. p. 171.

71. Figueiredo, Guilherme José Purvin de. Ob. cit., p. 70.

72. Comte, Auguste. *Discurso sobre o espírito positivo*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 266.

continuem os mesmos, é inegável que o legislador brasileiro, como muitos de outros países, acabou por entender que a propriedade deve desempenhar outro papel no Direito, atribuindo-lhe, assim, uma qualidade especial.

O Código Napoleônico de 1804 é expressão sinônima do caráter individual da propriedade. Em seu art. 544, definiu como "la proprieté est le droit de jouir et disposer de choses de la manière la plus absolue". O Código Civil italiano de 1865, seguindo a mesma tendência, dizia que "la proprietá è Il diritto di godere e dispore della cosa nela maniera piú absoluta" (art. 436). O Código Civil Espanhol de 1889 em nada inovou, constando no art. 148 que "la propriedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa". O Código Civil de 1916 não fugiu muito à influência do Velho Mundo no art. 524 ao dizer 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". Na segunda década do século XX, a Constituição Socialista do México de 1917 foi a primeira a trazer em seu texto referências à função social da propriedade, o que foi seguido por outros países. É preciso ressaltar que a Constituição Alemã (Weimar), de 1919, é considerada por muitos como o primeiro texto constitucional a consagrar expressamente o princípio da função social da propriedade, o que foi repetido pela Constituição Alemã de 1949. No Brasil, a evolução constitucional da função social da propriedade foi lenta. A Constituição do Império de 1824 representava um modelo liberal individualista. Já a Carta de 1891, que trouxe a possibilidade de desapropriação pelo "bem público", afirmava que o direito de propriedade "mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia" (art. 72, § 17); a Constituição de 1934 traz diversas referências sociais da propriedade, pode-se destacar, especialmente, o art. 113, 17), que afirma que a propriedade não poderia ser exercida contra o interesse social ou coletivo; o mesmo ocorre com a Constituição Federal de 1937; e, por fim, a Carta de 1946 condicionava a propriedade ao bem-estar social (art. 147). A Constituição Federal de 1967 merece destaque, já que foi a primeira que fez menção à função social da propriedade. O art. 157 afirma que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base, entre outros princípios, na função social da propriedade (inc. III). Também permite a desapropriação por interesse social (art. 150, § 22). A EC 1, de 17.10.1969, tinha redação semelhante à sua antecessora. Foi com a Constituição Federal de 1988 que foi incorporado o conceito de função social da propriedade na forma em que a concebemos hodiernamente. O art. 5.º, XXIII, da CF/1988, no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais, declara-se que "a propriedade atenderá a sua função social". O art. 170, III, da CF/1988,

capítulo destinado à ordem econômica brasileira, indica a função social da propriedade como um princípio fundamental da Economia.

O art. 182 é inovador ao prever a função social da cidade e ao afirmar que o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. O art. 186 no capítulo destinado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária, preceitua que: "A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores".

Nesse aspecto, penso que os planos diretores dos municípios com vocação turística têm sido pouco explorados ou criativos, ao deixar de prever expressamente como representação da função social unidades condominiais em regime de multipropriedade. Sendo o plano diretor o principal instrumento para a configuração da função social da propriedade urbana, ele é, assim, é o meio mais adequado para regulamentar algumas questões que possam ser obstáculo para a adoção do regime de aproveitamento por turno no Brasil. Finalmente, o art. 225 da CF/1988 declara 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". O art. 1.228 do CC/2002 manteve em seu *caput* a redação do estatuto civil anterior, afirmando que: "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". Porém, em seu § 1.º, sob forte influência da Carta Maior, introduziu na legislação civil infraconstitucional regra inovadora e moderna, que afirma: "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".

Importante não restringir a função socioambiental da propriedade a aspectos jungidos a mera restrição do direito de propriedade. A propriedade de hoje não é a mesma de outrora tão somente por aspectos restritivos, justificados pelo direito administrativo. É o que defende Edésio Fernandes ensinando que "não se pode mais reduzir a noção de função socioambiental da propriedade meramente à ideia de limitação administrativas externas ao exercício do direi-

to, o que é muito do gosto dos administrativistas".[73] O direito de propriedade está, assim, sofrendo influências jamais observadas em nosso Direito, refletindo movimentos do mundo fenomênico. E referidos reflexos não se restringem somente ao aspecto social, mas também ao econômico, estando nesse aspecto, no nosso entendimento, conceito ou caráter pós-moderno da propriedade imobiliária.

A propriedade não mais ostenta aquela concepção individualista do Direito Romano, reproduzida no Código Civil de 1916. Cada vez mais forte é o seu sentido social, transformando-se em fator de progresso, de desenvolvimento e de bem-estar para todos. Está se reconhecendo, assim, que o direito de propriedade pode – e deve – limitar-se em benefício de uma finalidade superior que mereça proteção; proteção que pode advir da lei ou da consciência social. Esse fenômeno é atual em nosso Direito, o Código Civil de 1916, de inspiração liberal decorrente do Código Napoleônico, não trazia a ideia de função social da propriedade como aduzimos. Ocorre que, malgrado o conceito de propriedade continue o mesmo, é inegável que o legislador brasileiro, como muitos de outros países, acabou por entender que a propriedade deve desempenhar outro papel no Direito, atribuindo-lhe, assim, uma qualidade especial. Não se nega, outrossim, que referida qualidade é assaz subjetiva e de difícil definição por meio dos instrumentos legislativos, o que torna os operadores do Direito – principalmente os juízes – figuras importantes para se entender o verdadeiro alcance da função social da propriedade.

Observa-se que, ao atribuir à propriedade a exigência da observância de funções econômica e social, bem como de preservação do meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 deu início a uma sistemática maior, inclusive com consequências ao próprio direito de propriedade. Dessa forma, não podemos olvidar que a função social da propriedade ou propriedade-função social está incorporada em nosso Direito de forma profunda e rompeu com a tradição secular do Direito Privado. Isso se deu, primeiramente, como princípio basilar constitucional, comando geral primário para os aplicadores do direito; e, em um segundo momento, como sanção ao desrespeito à não observância da função social na propriedade imobiliária. Algumas dessas sanções já expressamente constantes do corpo da Constituição Federal de 1988 (arts. 182, 184 e 186), tanto que, para Eros Grau (1983), o princípio da função social da propriedade determinou profundas alterações estruturais da interioridade

73. Fernandes, Edésio. *A nova ordem jurídico-urbanística do Brasil*. Minas Gerais: Del Rey, 2006. p. 15.

do conceito jurídico-positivo de propriedade.[74] Viegas de Lima esclarece que "a função econômica da propriedade passa a ter novos contornos, não mais se admitindo a noção multissecular que desempenhou, sendo bem mais uma maneira ou modalidade de sujeição do bem a uma finalidade que transcenda as fronteiras de seu próprio titular e tenha um sentido coerente para a coletividade".[75]

A propriedade imobiliária, após séculos, tida como caráter absoluto, sofreu verdadeiro choque no início do Século XX com a necessidade da adoção de sua função social, o que pode ter gerado certo desequilíbrio conceitual no seu tratamento prático. Mas esse ponto de equilíbrio começa a se configurar no Século XXI, e temos que a Constituição Federal do Brasil começou a despertar essa ideia, principalmente por incorporar – como outras Constituições – a constitucionalização do Direito Civil.

A posição da função social da propriedade nos capítulos dos direitos e garantias fundamentais, ordem econômica e política agrária e fundiária é o indicativo mais contundente de que o desenvolvimento econômico e a função socioambiental da propriedade devem sempre ser interpretados, conjuntamente, tratando-se do mesmo fenômeno e sendo impossível a dissociação dos conceitos.[76] O direito de propriedade tem, inegavelmente, uma importante função econômica. Aliás, é ele a própria base sobre a qual é erigida a economia de mercado. É em razão do direito de propriedade que existe o trabalho. É o direito de propriedade que permite a geração e a circulação de riquezas fundamentais ao desenvolvimento humano. A Constituição Federal de 1988 conciliou as funções social e econômica da propriedade como se fossem faces de uma mesma moeda: devem andar juntas para o pleno desenvolvimento das relações sociais.

---

74. Grau, Eros Roberto. *Direito urbano*. São Paulo: Ed. RT, 1983. p. 66-67.

75. Viegas de Lima, Frederico Henrique. O delineamento da propriedade imobiliária na pós-modernidade. Meio Ambiente e o Registro de Imóveis. In: Santana de Melo, Marcelo Augusto (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.

76. Perlingieri esclarece que "na realidade, a função social não é autônoma, mas sim parte essencial da garantia e do reconhecimento da propriedade privada, a razão da própria tutela da apropriação privada dos bens", a preocupação do civilista italiano é que a função social esvazie o conteúdo mínimo da propriedade, ou seja, a propriedade privada não pode ser esvaziada de todo conteúdo e reduzida à categoria de propriedade formal, não se pode esgotar a fruição da propriedade em razão de conceitos funcionais comunitários, "a função social não pode em caso algum contrastar com o conteúdo mínimo: função social e conteúdo mínimo são aspectos complementares e justificadores da propriedade" (ob. cit., p. 953).

Parece-nos que a solução não poderia ser diferente; é impossível não lembrar dos ensinamentos de Aristóteles. Segundo o filósofo grego, o caminho a ser traçado para a busca do equilíbrio é o da mediania, o ponto de harmonia necessário para se fugir dos extremos:

Ora, de tudo que é contínuo e divisível é possível tomar a parte maior ou a menor, ou uma parte igual e essas partes podem ser maiores, menores e iguais seja relativamente à própria coisa ou relativamente a nós, a parte igual sendo uma *mediania* entre o excesso e a deficiência. Por *mediania* da coisa quero dizer um ponto equidistante dos dois extremos, o que é exatamente o mesmo para todos os seres humanos; pela mediania relativa a nós entendo aquela quantidade que não é nem excessivamente o mesmo para todos os seres humanos.[77]

É o que chamamos de meio ambiente sustentável. A função social da propriedade deve ser aplicada e interpretada tendo como fundamento o desenvolvimento econômico, deve existir uma compatibilização dos conceitos e estabelecer uma harmonia entre crescimento econômico e agrícola e meio ambiente. A multipropriedade imobiliária é um exemplo do uso social e econômico da propriedade porque permite uma exploração racional da propriedade imobiliária, explorando todas as suas potencialidades. Não há dúvidas de que a multipropriedade imobiliária tem vocação turística e não atingirá diretamente as populações consideradas de baixa renda, mas é preciso considerar que sua utilização irá democratizar o uso de imóveis em locais de lazer: seguramente aquele que não possuía recursos para adquirir um apartamento no litoral terá maior oportunidade de negociar uma fração de tempo, como uma semana no mês de janeiro, por exemplo. No mesmo instante em que satisfaz a necessidade humana inspirada no Direito Romano da propriedade, permite um dinamismo funcional que deve ser fruto de desenvolvimento em nosso Direito. Não se vislumbra facilmente um instituto com tamanha representatividade para um uso social da propriedade imobiliária.

4. Formalização da multipropriedade condominial no registro de imóveis

O Registro de Imóveis enquanto órgão pacificador de conflitos – instituto destinado à garantia da segurança jurídica do tráfego imobiliário, bem como de exercer um filtro jurídico dos títulos que ingressam no fólio real – sur-

77. Aristóteles. *Ética a nicômaco*. 2. ed. Trad. e notas Edson Bini. Bauru: Edipro [384-322 a.C.], 2007. p. 76.

ge no direito de propriedade como importante ferramenta para estabilizar as negociações e atos jurídicos que envolvem imóveis. O Brasil possui um sistema de transmissão da propriedade de registro de direitos, não se transcreve somente títulos, mas são produzidos efeitos jurídicos aos negócios jurídicos instrumentalizados nos respectivos títulos. A inscrição, ou melhor, o registro, recebe efeitos que a lei assim determina. São dois os principais efeitos que um sistema de registro de direitos pode gerar: a fé-pública registral e a legitimação. O primeiro consiste em se atribuir determinando grau de eficácia e higidez ao registro frente a pessoas que não possuam títulos registrados; o segundo refere-se à presunção relativa de que o proprietário possui os direitos publicizados no registro, inclusive no que concerne à sua extensão. No Direito brasileiro, a presunção é relativa (*juris tantum*) nos termos do § 2.º do art. 1.245, "(...) enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel". Exceção a esse preceito é o registro *torrens* para imóveis rurais, regulado pelos art. 277 e ss. da Lei 6.015/1973. Depois de determinado procedimento que inclui a notificação de confrontantes e publicação de editais, será prolatada sentença que, depois de registrada, outorgará à propriedade presunção absoluta.

Mesmo sendo relativa a presunção, o nascimento do direito real ocorre somente com o registro no Registro de Imóveis e nesse aspecto, por conseguinte, a multipropriedade imobiliária somente ganhará existência com o registro da incorporação imobiliária no caso de imóveis em construção ou com a instituição de condomínio em imóveis acabados. Por meio destes registros, ocorre concomitantemente o registro da convenção de condomínio no Livro 3 – Registro Auxiliar – no qual as regras necessárias à configuração da multipropriedade serão criadas e definidas. A representatividade da quota-parte de cada condomínio é essencial para a adoção do sistema de tempo compartido. Cada condomínio é proprietário de uma fração de tempo determinada, cujas regras foram aprovadas e criadas na respectiva convenção condominial. Assim sendo, parte-se do pressuposto de que todos os adquirentes de frações de tempo são coproprietários ou condôminos, devendo o Registro de Imóveis observar e se ater ao controle de referidas quotas-partes, ou seja, à disponibilidade delas. Em outras palavras, é preciso que o Registro de Imóveis controle as quotas-partes ideais de tempo para que não ocorra confusão e controle equivocado da disponibilidade, sendo de toda conveniência a adoção de uma ficha auxiliar para cada unidade autônoma que receber os condomínios *pro indiviso,* quase sempre especificados ou divididos através de 52 semanas. Não podemos esquecer que Brasil possui um sistema de inscrição denominado na doutrina como fólio

real ou matrícula, em que todo o procedimento registrário gira em torno do imóvel e não das pessoas que possuem direitos sobre ele. "La inmatriculación abre, en el Libro de inscripciones, el Registro particular de la finca, a la que se asigna um número diferente y correlativo y el número de hojas que se considere necesario. Sigue, pues, nuestro Derecho el sistema de folio real (el folio real, como se acaba de ver, es, em rigor, um conjunto unitário de fólios y hojas): el registro se organiza no en función de los titulares (abriendo um folio para cada proprietário), sin en función de las fincas".[78]

Dessa forma, considerando o sistema adotado pela Lei 6.015/1973, a matrícula do imóvel em sistema de multipropriedade, que necessariamente será uma unidade autônoma, será aberta normalmente, descrevendo-a com todas as suas características. As quotas-partes ideais representativas de fração de tempo serão registradas individualmente com condomínio, lembrando que a convenção de condomínio necessariamente precisará trazer e elencar todos os elementos. Para um controle mais eficaz das quotas-partes ideais de tempo das unidades autônomas, seria útil e interessante a adoção de fichas auxiliares ou complementadoras, contendo os períodos que foram estabelecidos na respectiva convenção de condomínio, bem como os respectivos registros, a fim de que o Registro de Imóveis faça um controle mais eficaz da disponibilidade. O sistema de aproveitamento por turno é um contrato que merece e necessita da publicidade registrária, pois os direitos envolvidos são sérios e merecem total transparência e controle do Registro de Imóveis. Uma vez que esses contratos acessam o Registro de Imóveis, recebem publicidade *erga omnes*, o que facilita a consulta e eventual permuta por períodos. O catedrático español Pau Pedrón leciona que "el régimen de multipropiedad deberá constar necesariamente en el Registro de la Propiedad. Esta disposición viene exigida por dos consideraciones básicas: con excepción del tiempo de vigencia del período en uso, el resto del tiempo aparece el derecho del multipropietario como un derecho sin contacto posesorio, que es precisamente este el tipo de derechos más necesitado de protección registral; por otra parte, la necesidad de conocer hasta el detalle el régimen de la multipropiedad para acceder al mismo, aconsejan no consagrar un simple principio de oponibilidad de estatutos inscritos e inoponibilidad de no inscritos. Por otra parte, la necesidad de inscripción registral –previo otorgamiento de escritura pública– se establece también para toda transmisión de cuotas o participaciones".[79] Outro fator importante é o de que

78. Ob. cit., p. 544.

79. Pau Pedrón, Antonio. Ob. cit.

o Registro de Imóveis, atualmente na qualificação dos títulos a ele submetidos, tem a atribuição de fiscalizar contratos que envolvam relação de consumo, podendo exercer um filtro das cláusulas abusivas em contratos de aproveitamento por turno (Processo CG 18.965/1999, de 30.08.1999, Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo). Com efeito, uma das principais funções do registrador é a análise do título, também chamada qualificação, que é o juízo de valor que o registrador realiza sobre a legalidade dos documentos e sobre a validade e eficácia dos negócios jurídicos contidos neles.[80] Observa-se que a qualificação registrária, cotejando-se com outros sistemas registrários, equivale a uma sentença de mérito de 1.ª instância anômala, já que não gera coisa julgada. Apresentado o título a registro, o Registrador irá proceder a aplicação dos princípios registrários ao caso concreto, surgindo a viabilidade ou não do acesso ao fólio real, o que por si só já seria motivo para os contratos de aproveitamento por turno ingressarem no Registro de Imóveis.

5. Considerações finais

A multipropriedade imobiliária é um instituto jurídico consagrado na doutrina e jurisprudência, destinado ao aproveitamento de bem imóvel por fração de tempo. Entre as diversas formas e possibilidades de multipropriedade, a que mais tem sido divulgada e aceita pela doutrina e jurisprudência brasileira é a condominial (*pro indiviso)*. Embora não conste expressamente na legislação civil, assim como o fato de o Brasil adotar a tipicidade dos direitos reais, é possível a aplicação da multipropriedade no Brasil pelo condomínio ordinário, já que não existe regra que obrigue a representação deste através de frações ou porcentagem de tempo. É possível que convenção condominial decorrente do condomínio especial preveja cláusula expressa de indivisão, devendo referida cláusula ser reproduzida expressamente em todos os negócios jurídicos envolvendo as frações de tempo. A previsibilidade de divisão ou extinção do

80. "Diz-se qualificação registral (imobiliária) o juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição predial, importando no império de seu registro ou de sua irregistração. O juízo qualificador (enquanto conclusão do procedimento prudencial) pode ser positivo (em ordem a seu fim, que é o registro) ou negativo (desqualificação, juízo desqualificador), de toda sorte consistindo sua mais destacada relevância a imperação de que se registre ou de que não se registre um título. E, exatamente porque a aplicação ao operável é o fim do intelecto prático, o ato de império, na qualificação registral, é o mais relevante dessa complexa decisão prudencial" (Marques Dip, Ricardo Henry. Sobre a qualificação no Registro de Imóveis. *RDI* 29/33).

condomínio atinge tão somente os condomínios indesejados ou involuntários. A utilização do condomínio civil para a multipropriedade imobiliária somente deve ocorrer em condomínios edilícios, porque somente nessa hipótese existe a previsão legal expressa na convenção condominial, instrumento jurídico adequado para disciplinar de forma ordenada e com força cogente a utilização e restrição de uso das respectivas unidades autônomas.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, ao introduzirem a necessidade da propriedade exercer as funções social e econômica, corroboram para a adoção da multipropriedade imobiliária condominial no Brasil, o que configura exemplo perfeito de conciliação entre desenvolvimento econômico e finalidade social.

6. Referências bibliográficas

Aristóteles. *Ética a nicômaco*. 2. ed. Trad. e notas Edson Bini. Bauru: Edipro [384-322 a.C.], 2007.

Arruda Alvim Netto, José Manoel de. In: Arruda Alvim, Thereza; Laizo Clápis, Alexandre (coords.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. XI, t. I.

Awad, Pedro Elias. Direito imobiliário. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2009.

Barros Monteiro, Washington de. *Curso de direito civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1967.

Cambler, Everaldo Augusto. *Incorporação imobiliária. Ensaio de uma teoria geral*. São Paulo: Ed. RT, 1993.

Carvalho, Orlando de. *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*. Coimbra: Centelha, 1977.

Carvalho Fernandes, Luís. A. *Lições de direitos reais*. 6. ed. Lisboa: Quid Juris, 2009.

Carvalho Santos, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1982. vol. IX.

Christofari, Victor Emanuel; Oliveira Júnior, Dario da Silva. *Multipropriedade – "Time-sharing". Aspectos cíveis e tributários*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Comte, Auguste. *Discurso sobre o espírito positivo*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

Corrêa, Alexandre Augusto de Castro; Sciascia, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1988.

Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4.

Duguit, Léon. *Las transformaciones del derecho publico y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

Fernandes, Edésio. *A nova ordem jurídico-urbanística do Brasil*. Minas Gerais: Del Rey, 2006.

Figueiredo, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

Foëx, Bénédict. *Le "*numerus clausus*" des droits réels en matière mobilière. Études et pratique*. Genève: Payot Lausanne/Faculté de Droit de l`Université de Genève, 1987.

Gomes, Orlando. *Direitos reais*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

Grau, Eros Roberto. *Direito urbano*. São Paulo: Ed. RT, 1983.

Locke, John. *Segundo tratado sobre o governo*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

Marky, Tomas. *Curso elementar de direito romano*. São Paulo: José Bushatsky Ed., 1971.

Marques Dip, Ricardo Henry. Sobre a qualificação no Registro de Imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 29. p. 33. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1992.

Merrill, T; Smith, E. Optimal standardization in the Law of Property: The *numerus clausus* principle. *Yale Law Journal*. vol. 110. p. 1-70, 2000.

Mesquita, Manuel Henrique. *Obrigações reais e ônus reais*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. Uma nova figura real: o direito de habitação periódica. *Revista de Direito e Economia*. vol. VIII. n. 1. p. 49-60, 1982.

Miquel González, José María. Algunos problemas en torno a la consideración de la multipropiedad como copropiedad. *Revista de Derecho Registral*. vol. 14, p. 41. Madrid: Colegio de Registradores da Espanha, 1987.

Pau Pedrón, Antonio. Configuración jurídica de la multipropiedad en España. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. año LXIV. n. 584, p. 9-30. Madrid, ene.-feb. 1988.

Picazo, Luis Diéz. *Sistema de derecho civil. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2004. vol. III.

Pinto Duarte, Rui. *Curso de direitos reais*. 2. ed. Lisboa: Princípia, 2002.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. Parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. XI.

Quirós, Manuel Peña Bernaldo de. *Derechos reales, derecho hipotecário*. 4. ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001. t. I e II.

Ruiz-Rico Ruiz, José Manuel; Cañizares Laso, Ana (coords.). *Multipropriedad y aprovechamiento por turno*. Madrid: Civitas, 2000.

Santos Justo, António dos. *Direitos reais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

Schapp, Jan. *Direito das coisas*. Trad. da 3. ed. alemã de Klaus-Peter Rurack, Maria da Glória Lacerda Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2010.

Silva Filho, Elvino. *Questões de condomínio no registro de imóveis*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Silva Pereira, Caio Mário da. *Condomínio e incorporações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

Singer, Joseph William. *Introduction to property*. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 2005.

Tepedino, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Vázques de Castro, Luis Martíngez. La multipropiedad y la acción de división. *Revista de Derecho Registral*. vol. 11-12. p. 72. Madrid: Colegio de Registradores da Espanha, 1985.

Viegas de Lima, Frederico Henrique. Aspectos teóricos da multipropriedade no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. vol. 658. p. 28. São Paulo: Ed. RT, ago. 1990.

_____. O delineamento da propriedade imobiliária na pós-modernidade. Meio ambiente e o registro de imóveis. In: Santana de Melo, Marcelo Augusto (coord.) São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Propriedade, Estado e mercado*. Tese aprovada para concurso de professor titular da UnB, ago. 2010, não publicada.

Anexo

I. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ap 992.06.066340-4, da Comarca de Americana, em que é apelante Condomínio Paúba Canto Sul sendo apelado João Celso Bordon (e sua mulher).

Acordam, em 30.ª Câm. de Direito Privado do TJSP, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. u.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Andrade Neto (Presidente sem voto), Orlando Pistoresi e Lino Machado.

São Paulo, 25 de agosto de 2010.

30.ª Câm. de Direito Privado
Ap p/ Rev 992.06.066340-4
Vara Cível da Comarca de Americana
Apelante: Condomínio Paúba Canto Sul
Apelado: João Celso Bordon e S/M
Voto 2604

Ementa Oficial: Despesas de condomínio – Ação de cobrança – Extinção, sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual – Afastamento multipropriedade imobiliária ou timesharing *– Instituto que guarda semelhanças com o condomínio edilício – Possibilidade de regência pela Lei 4.591/1964 – Precedentes desta corte simples limitação temporal ao exercício do direito de uso do imóvel, sem comprometer o direito real de propriedade – Estipulação em convenção de condomínio devidamente registrada – Expressão da autonomia da vontade dos condôminos – Meio processual adequado para a cobrança – Despesas comuns com natureza análoga às despesas do condomínio em edificações – Ação procedente incidência de encargos moratórios amparados em convenção condominial – Recurso provido.*

Trata-se de tempestiva e preparada apelação (f.), interposta contra a respeitável sentença que julgou extinta, sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual, a ação ajuizada por condomínio para cobrança de despesas condominiais. Alega o autor recorrente, em resumo, que se deve diferenciar o instituto do *time-sharing* (tempo compartilhado) baseado no mero direito de uso, e o baseado no direito de propriedade, este sim a verdadeira multipropriedade. Segundo argumenta o apelante, o primeiro significaria somente o direito de uso cíclico de um imóvel, não se tratando propriamente de multipropriedade, mas regulado pelo direito das obrigações e rescindíveis a qualquer tempo. O segundo, por sua vez, fundado no direito de propriedade, corresponderia ao imóvel adquirido por um conjunto de pessoas para o fim de reduzir os custos de manutenção de uma residência de férias, consignando na Convenção de Condomínio um acordo interno de utilização coletiva do imóvel, de forma cíclica.

O recorrente aduz que os dois institutos são denominados de *time-sharing*, mas na realidade, diversas são as situações jurídicas, porque no caso dos autos trata-se de verdadeira multipropriedade, já que há 52 coproprietários do mesmo imóvel em um condomínio ordinário, fazendo jus cada um a uma fração de 1/52 de cada unidade autônoma específica, sendo titulares de um direito real. A situação somente se diferenciaria da forma condominial tradicional em

razão da forma de utilização do imóvel, de forma rotativa no tempo, por turnos, o que não descaracterizaria, contudo, a natureza jurídica do apelante de condomínio, já que a propriedade continuaria sendo exclusiva mesmo quando outro coproprietário estivesse em gozo absoluto e exclusivo do imóvel. Assim, na realidade, a natureza seria de condomínio edilício, no qual há um condomínio ordinário dentro de cada unidade autônoma, aplicando-se por analogia a Lei 4.591/1964 para regular a relação entre as unidades autônomas e a área comum, e as disposições do direito comum para reger a relação interna entre os coproprietários de cada unidade autônoma.

Conclui o apelante que, por se tratar de simples direito real de propriedade, não há ofensa à característica de números clausus. Por fim, sustenta que a Resort Condominius International Inc. é apenas uma das empresas que desenvolveram intercâmbio de proprietários de residências ou apartamentos ao redor do mundo, sem se limitar ao sistema de multipropriedade.

Pelo que mais argumenta nas razões do recurso e nos termos da jurisprudência que cita, o apelante pretende seja afastado o decreto de extinção da ação de cobrança, para que seja julgada procedente.

Houve contrarrazões ao recurso (f.).

É o relatório.

O recurso comporta provimento, para o fim de afastar o decreto de extinção e, mediante aplicação do art. 515, § 3.º, do CPC, julgar procedente a ação.

A presente ação de cobrança de despesas condominiais foi julgada extinta, sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual. A sentença reconheceu a inadequação da via eleita, apoiada no voto condutor da Ap s/ Rev 738.683-00/0, da 12.ª Câm. de Direito Privado do extinto 2.º TACiv, da lavra do Exmo. Juiz relator, hoje Desembargador, Jayme Queiroz Lopes, relativo ao instituto do *time-sharing* ou "tempo compartilhado", como é o caso dos autos.

O instituto da multipropriedade, ou do *time-sharing*, pode ser definido como a fragmentação temporal, normalmente em semanas, de uso de empreendimentos imobiliários e suas respectivas unidades. No conceito dado por Pedro Elias Awad, "multipropriedade é a denominação mais utilizada para uma forma de condomínio *pro indiviso* na propriedade de um bem, em geral imóvel, mas que tem sua utilidade compartilhada entre os condôminos em parcelas fixas de tempo, previamente definidos, de sorte que todos tenham, perpetuamente, plena utilização do bem no espaço temporário que lhe foi atribuído" (*Direito imobiliário*, 2. ed., Renovar, p. 197).

Segundo relata referido autor, a primeira modalidade de *time-sharing* que surgiu no Brasil implicou a divisão do empreendimento todo em tantas frações

quantas fossem as unidades de que seria composto, multiplicado por 52, se a divisão temporal se desse por semana, como no caso dos autos, ou por 24, se por quinzena. Dessa forma, instituía-se um condomínio pro indiviso de todo o empreendimento, composto de 520 frações, por exemplo, se houvesse 100 apartamentos com o uso fracionado por períodos semanais. Como condição essencial, os adquirentes firmam uma convenção especificando todos os direitos e obrigações.

No caso em exame, no precedente mencionado pela sentença, relativo ao mesmo empreendimento, o Desembargador Relator adotou a orientação de inadequação da via eleita da ação ajuizada para cobrança das despesas condominiais, sob o fundamento de que cada adquirente tem simples direito de uso alternado de uma unidade autônoma, e não direito de propriedade, sendo que o art. 6.º da Lei 4.591/1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias, estabelece que se regula pelas disposições do direito comum o condomínio por quota ideal de mais de uma pessoa sobra a mesma unidade autônoma.

O precedente jurisprudencial concluiu, assim, que o relacionamento entre o Condomínio Paúba Canto Sul e o usuário da unidade autônoma é exclusivamente obrigacional, (não estando caracterizada a situação de condômino nos termos da Lei 4.591/1964, de modo que o instituto da multipropriedade apresentaria vários pontos de distinção com o condomínio edilício, elencados na obra de João Batista Lopes (*Condomínio*, 10. ed., São Paulo: Ed. RT, p. 222-223). Dessa orientação decorre que o condomínio seria carecedor da ação, sendo inadequada a via da ação de cobrança para o ressarcimento pelas despesas com a sua manutenção.

Respeitado o entendimento jurisprudencial sufragado pela sentença recorrida, essa não parece ser a melhor solução para o caso concreto.

Não se desconhece a controvérsia que ainda reside em torno da natureza do instituto do *time-sharing* e da consequente possibilidade de ser regido pelas disposições da Lei 4.591/1964, dada a semelhança com o condomínio edilício.

Contudo, merece prevalecer a tese de que a limitação temporal no exercício do direito de uso da unidade pelos seus proprietários não chega a desnaturar as regras do condomínio, em especial no caso dos autos.

Com efeito, cumpre reconhecer que a multipropriedade imobiliária nada mais é do que uma variação do condomínio tradicional, caracterizada, contudo, pela divisão do uso do imóvel em períodos. Na realidade, nada mais é do que um novo tipo de condomínio especial, que surgiu em locais de lazer. Por

conseguinte, em princípio, não existe incompatibilidade entre as disposições da Lei 4.591/1964 e a multipropriedade de unidades condominiais.

Na esteira desse pensamento, o jurista Gustavo Tepedino, em sua obra *Multipropriedade imobiliária*, p. 109-110, entende que há perfeita compatibilidade entre os institutos do condomínio edilício e a multipropriedade, tendo em vista que a disciplina do primeiro é bastante abrangente, "deixando significativa margem de atuação para a autonomia privada, tanto no que concerne à individuação das unidades autônomas quanto no que tange à convivência interna, regulada substancialmente pela convenção, fixada livremente pelos condôminos" (apud João Batista Lopes, op. cit., p. 222-223).

No caso concreto, existe a especificidade de o uso alternado das unidades no tempo ter sido livremente pactuado pelos condôminos em Convenção de Condomínio, expressão da autonomia privada, que se encontra devidamente inscrita no Registro de Imóveis nos termos da Lei 4.591/1964 desde 1985. Dispõe a cláusula quinta: "Capítulo III – Do uso temporário ou compartilhado – Cláusula Quinta – Fica instituído para o Condomínio Paúba-Canto Sul o regime de uso temporário compartilhado, pelo qual o uso das unidades residenciais autônomas referidas na cláusula quarta desta Convenção é fracionado em períodos de 7 (sete) dias corridos, denominados períodos ou módulos semanais, de tal forma que cada adquirente será titular da fração equivalente a 1/52 (um inteiro e cinquenta e dois avós) de cada Unidade, por período semanal cujo direito de uso tenha adquirido" (f.).

Muito embora seja difícil conceber na doutrina tradicional uma limitação espacial e temporal do direito de propriedade, imperioso reconhecer que tal acordo entre os condôminos, instrumentalizado na convenção, refere-se meramente ao uso da unidade autônoma por cada coproprietário, sem comprometer o direito real de propriedade sobre as unidades autônomas, que pode ter vários sujeitos ativos, apenas subordinados ao uso regulamentado no tempo.

Dessa forma, quanto à possibilidade de aplicação da Lei 4.591/1964, o instituto do *time-sharing* revela-se compatível com a noção de unidades autônomas ou exclusivas, em contraposição às áreas comuns do edifício, apenas com a peculiaridade de que a propriedade pertence a várias pessoas e de que o uso é compartilhado de uma forma diferente, o que, contudo, é irrelevante para fins de cobrança das despesas condominiais, que no sistema de *time-sharing* em nada diferem das despesas dos condomínios em edificações propriamente ditos.

Este E. Tribunal de Justiça tem precedentes nesse mesmo sentido, reconhecendo a relação condominial no âmbito da multipropriedade imobiliária ou

time-sharing e permitindo a cobrança das despesas condominiais em face dos proprietários, nos termos da Lei 4.591/1964:

"Despesas do condomínio – Cobrança – Multipropriedade imobiliária ("Tempo Compartilhado" ou *Time-sharing*) – Convenção de Condomínio Registrada – Incidência das Normas do Condomínio Edilício – Competência do 2.º TACiv – Extinção do processo – Recurso Parcialmente Provido. O exercício do direito de propriedade aferido em função do tempo não desnatura as regras do condomínio, em especi ai quando existente Convenção de Condomínio inscrita no Registro de Imóveis nos termos da Lei 4.591/1964 desde 1985. A questão da competência para julgamento de casos envolvendo a multipropriedade imobiliária restou afirmada como sendo deste E. 2.º TACiv (Dúvida de Competência 059.003-0/0 do C. Grupo Especial das Seções Civis do E. TJSP). 2. *In casu*, a multipropriedade envolve coproprietários de fração ideal, com limitações temporais e condominais. Foi submetida ao regime especial da Lei 4.591/1964 consoante Convenção Condominial levada ao registro imobiliário. Cuida-se de modalidade especial de condomínio prevista pelo art. 8.º da Lei 4.591/1964, guardando estreita semelhança com a propriedade edilícia, na qual prevalece o rateio das despesas com equipamentos e serviços postos à disposição de todos os participantes da comunidade. 3. Não se conhece de impugnação genérica às despesas condominiais previstas em orçamentos previamente aprovadas. Os juros de mora de 1% ao mês e a multa de 20% encontram previsão na Convenção de Condomínio que faz lei entre as partes" (Ap s/ Rev 760.022-00/8, 11.ª Câm. de Direito Privado, j. 29.09.2003, rel. Des. Egídio Giacoia).

"Condomínio. Multipropriedade ou *time-sharing*. Instituto que não afasta a possibilidade de cobrança das despesas de manutenção. Recurso provido para afastar a extinção do processo e julgar a ação procedente. A multipropriedade, ou condomínio de tempo, ou ainda *time-sharing*, nada mais é do que uma variação do condomínio tradicional, caracterizada peta divisão do uso do imóvel em períodos que, normalmente, correspondem a frações de ano, como meses, quinzenas ou semanas. Não existe assim, em princípio, incompatibilidade entre as disposições da Lei 4.591/1964 e a multipropriedade de unidades condominiais, visto que, conforme estabelece o art. 6.º desse diploma, Sem prejuízo do disposto nesta Lei, regular-se-á pelas disposições de direito comum o condomínio por quota ideal de mais de uma pessoa sobre a mesma unidade autônoma" (Ap s/ Rev 753574-00/7, 2.ª Câm. de Direito Privado, j. 20.10.2003, rel. Des. Gilberto dos Santos).

Por todos esses fundamentos, e com amparo em orientação jurisprudencial diversa da adotada pela r. sentença, deve-se reconhecer que a presente ação é

meio processual adequado para a cobrança das despesas de condomínio pelo Condomínio Paúba – Canto Sul.

Na hipótese em exame, o casal João Celso Bordon e Maria Lúcia de Cillo Bordon adquiriu por escritura pública datada de 20.11.1989 fração ideal de unidade residencial, com o exercício do direito de uso condicionado no tempo por força da convenção de condomínio à qual aderiram (f.). Assim, o entendimento ora acolhido tem a importante virtude de dar uma adequada solução prática ao problema das despesas comuns do edifício, ao permitir a cobrança, com o rateio entre todos os coproprietários, evitando, assim, o injusto enriquecimento de quem utiliza as áreas comuns do edifício sem, contudo, arcar com as despesas de conservação.

De rigor, portanto, o afastamento do decreto de extinção, sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual. Presentes as demais condições da ação e pressupostos processuais, passa-se ao exame do mérito, mediante aplicação do art. 515, § 3.º, do CPC, por se encontrar a causa já madura para julgamento.

Em sua defesa, o réu postula pela renúncia à unidade autônoma adquirida, o que, contudo, não pode ser admite haja vista que a renúncia a que se refere o art. 1.275, II, do CC/2002 requer a transcrição do ato renunciativo no registro imobiliário, e deve ser sempre expressa.

A ação de cobrança é, portanto, procedente, aceitando-se como bons os cálculos do credor, oferecidos com a inicial, nos termos do voto do 3.º Juiz, que prevaleceu e foi adotado pela Turma Julgadora, na sessão de julgamento do dia 25.08.2010, pelos seguintes fundamentos:

"Na inicial, cobra-se dos ora apelados apenas a quota-parte a eles cabível, nos termos da convenção de condomínio aprovada, o que faz inviável a denunciação da lide aos demais condôminos, sobre os quais os réus não teriam nenhum direito de regresso. Como a cobrança se faz apenas do débito correspondente à quota-parte dos réus, tampouco é o caso de julgar apenas parcialmente procedente a pretensão do apelante (de acordo com a ata copiada a f., o valor da trimestralidade atribuível a cada quota-parte chamada de 'módulo semanal' é 532 reais para quem não se utilize da entrega prévia de cheques para os pagamentos), uma vez que dos réus está sendo cobrada mensalidade correspondente a um cinquenta e dois avós (1/52), a qual implica o valor de dois mil, 128 reais, por ano."

O valor já abrange a multa pelo atraso no pagamento do condomínio até outubro de 2005, no importe de 2% em razão da previsão no Novo Código

Civil, e juros de mora de 1% ao mês, conforme estipulado na cláusula 36 da convenção condominial, por se tratar de mora *ex re*.

O débito deve ser atualizado e acrescido dos juros moratórios a partir do ajuizamento da ação, em outubro de 2005. Tais critérios deverão ser considerados quando da apuração do quantum *debeatur* em liquidação por simples cálculo, na forma prevista no art. 475-B do CPC, incidindo o art. 290 do mesmo diploma, conforme o seguinte precedente do STJ, da relatoria do Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, publicado na *RT* 778/221:

"Processo civil – Pedido – Prestações periódicas – Despesas de condomínio – Parcelas vincendas – Pedido expresso – Inclusão na condenação, 'enquanto durar a obrigação' – CPC, art. 290. Doutrina. Precedentes. Recurso desprovido.

I – As cotas de condomínio incluem-se, na espécie, entre as prestações periódicas, que se consideram implícitas no pedido, devendo ser incluídas na condenação, se não pagas, enquanto durar a obrigação.

II – A norma do art. 290, CPC, insere-se na sistemática de uma legislação que persegue a economia processual buscando evitar o surgimento de demandas múltiplas.

Ante a sucumbência, arcarão os réus com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 20% do valor da condenação.

Dá-se provimento ao recurso, para o fim de afastar o decreto de extinção e, com fundamento no art. 515, § 3.º, do CPC, julgar procedente o recurso.

II. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo

Processo CG 686/2007.

"Registro de Imóveis – Multipropriedade (*time-sharing*) – Enquadramento entre os direitos reais – Inviabilidade – Entendimento firmado pela Corregedoria Geral da Justiça – Constituição do empreendimento como condomínio especial disciplinado pela Lei 4.591/1964, com instituição de condomínio tradicional, regido pelo Código Civil, sobre as diversas unidades autônomas – Possibilidade – Inadmissibilidade, porém, da inserção, na convenção de condomínio levada a registro e nas matrículas das unidades autônomas, de quaisquer disposições tendentes a vincular o direito real de propriedade ao direito pessoal de regramento acerca do uso periódico anual das unidades, tornando reais direitos obrigacionais.

Registro de Imóveis – Multipropriedade (*time-sharing*) – Recusa acertada de averbação de alteração de convenção condominial que traz disposições de natureza obrigacional a respeito da utilização exclusiva pelos condôminos, no

decorrer do ano, da totalidade das unidades autônomas – Determinação, ainda, da anotação, no livro em que registrada a convenção de condomínio, da ineficácia real da disciplina obrigacional constante do título – Recurso não provido nessa parte.

Registro de Imóveis – Multipropriedade (*time-sharing*) – Condomínio tradicional sobre as unidades autônomas, com inserção nas matrículas correspondentes de elementos de ordem obrigacional, tendentes a tornar reais direitos pessoais – Inadmissibilidade – Retificação das matrículas determinada a fim de ser excluído do fólio real todo e qualquer dado de natureza pessoal e obrigacional – Desnecessidade, porém, do bloqueio das matrículas, diante da retificação determinada – Recurso parcialmente provido (Ementa Oficial).

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça

Trata-se de recurso administrativo interposto por *Time-sharing* do Brasil Empreendimentos Imobiliários e Turísticos Ltda., Flávio Faricelli Campaz, Norma Luzano Campaz, Sérgio Eduardo Montes Castanho, Maria Eugênia de Lima e Montes Castanho, José Marcos de Andrade Mélega, José Annichino, Luiz Fernando Furlan e Anco Marcio Carmo Saraiva contra decisão do Meritíssimo Juiz Corregedor Permanente do Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Campos do Jordão, que indeferiu pleito de averbação de alteração de convenção condominial do empreendimento denominado "Condomínio Week Inn – Campos do Jordão" e determinou o bloqueio das matrículas n. 11496, 15109, 15642, 15110, 14635, 15964, 14997, 13488, 14041, 15717, 15107, 15175, 14998, 15108, 15643, 13719, e 15111, correspondentes a unidades autônomas daqueles integrantes, por entender inviável o registro imobiliário da denominada multipropriedade (*time-sharing*) – f.

Sustentam que o empreendimento se encontra registrada na serventia predial há mais de 20 anos, após a devida incorporação e registros da especificação e convenção de condomínio, na forma da Lei 4.591/1964, desenvolvendo-se de forma tranquila e regular a vida condominial, somente agora sendo contestado em função de posicionamento doutrinário diverso do atual Oficial Registrador. Acrescentam que o registro de empreendimentos em tal modalidade de condomínio é considerado válido por parcela expressiva da doutrina, inclusive por especialistas em direito registral, em nada diferindo a Convenção de Condomínio em questão daquelas adotadas pelos demais condomínios de finalidade não residencial, exceção feita ao aspecto da previsão de as unidades autônomas poderem ser vendidas em frações ideais de 1/52 avos cada uma, com o direito atribuído a cada condômino adquirente da respectiva fração ideal de poder

utilizar a sua unidade em um determinado período de tempo (semana) durante o ano. No mais, aduzem, o condomínio em questão está perfeitamente estruturado em consonância com os ditames da Lei 4.591/1964 (art. 1.º) e do Código Civil de 2002 (art. 1.331, § 1.º), com áreas de propriedade individual e áreas de uso comum, prevendo-se na convenção os direitos e deveres dos condomínios, o rateio da despesas condominiais, a realização de assembleias para deliberação de assuntos de interesse do condomínio, bem como a forma de uso das unidades autônomas pelos condôminos e da administração, por síndico a ser eleito. Por outro lado, alegam que a estipulação na convenção de condomínio do direito de cada condômino exercer, com base na titularidade da fração ideal de 1/52 avos, a posse e o uso exclusivos, em uma semana pré-determinada do ano, sobre a unidade autônoma, não infringe qualquer norma legal e está amparada na autonomia da vontade dos aderentes, como forma de estabelecer harmonia na convivência entre os condôminos, os quais, em relação às unidades e sua propriedade, estão sujeitos às regras do condomínio ordinário do Código Civil. Assim, segundo entendem, o que efetivamente se registra nas matrículas das unidades autônomas é tão somente a aquisição das frações ideais de 1/52 avos, sem que a disciplina do uso da propriedade em uma determinada semana do ano configure direito real novo, mas mero direito pessoal. Dessa maneira, requerem o deferimento da averbação da alteração da convenção de condomínio e o levantamento do bloqueio das matrículas determinado em primeira instância (f.).

Foram apensados para julgamento conjunto os autos do processo de dúvida n. 000.701.6/1-00, em que se determinou o bloqueio das matrículas acima discriminadas, com recursos interpostos por Vera Marcondes Suplicy, Humberto Sérgio de Macedo e Tânia Margarida Andrade de Macedo, que, na essência, reproduzem os mesmos argumentos dos demais recorrentes, arguindo, os dois últimos, em acréscimo, a nulidade da decisão proferida, por não ter considerado a impugnação por eles tempestivamente apresentada (f.).

A Douta Procuradoria Geral de justiça manifestou-se no sentido do não provimento dos recursos (f.).

Os recursos foram distribuídos inicialmente ao Colendo Conselho Superior da Magistratura e, na sequência, remetidos a esta Corregedoria Geral da Justiça, por não envolver o dissenso verificado entre os Recorrentes e o Oficial Registrador matéria relacionada a registro em sentido estrito (f. destes autos e f. dos autos em apenso).

É o relatório.

Passo a opinar.

De início, cumpre observar que inexiste na decisão proferida nulidade a ser reconhecida nesta esfera administrativa, por ter sido proferida antes da apresentação da impugnação ofertada pelos Recorrentes Humberto Sérgio de Macedo e Tânia Margarida de Macedo nos autos em que se deu o bloqueio da matrícula da unidade autônoma de que são titulares.

Isso porque, embora não tivessem se aperfeiçoado todas as cientificações inicialmente determinadas nos autos do referido expediente, concernentes a todos os titulares de unidades autônomas do "Condomínio *Week Inn* – Campos do Jordão", em especial a dos Recorrentes em questão, o que tornaria efetivamente tempestiva a impugnação por eles apresentada, a qual não poderia ter sido desconsiderada, com a prolação de decisão anterior à sua vinda aos autos, o certo é que não há como ignorar, na espécie, uma particularidade relevante, consistente no fato de que impugnação de Humberto Sérgio de Macedo e Tânia Margarida Andrade de Macedo é absolutamente idêntica, em seus principais argumentos, às impugnações dos demais Recorrentes, que foram, estas sim, consideradas pelo Meritíssimo Juiz Corregedor Permanente.

Assim, se as razões invocadas pelos Recorrentes Humberto e Tânia eram as mesmas dos demais e as destes foram levadas em conta pelo Meritíssimo Juiz Corregedor Permanente ao proferir a decisão ora atacada, a realidade é que nenhum prejuízo experimentaram aqueles primeiros pela juntada extemporânea da sua impugnação, cujos fundamentos, ainda que por via reflexa, foram igualmente analisados. E sem prejuízo concreto, no caso em análise, não há que se falar em decretação de nulidade nesta esfera administrativa.

Quanto ao tema de fundo, tem-se que os recursos comportam parcial provimento.

Com efeito, a possibilidade do enquadramento da denominada multipropriedade (*time-sharing*) entre os direitos reais tem sido objeto de controvérsia, predominando, ainda hoje, tanto em doutrina, quanto no âmbito desta Corregedoria-Geral da Justiça, o entendimento da impossibilidade de incluí-la em tal categoria jurídica, devido à regra da taxatividade os direitos reais, enumerados no direito brasileiro em *numerus clausus*.

Como esclarece Orlando Gomes sobre a matéria:

"Seu [da multipropriedade] traço característico é, nas palavras de Caparreli, a divisão entre várias pessoas do uso do mesmo imóvel, no tempo, mediante sistema de rodízio, fracionado o ano em períodos iguais de utilização.

O adquirente do direito periódico de uso e gozo o exerce com exclusividade durante o tempo que reservou para desfrutá-lo.

Como disse um escritor francês: trata-se de um direito temporário no seu exercício e perpétuo na duração.

Desse direito são titulares centenas de investidores.

Seu conteúdo é o direito perpétuo e período de gozo de um bem imóvel. Muito embora se assemelhe ao do direito de propriedade, é menos extenso, pois o multiproprietário não pode estragar nem destruir o imóvel que usa nessa qualidade, nem lhe dar outra destinação. Consentido não lhe é, demais, construir sobre o bem direitos reais limitados, tais como o usufruto ou a servidão. Tem, em suma, um poder sobre a coisa que nasce e pode o funcionamento da coexistência dos multiproprietários (...).

A multipropriedade configura-se por traços que não permitem identifica-la a institutos conhecidos (...).

(...) a natureza jurídica da multipropriedade continua obscura. A igual distância da propriedade e do usufruto seria um direito real atípico e, portando, uma espécie que não pode existir em face do princípio 'numerus clausus' dos direitos reais" (A multipropriedade, *Revista do Advogado*, n. 18, p. 56-58).

Em especial, para o que aqui interessa mais de perto, tem-se afastado a possibilidade de considerá-la como um condomínio especial, tal como constituído entre os adquirentes de unidades autônomas em prédio de apartamentos.

Uma vez mais, de interesse registrar a doutrina de Orlando Gomes a respeito do tema:

"(...) Propala-se com mais insistência que é um condomínio especial na modalidade do que se constitui entre os adquirentes de unidades autônomas em prédio incorporado. Tal como sucede com o contrato de incorporação, o compromissário não se limita a assinar o compromisso de venda senão também a convenção de condomínio e o regulamento preparados pelo incorporador, mas o adquirente de apartamento tem sua plena disponibilidade enquanto ao multiproprietario não assiste o *jus disponendi*.

De resto, a se admitir que a multipropriedade é uma forma de condomínio se chegaria ao absurdo de se aceitar a tese de que o bem adquirido pelo multiproprietario, longe se ser o imóvel, seria, como adverte Silvestro, 'o tempo durante o qual este poderia ser utilizado!' (Ob. cit., p. 56-57).

De igual sentir é, também, João Batista Lopes:

"Em verdade, o instituto da multipropriedade não se confunde com o condomínio edilício, e dele de extrema pelas seguintes razões fundamentais:

a) na multipropriedade não há uso e gozo continuados das unidades, como ocorre no condomínio;

b) a multipropriedade tem caráter predominantemente contratual; o condomínio em edifícios, ao revés, tem caráter institucional ou estatutário (ato-regra);

c) a administração do condomínio é confiada ao síndico, eleito pelos condôminos; a da multipropriedade, ao complexo turístico, sem interferência dos condôminos;

d) a unidade autônoma, no condomínio, pode ser modificada internamente, o que não é admitido na multipropriedade;

e) o caráter *propter rem* das despesas de condomínio é incompatível com o fracionamento da dívida, próprio do regime da multipropriedade" (*Condomínio*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 206-207).

No que concerne à compatibilidade do empreendimento em questão com as normas do condomínio especial disciplinado pela Lei 4.591/1964, sob a égide das quais foi instituído, regulando-se a propriedade das unidades autônomas pelas regras do condomínio ordinário, do Código Civil, tem-se que de difícil aceitação, na forma pretendida pelos recorrentes, já que a multipropriedade sugere a impossibilidade de divisão da coisa comum, mantendo-se em caráter perpétuo, enquanto o condomínio ordinário pressupõe a possibilidade de divisão da coisa comum a qualquer tempo,admitindo-se, no máximo, que esta fique indivisa pelo prazo de 10 anos (art. 1.320, *caput* e § 1.º, CC/2002; art. 629, *caput* e parágrafo único, CC/1916) – Cf. Frederico Henrique Viegas de Lima (Aspectos teóricos da multipropriedade no direito brasileiro, *RT* 658/28-42).

Não se quer com isto dizer, é importante frisar, que o empreendimento de interesse dos Recorrentes não possa ser instituído como condomínio especial, à luz das normas da Lei 4.591/1964, e nem que não possa se formar, sobre cada uma das unidades autônomas, um condomínio tradicional (ordinário).

Na realidade, o que no entendimento desta Corregedoria-Geral da Justiça não se considera admissível é "a vinculação do direito real da propriedade, ainda que em fração ideal, ao direito pessoal de regramento acerca do uso anual das unidades autônomas, por quinzenas, com manifesta intenção de tornar real um direito obrigacional", não se podendo, consequentemente, confundir "o que deve constar [do registro] como transmissão de domínio com aquilo que apresenta apenas direito pessoal" (cf. orientação estabelecida por esta Corregedoria-Geral, a partir de Correição Ordinária realizada em 13.07.1992, nos serviços de notas e de registro de imóveis da Comarca de Ubatuba, por determinação do Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral da Justiça da época, o eminente Desembargador Dínio de Santis Garcia).

Ressalte-se que referida vinculação do direito real de propriedade ao direito pessoal de regramento do uso anual das unidades autônomas, a fim de tornar real um direito de natureza obrigacional, evidencia-se, na espécie, tanto na alteração da Convenção de Condomínio cuja averbação se pretende, enquanto nas matrículas correspondentes às frações ideais das unidades autônomas.

Efetivamente, ao tratar das unidades autônomas, a alteração da convenção condominial estabelece que:

"A titularidade de cada uma dessas unidades autônomas é exercida pela propriedade de frações ideais equivalentes, cada fração, a 1/52 avos de cada unidade, sendo certo que o condômino titular de uma ou mais dessas frações ideias tem direito de utilização exclusiva e sobre a totalidade da unidade autônoma, no âmbito desta convenção, especifica e somente na semana ou semanas em que tal direito pode exercido pelo *condômino*, nos exatos termos a que se obrigou no instrumento de aquisição da fração ou frações ideias da unidade" (Cláusula Terceira – f.).

Idêntica menção é feita, ainda, no mesmo documento a respeito da utilização das partes de propriedade e uso comum:

"As partes referidas na *Cláusula Segunda* da presente Convenção destinam-se ao uso comum de todos os condôminos ou de terceiros que, no âmbito desta Convenção, tenham acesso ao Condomínio, com a condição básica, porém, de que tal uso se dê especificamente na semana ou semanas que, nos termos referidos na cláusula anterior, forem consideradas como a utilização exclusiva sobre a unidade autônoma, face ao ajustado instrumento de aquisição da fração ou frações ideais de unidade pelo condômino" (Cláusula Quarta – f.).

Já as matrículas das unidades autônomas discriminam, invariavelmente, que o registro efetivado se refere à fração de X/52 avos do apartamento matriculado e confere ao comprador o direito de utilização do imóvel, de forma exclusiva, apenas e tão somente no período das semanas ali relacionadas (f.).

Daí por que não se pode admitir, na hipótese em exame, a averbação da alteração da convenção de condomínio apresenta pela Recorrente "*Time-sharing* do Brasil Empreendimentos Imobiliários e Turísticos Ltda.", nos termos em que redigida.

Ademais, tendo em vista que também a convenção de condomínio registrada estabeleceu a vinculação do direito real de propriedade ao direito pessoal de regramento do uso anual das unidades autônomas (f.), impõe-se, em acréscimo, anotação, no livro em que praticado o ato, a respeito da ausência de eficácia real das disposições obrigacionais sobre a utilização pelos condôminos da totalidade das unidades autônomas, nos diversos períodos do ano.

Quanto às matrículas concernentes às unidades imobiliárias, a solução que se propõe, aqui, é a de proceder, pela via de averbação, à retificação de cada uma delas, para o fim de excluir os elementos indicativos das disposições obrigacionais concernentes às regras de uso periódico anual exclusivo dos imóveis pelos diversos condôminos.

Observe-se que a retificação das matrículas, ora proposta, pode ser realizada por determinação desta Corregedoria Geral da Justiça, não dependendo, para sua efetivação, de providências a cargo dos titulares das unidades autônomas ou da incorporadora.

Com isso, preservam-se não só o empreendimento, constituído na forma de condomínio especial, disciplinado pela Lei 4.591/1964, como também os direitos reais dos condôminos, seja com relação às áreas de uso comum, seja no tocante às unidades autônomas, em especial o condomínio tradicional instituído sobre cada uma destas, disciplinado pelas normas do Código Civil, relegando-se as disposições obrigacionais concernentes à utilização pelos condôminos das áreas comuns e unidades autônomas, nos diversos períodos do ano, de direito eminentemente pessoal, para disciplina extratabular.

E mais: retificando-se as matrículas, conforme sugerido, desnecessária se torna a manutenção dos bloqueios determinados em primeira instância, já que, com as retificações, desaparece o motivo que justificou a providência acautelatória em questão, considerando, ainda, que doravante estará obstado o ingresso de títulos de transferência de domínio que insistam em vincular direito real de propriedade a direito pessoal de regramento do uso periódico das unidades autônomas.

Portanto, em conclusão, à luz do acima exposto, o parecer que se submete à elevada consideração de Vossa Excelência é no sentido de ser dado parcial provimento aos recursos interpostos, para o fim de:

a) Determinar ao Senhor Oficial Registrador que promova averbação de retificação nas matrículas n. 11496, 15109, 15642, 15110, 14635, 15964, 14997, 13488, 14041, 15717, 15107, 15175, 14998, 154108, 15643, 13719 e 15111, consignando delas estarem excluídas todos os elementos indicativos das disposições obrigacionais às regras de uso periódico anual exclusivo das unidades autônomas pelos diversos condôminos.

b) Determinar ao Senhor Oficial Registrador, uma vez retificadas as matrículas, que promova o levantamento dos bloqueios determinados pelo Meritíssimo Juiz Corregedor Permanente.

c) Determinar ao Senhor Oficial Registrador que promova, no livro em que registrada a Convenção "*Week-In* Campos do Jordão", anotação a respeito da au-

sência de eficácia real das disposições obrigacionais sobre a utilização, pelos condôminos, da totalidade das unidades autônomas, nos diversos períodos do ano.

d) Manter a recusa da averbação da alteração da Convenção do Condomínio "*Week-In* Campos do Jordão", apresentada ao Oficial Registrador.

Subcensura.

São Paulo, 19 de setembro de 2007.

Álavaro Luiz Valery Mirra – Juiz Auxiliar da Corregedoria.

CONCLUSÃO – Processo CG 549/2007

Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria e por seus fundamentos, que adoto, dou parcial provimento aos recursos interpostos nos termos propostos.

Publique-se.

São Paulo, 16 de outubro de 2007.

Gilberto Passos de Freitas – Corregedor Geral da Justiça.

III. Quadro comparativo do sistema de multipropriedade no mundo

País	Natureza jurídica
França	A noção de multipropriedade se afasta completamente da noção de propriedade, configurando em um esquema societário e obrigacional
Itália	Acionária e copropriedade.
Áustria	Direito real de uso de bens imóveis a tempo parcial
Inglaterra	Direito de uso de natureza contratual
Portugal	Direito real de habitação periódica
Espanha	Direito de natureza jurídico-real, embora com um fato diferenciado que é tempo de uso
Estados Unidos	Sem distinção sobre a natureza jurídica, mas com ampla proteção dos adquirentes, prevalecendo a forma condominial.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Contrato de *time-sharing*: nuances acerca da proteção do consumidor no direito comunitário e no direito brasileiro, de Cristiano Heineck Schmitt e Fabiana Pietros Peres – *RDC* 76/176;
- Contratos de *time-sharing* e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos, de Claudia Lima Marques – *RDC* 22/64;
- O contrato de *time-sharing* e o direito do consumidor: um necessário diálogo das fontes, de Ardyllis Alves Soares – *RDC* 77/15; e
- Responsabilidade civil dos hotéis e do sistema de multipropriedade imobiliária (*time-sharing*), de Andreia Oliveira Marcelino – *RT* 810/739.

Veja também Jurisprudência

- Apelação civil acerca da não obrigatoriedade do consumidor à promessa de contrato de multipropriedade celebrado em língua estrangeira – *RDC* 22/239; e
- Apelação civil em que se afirma não estar obrigado o consumidor pela promessa de contrato de multipropriedade celebrado em língua estrangeira, do qual não teve ciência das cláusulas relativas ao uso do imóvel a ser adquirido – *RDC* 21/185.

Função social da propriedade privada diante do meio ambiente artificial

2

Daniela Rosário Rodrigues

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos. Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Monte Mor/SP.

Área do Direito: Ambiental; Civil; Imobiliário e Registral

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade o estudo da função social da propriedade, notadamente quando o objeto de incidência for a propriedade privada urbana. A premissa do trabalho é a evolução do direito de propriedade como um direito absoluto e pleno em favor de seu titular e como forma de exercício dos interesses mais egoísticos deste para uma nova e contemporânea visão que veda a destinação da propriedade imobiliária para tais fins.

Essa evolução do direito de propriedade, pelo que se demonstrará, sai da esfera do Direito Privado, ainda preso à ideia de liberdade, de autonomia da vontade privada e de limitações aos interesses do proprietário fundadas especificamente nas suas relações com vizinhos e ingressa em um patamar muito superior que é o tratamento conferido no âmbito constitucional. Some-se a esta nova conformação legal a necessidade so-

Abstract: The present work has for purpose the study of the social function of the property, specifically when the incidence object will be the urban private property. The premise of the work is the evolution of the property right as an absolute and full right for its bearer and form of exercise of the selfish interests of this for new and a contemporary vision that denies the destination of the real state property for such ends.

This evolution of the right of property for what it will be demonstrated leaves the sphere of still imprisoned the Private Law to the idea of freedom, autonomy of the private will and limitations to the established interests of the proprietor specifically in its relations with neighbors and enters a very superior platform that is the treatment conferred in the constitutional scope. It is added this new legal conformation the so-

cial de regulamentação e de proteção ao meio ambiente.

A maior regulamentação dada ao tema foi dada pela Carta Maior ao impor ao legislador infraconstitucional federal a elaboração de uma lei geral que tratasse da ordenação da política urbana. A partir de 2001 esse tratamento foi introduzido em definitivo no ordenamento jurídico pátrio com a edição da Lei 10.257, de 10 de julho daquele ano, instituidora do denominado Estatuto da Cidade.

Palavras-chave: Direito à propriedade – Meio ambiente artificial – Função social da propriedade – Estatuto da Cidade.

cial necessity of regulation and protection to the environment.

The biggest regulation given to the subject was given by the *Carta Maior* when imposing to the federal infraconstitutional legislator the elaboration of a general law that dealt with the ordinance of the urban politics. From 2001 this treatment was introduced in definitive in the native legal system with the edition of the Law 10.257 of July 10th of that year, institutor of the called *Estatuto da Cidade*.

Keywords: Ownership rights – Artificial environment – Ownership's social role – *Estatuto da Cidade*.

Sumário: 1. Breve histórico do direito ambiental – 2. Do direito de propriedade sobre bens imóveis: 2.1 Classificação dos bens quanto aos seus titulares – 3. Do meio ambiente e dos bens ambientais: 3.1 Da ordem econômica e dos bens ambientais – 4. Do meio ambiente artificial: 4.1 Da exploração do solo urbano – 5. Da política urbana no sistema constitucional: 5.1 Da função social da propriedade; 5.2 Dos ditames legais ao cumprimento da política urbana – 6. Do Estatuto da Cidade: 6.1 Da previsão constitucional; 6.2 Dos objetivos da lei; 6.3 Conceito de cidade; 6.4 Instrumentos de política urbana – 7. Do atendimento da função social da propriedade urbana: 7.1 Da nova visão constitucional da propriedade; 7.2 Da conceituação da função social; 7.3 Da função social da propriedade e o Plano Diretor; 7.4 Do não cumprimento da função social da propriedade – 8. Conclusão – 9. Bibliografia.

1. Breve histórico do direito ambiental

A relação existente entre o homem e a natureza (recursos advindos do meio ambiente) se verifica desde a constituição dos grupos sociais. Com efeito, a exploração dos recursos ofertados pela natureza foi a forma de garantir a sobrevivência da espécie humana e, mais além, a sua evolução. Soma-se a isso o fato de que os avanços da tecnologia permitiram cada vez mais a constante exploração dos recursos naturais.

De outro lado, é certo afirmar que apenas recentemente se tornou concreta a preocupação com o meio ambiente na medida em que os próprios avanços do conhecimento humano ampliam, de forma devastadora por vezes, tanto a exploração dos recursos naturais quanto o cuidado com a sua muito provável extinção.

A regulamentação jurídica do Direito Ambiental e da proteção ao meio ambiente surgiu como forma de incorporar normas e diretrizes de âmbito interna-

cional e não como ocorre comumente, em que a norma nasce em atendimento aos reclamos do grupo social, como forma de manifestação da coletividade. Isso quer dizer que o seu nascedouro foi o reconhecimento da necessidade de criação de um conjunto de normas e condutas tendentes à preservação, à conservação e à manutenção do meio ambiente por conta da necessidade de qualquer pessoa e não de um fato ocorrido em determinada nação ou grupo social.

Pode ser dito que o marco do desenvolvimento das normas de proteção ao meio ambiente se deu em maio de 1968, em Paris, com sucessivas manifestações "de contraposição tanto em relação às consequências dos modelos de desenvolvimento econômico do capitalismo ocidental, como também em relação às consequências dos modelos do denominado 'socialismo real', levados a efeito pelos países do leste europeu, propondo-se então a nova via do 'desenvolvimento econômico sustentado', que envolve não só a preservação ambiental, vislumbrando-se o meio ambiente como um direito de todos, essencial à sadia qualidade de vida das gerações presentes e futuras, como também propondo novos questionamentos em relação à organização do Estado, ao seu papel, à democracia e aos mecanismos de participação da sociedade civil na defesa do meio ambiente (não só através de processos judiciais, mas também através dos mecanismos de elaboração normativa e das políticas públicas)".[1]

Em Conferência da ONU, realizada em 1972, ficou normativamente garantido o direito do ser humano à vida em condições satisfatórias, em ambiente cuja qualidade lhe permita viver com dignidade e bem-estar, bem como a responsabilidade dos Estados (de cada país) pelos danos que as atividades dentro de sua jurisdição possam causar ao ambiente de outros países, como também a responsabilidade e a compensação às vítimas de danos ambientais, causados por atividades efetuadas dentro de suas áreas de jurisdição ou controle.

Do que se tem notícia, os governos dos países em desenvolvimento se recusaram a adotar medidas de proteção ao meio ambiente, bem como se recusaram a se autodeclararem responsáveis por eventuais danos ambientais ocorridos, porque sentiam estar sendo responsabilizados pela depredação ambiental que havia sido produzida pelos países de maior desenvolvimento. Na realidade, sentia-se que a todos caberia o dever de impedir uma deterioração maior do que aquela que já havia sido produzida pelos países desenvolvidos. É, assim, verdadeiro afirmar que aí se encontra a justificativa da demora no surgimento da legislação ambiental brasileira.

---

1. Gomes, Sebastião Valdir. *Direito ambiental brasileiro*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 25-26.

A legislação nacional somente surgiu em 31.08.1981, com o advento da Lei 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, seguindo, em geral, os ditames aprovados pela Conferência da ONU de 1972.

No entanto, o grande marco para a história nacional do Direito Ambiental se verificou com o advento da Constituição Federal de 1988 que reservou um capítulo à matéria, não apenas incorporando, mais uma vez, normas de caráter internacional, como também elevando o meio ambiente às proteções propriamente dispensadas aos direitos difusos e coletivos. O tratamento dado ao meio ambiente a partir do sistema constitucional instituído em 1988 não apenas mudou o teor da causa de preocupação, como modificou a natureza jurídica do meio ambiente como forma de atribuir um regime legal de proteção especial.

A Constituição Federal de 1988 inovou a ordem jurídica ao dispor de forma específica quanto à proteção do meio ambiente. Até então, as previsões de caráter protecionista eram feitas pela ordem infraconstitucional, como a Lei 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, o Código Florestal, o Código de Águas e o Código de Caça, entre outras leis.

Todos esses textos de lei tiveram por finalidade a garantia dos elementos que compusessem o meio ambiente, que somente restou sumariamente definido no art. 3.º, I, da Lei 6.938/1981 como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Todavia, referida garantia somente alcançou a natureza de um dos fundamentos do Estado quando a ordem constitucional instituída em 1988 reservou um capítulo específico para tratar do tema do meio ambiente. Pelo texto íntegro da Constituição da República, afirma José Afonso da Silva "que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no Título da 'Ordem Social'. Mas a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional".[2]

Aliás, as primeiras previsões do tema no âmbito constitucional demonstram o caráter preservador e protecionista dado ao meio ambiente, como consta dos arts. 5.º, LXXIII; 20, II; 24, VI, VII e VIII; 91, § 1.º, III; 129, III; 170, VI; da CF/1988, entre outros.

Verifica-se, portanto, que foi adotada uma visão contemporânea relativamente à preocupação com os interesses difusos e, especialmente com o meio

2. Silva, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 46.

ambiente, como já constava da Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, de 1973, dispondo que "o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, *em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene da obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras*. (...) Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a fauna e a flora e, especialmente, parcelas representativas de ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante o cuidadoso planejamento e administração adequados. (...) Em consequência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a fauna e a flora silvestres".[3]

Assim, na forma do art. 225 da CF/1988, a finalidade permanente, imposta ao Poder Público bem como a qualquer outra pessoa, é agir de forma a garantir a existência e o adequado uso do meio ambiente, se abstendo da prática de atos que tenham por objetivo precípuo a satisfação exclusiva e individual do ser humano, de forma a impedir a percepção dos mesmos benefícios aos demais administrados.

Por tal razão, o § 1.º do art. 225 da CF/1988 elenca as condutas que devem ser adotadas pelo Poder Público, como forma de garantir a efetividade do direito ao meio ambiente, como essencial à sadia qualidade de vida, tais quais a preservação do patrimônio genético, a exigência de estudo de impacto ambiental para as atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente e a proteção da fauna e da flora, em razão de sua função ecológica.

Logo, fica nítida a percepção de que a ordem constitucional instituída em 1988 se conformou sob a ótica antropocêntrica, na medida em que visa articular o sistema jurídico em torno das necessidades do ser humano, destinatário da norma jurídica. Por isso, como a própria evolução da sociedade demonstra que a degradação ambiental foi se tornando cada vez mais ampla, se fez necessário disciplinar o meio ambiente em um capítulo autônomo, sem perder de vista a dignidade da pessoa humana. Isso quer dizer que as diretrizes normativas têm por fim a proteção dos elementos componentes do meio ambiente com efetivo fundamento na necessidade de garantir a plena dignidade da pessoa humana.

O art. 1.º, III, da CF/1988 determina que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, que encontra seu conteúdo nas disposições do art. 6.º do mesmo texto, que instituiu o denomi-

3. Moraes, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 668.

nado *piso vital mínimo*. Por isso, segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo, duas conclusões podem ser extraídas: "1) a pessoa humana passa a ser a verdadeira razão de todo o sistema de direito positivo em nosso país e, evidentemente, do direito ambiental brasileiro; 2) a importância da pessoa humana se reafirma, no plano normativo e particularmente perante o direito ambiental brasileiro, em face de restar assegurada no plano constitucional sua *dignidade* como mais importante fundamento da República Federativa do Brasil, constituída que foi em Estado Democrático de Direito (...)".[4]

Aliás, é o mesmo entendimento defendido por Paulo Affonso Leme Machado, que conclui que "o *caput* do art. 225 é antropocêntrico. É um direito fundamental da pessoa humana, como forma de preservar a 'vida e a dignidade das pessoas' – núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois ninguém contesta que o quadro da destruição ambiental no mundo compromete a possibilidade de uma existência digna para a Humanidade e põe em risco a própria vida humana".[5]

A previsão constitucional, portanto, é harmonizar a vida do homem, a dignidade da pessoa humana ao adequado uso do meio ambiente de forma a assegurar a sua continuidade.

Em verdade, o direito à vida sempre teve previsão na ordem constitucional, mas não havia, até então, a proteção e a busca da *vida digna* ou uma preocupação específica com a qualidade de vida. A mesma posição foi constatada na Declaração Rio de Janeiro/1992, que se posicionou no sentido de que os seres humanos têm direito a uma vida saudável, que se verifica através do direito de viver em um ambiente sadio. E, para tanto, "leva-se em conta o estado dos elementos da Natureza – águas, solo, ar, flora, fauna e paisagem – para se aquilatar se esses elementos estão em estado de sanidade e de seu uso advenham saúde ou doenças e incômodos para os seres humanos".[6]

E, sobre o meio ambiente, diversas concepções foram criadas, tendo destaque, entre elas, a posição que foi adotada pelo STF que entendeu o direito ao meio ambiente "como um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria co-

4. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 13 e 14.

5. Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 110.

6. Idem, p. 48.

letividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações".[7]

E, no mesmo tema, o direito ao meio ambiente não se restringe à figura abstrata, mas encontra, no mesmo art. 225 da CF/1988, a qualidade que o meio ambiente deve guardar, sendo ele ecologicamente equilibrado, no sentido de que os elementos que o integram devem estar conjugados de forma harmoniosa, afastando-se quaisquer atos que importem em alteração lesiva de dita estrutura.

Mas, de outro lado, para que seja possível se obter o meio ambiente ecologicamente equilibrado, é necessário se esclarecer que a manutenção de seus elementos componentes vai se apresentar com duas faces aparentemente contrárias já que, de um lado serão impostas condutas negativas ao homem, que assume uma obrigação de não fazer, se abstendo da prática de condutas que ordinariamente realizaria se não houvesse a restrição; mas de outro caberá ao Poder Político exigir do homem a realização de certos comportamentos como forma de garantir a existência do meio ambiente ecologicamente equilibrado à presente e às futuras gerações.

Mais além, pode ser afirmado, como já visto, que o meio ambiente se qualifica como uma espécie de bem, com características próprias e especiais que o diferenciará da clássica classificação dos bens entre públicos e privados, como previsto na redação do art. 225, CF/1988, que define o meio ambiente como "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida".

2. Do direito de propriedade sobre bens imóveis

A evolução da sociedade e de grupos sociais faz com que os conceitos dentro da Ciência do Direito e de outros ramos do conhecimento sofram constantes alterações. Tal fato se verifica presentemente na análise do direito de propriedade em razão das inovações legais advindas das necessidades dos grupos sociais. Aliás, a história da propriedade é reflexo imediato do poder econômico e político.

Com efeito, o direito de propriedade jamais teve, em qualquer momento histórico ou em qualquer texto legal, uma perfeita conceituação, na medida em que a tentativa de conceituar acabava por tratar dos seus poderes e não de seu conteúdo.

---

7. MS 22.164-0/SP, j. 30.10.1995, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 17.11.1995.

Assim, sempre se teve em mente a definição de que aquele que é proprietário tem um poder *absoluto* de usar, fruir, dispor e reivindicar seu bem (*jus utendi, fruendi, disponendi et rei vindicato*). E, dentro desta visão, o elemento que dava maior relevo ao poder decorrente da propriedade era a aparente prerrogativa dada ao seu titular de poder destruir seu bem, no exercício pleno e ilimitado do *jus abutendi*.

Todavia, historicamente, o direito de propriedade, bem como o exercício dos poderes dele decorrentes, sofreu grande mutação, em razão da própria evolução da espécie. Aliás, a própria noção de propriedade permite concluir que o poder sobre a coisa e a disponibilidade da coisa, faz presume a condição de dono, tal qual ocorre com o conceito de posse, sendo a exteriorização do domínio o forte indício de sua existência.

A história do direito de propriedade teve sua maior conformação durante o Império Romano, razão pela qual coube ao próprio Direito Romano delinear os primeiros traços relativamente à sua existência.

O ponto de partida, pela legislação romana, gerava confusão entre aquilo que seria definido como *res*. "Juridicamente, coisa é toda entidade relevante para o direito, suscetível de tornar-se objeto de relações jurídicas e *res* tudo aquilo que contribui para a satisfação das necessidades humanas nas interrelações sociais".[8] E, tratando do mesmo tema, o Direito Romano não logrou êxito ao tentar explicitar tal distinção, uma vez que, em certos textos, *res* alcançava apenas objetos tangíveis, materiais, corpóreos e, em outros, se estendia às coisas imateriais e ainda se encontrava no *Digesto* a previsão de que a característica da *res* seria seu valor econômico ou sua possibilidade de representação através de uma quantia em dinheiro, constituindo-se em *pecunia*, embora não apenas o dinheiro.

Apesar da divisão que constava no texto das *Institutas*,[9] didaticamente, foi no mesmo Direito Romano que surgiu a classificação dos bens de maior relevo, já que adotou como um dos elementos de diferenciação a qualidade do titular do bem para definir o regime jurídico que o regularia.

---

8. Cretella Júnior, José. *Curso de direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 151.
9. Difereciavam-se as *res corporales* das *res incorporales* apenas no critério da materialidade ou da realidade física do objeto sobre o qual o direito de propriedade incidia, embora essa classificação tenha sido posteriormente ampliada por Justiniano e Gaio, que incluíram as *res: in patrimonio, extra patrimonium, mancipi e nec mancipi*.

Com efeito, no Direito Romano, as coisas poderiam ser objeto de apropriação privada, integrando o conjunto de relações jurídicas de um particular, denominadas como *res in patrimonio*, ou poderiam ser *sagradas* ou *pertencentes ao Estado*, caso em que seriam denominadas *res extra patrimonium*.

No primeiro grupo – *res in patrimonio* – estão as coisas que, por integrarem o patrimônio de um particular, podiam ser vendidas ou compradas, conforme o interesse de seu titular. Assim, a *res privatae* era a coisa ou o bem que podia ser objeto de relações jurídicas várias. Estes bens poderiam ser ainda subdivididos em: *res mancipi* (coisas transferidas pela mancipação – forma solene de transmissão da propriedade, como escravos e animais de carga) e *res nec mancipi* (coisas que independiam de ato solene de transmissão da propriedade porque bastava a tradição ou efetiva entrega do bem, como as aves domésticas e o gado de pequeno porte); *res corporales* (coisas com materialidade) e *res incorporales* (coisas intangíveis aos sentidos humanos); *res mobiles* (coisas que permitem movimentação sem dano em sua estrutura) e *res immobiles* (coisas que não podem ser movimentadas sem causar dano).

Vê-se que, quanto à classificação dos bens privados, o critério estabelecido foi econômico, razão pela qual os bens de maior valor, como escravos, porções de terra itálica, gado muar ou cavalar, eram objeto de um negócio jurídico solene, ao passo que os bens de menor valor econômico, como joias e móveis, eram transferidos apenas através da *traditio*, independentemente de sua natureza de móvel ou imóvel, como se verifica nos dias atuais.

De outro lado, quanto aos bens *extra patrimonium*, a divisão se refere aos bens de direito humano (*res humani juris*) e aos bens de direito divino (*res divini juris*). Em verdade, fosse o bem pertencente a uma ou outra categoria, era ele entendido como um bem que não podia ser objeto de negócios jurídicos translativos de direito de propriedade, ou porque a propriedade não existia, já que o bem não podia ser objeto de apropriação pelo homem, ou porque sua destinação lhe impedia a alienação. Assim, no Direito Romano se tem a noção de bens que não permitem a apropriação pelo homem.

Sob a influência da Igreja e do Cristianismo, a regulamentação das coisas sagradas as dividiu em: *res sacrae* (coisas destinadas aos deuses superiores em cerimônias especiais, como os templos); *res religiosae* (coisas destinadas aos deuses Manes, como os túmulos) e *res sanctae* (coisas que, embora não fossem destinadas aos deuses, tinham caráter religioso, como as muralhas e as portas das cidades).

Quanto às coisas de direito humano, são elas desmembradas em: *res communes* (coisas que, embora não permitam apropriação individual no conjunto,

permitem seu uso por todos conforme o destino que lhes seja conferido, como o ar e os mares, exceto quanto a partes ou pequenas porções); *res universitates* (coisas pertencentes às cidades, que integram seu patrimônio, excluindo-se a apropriação pelos administrados, como o *forum*, os estádios e os teatros) e *res publicae* (coisas que pertencem ao Estado, que podem ou não estar no comércio, conforme a destinação seja o próprio Estado, semelhante à figura do particular, ou seja o *uso público*).

Nota-se que, desde o Direito Romano, passou a ser criada uma espécie de bem que poderia não permitir a apropriação e a comercialização em razão da destinação que lhe era dada ou em razão da impossibilidade material para tanto. Assim, certas categorias de bens, por estarem alheias ao poder de apropriação do homem, eram consideradas coisas "extrapatrimoniais", ou seja, sem correspondente em dinheiro e, por isso, sem autorização para aquisição.

É claro, portanto, que ao Estado importa a regulamentação do direito de propriedade, por ser ele o principal mecanismo para a consecução de suas finalidades, como veículo de controle da própria economia em um sistema capitalista, bem como por ser a forma dada ao membro do grupo social de obter a execução de seus objetivos primários.

O reconhecimento do direito de propriedade entre as garantias fundamentais tem uma função limitadora aos poderes do Estado, seja no exercício do poder constituinte derivado, seja na execução das políticas públicas. O Estado vê-se obrigado a respeitar o direito do membro de seu grupo bem como a garanti-lo, somente podendo nele intervir na forma estipulada em lei.

As limitações à propriedade, qualquer que seja a natureza ou a causa, têm que decorrer da lei, sob pena de se ver quebrada a garantia construída ao longo dos anos.

Se a história do direito de propriedade encontra sua grande confirmação no Direito Romano, é ali também que será encontrado seu elemento revolucionário. Isto porque, segundo a concepção romana do instituto, a propriedade era o centro exclusivo de todo sistema, sendo que toda ordem jurídica e econômica girava ao seu redor. Com essa concepção, era muito fácil atribuir à propriedade um caráter absoluto, na medida em que, ao seu titular, não apenas era possível usar e fruir, mas também abusar da propriedade, de forma, até mesmo, a destruí-la, bem como reivindicá-la; poder que conferia ao titular um poder absoluto e pleno sobre a coisa, o direito de usar a força (*vis*) para a retomada de seu bem.

Esse caráter absoluto permitia ao titular vincular o bem aos seus interesses, com exclusividade, independentemente de uma exigência social ou coletiva. A propriedade, nessas condições, tem o condão de atender aos interesses

egoísticos de seu titular, a despeito de qual fosse o interesse de outros membros do grupo.

Maria Cristina Cereser Pezzella, ao tratar da evolução do direito de propriedade durante o Império romano, destaca que "ao se procurar entender a forma como os romanos visualizavam o direito de propriedade, é indispensável ter em mente que o Direito romano sequer possuía um conceito abstrato ou mesmo uma definição de propriedade".[10]

Mas foi Justiniano quem primeiramente atribui à propriedade um caráter social, retirando-lhe as características de ser um poder soberano e ilimitado sobre a coisa, fundado exclusivamente nos interesses de seu titular. Aliás, o aparente caráter absoluto do direito de propriedade tão afirmado pelo exercício de seus poderes subjetivos (usar, fruir e dispor) já encontrava limitação na Lei das XII Tábuas que impunha algumas restrições à propriedade privada.[11-12]

A propriedade, então, com o passar dos tempos, passou a ser vista como um direito que atende às necessidades do ser humano, mas que em seu conteúdo não lhe garantirá satisfação plena uma vez que, na mesma via em que se tem o exercício do direito, caminha paralelamente um conjunto de deveres impostos ao proprietário, em razão do interesse do grupo social e da coletividade a ser resguardado.

Por maior que seja o interesse de certa pessoa de chegar ao direito de propriedade, de alcançar a construção patrimonial e o crescimento de suas riquezas, todos os acréscimos trazem consigo certo dever; no caso do direito de

---

10. Pezzella, Maria Cristina Cereser. *A propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998. p. 123-124.

11. "Tábua Oitava. Dos Direitos Prediais. I – A distância entre as construções deve ser de dois pés e meio; III – A área de cinco pés deixada livre entre os campos limítrofes não pode ser adquirida por usucapião." O que demonstra que, mesmo sendo proprietário, sofria uma limitação imposta pelo Estado relativamente à forma em que sua construção deveria ser erguida, garantindo-se a passagem de outrem.

12. Em mais uma referência à construção e consolidação do direito de propriedade, que resulta na sua configuração como uma relação jurídica, a Lei das XII Tábuas previa, na sexta tábua que "no caso de uma coisa roubada, se fosse utilizada de forma produtiva (como a construção de uma edificação ou sustentação de uma vinha), devia ter preservada esta utilização, resguardada apenas a indenização do proprietário que perdia o bem". Cf. *Propriedade privada no Direito Romano*, de Mara Cristina Cereser Pezzella, op. cit., p. 167. Por evidente que não tem o mesmo conteúdo ou a mesma motivação, mas se percebe a preocupação legal em proteger aquele que destina a terra à finalidade econômica ou social em detrimento daquele que, embora proprietário, desleixa-se em relação ao seu bem.

propriedade sobre bens imóveis, a proteção pressupõe que o titular assuma uma conduta ativa de cuidado, exploração e destinação e não apenas uma conduta passiva de proprietário inerte e sujeito passivo de eventuais exações tributárias. Não basta ao proprietário se resguardar nessa qualidade como causa suficiente de proteção.

Seguindo os passos já percorridos pela evolução histórica da propriedade, nosso ordenamento jurídico adota o critério de que, apesar de haver a garantia constitucional do direito de propriedade, deve esta atender sua função social.

Assim, embora a propriedade seja uma forma da pessoa humana conquistar parte de seus anseios e suas necessidades, a execução de tais desejos vai sempre ter por limite o atendimento aos interesses da coletividade, seja qual for a espécie de bem objeto do direito. De nada vale dizer que o direito de propriedade é inerente à condição do ser humano, que é uma das formas pelas quais ele mantém a solidez ou a serenidade da estrutura familiar, se não a destinar à efetiva utilização.[13]

Inovando a ordem jurídica e atendendo em parte às disposições constitucionais, a lei civil vigente (Lei 10.406/2002) traçou limites expressos quanto ao uso da propriedade imobiliária para impedir do proprietário atos de abuso ou a prática dos denominados atos emulativos, bem como para obrigá-lo a se utilizar de seu bem em razão do interesse coletivo e não do individual, como preconiza o art. 1.228, §§ 1.º e 2.º, do CC/2002, com a seguinte redação:

"Art. 1.228. (...)

§ 1.º 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.

---

13. Na Encíclica *Quadragesimo Anno* encontramos contrariedade a esse teor de afirmação no seguinte trecho: "E, a fim de pôr termo às controvérsias que, acerca do domínio e deveres a ele inerentes, começaram a agitar-se, note-se, em primeiro lugar, o fundamento assente por Leão XIII de que o direito de propriedade é diferente do seu uso. Com efeito, a chamada justiça comutativa obriga a conservar inviolável a divisão dos bens e a não invadir o direito alheio excedendo os limites do próprio domínio; mas que os proprietários não usem o que é seu, senão honestamente, é da alçada não da justiça, mas de outras virtudes, cujo cumprimento 'não pode urgir-se por vias jurídicas'. Pelo que sem razão afirmam alguns que o domínio e o seu honesto uso são uma e a mesma coisa; e muito mais ainda é alheio à verdade dizer que se extingue ou se perde o direito de propriedade com o não uso ou abuso dele" (*sic*).

§ 2.º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. (...)"

Assim, a propriedade continua permitindo sua aquisição pelo particular, mantendo-se de natureza privada, exclusiva e perpétua, mas sem o poder ilimitado anteriormente atribuído já que o exercício da propriedade privada está necessariamente condicionado à sua finalidade social.

2.1 Classificação dos bens quanto aos seus titulares

O direito de propriedade vai ter o condão de influenciar diretamente na classificação dos bens feita pela lei civil. O Código Civil faz uma extensa classificação dos bens como forma de estabelecer o regime jurídico a ser aplicado à espécie classificada. Assim, pelas distinções, define-se a necessidade ou não de registro imobiliário ou simples tradição para a aquisição do direito de propriedade sobre certo bem; definem-se as consequências decorrentes do perecimento ou deterioração do bem objeto da obrigação, define-se se certo bem, por ser acessório, deve ou não acompanhar o principal em caso de alienação, entre outras hipóteses.

Das várias classificações do Direito Civil, a de maior relevo para o presente estudo é a distinção entre bens públicos e particulares, ou seja, a classificação dos bens em razão da pessoa de seus titulares.

Pelos atuais critérios legais, duas categorias de bens existem em razão de seus titulares, a saber: bens públicos e bens particulares.

Ocorre que, a despeito da previsão normativa, a realidade jurídica se apresenta de forma distinta, a justificar a existência de uma terceira espécie de bem que não permitirá apropriação e exercício de qualquer poder inerente à propriedade com exclusividade (nos moldes do Direito Romano), uma vez que a impossibilidade da efetividade do direito de propriedade incidir sobre certos bens decorre não da impossibilidade material de dele se apropriar, como ocorre com o ar atmosférico e a água dos oceanos ou do impedimento legal, como ocorre com os bens públicos.

A terceira categoria de bens não permite o exercício do direito de propriedade, seja no que se refere aos poderes, seja no que se refere à própria qualidade de titular do domínio, porque a finalidade que é buscada por tais bens é fato anterior à questão da propriedade, isto é, pelo objetivo que se visa alcançar com certos bens, a única possibilidade de realização é o total impedimento de aquisição através de quaisquer das formas previstas em Direito Civil (registro do título aquisitivo, acessão, usucapião – imóveis, e tesouro, ocupação, usuca-

pião, especificação, ou outra forma – móveis) por serem eles destinados apenas ao uso e não à apropriação.

Tal categoria é composta pelos *bens ambientais*, que têm sua previsão imediata no art. 225 da CF/1988 que o define como um "*bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*"(grifo nosso).

Esta nova categoria de bens, portanto, não admite a aquisição plena e nem mesmo o exercício dos atributos inerentes à propriedade previstos no art. 1.228 do CC/2002.

Ao tratar do tema, Celso Antonio Pacheco Fiorillo traz à tona o regime italiano para a qualificação dos bens culturais e questiona a qualificação do meio ambiente quanto à classificação tradicional dos bens entre públicos e privados:

"O importante, a rigor, seria verificar se o ambiente efetivamente possui uma configuração jurídica que o qualifique como bem em sentido próprio, e, no caso de se dar resposta positiva, qual a relação entre essa nova noção e aquela tradicional de bem ambiental, tanto mais que o ambiente compreende, em certo sentido, os bens individualmente considerados. Outra ideia seria, em vez de o ambiente não poder ser configurado em face da legislação italiana à época, ainda que a qualificação de bem ambiental pudesse ser reconhecida exclusivamente para certas coisas, determinar, nesta segunda hipótese, qual a relevância jurídica do termo 'ambiente'."[14]

E, mais à frente, o mesmo autor prossegue, definindo e justificando o regime dos bens culturais:[15]

"(...) Destarte, assim como para os bens culturais, tutelados pela Lei italiana 1.089, de 1.º de junho de 1.939, igualmente para as chamadas 'belezas naturais' recorreu-se inicialmente a uma noção civilística das limitações administrativistas ao direito de propriedade, como bens destacam Zanobini e Catucci, visando explicar a limitação das faculdades da propriedade privada quando tais bens viessem a ser qualificados como belezas naturais.

"Sucessivamente, o regime dos bens culturais foi explicado em termos mais precisos, abandonando a teoria das limitações ao direito de propriedade, não apropriada para justificar todos os efeitos ligados àquela qualificação e especialmente aos poderes atribuídos à Administração Pública sobre tais bens.

14. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 87.

15. Os bens culturais, segundo a legislação italiana, recebem o mesmo tratamento das belezas naturais e dos bens ambientais.

Constatou-se que estes teriam assumido a configuração de bens de interesse público sobre os quais a Administração pretendia possuir verdadeiros e próprios poderes *in rem*. Estaríamos tratando, como explica parte da doutrina italiana, de bens privados que assumiriam a finalidade de 'público interesse', sendo certo que deveriam sujeitar-se a um particular regime no que diz respeito à disponibilidade (vínculos quanto à destinação, modificação etc.), porquanto neste caso a Administração possuiria poderes sobre tais bens, tratando-se, no caso, daquilo que alguns doutrinadores afirmam ser 'bens de propriedade privada que pertencem à pública', conceito este que teria sido utilizado inicialmente para as obras de arte."[16]

Há que se concluir, portanto, que estes bens não admitem a aquisição do direito de propriedade ou o exercício das prerrogativas inerentes a este direito, em razão das qualidades especiais que lhes são atribuídas, que fazem com que eles não ingressem no conjunto de bens de livre alienação, como outros integrantes do patrimônio privado ou mesmo público dominical.

A disponibilidade, portanto, inerente aos interesses privados, ou mesmo a indisponibilidade relativa dos bens públicos dominicais, não se fazem presentes em relação aos bens ambientais por conta da finalidade por eles desempenhada.

Assim, podemos afirmar que, independentemente de quem se pretenda definir como "proprietário" do bem, se este se enquadrar nos atributos conferidos aos bens ambientais, na forma do art. 225 da CF/1988, a qualidade de proprietário é mera aparência da possibilidade de exercer os poderes inerentes ao direito previstos na lei civil. Isso quer dizer que, ainda que conste em eventual registro imobiliário – como exemplo – que certa pessoa é a proprietária do bem; se este for constitucionalmente definido como ambiental por ser *de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*, a atribuição da qualidade de dono será carecedora dos atributos inerentes ao Direito Privado ou mesmo reconhecidos em favor das pessoas jurídicas de Direito Público.

Portanto, a classificação dos bens quanto aos titulares, ainda que não expressamente prevista em qualquer texto normativo, decorre da natureza jurídica e da destinação conferida aos bens ambientais. Mais ainda, presentes estes requisitos, o regime especial dos bens ambientais será aplicável ao objeto identificado, ainda que esteja ele nas mãos de um particular ou de um ente público.

16. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. *O direito de antena*... cit., p. 89.

3. Do meio ambiente e dos bens ambientais

A nova visão do direito ambiental e do direito ao meio ambiente, no plano legislativo, decorre do reconhecimento constitucional quanto à sua natureza jurídica. A elevação ao âmbito constitucional de proteção não apenas modifica a sua qualificação jurídica como determina o regime jurídico a que se subordina. Desta forma, a análise do conceito e do regramento jurídico do Direito ambiental e do meio ambiente se fazem sob a ótica constitucional e, num segundo plano, sob a visão infraconstitucional.

Nesse diapasão, não pode ser desconsiderada a determinação constitucional no sentido de "promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente",[17] que demonstra o caráter intergeracional do meio ambiente, impondo o dever de preservação a todas as gerações, como forma de garantir a continuidade do direito ao meio ambiente, essencial à sadia qualidade de vida.

A grande e atualíssima preocupação relativa ao meio ambiente, como ensina Sebastião Valdir Gomes, decorre da forma de exploração praticada pelo homem; "mesmo sendo a ação do homem sobre a natureza (e o meio ambiente) algo tão antigo quanto a sua própria evolução civilizatória, apenas recentemente, em termos históricos e em razão dos efeitos ambientais decorrentes da aceleração tecnológica e das formas de sua utilização; das pressões demográficas; dos acentuados processos de urbanização, em condições precárias (nos países em desenvolvimento); das crescentes procuras e explorações de recursos naturais e hídricos, com graves efeitos nos ecossistemas; do significativo crescimento da industrialização, com detritos tóxicos e produtos não biodegradáveis; da ênfase ao enfoque econômico, no sentido de que as necessidades e demandas humanas são ilimitadas e os recursos naturais são limitados; do domínio e da expansão da energia nuclear e das possibilidades já existentes de manipulação de materiais genéticos, cujos avanços da ciência e da tecnologia (a exemplo da clonagem de seres vivos e da produção de novos microorganismos em laboratórios), já tornam possíveis profundas intervenções nos diversos processos biológicos, é que foi estabelecida como prioridade, a análise ambiental, buscando-se a melhoria da qualidade geral de vida do ser humano e do enfrentamento de tais questões, face a relevância e a emergência que invocam".[18]

17. Art. 225, § 1.º, VI, da CF/1988.

18. Gomes, Sebastião Valdir. Op. cit., p. 23-24.

A preocupação social com o meio ambiente não está ligada apenas à ideia de conservação de recursos. Mais amplamente, essencial é a preservação como forma de garantir a sobrevivência da espécie. O esgotamento de recursos naturais vários acarretará, como último resultado, a impossibilidade de continuidade da espécie, independentemente de se afirmar que é necessária a preservação pela preservação. A obrigatoriedade de proteção do meio ambiente sob a nova visão mundial decorre da emergencial necessidade de serem adotadas medidas eficazes e concretas para a limitação ou, ao menos, regulamentação da atividade exploradora do ser humano.

Todos os elementos componentes do meio ambiente, ou seja, todos os bens ambientais estarão vinculados à mesma espécie de proteção em razão de seu conceito trabalhado no âmbito constitucional.[19]

De forma vulgar, a noção de meio ambiente é vinculada aos recursos naturais. Ordinariamente, ao se referir ao meio ambiente, o leigo o vislumbra como apenas o conjunto de recursos naturais, como os elementos componentes do meio ambiente natural. Tem-se a falsa noção de que o meio ambiente é composto por água, ar, solo, fauna e flora.

Todavia, o objeto é muito mais amplo.

Com efeito, define o legislador constitucional que o meio ambiente é *bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida*. Daí pode-se afirmar que o meio ambiente se compõe do conjunto de elementos, recursos, bens ou quaisquer condições essenciais à sadia qualidade de vida, não sendo possível reduzir seu objeto aos recursos fornecidos pela natureza.

O meio ambiente, desta forma, não se reserva aos recursos naturais, componentes do meio ambiente natural, mas, com muito maior amplitude, se manifesta em todos os elementos necessários à dignidade humana, assim entendida como forma de garantir a sadia qualidade de vida.

Não se pode esquecer que a dignidade da pessoa humana é estipulada como um dos fundamentos da República, na forma do art. 1.º, III, da CF/1988. Desta feita, qualquer interpretação ou aplicação das normas jurídicas não pode se distanciar deste preceito. Mais uma vez, relembremos que o ser humano passou a ser o centro do sistema jurídico com a ordem constitucional instituída em 1988.

---

19. Em todo o texto procuramos deixar clara a determinação constitucional de que o meio ambiente é *bem de uso comum do povo* (bem que se destina ao uso e não à alienação, por todas as pessoas, indistintamente) *essencial à sadia qualidade de vida* (indispensável, pois, à sobrevida humana).

"É tão importante esse princípio que a própria Constituição Federal o coloca como um dos fundamentos da República (art. 1.º, III).

O tema é dos mais debatidos e estudados. Em toda abordagem jurídica o intérprete invoca o princípio da dignidade do homem e os seus desdobramentos em todo o sistema jurídico. Mas esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de intérpretes possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico. Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito."[20]

Qualquer norma, portanto, deve ter por fundamento o alcance da dignidade humana. Seguindo esse raciocínio, Rosa Maria de Andrade Nery[21] conclui que "o reflexo dessa realidade dogmática na fenomenologia jurídica, especificamente na compreensão da posição jurídica da *pessoa* natural, recobre da mesma dignidade o *sujeito* de direitos, porque a *pessoa* natural realiza o direito, como *sujeito*. A condição de sujeito reflete-se também sobre o próprio *ato*, porque a capacidade e a liberdade de querer, como sinais da supremacia do espírito sobre o corpo, correspondem à responsabilidade sobre o comportamento, lícito ou ilícito, do sujeito, bem como por todas as suas consequências. A *pessoa* que tem o domínio exclusivo de seus atos, que os exerce como *autor* e não mais como *ator*, é sujeito de direitos. Portanto, o *sujeito* e seus *atos*, elementos fundamentais do Direito privado, estão submetidos ao princípio da dignidade humana.

Os direitos pertencem ao sujeito, membro do corpo social, e, exatamente, àquele que experimentou o fato constitutivo de nascimento ou de aquisição desse direito. Por sujeito de direito se entende aquele que domina com sua vontade os bens jurídicos, e não o que deles se goza. O domínio da vontade (e aqui se pode falar de autonomia da vontade) pode ser exercido pelo sujeito ou por alguém por ele, ocasião em que se abre espaço para o instituto da representação como forma de viabilização do exercício dessa vontade".[22]

---

20. Nery, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 113-114.

21. Idem, p. 114-115.

22. Nesse texto encontramos a corroboração de afirmações anteriores. Certo é dizer que ao homem há o interesse na apropriação de coisas, que ele responde por seus atos,

Mais além, o conjunto de atos dos sujeitos de direito de um grupo, por refletirem na órbita dos direitos dos demais, encontrará ali um elemento limitador. Atingir qualquer das formas do meio ambiente, é atingir a dignidade humana.

O meio ambiente se apresenta, pois, sob quatro aspectos diversos, a saber: *natural, artificial, cultural e meio ambiente do trabalho*. Todos integram os elementos essenciais à sadia qualidade de vida e se interligam para garantir o direito subjetivo constitucional ao meio ambiente.

Com efeito, o meio ambiente natural ou físico é "constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio, onde se dá a correlação recíproca entre as espécies e as relações destas com o ambiente físico que ocupam".[23]

O meio ambiente artificial é composto pelo espaço edificado, ou seja, pelos elementos construídos pelo homem, constitutivos dos espaços urbanos. A preocupação relativa às políticas urbanas decorre exatamente do fato de que a maior parte da população migrou para os centros urbanos, deixou o campo e a exploração da terra para se fixar nas cidades. O desenvolvimento das cidades e dos centros urbanos se deu de forma desordenada e irregular. Considerando, pois, que mais de 80% da população brasileira vive em cidades, inevitável a preocupação com a sua ordenação e a ocupação e exploração do solo urbano.

Outro aspecto do meio ambiente é o cultural, assim entendido o conjunto de obras e atividades do ser humano que, pelo valor que lhes é agregado, compõem o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, turístico e arqueológico de um povo. E, exatamente neste ponto não pode ser confundido com o meio ambiente artificial porque para este é irrelevante o valor cultural ou histórico da construção como forma inclusive de identificar um povo e suas tradições.

Embora nos dois casos haja a intervenção do ser humano para a criação do resultado, no segundo caso a proteção que se dá ao meio ambiente decorre imediatamente de seu valor, de sua relevância histórica e não como elemento integrante da vida diária do ser humano. Como exemplo simples, uma construção que tenha sido sede de Governo, sem quaisquer condições de habitação, deverá ser restaurada e conservada como integrante do meio ambiente cultu-

---

mas que, principalmente, de nada adiante ao homem praticar inúmeros atos porque autorizados em lei. Pelo inverso, mesmo que na conduta do ser humano, tem este o dever de fazer com que o interesse de outros membros do grupo social sejam atendidos, ainda que de forma indireta. Não se coaduna mais o exercício de qualquer interesse particular sob o manto da individualidade.

23. Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 21.

ral; de outro lado, se a mesma edificação não houvesse abrigado o Governo de determinada época, mas estivesse desocupada e sem condições de habitação, o seu restauro poderia ser feito como forma de garantir habitação, moradia, a certos grupos sociais, inclusive com efetivas modificações estruturais para permitir o alcance de um dos elementos do piso vital mínimo, consistente na moradia.

Note-se, portanto, que, embora nos dois casos se trate do mesmo bem imóvel, já edificado, como integrante do meio ambiente, a justificativa de conservação de um e de outro é distinta, razão pela qual até mesmo a ordem de trabalhos e sua execução serão diferenciadas tendo em vista o objetivo que se pretende alcançar.[24]

Por fim, o meio ambiente do trabalho assume papel de extremo relevo, a ponto de merecer tratamento doutrinário autônomo por José Afonso da Silva.[25] Esta faceta do meio ambiente consiste nos elementos que garantem a sadia qualidade de vida do empregado no ambiente de trabalho pelo fato de que, como regra, passará um terço de seu dia (no mínimo) na estrutura laboral. A influência do meio em que a pessoa trabalha pode acarretar um sem número de benefícios, bem como de malefícios. Assim, um ambiente sadio, não apenas gera maior produtividade, como evita doenças laborais, afastamento do empregado, entre outros eventos. E, neste ponto, merece destaque a atuação

24. Registre-se que não se pretende conferir maior ou menor relevo a uma ou outra das categorias e nem mesmo determinar que uma mereça maior proteção que outra em razão do valor que lhe é intrínseco. Retomando o tema da dignidade humana, ainda que os bens culturais tenham um valor agregado relevante a todas as pessoas, indistintamente, o direito ao meio ambiente artificial por muitas vezes é o primeiro dos elementos que garantem a dignidade do morador de centros urbanos. Nesse ponto, não custa lembrar do caos que se instala em inúmeras cidades do país, em razão das péssimas condições de trânsito, transporte e moradia. A estruturação e a preocupação com o espaço edificado pelo homem vêm recebendo maiores cuidados em razão de dados alarmantes dos danos à sua saúde. Até então, poderíamos até ver maior preocupação social com o meio ambiente natural e cultural.

25. Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 23. O autor assim justifica: "merece referência em separado o meio ambiente do trabalho, como o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência daquele ambiente. É um meio ambiente que se insere no artificial, mas digno de tratamento especial, tanto que a Constituição o menciona explicitamente no art. 200, VIII, ao estabelecer que uma das atribuições do Sistema Único de Saúde consiste em colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o do trabalho. O ambiente do trabalho é protegido por uma série de normas constitucionais e legais destinadas a garantir-lhes condições de salubridade e de segurança."

do Ministério Público do Trabalho e das Delegacias do Trabalho que agem na fiscalização das condições do ambiente laboral, proibindo a prática de atos ou a mantença de ambientes prejudiciais à saúde do trabalhador.

Independentemente da espécie de meio ambiente, *todos* têm direito a ele, nos termos dos ditames constitucionais – art. 225, *caput*, da CF/1988 – porque assim reconhecido como um direito subjetivo. A garantia constitucional do direito ao meio ambiente independe por completo das qualidades ou atributos da pessoa porque a opção constitucional foi em estender o direito a *todos*, não promovendo qualquer ressalva.

"A locução 'todos têm direito' cria um direito subjetivo, oponível *erga omnes*, que é completado pelo direito ao exercício da ação popular ambiental (art. 5.º, LXXIII, da CF/1988)."[26]

Logo, com o advento da Carta Maior de 1988, não mais se pode manter a ideia individual de meio ambiente, mas sim se torna obrigatória a visão e o tratamento jurídico como um bem que não tem um titular individualizado que possa, por si, fazer a sua defesa em razão de um interesse exclusivo e egoísta.

Outra não é a determinação de legislações alienígenas. Aliás, não podia ser percorrido outro caminho naqueles países que reconhecem a necessidade de proteção ao meio ambiente além dos limites de seu território.[27] Em todas as

---

26. Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 108.

27. Sebastião Valdir Gomes ensina que "o termo 'ubíquo' é etimologicamente originário do latim *ubique*, que significa 'onipresente' ou 'em toda parte'. A preservação do meio ambiente saudável como essencial à sadia qualidade de vida, é tutelada normativamente como um valor universal e integra o conjunto das relações jurídicas e das políticas públicas que, de modos diversos, estão vinculadas com esta matéria. (…)
"Com efeito, o Direito Ambiental já nasce marcadamente condicionado por sua internacionalização, em face da dimensão universal que envolve o seu objeto. Não só em seus princípios constitutivos, mas também através das normas legais ordinárias e institutos infraconstitucionais de diversos países, procedimentos idênticos, a exemplo dos adotados nos relatórios de impactos ambientais, dos incorporados às ações judiciais em matéria ambiental ou de execuções de políticas públicas, são globalizadas nos direitos dos mais diversos países, inclusive devido exigências e pressões de instâncias de direito internacional, devido à dimensão e às características próprias que envolvem a tutela do meio ambiente.
Segundo este princípio (ubiquidade ou universalidade), o meio ambiente precisa ser levado em consideração universalmente e no conjunto das atividades humanas, desde as referentes ao desenvolvimento econômico (agrário, industrial, comercial etc.), até as referentes à educação (obrigatória em todos os níveis em matéria ambiental, consoante antes já assinalado), cultura (a referência ao meio ambiente cultural), con-

legislações modernas, vigora o reconhecimento de que o direito ao meio ambiente não é apenas um direito individual, mas sim um direito difuso.

A noção de proteção de direitos difusos e coletivos surge com a Constituição Federal de 1988, que prevê a competência do Ministério Público para a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, bem como a proteção do patrimônio público e social, *do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*, e consolida-se com o advento do Código de Defesa do Consumidor que prevê no art. 81, parágrafo único, o conteúdo dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Na medida em que os ditames constitucionais reconheceram o direito ao meio ambiente como um direito de *todos*, qualificou-o como uma garantia conferida a qualquer pessoa, indistintamente, como traçado no art. 5.º da CF/1988, que não diferencia, entre brasileiros e estrangeiros residentes no país, a proteção aos direitos e garantias fundamentais.

No tema, discorre Celso Antonio Pacheco Fiorillo que "da análise do art. 225 devemos extrair quatro aspectos fundamentais, a saber:

1) a existência de um direito material constitucional caracterizado como 'direito ao meio ambiente', cujos destinatários são 'todos';

2) a confirmação no plano constitucional de que aludido direito ao meio ambiente diz respeito à existência de uma relação jurídica que envolve um bem (o *bem ambiental*). Referido bem, para quer possa ser reputado constitucionalmente 'bem ambiental', diz respeito somente àqueles 'essenciais à sadia qualidade de vida'. Por outro lado o bem ambiental se caracteriza por ser ontologicamente um 'bem de uso comum do povo';

3) em face da relevância do bem ambiental, a Constituição Federal determinou de forma impositiva tanto ao Poder Público como a coletividade não só o dever de defender os bens ambientais como também de preservá-los;

4) a defesa, assim como a preservação por parte do Poder Público e da coletividade antes referida, têm por finalidade assegurar o uso do bem ambiental não só para as presentes, mas também para as futuras gerações".[28]

Fica nítido, portanto, o caráter difuso do meio ambiente, vez que não se destina e não tem por titular determinada pessoa ou mesmo determinado gru-

---

sumo (a exemplo do controle de defensivos químicos tóxicos na produção de alimentos), etc., eis que dizem respeito à qualidade de vida e, portanto, ao conjunto das condições da existência humana". Op. cit., p. 48-49.

28. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental* cit., p. 33.

po de pessoas. Além disso, a sua proteção e a sua conservação não têm por fim garantir a existência somente em benefício da presente geração; pelo contrário, tem por fim garantir a sadia qualidade de vida também para as gerações vindouras, sem que haja qualquer possibilidade real de definir quais as gerações futuras que colherão os resultados dos atos atuais.

Resta consagrada a visão de que a necessidade de conservação e proteção do meio ambiente se projeta no tempo sem qualquer limitação. Não há como definir o âmbito temporal de eficácia da proteção porque ela se justifica como forma de garantir a sobrevivência da presente geração e, também, o nascimento de futuras.

O art. 225 da CF/1988 não traz apenas normas relativas à conceituação e abrangência do meio ambiente, mas também define formas para a sua proteção.

Evidente que a matéria de proteção ao meio ambiente não se esgota no texto constitucional, vez que uma série de disposições de ordem infraconstitucional traz normas protetivas, tais como a previsão de condutas tipificadas como crime ou a exigência de licenças para o exercício de certa atividade, além das normas relativas à responsabilidade civil e administrativa por danos causados ao meio ambiente.

A matéria, conforme a legislação brasileira, sofreu profundas alterações durante seu curso. Por certo tempo, permaneceu um regime de total desproteção, fundado ainda na concepção de propriedade que imperava através do Direito Civil Francês e o Código Civil Napoleônico, por tantas vezes aqui citada.

Indiretamente, foi no próprio Direito Civil que surgiram as normas de proteção sob o título "Dos Direitos de Vizinhança", com conteúdo limitativo ao livre exercício dos poderes inerentes ao direito de propriedade posto que restou vedado seu uso nocivo.

De forma específica e ligada aos conceitos de proteção do meio ambiente, as normas relativas ao direito de vizinhança já haviam iniciado certa proteção ao meio ambiente na medida em que criaram normas restritivas quanto à exploração da água, quanto ao direito de construir ou, mesmo que inicialmente, já tinham a previsão relativa da noção de vida saudável em razão da proteção do sossego, saúde e segurança, elementos genéricos da limitação a condutas de um vizinho em relação aos demais, independentemente de se tratar de uma relação de proximidade ou mesmo de contiguidade.

Após o advento da legislação civil de 1916, outros textos normativos surgiram em que a proteção ao meio ambiente era indiretamente referenciada. Dentre eles, destacaram-se o Código Florestal, o Código de Águas e o Código de Pesca. No entanto, tais textos normativos apenas tratavam da matéria de forma

repressiva, sem que houvesse o necessário fundamento de ordem preventiva, inerente à matéria. Tem-se notícia de que no ano de 1967 instituiu-se a Política Nacional de Saneamento Básico e criou-se o Conselho Nacional de Poluição Ambiental, como forma de iniciar um programa de prevenção à poluição ambiental, embora não tenham chegado à execução por conta da revogação dos decretos instituidores apenas oito meses após as publicações.

"De fato, só em 1973 retomou-se a sistematização da matéria, a começar pela criação, pelo Dec. 73.030, de 30.10.1973, no âmbito do Ministério do Interior, da *Secretaria Especial do Meio Ambiente – Sema*, 'orientada para a conservação do meio ambiente e o uso racional dos recursos naturais' (art. 1.º), junto à qual funcionava o *Conselho Consultivo do Meio Ambiente* – CCMA, a ser integrado por nove membros de notória competência em assuntos relacionados com a utilização racional dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente (art. 3.º). No mais, de importância, só trouxe, esse decreto, uma definição de poluição das águas (art. 13, § 1.º)."[29]

As leis começaram a surgir nos Estados, embora nenhum deles estivesse perfeitamente sistematizado. É certo afirmar que até aquele momento não existia uma coesa confirmação da matéria, de forma que se tornou nítida a necessidade de unificação dos princípios norteadores do tema no âmbito constitucional.

Com efeito, dadas as vicissitudes inerentes à matéria, vez que sofre grandes distinções em razão do território em análise, não se torna efetivamente realizável uma unidade normativa acerca da matéria, mas sim uma unidade política, ou seja, uma união de esforços e medidas fundadas em um mesmo princípio, consistente no espírito de preservação e conservação. Esse, pois, o intuito da Política Nacional de Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938/1981.[30]

Nos termos da referida lei, a proteção é especialmente feita através dos *instrumentos da política nacional do meio ambiente*, previstos nos seus arts. 9.º a 18. "São medidas, meios e procedimentos pelos quais o Poder Público executa a Política Ambiental tendo em vista a realização concreta de seu objeto, ou seja, a preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente e do equilíbrio

29. Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 37.

30. "Art. 2.º A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da *dignidade da vida humana*, atendidos os seguintes princípios: (...)" (grifo nosso).

ecológico. São de variada natureza e podem ser agrupados em *instrumentos de intervenção ambiental, instrumentos de controle ambiental e instrumentos de controle repressivo.*"[31]

Os instrumentos de intervenção ambiental são veículos postos à disposição do Poder Público para participar e obrigar a forma de atuação da atividade pública ou particular, segundo os ditames da Política Nacional de Meio Ambiente. Os instrumentos de controle ambiental são medidas a serem adotadas pelo Poder Público, mas que também permitem iniciativa do particular, como forma de verificar o respeito à legislação ambiental e aos princípios da política nacional de meio ambiente; aqui se enquadram os estudos prévios para a realização de obras, seja o estudo de impacto ambiental, seja o estudo de impacto de vizinhança.

Os instrumentos de controle repressivo, diferentemente, buscam sanar as irregularidades ocorridas, através da aplicação de punições de ordem administrativa, civil ou penal, em razão do dano ambiental que se verificou.[32]

Note-se que a finalidade dos instrumentos é distinta, embora estejam interrelacionados. Os primeiros têm natureza impositiva ao Estado, exclusivamente, que dirige o comportamento do grupo social, impondo a este uma obrigação de fazer; os segundos têm por finalidade evitar que o dano ambiental se concretize, utilizando-se de mecanismos preventivos à ocorrência do dano, estabelecendo o cumprimento de uma obrigação de não fazer, ou seja, uma abstenção; os terceiros, por sua vez, têm lugar quando o dano já tiver se materializado e o transgressor das normas ambientais tiver de ser penalizado, seja em que esfera for.[33]

---

31. Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 216.

32. Consideremos como dano ambiental a ofensa a qualquer das modalidades de meio ambiente, independentemente de um real prejuízo economicamente apreciável e independentemente da tipificação legal. Basta que haja a ofensa, sob qualquer forma, para que se configure o dano ou, mais amplamente, o ato ilícito de qualquer natureza.

33. Não se pode esquecer que em matéria ambiental, as condutas mais importantes têm caráter preventivo. Sempre deve ser evitado o dano ambiental, a ofensa aos bens ambientais de qualquer espécie. Isso porque, como são bens que não têm imediata apreciação econômica, a entrega de dinheiro como forma de responder pela violação na norma proibitiva ou pelo descumprimento da norma preceptiva, bem como o eventual cumprimento de uma pena privativa de direitos ou, ainda, o que seria ao menos pouco melhor, a determinação de reparar o dano causado restituindo as coisas ao estado anterior ao ato ilícito, pouco resultado surtem. A derrubada de madeira irregular, a instalação de famílias em áreas de proteção ambiental permanente,

É sempre conveniente que se promova a defesa preventiva dos bens ambientais. Isso porque, como regra, mesmo que o ofensor fique obrigado a reparar o dano que causou, seja através da reparação pecuniária, seja pela recuperação *in natura*, nunca se obtém a mesma forma que até então existia no local do dano. É exatamente o que ocorre com o desmatamento irregular: ainda que o ofensor perca a colheita que fez e fique obrigado a replantar aquilo que extraiu, perde-se o ecossistema que ali existia, como suas vegetações, animais e a própria qualidade do solo para plantio da espécie derrubada irregularmente.

As medidas de natureza preventiva, assim, são capazes de promover certa previsão do dano que pode ser gerado pela atividade humana e, com isso, encontrar outros caminhos para sua diminuição ou, até mesmo, o impedimento da consecução da obra na medida em que o prejuízo por ela causado pode não ser reparado. Apesar da ordem econômica fundada no capitalismo, no desenvolvimento econômico e no crescimento, não há causa suficiente para a renúncia ao meio ambiente a fim de que tal fim seja alcançado. Necessário se faz, na atualidade, adequar a exploração de bens e de recursos ofertados pela própria natureza com a garantia e a proteção intergeracional conferida ao meio ambiente, em qualquer de suas formas.

Os bens ambientais, nos termos do art. 225 da CF/1988, são bens de uso comum do povo.[34]

No capítulo 2.1, vimos a classificação dos bens quanto aos seus titulares. Dita classificação diferencia os bens entre públicos e particulares em razão da pessoa de seu titular (ou dono, proprietário).

Tradicionalmente, o bem é público ou particular, como enuncia o art. 98 do CC/2002, com base nas afirmações de Direito Romano que adotou referido critério para separar as coisas públicas das particulares. O mesmo critério foi, no passado, adotado pela Lei de Terras (Lei 601/1850), cuja finalidade era exatamente separar as terras de domínio público daquelas de domínio privado.

---

a destruição de um monumento histórico ou a permissão de trabalho em condições degradantes nunca são integralmente recuperados. Por maior que seja o esforço, não há como restituir as coisas ao estado anterior. Quiçá, após longos anos, décadas ou séculos, será possível se aproximar ao estado pretérito.

34. "Art. 225, CF/1988. 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" (grifo nosso).

Por evidente que qualquer classificação tem por fim determinar regras e características próprias de cada objeto ou instituto classificado. Podemos, portanto, afirmar que a finalidade da classificação dos institutos jurídicos é estipular o conjunto de normas aplicáveis a cada objeto classificado.

Pois bem. No que tange aos bens públicos e particulares, podemos afirmar que em relação aos primeiros aplica-se o regime de Direito Público, que obriga o respeito a dois pilares da atividade da Administração, quais sejam: supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público.

Na indisponibilidade, como visto acima, o ente público não tem a liberdade de contratar, inerente aos interesses privados. Assim, enquanto para o particular vigora o princípio da livre manifestação de vontade, para o ente público, a disponibilidade de seus interesses está vinculada à autorização legislativa, além da conveniência, entre outras regras de Direito Administrativo.

E, nesse ponto, se o interesse a ser disposto for um bem público e não apenas uma relação contratual, mais rígido se torna o regime em razão da afetação.

A afetação é um atributo próprio dos bens públicos, que cria uma vinculação do bem a determinado uso. São os bens previstos nos incs. I e II do art. 99 do CC/2002. Os bens de uso são inalienáveis enquanto mantiverem essa qualificação ou destinação. Assim, para que possam ser objeto de alienação, necessária se faz a desafetação desses bens, consistente na retirada de sua destinação a determinado uso, seja ele comum ou especial.

Na medida em que o bem é desafetado, passa a ser ele dominical e, com isso, passa a ser relativamente inalienável, ou seja, respeitado o procedimento previsto em lei, a Administração fica autorizada a promover a alienação do bem. Desta forma, se o bem for dominical, está a Administração Pública imediatamente autorizada à sua alienação, respeitado o disposto no art. 17 da Lei 8.666/1993.

Vê-se, portanto, que, quanto aos bens públicos de uso, bastaria ao ente público desafetá-los para que pudesse alienar, na forma do disposto na legislação a respeito das licitações.

Voltemos, então, à classificação do bem ambiental.

Nos termos do art. 225, *caput*, da CF/1988, o meio ambiente (bens ambientais) é um bem de *uso comum do povo*. Do texto constitucional, o Código Civil define o bem de uso comum do povo como um bem afetado a determinado uso (comum do povo) e, por isso, subordinado a um regime jurídico de afetação, que impede a sua alienação enquanto presente a destinação especial. Assim, considerando que o bem ambiental é um bem de uso comum do povo, nos ter-

mos da definição constitucional, é possível questionar se a desafetação permite a sua alienação? Ou seja, é possível desafetar um bem ambiental (bem de uso comum do povo) para que então, na categoria de bem dominical, possa o ente público a promover a sua alienação plena, constituição de direito real ou mesmo outras formas de exploração de acordo com o interesse da Administração?

Celso Antonio Pacheco Fiorillo já havia formulado dito questionamento para a definição da natureza jurídica dos bens ambientais, nos seguintes termos:[35]

"O que são bens ambientais no âmbito da Constituição Federal em vigor?

São aqueles considerados no plano normativo essenciais *à sadia qualidade de vida* (art. 225 da CF/1988).

Destarte, os bens ambientais, em decorrência do comando estabelecido por nossa Carta Magna por meio de seus princípios fundamentais, são aqueles reputados *essenciais à sadia qualidade de vida da pessoa humana no âmbito do que determina a Constituição Federal*, ou seja, essenciais à sadia qualidade de vida de brasileiros e estrangeiros residentes no País.

(…)

A definição jurídica de bem ambiental está, por via de consequência, vinculada não só à tutela da vida da pessoa humana, mas, particularmente, à tutela da vida da pessoa humana com dignidade, remetendo o intérprete ao conceito doutrinário de *piso vital mínimo*, sendo certo que as ações ambientais serão via de regra destinadas à tutela de referido bem apontado no art. 225 da CF/1988, eventualmente ameaçado ou mesmo lesado."

Podemos afirmar, portanto, que na categoria *bens de uso comum do povo*, aqueles que sejam *essenciais à sadia qualidade de vida*, fazem parte de uma subcategoria que não pode ser entendida como simplesmente um conjunto de bens públicos.

A conceituação dos bens ambientais refoge à classificação tradicional de bens públicos e privados tão somente. Verdade é que, com a previsão constitucional do meio ambiente como bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, com o reconhecimento da existência de um piso vital mínimo,[36] assim considerado o conjunto de elementos indispensáveis à dig-

35. *Princípios do processo ambiental* cit., p. 36-37.

36. "Art. 6.º, CF/1988. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

nidade humana, com a determinação constitucional de que a dignidade é um dos fundamentos da República e do Estado Democrático de Direito,[37] outra não pode ser a conclusão senão a de que nasce uma nova categoria de bens, formada pelos *bens ambientais*.

A proteção constitucional e infraconstitucional dispensada aos bens ambientais impede o seu enquadramento sob o regime jurídico próprio dos bens públicos, sejam eles bens de uso ou bens dominicais porque destinados a um fim maior que os fins da Administração, qual seja, a sadia qualidade de vida, como forma de garantir, com outros elementos, a dignidade da pessoa humana.

Para atingir tal mister, podemos concluir, sem erro, que o meio ambiente não se destina a certa pessoa; pelo inverso, se destina a todos, o que impede o exercício de quaisquer direitos com exclusividade por determinada pessoa ou grupo.[38]

Desaparece, portanto, qualquer fundamento para a afirmação de alienabilidade dos bens ambientais ou mesmo a inalienabilidade relativa porque, em tais casos, haveria a transferência de um direito do qual a Administração não tem a titularidade, como se extrai da leitura do art. 225, *caput* e § 1.º, da CF/1988, nos seguintes termos:

"Art. 225. 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.

§ 1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)."

37. Art. 1.º, CF/1988. "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana; (...)."

38. Em verdade, esta limitação/vedação quanto ao uso exclusivo por determinada pessoa em relação aos bens públicos de uso comum do povo não se restringe aos bens ambientais. Mas, em relação a estes surge a agravante decorrente de sua destinação específica. De quaisquer outros bens que se destinem ao uso comum do povo, apenas os ambientais assim o são como forma de garantir a sadia qualidade de vida. Apenas a título de exemplo, se uma via pública for fechada por conta de nela não haver trânsito, por conta da abertura de outra ou outros motivos, não se atinge a dignidade humana e a sadia qualidade de vida. No entanto, se tal ocorresse com um recurso natural, impossível adotar a mesma solução; se tal ocorresse com um bem cultural (que fosse destruído para a construção de outro ou levado para outro local em que perdesse a sua identidade), não haveria como obter um substitutivo.

O texto constitucional declara que tanto os membros da coletividade quanto o Poder Público têm o dever de promover a defesa e a preservação do meio ambiente, não havendo qualquer previsão de que possam exercer, com exclusividade, qualquer dos poderes inerentes ao direito de propriedade, notadamente o direito de dispor, nos termos do enunciado no art. 1.228 do CC/2002.

O exercício desses poderes, mesmo fora do âmbito dos bens ambientais, já não mais encontra a liberdade pretérita, eis que limitado na forma do art. 5.º, XXIII, da CF/1988, bem como no disposto nos §§ 1.º e 2.º do próprio art. 1.228 do CC/2002.

Neste diapasão, se os bens ambientais não permitem o exercício dos poderes inerentes à propriedade, salutar se faz a leitura das palavras de Celso Antonio Pacheco Fiorillo:[39]

"O bem ambiental, conforme explica o art. 225 da Constituição, é 'de uso comum do povo', ou seja, ninguém no plano constitucional pode estabelecer relação jurídica com o bem ambiental que venha a implicar a possibilidade do exercício de outras prerrogativas individuais ou mesmo coletivas (como as de gozar, dispor, fruir, destruir, fazer com o bem ambiental de forma absolutamente livre tudo aquilo que for da vontade, do desejo da pessoa humana no plano individual ou metaindividual), além do direito de usar do bem ambiental. Enfim, a Constituição Federal não autoriza fazer com o bem ambiental de forma ampla, geral e irrestrita aquilo que permite fazer com outros bens em face do direito de propriedade.

Destarte, o bem ambiental, diante da manifestação constitucional que informa sua natureza jurídica, não guarda necessariamente compatibilidade absoluta com o direito de propriedade" (grifo nosso).

Em conclusão, podemos afirmar que os bens ambientais não admitem o exercício privativo de qualquer dos atributos inerentes ao direito de propriedade sem que haja violação ao ditame constitucional. Trata-se de bem essencial à sadia qualidade de vida que tem por destinatários *todos* e não apenas determinada pessoa ou grupo.

Desta forma, não há como o ente público se declarar como titular de tais bens, por se tratar de um bem de uso comum do povo, trazendo à baila a aplicação literal do disposto no art. 99 do CC/2002.

Se assim o fizer, imporá ao bem ambiental o regime jurídico dos bens públicos que, mesmo sendo bens de uso (comum do povo ou especial), admitem a

39. *Princípios do processo ambiental* cit., p. 37-46.

alienação com a retirada de sua destinação especial, consistente na desafetação. Se, portanto, houver a desafetação de um bem público, mesmo que seja ele de uso comum do povo, será permitida a sua alienação na forma do art. 17 da Lei 8.666/1993, podendo, inclusive, ingressar no patrimônio do particular e se subordinar a um regime de Direito Privado que pode chegar ao extremo de permitir eventual destruição do bem.

Ora, definir o bem ambiental como bem de uso comum do povo implica dizer que ele se destina *exclusivamente* ao *uso* e não ao exercício dos poderes inerentes ao direito de propriedade a que se refere o art. 1.228 do CC/2002. Mais ainda, destinar ao uso, na forma da previsão constitucional, implica em concluir que o uso é comum porque se trata de um bem difuso e não individual.

Logo, o bem ambiental, mesmo sendo um bem de uso comum do povo, não se submete ao regime jurídico dos bens públicos porque não é ele um bem de propriedade de qualquer pessoa jurídica de direito público, na forma dos arts. 41 e 98 do CC/2002, tendo apenas um regime de "destinação" decorrente da afetação.

O bem ambiental não é um bem público *afetado* ao uso comum do povo; é um bem de uso por expressa determinação constitucional, que não pode sofrer modificação de sua natureza jurídica por legislação infraconstitucional ou mesmo pelo poder constituinte derivado.

A garantia da dignidade da pessoa humana inclui o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, razão pela qual vigora o impedimento constitucional para a adoção da emenda à Constituição, na forma do art. 60, § 4.º, IV, da CF/1988.

3.1 Da ordem econômica e dos bens ambientais

A ordem econômica e financeira vem regulada no âmbito constitucional no disposto nos arts. 170 a 181 da CF/1988.

Os princípios relativos à ordem econômica vêm estampados no art. 170 da CF/1988. Trata-se de um conjunto de objetos que devem ser respeitados, observados, protegidos e garantidos por um Estado que assume o modelo capitalista de desenvolvimento.

Nessas condições, a exploração econômica deve ter por norte o respeito aos princípios traçados na ordem constitucional. Isso quer dizer que, qualquer ato ou prática de cunho econômico, ou qualquer ato de desenvolvimento econômico deve ter por base o cumprimento dos princípios traçados para o desenvolvimento sustentável.

Com efeito, prevê o art. 170 da CF/1988, que:

"*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

(...)

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

(...)

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;(...)" (grifo nosso).

Para o desenvolvimento econômico, imprescindível o uso de matéria-prima e o uso de bens. Aqui se faz presente a noção jurídica de bem, como um objeto corpóreo ou não, que desperta o interesse do ser humano em razão de seu valor econômico e da possibilidade de apropriação.

Pode ser afirmado que ao homem apenas há interesse sobre as coisas da natureza porque pode sobre elas exercer o direito de propriedade e, com isso, promover a sua exploração econômica.

No entanto, considerando que não seja o caminho natural a extinção da espécie humana pelo simples fato do decurso do tempo, necessário adequar a exploração econômica à permanência dos recursos do meio ambiente e à manutenção deste às presentes e futuras gerações.

Bem caminhou o legislador constitucional ao determinar que a ordem econômica não se distancia da razão de ser do Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos a garantia da dignidade humana, bem como não se afastou do respeito ao direito de propriedade, constitucionalmente qualificado como garantia individual, na forma do art. 5.º, XXII, CF/1988. Aliás, esta não era outra que não a determinação já imposta anteriormente pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, nos termos do art. 4.º, I, da Lei 6.938/1981.[40]

Segundo Paulo Affonso Leme Machado,[41] "os constituintes de 1988 foram sábios em fazer essa junção de princípios para tentar bem conduzir o País e formar uma sociedade 'livre, justa e solidária'.

---

40. "Art. 4.º A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
I – à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; (...)"

41. MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 132-133.

"No início, no meio e no fim do art. 170 estão colocadas as ideias da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica. O Poder Público não existe para subjugar a liberdade profissional e empresarial das pessoas físicas e jurídicas. De outro lado, o Poder Público não poderá ficar omisso ou indiferente diante do uso do meio ambiente, do tratamento do consumidor, da busca do emprego e da redução das desigualdades frente à liberdade profissional e empresarial."

Isso quer dizer que, embora seja certa a necessidade de exploração do meio ambiente natural, de criação de espaços urbanos, edificados, construídos, para a efetividade da atividade econômica e da regularização e adequação do ambiente de trabalho, todas estas atividades devem estar em sintonia com o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A atividade de desenvolvimento econômico, portanto, não se sobrepõe ao meio ambiente e a qualquer de seus elementos componentes ou suas espécies, mesmo levando em consideração que a ordem econômica se faz sob um sistema capitalista.

A prática de qualquer atividade, embora protegida e incentivada no âmbito constitucional e legal, não será legítima se houver a violação a qualquer dos preceitos do art. 170 da CF/1988 por se tratar de um conjunto de disposições que garantem a dignidade da pessoa humana. Não está o empreendedor autorizado a dispensar o respeito a qualquer dos princípios que fundam a ordem econômica, não sendo possível sequer se atribuir uma hierarquia ou ordem de preferência entre eles. Fala-se, portanto, na atualidade, até mesmo na função social da empresa.[42]

Qualquer atividade econômica somente estará adequada à ordem constitucional na medida em que respeite todos os princípios traçados pelo art. 170, sem dispensa de quaisquer outros elementos definidos tanto no sistema constitucional como no sistema legal.

"A *defesa do meio ambiente* é uma dessas questões que obrigatoriamente devem constar da agenda pública e privada. A defesa do meio ambiente não é uma questão de gosto, de ideologia ou de moda, mas um fator que a Carta Maior manda levar em conta.

---

42. Cf. *A função social da empresa e seu fundamento constitucional*, de Tulio Cavallazi Filho. Florianópolis: Ed. OAB/SC. Na obra, o autor faz a vinculação entre o direito de propriedade e a exigência de que os bens de produção sejam explorados de forma a tender a função social, constitucionalmente qualificado como um princípio norteador da atividade econômica.

"A *defesa do meio ambiente* passa a fazer parte do *desenvolvimento nacional* (arts. 170 e 3.º). Pretende-se um desenvolvimento ambiental, um desenvolvimento econômico, um desenvolvimento social. É preciso integrá-los no que se passou a chamar de *desenvolvimento sustentado*. O conceito de desenvolvimento sustentado foi desfraldado pela ONU através de sua Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento.

"Nessa integração das diversas formas de desenvolvimento, a adequada gestão da propriedade privada e pública tem um peso relevante. A Constituição dá uma fórmula para o uso da propriedade: a sua 'função social'.[43]"

Aliás, um dos princípios da ordem econômica é exatamente fazer com que a propriedade atenda a sua função social, tal qual já enunciado anteriormente no art. 5.º, XXIII, CF/1988.

É certo afirmar, portanto, que o desenvolvimento econômico passa pelo regular uso e destinação da propriedade, sem o que não se tem como garantir a dignidade humana.

Compete ao titular de direito sobre o bem praticar atos que garantam a sua boa e efetiva exploração e não apenas a sua incorporação ao patrimônio próprio. Na medida em que a ordem econômica exige o atendimento à função social pela propriedade, conclui-se que o proprietário fica obrigado a explorá-la, a fazer com que seja utilizada como forma de desenvolvimento da coletividade e não apenas como forma de satisfação pessoal e individual, resquício dos fundamentos da Revolução Francesa e da ideia de propriedade do Código Civil Francês, ainda marcada pelo seu traço absolutista e egoísta.

A real exploração da propriedade faz com que seu titular atenda aos preceitos constitucionais de cumprimento da função social, se afastando de qualquer penalidade decorrente do não atendimento à função social.

Em conclusão, José Afonso da Silva[44] leciona que "são dois valores aparentemente em conflito que a Constituição de 1988 alberga e quer que se realizem no interesse do bem-estar e da boa qualidade de vida dos brasileiros. Antes dela, a Lei 6.938, de 31.08.1981 (arts. 1.º e 4.º), já havia enfrentado o tema, pondo, corretamente, como o principal objetivo a ser conseguido pela Política Nacional do Meio Ambiente *a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico*. A conciliação dos dois valores consiste, assim, nos termos deste dispositivo, na

43. Machado, Paulo Affonso Leme. Op. cit. p. 133-134.

44. Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 26-27.

promoção do chamado *desenvolvimento sustentável*, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras. Requer, como seu requisito indispensável, um crescimento econômico que envolva equitativa redistribuição dos resultados do processo produtivo e a erradicação da pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida e melhor atendimento da maioria da população. Se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado como sustentável".

4. Do meio ambiente artificial

O conceito de meio ambiente tanto aparece com uma simplificada definição na Lei 6.938/1981[45] (Política Nacional de Meio Ambiente), como, com maior riqueza, no art. 225 da CF/1988. No entanto, a análise dos dispositivos supramencionados leva à fácil conclusão da existência do meio ambiente natural, como se ali se esgotasse o conceito.

Ocorre que, ao lado do meio ambiente natural, a proteção outorgada pela ordem constitucional e pela ordem legal abrange, também, os conceitos de meio ambiente artificial, do trabalho e cultural.

Adotando a definição feita por Celso Antonio Pacheco Fiorillo,[46] temos que: 1. "o meio ambiente natural ou físico é constituído por solo, água, ar atmosférico, flora e fauna. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que vivem; o meio ambiente artificial é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto); o conceito de meio ambiente artificial vem previsto no art. 216 da Constituição Federal (...), o bem que compõe o chamado patrimônio cultural traduz a história de um povo, a sua formação, cultura e, portanto, os próprios elementos identificadores de sua cidadania, que constitui princípio fundamental norteador da República Fede-

45. "Art. 3.º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas; (...)."

46. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 20-23.

rativa do Brasil; constitui meio ambiente do trabalho o local em que as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.)".

O meio ambiente se manifesta sob quatro formas distintas, o que não quer dizer autônomas. O meio ambiente pode ser vislumbrado como natural, cultural, do trabalho e artificial, sendo que deste nos ocuparemos. Ademais, em razão da sua finalidade constitucionalmente definida, não há como enquadrar as espécies como estanques.

O meio ambiente artificial é composto pelo conjunto de elementos construídos pelo homem.

A proteção relativa ao meio ambiente artificial tem por finalidade garantir a sadia qualidade de vida em um ambiente criado pelo ser humano, seja para sua habitação, seja em razão de seu trabalho ou mesmo para as suas atividades de lazer.

Vale lembrar que os três itens citados são elementos integrantes do *piso vital mínimo*, na forma do art. 6.º da CF/1988.

Considerando a busca da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, inevitável garantir que todos os elementos do piso vital mínimo sejam atendidos ou ao menos perseguidos.

Uma cidade adequada ao interesses da sua comunidade é uma forma de garantir a sadia qualidade de vida de seus habitantes, como preceitua o art. 225 da CF/1988.

Não se pode mais permitir o crescimento desordenado e irregular da estrutura das cidades, como ocorrido em passado recente e ainda percebido em diversos centros urbanos, ainda em desenvolvimento populacional e industrial.

Ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo[47] que "as cidades se desenvolvem nos dias de hoje levando em consideração não só a questão do território como principalmente em face do trinômio moradia/trabalho/consumo dentro de uma economia capitalista existente nos países em grande parte do globo".

A estrutura do meio ambiente artificial deve estar adequada à garantia do preceito constitucional de dignidade humana e de existência do meio ambiente

47. Natureza jurídica da favela no direito ambiental brasileiro e sua tutela vinculada ao meio ambiente artificial. Disponível em: [www.fiorillo.com.br].

sadio como forma de atingir tal meta. O ideal seria a edificação ordenada e organizada de forma a garantir a sadia qualidade de vida, em todos os elementos integrantes do piso vital mínimo.

O cumprimento da determinação constitucional de dignidade dentro do meio ambiente urbano demandaria um sem número de atos do ente público e dos particulares como forma de dirigir a expansão de uma cidade, como exemplo, em benefício de seus membros e não apenas em benefício da economia.

Ainda vigora a imagem do crescimento vinculado ao capital e não à sadia qualidade de vida; mais ainda, vigora a ideia de que a sadia qualidade de vida está vinculada ao patrimônio de uma pessoa, ao conjunto de bens economicamente apreciáveis de que ela seja titular e ao que pode adquirir ou ostentar em razão da sua condição patrimonial, entre outros elementos.

Merece destaque a lição trazida por José Afonso da Silva,[48] ao analisar o desenvolvimento econômico diante da estrutura do meio ambiente, ao esclarecer que "o desenvolvimento econômico tem consistido, para a cultura ocidental, na aplicação direta de toda a tecnologia gerada pelo Homem no sentido de criar formas de substituir o que é oferecido pela Natureza, com vista, no mais das vezes, à obtenção de lucro em forma de dinheiro; e ter mais ou menos dinheiro é, muitas vezes, confundido com melhor ou pior qualidade de vida. Pois 'numa sociedade que considera o dinheiro um de seus maiores valores, já que tem poder de troca maior que qualquer outra mercadoria, quem tem mais poder tem melhores condições de conforto'. Mas o conforto que o dinheiro compra não constitui todo o conteúdo de uma sadia qualidade de vida. 'Porém, essa cultura ocidental, que hoje busca uma melhor qualidade de vida, é a mesma que destruiu e ainda destrói o principal modo de obtê-la: a Natureza, patrimônio da Humanidade, e tudo o que pode ser obtido a partir dela, sem que esta seja degradada'".

Criou-se, portanto, um falso modelo de crescimento fundado na exploração do capital e não na exploração ordenada dos recursos da natureza. Para garantia de moradia, os centros urbanos são ocupados de forma irregular, em áreas de proteção ambiental ou mesmo com volume de pessoas desproporcional aos recursos locais existentes ou oferecidos. Não há como garantir o piso vital mínimo, como saúde, moradia, lazer, trabalho, entre outros; não há como garantir dignidade humana se não houver a efetivação de uma política real de desenvolvimento urbano sustentável, como forma de permitir uma sadia qualidade de vida não apenas àqueles que chegam aos grandes centros com a

48. Op. cit., p. 25.

esperança de uma vida melhor que aquela que era levada em regiões de poucos recursos, mas também às futuras gerações, que colherão o resultado da exploração ambiental anterior.

É de suma importância a definição do meio ambiente artificial porque é nele que se funda a regulamentação trazida pelo Estatuto da Cidade, instituído pela Lei 10.257, de 10.07.2001. É nele que se englobam as definições constitucionais expostas pelos arts. 182 e 183, que tratam da política de desenvolvimento urbano, do próprio art. 225, que dispõe sobre o conceito abrangente de meio ambiente, além de outros dispositivos, como o art. 21, XX.

Ele vai abraçar o conjunto de edificações, equipamentos, rodovias e demais elementos que formam o espaço urbano ou construído pela ação humana. Trata-se, em realidade, de tudo aquilo que nasceu pela atividade humana, mas não pela sua evolução, como ocorre com o meio ambiente cultural, mas pelo seu engenho, pela sua atividade de construção, de criação – e por vezes até pela sua necessidade.

Em citação de doutrina estrangeira, afirma José Afonso da Silva[49] que "não constituem aqueles aspectos meios ambientes estanques, como já tinha observado de outra feita, pois se acham integrados numa visão unitária a serviço da qualidade de vida humana, convergindo para a formação do *meio ambiente urbano*. Tanto é assim que o 'interesse pela qualidade do meio ambiente urbano constitui, em grande parte, a convergência de outros dois temas públicos que se acham em plena evolução', conforme nota Harvey S. Perloff. 'Um deles é o interesse pela qualidade do meio ambiente natural: qualidade do ar, da água, áreas florestais e de outros recursos. O outro é o interesse pelo desenvolvimento de nossas comunidades urbanas: com todos os temas que entram na rubrica de uma planificação mais tradicional da cidade, mas centrada mais recentemente num interesse especial dos seres humanos da cidade. A qualidade da vida do todas as pessoas que se reúnem nas comunidades urbanas está claramente influenciada por quanto suceda nos meios, natural e obra do Homem, que se acham diferentemente inter-relacionados'".

É certo, assim, que a perfeita noção daquilo que compõe o conceito de meio ambiente artificial é o caminho, a chave para a definição do alcance e da executoriedade do Estatuto da Cidade, como forma de se fazer cumprir a política de desenvolvimento urbano estabelecida pela ordem constitucional.

Em conclusão, podemos estabelecer que a utilização do solo urbano e as políticas para o desenvolvimento das cidades são tarefas próprias dos Muni-

49. Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 22.

cípios como forma de fazer atender os interesses de caráter local dentro da competência administrativa comum aos entes da Federação.

4.1 Da exploração do solo urbano

O conceito de solo urbano sofre variações dentro da própria legislação. Ora será assim considerado o que tenha ao menos dois dos elementos de urbanização, na forma do art. 32 do CTN. Este é o critério para a definição do regime tributário do imóvel; isto é, para definir se o imóvel será onerado por IPTU ou por ITR. O critério aqui definido é estritamente tributário, ou seja, em razão da localização do imóvel, será ele objeto de tributação municipal ou federal.

Outro critério é adotado pela Lei de Locações (Lei 8.245/1991). Segundo esta lei, a definição de um imóvel como urbano ou rural decorrerá da destinação que lhe será conferida em razão do contrato de locação.

Será considerada urbana a locação de imóvel para fins residenciais ou não residenciais (comercial), desde que, neste caso, a exploração econômica do imóvel não se refira à exploração da terra, com a retirada dos frutos por ela dados.

Assim, para fins locatícios, a relação contratual será regida pela Lei de Locações caso se trate de uma locação urbana e será regida pelo Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964) caso se trate de uma locação rural.

Por evidente que os critérios adotados para a definição da legislação aplicável ao contrato de locação ou arrendamento em nada se confunde com a legislação tributária; pelo contrário, como a relação tributária decorre de lei, como se trata de uma obrigação *ex lege*, não serão as relações de Direito Privado que alterarão a eficácia normativa tributária.

Pois bem. Sendo certo que mesmo na ordem legal existe mais de um critério para a definição de imóvel como urbano, qual pode ser o critério para a definição de solo urbano e, por conseguinte, a determinação da forma de exploração ou mesmo de ocupação desse solo? A resposta passa, necessariamente, pelo conceito de *cidade*.

Após a análise do surgimento das cidades em vários pontos do globo e pela evolução da sociedade, Celso Antonio Pacheco Fiorillo[50] ensina que "nos outros países do mundo 'as cidades se desenvolveram com a mesma velocidade e

50. Cf. Natureza jurídica da cidade em face do Direito Ambiental Constitucional e da Lei n. 10.257/2001 – Lei do Ambiente Artificial. Disponível em: [www.fiorillo.com.br].

mesmo mais depressa', sendo certo que esse desenvolvimento 'leva em quase toda parte a resultados muito diferentes: os edifícios projetados pelos arquitetos e em conformidade com os regulamentos; as cidades disciplinadas pelos planos urbanísticos e providas com os serviços públicos, as ruas, os parques etc., dizem respeito somente a uma parte da população; outra parte não está em condições de se servir deles, e se organiza por sua própria conta em outros estabelecimentos irregulares, muitas vezes em contato direto com os regulares mais nitidamente distintos; o terreno é ocupado sem um título jurídico; as casas são construídas com recursos próprios; os recursos faltam ou são introduzidos, a seguir, com critérios totalmente diversos daqueles que valem para o resto da cidade.

"Estes estabelecimentos irregulares foram chamados de 'marginais', porque eram considerados uma franja secundária da cidade pós-liberal; toda cidade do mundo tem um pequeno grupo de habitantes pobres, que vivem nos barracos de extrema periferia ou dormem debaixo das pontes. Mas no mundo atual, esta definição não é mais válida, porque os estabelecimentos irregulares crescem com muito maior velocidade que os estabelecimentos regulares, e abrigam agora, em muitos países, a maioria da população."

Certo é que os centros urbanos ou a estrutura de cidade não decorre de um ato planejado, ou, ao menos, como regra, não decorre. O surgimento de uma cidade ou mesmo o seu desaparecimento decorre tão somente do deslocamento de famílias inteiras para novas oportunidades, seja de moradia, de trabalho ou de consumo.

Não há, como deveria, uma política concreta de inclusão dos membros do grupo social dentro de uma cidade estruturada para recebê-los. O ingresso de pessoas é muito maior que a possibilidade de organização de uma estrutura para suas vindas.

E, num aspecto mais amplo, não apenas a moradia ou a ocupação do solo não se adequam aos ingressantes, mas a estrutura de recursos de que dispõe uma cidade também não.

Tal se verifica pelos recursos da saúde, educação, lazer, transporte ou mesmo oportunidades de trabalho formal. Trata-se de um grupo de pessoas que, na ocupação do solo urbano, se distancia do Estado formal e vive às margens da regularidade.

Teremos, pois, como solo urbano, a área ocupada por qualquer grupo de pessoas, que não se fixa ali para a exploração da terra, independentemente da presença ou não de recursos de urbanização, previstos no art. 32, § 1.º, do CTN.

A formação de uma cidade, aliás, comumente se dá às margens dos padrões estabelecidos em lei, ou seja, se dá sem a presença do ente público e sem a inclusão de recursos mínimos que garantam a dignidade humana, preceituada no art. 1.º, III, da CF/1988. Temos, então, ocupações sem acesso a calçamento, sistema oficial de iluminação das vias públicas – eventualmente existentes –, de água e esgoto, sem acesso a escolas próximas, lazer e hospitais, sem meios de transporte que atendam o volume de pessoas da região ou que consigam levá-las aos principais pontos da cidade.

O grande desafio, na atualidade, é fazer com que se cumpram os ditames constitucionais e legais de garantia da dignidade humana na estrutura de cidades que, nem de longe, conferem a sadia qualidade de vida. A ordenação das cidades deve se pautar na aplicação do preceito do art. 225 da CF/1988, fazendo com que também se efetive a garantia ao meio ambiente *artificial* como essencial à sadia qualidade de vida.

Vale lembrar que, como visto acima, o desenvolvimento econômico deve se dirigir na forma do art. 170 da CF/1988, que tem como um de seus princípios a preservação do meio ambiente.

O desenvolvimento das cidades, portanto, passa pela proteção ao meio ambiente como única forma de conferir à pessoa humana o cumprimento das determinações constitucionais, qualificadas como garantias individuais, fundamentais a um Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, o legislador constitucional estabeleceu, em capítulo próprio, *a política urbana* como um dos desmembramentos da ordem econômica e financeira. Ao seu lado constam a política agrícola e fundiária e a reforma agrária, sem que haja menor importância em um país cuja extensão territorial exige um conjunto de posturas especiais para a boa exploração da terra por qualquer forma.

5. Da política urbana no sistema constitucional

O Título VII da Constituição Federal trata *da Ordem econômica e financeira. Se divide em três capítulos, que tratam, respectivamente, dos princípios gerais da atividade econômica, da política urbana, da política agrícola, fundiária e da reforma agrária e do sistema financeiro nacional*.

Ao incluir a política de uso da terra, seja ela urbana ou rural, entre as determinações relativas à ordem econômica e financeira, delimitou o legislador constitucional o seu principal objetivo, qual seja, servir de elemento de desenvolvimento econômico.

O direito de propriedade ou mesmo outros direitos reais sobre os bens imóveis, não podem mais permanecer ligados às ideias absolutistas da Revolução Francesa em que o direito sobre a terra representava não apenas a riqueza individual, mas conferia ao seu titular o poder extremo de acarretar a sua destruição ou inutilização como forma de satisfazer aos seus mais egoístas interesses.

A propriedade se apresentava no interesse exclusivo de seu titular e não no interesse da coletividade ou de um grupo. O poder e o domínio sobre o mais desfavorecido decorria exatamente do direito do homem sobre a terra. Cai o domínio pela força física ou por estratégias de combate para fazer prevalecer a imposição de interesses através do domínio econômico ou através da força patrimonial de uma pessoa em relação aos demais membros do mesmo ou de outro grupo.

Aliás, ainda prevalece entre os mais antigos, a ideia de que é necessário "ter um pedaço de terra para morrer",[51] como forma de garantir uma velhice digna.

Sempre se teve a ideia de que a riqueza acumulada por uma pessoa se exteriorizava através dos bens que ela acumulava durante sua vida. Muito comum era a preocupação de uma pessoa em construir um patrimônio imobiliário como forma de garantir a locação de tais bens e, com isso, perceber certa renda. Além disso, em último caso, a pessoa poderia dispor dos bens e convertê-los em dinheiro como forma de ter imediatamente o capital necessário para quaisquer negócios jurídicos.[52]

---

51. Na atualidade se verifica uma modificação no padrão de consumo ou de aquisição de bens. Os mais antigos, assombrados pelo fantasma do aluguel e do desemprego, tinham a grande preocupação em adquirir um 'pedaço de chão' para fixar a sua família. Também se via na propriedade imobiliária um excelente investimento porque seu titular poderia promover a locação e ter uma velhice segura com o valor dos aluguéis. No entanto, os mais jovens não manifestam a mesma preocupação. Muito comum que a pessoa invista boa parte de seus ganhos na compra de bens de alto valor, como veículos e avanços tecnológicos antes de fazer a compra de um imóvel. O mercado de imóveis para locação cai a cada dia e, aquele que não tenha um imóvel próprio, consegue firmar uma relação locatícia para o seu abrigo, sem que haja a mesma preocupação de outrora em razão da redução dos valores praticados, bem como pela maior proteção legal conferida aos locatários. No final dos anos 90 e início do novo século, no entanto, tem se apresentado uma certa mudança de comportamento em relação à aquisição de imóveis em razão das facilidades de financiamento, redução de taxas de juros e maior incentivo à construção civil. Mas, ainda assim, a aquisição de imóveis tem se verificado apenas para moradia, não tendo o destaque pretérito de aquisição como forma de investimento de rentabilidade certa e segura.

52. Exemplo dessa tradição de "segurança" com a propriedade imobiliária se verifica com o contrato de fiança em que o credor da obrigação afiançada exige que o fiador prove

Sob esta ordem social, vê-se que o acúmulo de riquezas através da aquisição de bens imóveis levaria, sem dúvida, à constituição de um patrimônio inutilizado ou subutilizado. Naturalmente, um conjunto de bens acabou por ficar sem uso, acarretando um ônus ao seu titular, que via no bem uma fonte de riqueza e passa a ter um encargo, posto que, além de não gerar frutos, ainda acarreta despesas.

Surge, então, o "abandono" de um elevado número de imóveis ou mesmo a deterioração decorrente da expectativa do proprietário de promover nova exploração econômica como outrora fizera ou pelo menos ver reaquecido o mercado imobiliário e presente a possibilidade de realização de vantajosos negócios.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que surge um elevado volume de imóveis sem destinação, sem uso, sem exploração pelos seus titulares (inclusive imóveis rurais), nasce um elevado número de pessoas que, além de não ter moradia, não tem condições de promover ao menos um contrato de locação, uma vez que não podem oferecer qualquer das garantias locatícias previstas em lei[53] e, o locador que já via a perda de seu poder com o advento da nova Lei de Locações, não se sentia seguro em firmar um contrato sem qualquer garantia de que receberia o valor dos aluguéis. Os conflitos relativos à ocupação dos imóveis urbanos decorrem de uma irregular exploração ou utilização dos imóveis em relação às necessidades da população.

Com a nova ordem constitucional instituída em 1988, cria-se um novo padrão para a exploração imobiliária. Por evidente que a citada Lei de Locações foi influenciada por esta ordem, mas ficou estabelecida uma nova sistemática no que se refere aos deveres do proprietário, independentemente da natureza e da destinação até então dada aos seus bens.

---

que é proprietário de imóvel no mesmo local em que será prestada a garantia, sob a falsa ideia de que o imóvel não será alienado.

53. A Lei 8.245/1991, prevê:
"Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:
I – caução;
II – fiança;
III – seguro de fiança locatícia;
IV – cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.
Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação".

Trazendo à baila o texto dos arts. 21, XX, e 182 da CF/1988, José Afonso da Silva[54] leciona que "nesses dois textos da Constituição encontramos os fundamentos das duas amplas perspectivas da Política Urbana: uma que tem como objeto o desenvolvimento adequado do sistema de cidades (planejamento interurbano) em nível nacional e macrorregional, de competência federal; e a outra que considera o desenvolvimento urbano no quadro do território municipal (planejamento intra-urbano), de competência local. De permeio insere-se a competência estadual para legislar concorrentemente com a União sobre Direito Urbanístico (art. 24, I), o que abre aos Estados, no mínimo, a possibilidade de estabelecer normas de coordenação dos planos urbanísticos no nível de suas regiões administrativas, além de sua expressa competência para, mediante lei complementar, instituir Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum".

Sobre a política urbana, assevera Diógenes Gasparini[55] "pode-se afirmar que *política urbana* é o conjunto de intervenções municipais legais e materiais e de medidas materiais interventivas no espaço urbano promovidas por terceiros coordenados pelo Município, visando aquelas e estas ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana".

No art. 5.º da CF/1988, o legislador constitucional estabeleceu uma série de *garantias fundamentais*, reconhecidas tanto aos brasileiros como aos estrangeiros residentes no país. As garantias fundamentais, previstas no art. 5.º da CF/1988, ou não, são cláusulas pétreas, na forma no art. 60, § 4.º, IV, da CF/1988 e não podem, por isso, ser suprimidas ou diminuídas através do exercício do poder constituinte derivado. Isso quer dizer que não podem ser atingidos, na forma citada, através do poder de emenda à Constituição.

Entre as garantias fundamentais, o art. 5.º da CF/1988 enuncia:

"Art. 5.º 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;

54. Silva, José Afonso da. Op. cit., p. 218.

55. Gasparini, Diógenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002. p. 5.

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; (...)" (grifo nosso).

Com a nova sistemática constitucional, o direito de propriedade, reconhecido como uma garantia fundamental, passa a ter que atender a sua função social. Pode-se dizer, portanto, que a garantia constitucional não é pura e simples; pelo contrário, para que o proprietário faça jus a tal garantia, fica obrigado a dar destinação ao seu bem, fica obrigado a fazer com que a sua propriedade, seja ela rural ou urbana, atenda à função social. Fica obrigado a fazer com que seu bem gere benefícios diretos ou indiretos àqueles que são seus credores por serem integrantes do grupo social que também é integrado pelo titular.

Mais à frente, o legislador constitucional inicia o tratamento relativo à exploração da terra. Por evidente que não esgota a matéria e nem era essa a intenção; mas, conferir um tratamento no âmbito constitucional e não apenas na legislação ordinária, modifica a qualificação jurídica da matéria.

Ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo[56] que "com a Constituição Federal de 1988, fundamentada em sistema econômico capitalista que necessariamente tem seus limites impostos pela dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III e IV), a cidade – e suas duas realidades, a saber, os estabelecimentos regulares e os estabelecimentos irregulares – passa a ter natureza jurídica ambiental, ou seja, a partir de 1988 a cidade deixa de ser observada a partir de regramentos adaptados tão somente aos bens privados ou públicos, e passa a ser disciplinada em face da estrutura jurídica do bem ambiental (art. 225 da CF), de forma mediata e de forma imediata, em decorrência das determinações constitucionais emanadas dos arts. 182 e 183 da Carta Magna (meio ambiente artificial). Portanto, a cidade, a partir da Constituição Federal de 1988, passa a obedecer a denominada 'ordem urbanística', conforme parâmetros jurídicos adaptados ao final do século XX e início do século XXI".

No capítulo destinado à política urbana, temos a inovadora regulamentação implementada pelos arts. 182 e 183 da CF/1988. Nesses dispositivos se verifica que o legislador constitucional não pretendeu nem de longe esgotar a política urbana. Pelo contrário, transferiu à legislação ordinária a melhor regulamentação da matéria, como se depreende da leitura da Lei 10.257/2001, denominada como Estatuto da Cidade.

Apesar da principal normatização se encontrar no art. 182 da CF/1988, não pode ser afastada a disposição do art. 183 da CF/1988, como uma das formas de consecução da política urbana.

56. Natureza jurídica da cidade... cit.

Foi inovadora a previsão constitucional em permitir a aquisição do direito de propriedade pelos ocupantes irregulares de áreas não superiores a 250 m² em um prazo de cinco anos. Foi uma forma de efetivamente proteger aquele que deu destinação ao imóvel, utilizando-o para moradia própria ou da família, fazendo com que o imóvel fosse explorado, diante da inércia de seu titular. Vale lembrar que, nas condições apresentadas pelo texto constitucional, a figura que mais se aproximava[57] para permitir a aquisição do direito de propriedade pelo usucapiente era o usucapião extraordinário, com prazo de *20* anos para a sua consumação.

Note-se que a determinação constitucional foi um marco na proteção ao direito de propriedade, quebrando em definitivo o falso paradigma da perpetuidade e da proteção integral ao proprietário, mas obrigando-o a dar destinação real a seu bem.[58]

Nesta ordem de ideias, conclui-se que a nova ordem constitucional manifestou expressa preocupação quanto à exploração da propriedade imobiliária que, embora seja uma garantia constitucional, não mais confere ao seu titular a liberdade de uso e exploração.

E, para o alcance de tal mister, o legislador constitucional atribuiu competência a todos os entes da Federação, como ensina Paulo Affonso Leme Machado:[59]

"A Constituição Federal foi clara ao atribuir, indistintamente, à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para 'proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas' e de 'preservar as florestas,

57. O art. 550 do CC/1916 permitia a aquisição de propriedade plena após o decurso do prazo de 20 anos, somado aos demais requisitos do usucapião, independentemente de justo título e boa-fé. Se, no entanto, o usucapiente tivesse justo título e boa-fé, o prazo era reduzido para 15 anos (entre ausentes – pessoas que não residiam no mesmo Município) ou para 10 anos (entre presentes – pessoas residentes no mesmo Município), na forma do art. 551 do CC/1916. Foi, portanto, uma substancial modificação na medida em que o usucapiente foi beneficiado com um prazo mais exíguo exatamente por dar ao imóvel uma destinação concreta que não era dada pelo verdadeiro proprietário, independente de ter ou não um justo título; aliás, mesmo que tenha a comprovação da má-fé quanto à aquisição da posse, não haverá impedimento para que se beneficie do prazo mais reduzido.

58. É oportuno registrar que não apenas o imóvel urbano pode ser adquirido por usucapião especial, com prazo reduzido, mas também o rural, na forma do art. 191 da CF/1998.

59. Machado, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 367.

a fauna e a flora' (art. 23, VI e VII). Adequado interpretar-se que qualquer dos entes públicos mencionados tem competência para aplicar a legislação ambiental, ainda que essa legislação não tenha sido de autoria do ente que a aplica."

É de se concluir, portanto, que a prática de políticas de proteção ao meio ambiente, sob qualquer de suas formas e, inclusive, o artificial, ultrapassa a competência executiva do Município e se insere em um dever comum a todos os entes da Federação, bem como aos membros do grupo social.

Assim se verifica em razão da determinação constitucional no sentido de que compete a todos a preservação e conservação do meio ambiente, funcionando o ente público como um mero gestor, mas sem que com isso se possa declarar como proprietário e daí praticar atos decorrentes dessa qualidade.

5.1 Da função social da propriedade

Como visto acima, o art. 5.º, XXIII, da CF/1988 expressamente determina que a propriedade deve cumprir a sua função social. Mais ainda, em um Estado capitalista, um dos princípios do desenvolvimento econômico é o atendimento à função social da propriedade.[60] Apesar da vasta previsão na atual Constituição Federal, a Carta de 1967 também previa a necessidade de respeito à função social da propriedade em seu art. 157, III.

Não há, na ordem constitucional, uma distinção quanto ao cumprimento da função social no que tange à propriedade pública ou privada e entre a propriedade urbana ou rural. Isso nos faz concluir que o dever imposto ao proprietário é comum e independe por completo de sua qualificação ou das qualidades do bem.

Assim, o ente público não fica liberado do dever de dar destinação econômica ou mesmo promover a exploração de seus bens sob a alegação de que se trata de um ente da Administração e, com isso, fica impossibilitado a tanto. Pelo inverso, todo o regime jurídico de Direito Ambiental se aplica tanto aos entes públicos como aos particulares. Aliás, bom exemplo disso diz respeito ao Estudo de Impacto Ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente; ora, pelo vulto das obras, muito mais comum que a degradação seja decorrente de obras públicas que particulares. Seria, portanto, contrário aos fundamentos consti-

60. Além do disposto no art. 5.º, XXIII e no art. 170, III, CF/1988, o legislador constitucional ainda se refere à função social da propriedade na previsão dos arts. 173, § 1.º, I; 182, *caput* e § 2.º; 184, *caput*; 185, parágrafo único e 186, II.

tucionais dispensar a os entes da Federação de observar às normas de Direito Ambiental, mas exigi-las apenas dos particulares sob o fundamento de que o particular tem maiores possibilidades que o Estado.

Sendo certo que todos devem fazer com que a propriedade cumpra a sua função social, certo é também dizer que, em linhas gerais, não haverá grande diferença entre a propriedade urbana e a rural. Isso porque qualquer desses imóveis deve ser explorado, aproveitado, utilizado, independentemente de sua qualificação ou localização.

Desta forma, embora possamos definir peculiaridades em razão do imóvel ser urbano ou rural, com traços gerais, diferença não haverá e qualquer dos proprietários ficará obrigado à exploração do bem. Aliás, cabe registrar que em qualquer dos casos o proprietário poderá ser privado da coisa em razão do usucapiente dar destinação ao imóvel e o seu titular permanecer silente, deixando o bem em abandono.[61]

Paulo Affonso Leme Machado[62] assevera que "reconhecer que a propriedade tem, também, uma função social é não tratar a propriedade como um ente isolado na sociedade. Afirmar que a propriedade tem uma função social não é transformá-la em vítima da sociedade. A fruição da propriedade não pode legitimar a emissão de poluentes que vão invadir a propriedade de outros indivíduos. O conteúdo da propriedade não reside num só elemento. Há o elemento individual que, possibilita o gozo e o lucro para o proprietário. Mas outros elementos aglutinam-se a esse: além do fator social, há o componente ambiental".

Entendemos, assim, que a propriedade passou por efetiva modificação no decorrer dos anos, o que acarretou não apenas a modificação social de seu trato, mas, notadamente, a modificação normativa.

Os conflitos de terra e de ocupação do solo, em qualquer ponto do território nacional, assim como se verifica em outros inúmeros países, não permitem mais que seja mantido o modelo de propriedade privada do passado, pelo qual o seu titular podia com ela fazer o que melhor lhe aprouvesse, inclusive deixá-la em abandono, sem uso, sem exploração, mas mantendo-se como dono.

A atual realidade exige do titular de solo que se comprometa a fazer com que seus bens sejam fonte de riqueza própria e coletiva, sob pena de ver a in-

61. Cf. arts. 183 e 191 da CF/1988 que tratam, respectivamente, da aquisição da propriedade urbana e rural por usucapião. A mesma matéria passou a integrar o corpo do novo Código Civil, nos arts. 1.239 e 1.240, respectivamente, sob a denominação doutrinária de usucapião especial.

62. Machado, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 135.

tervenção do Estado se instalar em seus bens para ver cumprida a exigência constitucional de atendimento à função social.

Isso quer dizer que a proteção do direito de propriedade garantido no âmbito das garantias fundamentais está adstrito ao cumprimento da função social. Na nova ótica constitucional, somente tem valor a propriedade em que seu titular faz com que ela seja útil ao grupo social.

Note-se que não se trata de uma limitação negativa, como vislumbram alguns.[63] Com efeito, não se pode mais aceitar o caráter estritamente individual do direito à propriedade imobiliária que permite e justifica a visão crítica à imposição constitucional da função social.

Por todo o trabalho buscamos demonstrar que o direito à propriedade imobiliária, seja ela urbana ou rural, passou por profundas modificações decorrentes da necessidade real de ocupação e exploração do solo alheio ao regime absolutista justificado notadamente no Código Civil Francês de Napoleão.

Não é possível fechar os olhos a uma realidade social de caráter internacional em que a ocupação da terra e a sua exploração ordenada podem ser a única forma de preservar a vida humana e a dignidade das pessoas. A atualidade não confere mais ao proprietário os mesmos poderes de quando surgiu o reconhecimento da propriedade privada.

O direito de propriedade é, por expressa determinação constitucional, uma garantia individual, que deve atender sua função social como forma de alcançar o pleno desenvolvimento econômico previsto no art. 170 da CF/1988.

Por fim, concluímos que qualquer crítica que se faça à obrigatoriedade de atendimento à função social perde seu fundamento na medida em que o legislador constitucional outorgou ao proprietário o poder de explorar seu bem como forma de desenvolvimento econômico, na forma do art. 170, II, CF/1988, bem como declarou, no preâmbulo, que a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 se reuniu para "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar

63. Essa é uma referência apresentada por José Neure Bertan, em: *Propriedade privada e função social*. Curitiba: Juruá, 2006. "O direito de propriedade está tutelado pela Constituição, mas agora os proprietários devem se resignar com o ônus social de tal direito, que muitos espíritos têm chamado de hipoteca social. A hipoteca gera um mal-estar ao proprietário e este logo quer se livrar dela. Mas, neste caso, é preciso estar sempre atento com a função social da propriedade, pois, para cumpri-la, faz-se mister um conjunto múltiplo de preocupações que obriga o proprietário a por os lucros como uma necessidade relativa e aceitar os encargos, que com coragem e desprendimento devem ser perseguidos."

o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias". Não tem lugar, pois, a manutenção de um regime individual, absoluto e egoísta relativamente a um dos bens de maior repercussão econômica que é a propriedade imobiliária. Cai por terra o interesse privatista na manutenção e exploração da propriedade dos bens imóveis.

5.2 Dos ditames legais ao cumprimento da política urbana

O art. 182 da CF/1988 determinou a elaboração de uma lei que tratasse da política urbana.

A lei referida no dispositivo mencionado é lei federal, que tem por finalidade a estipulação de diretrizes gerais acerca da ordenação das cidades.

Além disso, no próprio texto constitucional já encontramos uma série de disposições a respeito de instrumentos que garantem a eficácia da política urbana, integrante da política nacional do meio ambiente, instituída pela Lei 6.938/1981.

"A lei em tela, bem como seus comandos constitucionais referentes à matéria ambiental (consoante os princípios examinados no Capítulo II)[64] correspondem à moderna concepção do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, *caput*, da CF) como valor universal, mas não apenas como um fim em si mesmo, e sim como um meio ou um instrumento para a consecução dos objetivos fundamentais, dentre os quais a promoção do bem-estar social (tal é o teor do art. 3.º da CF: 'Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação') e a garantia dos direitos humanos fundamentais, individuais e coletivos (os chamados 'direitos sociais'), consoante os arts. 5.º, 6.º e 7.º da

64. O autor tratou de princípios do Direito Ambiental na Constituição Federal, sob o título *Os princípios que orientam a tutela do meio ambiente na Constituição Federal*, elencando os seguintes princípios: 1. Desenvolvimento econômico sustentável (ou sustentado); 2. Poluidor-pagador ou princípio da responsabilidade ambiental; 3. Prevenção ou precaução; 4. Participação ou cooperação; 5. Universalidade ou ubiquidade; 6. Publicidade.

CF. A nossa Carta Magna adotou, pois, a concepção contemporânea de 'Estado social de Direito' ou do 'Estado Social Democrático de Direito'."[65]

Na ordem constitucional, já encontramos o plano diretor como um dos instrumentos para garantir a eficácia da política urbana. Além dele, os instrumentos de caráter sancionatório, previstos no art. 182, § 4.º, da CF/1988, também apresentam uma forma de garantia do cumprimento da função social da propriedade por conta do caráter ambivalente das sanções. Assim, é comum que o cumprimento da norma se dê não por conta de uma adesão espiritual ao seu comando, mas sim pelo temor da incidência da sanção.[66]

O simples receio de que possa ser atingido por uma norma punitiva faz com que muitos dos membros do grupo social se vejam compelidos ao cumprimento do mandamento legal. A eficácia da norma, portanto, pode ser alheia ao reconhecimento de sua necessidade pelo grupo social, mas decorrer simplesmente de uma aceitação tácita da prescrição normativa como forma de fugir do mandamento sancionatório.

Mais ainda, quando a sanção pode chegar ao extremo da perda do direito de propriedade através da desapropriação com o pagamento em títulos da dívida pública resgatáveis em 10 anos, nasce um "incentivo" ao proprietário para que dê destinação econômica ao seu bem. Ainda prevalece entre nós, como visto anteriormente, a vinculação ao direito de propriedade e à construção de patrimônio.

Extraindo do texto do art. 182 da CF/1988 alguns dos instrumentos da política urbana, ou seja, alguns dos meios pelos quais se executará a exploração ordenada do solo urbano, o maior destaque é conferido à Lei 10.257/2001.

Com efeito, a determinação constitucional exigia a elaboração de uma lei (federal) que tratasse da política urbana em termos gerais para permitir a sua execução pelos Municípios em razão dos interesses e peculiaridades locais.

---

65. Gomes, Sebastião Valdir. Op. cit., p. 73-74.

66. São as lições de Miguel Reale ao tratar do conteúdo e da eficácia das normas de comportamento e das normas sancionatórias. Cf. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Afirma o autor que a eficácia social de uma norma é alcançada pela "adesão espiritual" ao seu mandamento. Quer dizer, portanto, que a capacidade de normas para produzir efeitos jurídicos está diretamente ligada ao reconhecimento social da sua necessidade e do dever de cumprimento. Todavia, a norma que impõe a sanção tem por fim assegurar que a norma seja cumprida também por aqueles que não reconheceram a sua necessidade. De outro lado, pelo caráter repressivo, a mesma norma sancionatória incidirá sobre a conduta irregular daquele que violar a norma de comportamento.

Atendendo a determinação constitucional, nasceu o denominado *Estatuto da Cidade* ou *Lei do Meio Ambiente Artificial*, criando um microssistema dentro do ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade precípua de organizar as *cidades*.[67]

Concluímos que a finalidade do Estatuto não é limitar o direito de propriedade ou mesmo impedir o exercício de algum atributo pelo seu titular; pelo contrário, a finalidade é garantir a adequada e ordenada exploração da propriedade imobiliária urbana como forma de desenvolvimento econômico e social da coletividade e não apenas de seu titular. Dar outra interpretação que não seja esta, insista-se, é tentar retroceder e trazer de volta o conceito e o conteúdo do direito de propriedade de um sistema feudal que vigorou até o século XX.

Podemos afirmar, por conseguinte, que a exigência de que a propriedade cumpra a sua função social quer dizer que a forma de uso, exploração e destinação feita pelo seu titular tem que se pautar da necessidade de garantir a dignidade da pessoa humana e a vinculação da propriedade à necessidade da sadia qualidade de vida dos membros do grupo social.

A função social da propriedade não deixa de ser uma forma de fazer garantir a finalidade do meio ambiente artificial, permitindo habitação e dignidade dentro dos centros urbanos pela ordenação das cidades e dos espaços urbanos abertos e fechados.

6. DO ESTATUTO DA CIDADE

Vimos que o Estatuto da Cidade, instituído pela Lei 10.257, de 10.07.2001, veio atender o ditame constitucional que exigiu a elaboração de uma lei que tratasse de diretrizes gerais acerca da política urbana.

---

67. Essa finalidade é extraída do próprio texto da lei, como se depreende da leitura do arts. 1.º e 2.º, *caput*.
"Art. 1.º Na execução da política urbana de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta lei.
Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.
"Art. 2.º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais."

No exercício de sua competência legislativa, a União Federal elaborou um conjunto de normas para a ordenação e execução da política urbana, como forma de buscar uma padronização dos instrumentos para tal mister. E assim o é porque se fosse deixado apenas aos Municípios dita competência, grande seria o risco da política urbana nunca se executar ou somente ser executada em Municípios que já apresentassem a preocupação com a preservação do meio ambiente.

Entende-se por competência legislativa a capacidade ou autorização dada ao ente federativo para que elabore textos normativos, ou seja, para que crie modelos genéricos de conduta a serem seguidos dentro do grupo social.

A análise do critério de competência legislativa é matéria essencial para definir a validade do texto normativo. É na Carta Magna que encontramos a distribuição de competências, seja no que tange à pessoa que pode legislar (União Federal, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), seja no que tange à matéria sobre a qual a lei pode criar.

Afirma José Afonso da Silva[68] que "esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado federal. São notórias as dificuldades quanto à saber que matérias devem ser entregues à competência da União, quais as que competirão aos Estados e quais as que se indicarão aos Municípios.

"Os limites da repartição regional e local de poderes dependem da natureza e do tipo histórico de Federação. (...) A Constituição de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica".

Pelo sistema de distribuição de competências que foi adotado pela nossa ordem constitucional, à União cabe legislar sobre matérias de interesse geral ou nacional, reservando-se aos Estados a matéria de interesse regional e as de interesse local aos Municípios, fundada a divisão no critério da predominância do interesse. Ao Distrito Federal, por não se dividir em Municípios, cabe o exercício das competências estadual e municipal.

O mesmo autor conclui que "a nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da *enumeração de poderes da*

68. Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 477.

União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art. 25, § 1.º) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados, em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar".[69]

É exatamente nessa conformação de distribuição de competências que se encontra o Direito Ambiental e, neste ponto particular, o tratamento do meio ambiente artificial. A matéria vem primeiramente disposta no art. 23, VI, VII e IX, CF/1988, com a seguinte redação:

"Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição, sob qualquer de suas formas;

(...)

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora;

(...)

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;".

Enquanto o art. 23 elenca as atribuições comuns aos entes da Federação como forma de fazer com que todos se envolvam nas atividades de proteção e de ordenamento do meio ambiente, seja qual for sua espécie, o art. 24 da CF/1988, atribui competência legislativa concorrente à União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre "direito urbanístico (ordenação do espaço urbano); florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;" na forma dos §§ 1.º a 4.º do mesmo dispositivo constitucional.

A matéria trazida pelo art. 23 da CF/1988, diz respeito às atividades de ordem administrativa a serem trabalhadas pelos entes da Federação, levando-se em consideração a autonomia entre eles existente em razão da estipulação

69. Idem, p. 479.

do art. 18 da CF/1988. Com efeito, leciona Paulo Affonso Leme Machado[70] que "a autonomia não significa desunião dos entes federados. Também não deve produzir conflito e dispersão de esforços. Mas a autonomia deve ensejar que o Município tenha ou possa ter sistemas de atuação administrativa não semelhantes ou desiguais aos vigentes nos Estados. Os Estados, por sua vez, poderão ter, também, sua organização administrativa ambiental diferente do Governo Federal. Assim, as normas gerais federais ambientais não podem ferir a autonomia dos Estados e dos Municípios, exigindo dos mesmos uma estrutura administrativa ambiental idêntica à praticada no âmbito federal".

É de se notar, portanto, que a possibilidade de conflito somente surge no que se refere à competência legislativa concorrente entre a União Federal, os Estados e o Distrito Federal, mas não surge quando se tratar de competência administrativa na medida em que o âmbito de atividade de cada ente federativo deve se permear nas necessidades concernentes ao local de aplicação da política ambiental. Assim, a edição de normas de caráter geral da União Federal e de caráter suplementar dos Estados, deve ser somada à adequação de cada ente às necessidades e peculiaridades do local de aplicação da legislação. Logo, não há qualquer hierarquia quanto à forma de execução da política de meio ambiente a cada ente da Federação tal qual se verifica em matéria legislativa entre a União e os Estados e Distrito Federal.

Conclui-se, aqui, que, para fins de proteção do meio ambiente, há um dever permanente distribuído entre todos os entes da Federação que faz com que um não ultrapasse a esfera de poder do outro no que tange à competência legislativa em razão da hierarquia das normas, mas que garante a cada um deles a autonomia para a execução das medidas condizentes com a proteção ambiental.

6.1 Da previsão constitucional

Foi visto que na ordem constitucional se encontra o fundamento para a instituição de uma política urbana.

A previsão imposta no art. 182, *caput*, da CF/1988 tem por finalidade a determinação de um conjunto de normas com a finalidade específica de ordenar a ocupação e a exploração do solo urbano.

No âmbito constitucional, o legislador caminhou na competência própria da União Federal para determinar a criação de um conjunto de normas que tivesse por objeto o solo urbano.

---

70. Machado, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 99.

A determinação constitucional se deu em um cenário de premente necessidade de instituição de uma política real quanto à ordenação da propriedade urbana. Nesse contexto, ensina Edésio Fernandes[71] que "no que toca ao tema aqui discutido (a questão urbana na Constituição Federal de 1988), a demanda fundamental a ser considerada pelo Congresso Constituinte era tornar explícito o reconhecimento da noção de propriedade social. Não se tratava de repetir a mesma velha fórmula utilizada em Constituição após Constituição: esperava-se que o Congresso definisse esta noção de tal modo que ela se impusesse como um novo paradigma que substituísse aquele estabelecido pelo Código Civil.

"Esta reivindicação foi encaminhada de várias maneiras, porém a mais importante foi sem dúvida a 'Emenda popular sobre reforma urbana', formulada por diversas organizações da sociedade civil, assinada por milhares de pessoas e apresentada aos deputados constituintes. O Congresso Constituinte finalmente aprovou todo um capítulo dedicado à Política Urbana na Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988".

Sob essa nova visão do direito de propriedade imobiliário e sob a clara necessidade de ordenação do uso da propriedade para a garantia dos "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos",[72] nasce a incumbência à União Federal de criar, por lei, as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano.

Note-se que a determinação constitucional claramente se distanciou das orientações de Direito Civil até então vigentes, que viam no direito de propriedade um poder absoluto ao seu titular como forma de satisfação individual e egoísta, alheia a qualquer interesse ou necessidade social, como por inúmeras vezes aqui consignado. Havia, portanto, a necessidade de quebrar um sistema de prerrogativas arraigadas nos costumes de um grupo, para fazer com que predominasse o interesse social sobre o individual.

Insiste no tema o autor ao lecionar que "no que se refere ao direito de propriedade privada, pela primeira vez a Constituição deu um passo no sentido de dar um significado a ideia de função social. Em vez de optar por afirmações retóricas vagas, a Constituição identificou o princípio da função social com o conteúdo do Plano Diretor. Dito de outra maneira, o direito de propriedade privada de um imóvel urbano deve ser reconhecido segundo as regras legais locais que definem as possibilidades de seu uso e desenvolvimento.

---

71. Fernandes, Edésio. *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 218.

72. Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

"Assim, o conteúdo econômico da propriedade de um indivíduo deve ser determinado pelo Estado depois de levar em consideração os interesses sociais sobre o uso do bem. Como consequência, quanto mais desenvolvido e completo o Plano Diretor for, mais avançada e progressista será a concepção de propriedade social. Em vez de ter um conteúdo pré-determinado, o direito de propriedade supostamente se convertera em um direito à propriedade, uma obrigação de orientação social".[73]

A competência reservada à União, portanto, se dirige à criação de normas de caráter geral para que a efetiva execução da política urbana seja feita pelos Municípios. É a estes que cabe a efetivação da ordenação das cidades exatamente porque conhecem sua estrutura e necessidades. Ademais, a eles compete a elaboração e aprovação do Plano Diretor como um dos instrumentos da Política Urbana.

No entanto, ao exercer sua competência legislativa, a União Federal não pode se distanciar dos fundamentos ditados pela Constituição Federal. Isso quer dizer que a elaboração de normas relativas ao meio ambiente artificial têm que se sustentar na garantia constitucional do direito de propriedade, na obrigatoriedade de direcionar o uso do bem imóvel ao cumprimento da função social, na visão de que a propriedade é um dos principais componentes da atividade econômica, mas que não pode ser explorada de forma desordenada sob pena de comprometer os princípios traçados pelo art. 170 da CF/1988.

Além disso, no exercício de sua competência, não pode a União Federal adentrar na atividade dos Municípios e regular peculiaridades locais.[74] Bem caminhou o legislador constitucional ao definir que sua competência de limita às diretrizes gerais para que não haja conflito com a execução de atos pela Municipalidade.

6.2 Dos objetivos da lei

O denominado Estatuto da Cidade foi instituído com a Lei 10.257/2001. Sua ementa declara o conteúdo da lei, que "regulamenta os arts. 182 e 183 da

73. Fernandes, Edésio. Op. cit., p. 219-220.

74. Vale lembrar que a extensão territorial de nosso país não permite a criação de normas unificadas para a ordenação da política urbana. As características de cada Município são muito particulares em razão do número de habitante, da sua extensão, das suas principais atividades econômicas, da renda de seus moradores, entre outros elementos. Unificar a aplicação da lei seria criar um caos.

Constituição Federal [e] estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências". Da mesma forma, no texto do art. 1.º da lei são extraídos outros termos de seu conteúdo: "Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental".

Com o advento da Constituição Federal de 1988, se tornou necessária a edição de uma lei referente à política urbana para atender às exigências do art. 182, *caput* e § 4.º, como já visto. Embora o projeto inicial tenha sido encaminhado ao Senado Federal em 1989, após rápida aprovação foi encaminhado à Câmara dos Deputados, onde permaneceu parado por 10 anos. Sendo então retomado em pauta de votação, com as devidas e necessárias adequações, foi definitivamente aprovado em junho de 2001, sendo encaminhado à sanção presidencial. Apesar do veto de alguns dispositivos com o compromisso de edição de uma Medida Provisória ou da oferta de um projeto de lei a respeito da matéria, a lei foi publicada oficialmente em 10.07.2005.

Na opinião de renomados doutrinadores, trata-se de lei que dispõe sobre o Direito Urbanístico, embora seu conteúdo seja efetivamente ambiental, notadamente o meio ambiente artificial. No entanto, apesar de eventual discussão de cunho acadêmico, diversos aspectos da lei se sobrepõem à classificação doutrinária, na medida em que não será ela o elemento de definição da aplicabilidade ou eficácia da lei.

"O meio ambiente artificial tem proteção ambiental constitucional apontada em decorrência do que determinam mediatamente o art. 225 e imediatamente os arts. 182 e 183 da Carta Maior, sendo verdadeiro afirmar que os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil possuem o direito constitucional ao bem-estar relacionado às cidades em que vivem, em decorrência da existência de um direito material metaindividual que tutela aludido bem ambiental. *A tutela constitucional antes referida, que se revela particularmente em face da garantia do direito a cidades sustentáveis como diretriz geral vinculada aos objetivos da política de desenvolvimento urbano*, e evidenciada no artigo 182 da Carta Magna, visa reafirmar não só o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho, ao lazer, mas principalmente ao piso vital mínimo (art. 6.º)"[75] (grifo nosso).

75. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Princípios do processo ambiental* cit., p. 60.

Com efeito, salta aos olhos a estipulação de que o Estatuto da Cidade traz normas de ordem pública e interesse social. O grande destaque se dá pelo fato de que, a definição de uma norma como *de ordem pública*, importa em afirmar, de forma peremptória, tratar-se de disposição que não permite derrogação pela vontade das partes envolvidas. Assim, independentemente de interesse privado, as disposições do Estatuto têm natureza imperativa porque estão a proteger os interesses da coletividade, do grupo social.

E, se não bastasse, a própria lei traz a imediata definição de que ela regula o uso da *propriedade privada* em prol dos interesses maiores do grupo social (bem coletivo, segurança, bem-estar dos cidadãos e equilíbrio ambiental), deixando claro que o denominado *jus abutendi*, advindo do Direito Romano e incorporado pelo Direito Civil Napoleônico, que acabou por fundar o revogado Direito Civil pátrio, não pode existir. Isto quer dizer que, mesmo com a garantia constitucional relativa ao direito de propriedade, o seu titular não tem total liberdade em seu exercício, já que o próprio Estatuto, sem prejuízo de outras leis, estabelece normas referentes ao uso da propriedade privada levando em consideração os interesses da coletividade.

Isso é assim porque, por expressa determinação constitucional, a propriedade deve atender sua função social. No entanto, esta norma não é uma novidade dentro da legislação vigente. Com efeito, a EC 1/1969 já havia incorporado ao texto constitucional de 1967 a exigência de que a propriedade devia cumprir sua função social. Ocorre que, naquela época, não havia qualquer regulamentação ou definição infraconstitucional do que era a função social da propriedade. Assim, a normatização adotada vinha do Código Civil, embora de cunho administrativo, através dos direitos de vizinhança.

Mas, era possível verificar que as normas advindas dos direitos de vizinhança impunham obrigações aos proprietários e normas de conduta, mas não impunham sanções caso não dessem adequada destinação à propriedade, como sua efetiva utilização. Assim, pouca distância real havia da previsão do Direito Romano em que se permitia ao titular do direito de propriedade dar a ela o destino que melhor lhe conviesse.

Não mais era possível, em razão do próprio crescimento e desenvolvimento das cidades, que tal conduta fosse permitida ao titular da propriedade imobiliária. Surgiu, então, o Estatuto da Cidade como um mecanismo que preenche a lacuna do sistema jurídico quanto à possibilidade de exigir dos proprietários a efetiva utilização de seus bens.

Assim, o que visa o Estatuto é a garantia do bem-social em imóveis não aproveitados, improdutivos ou que não tenham sido explorados em todo seu

potencial. Assegura-se, ainda, o direito constitucional à habitação, à moradia, sendo que, para tanto, deve haver a racional e adequada utilização dos mais variados recursos ofertados pela natureza, indicando-se, então, a previsão legal à pessoa viver em uma *cidade sustentável*, parte integrante de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida.

6.3 Conceito de cidade

A definição do que seja a cidade vai resultar na exigência da Lei 10.257/2001 no que se refere à cidade sustentável. Com efeito, não é possível fazer um bom estudo do Estatuto sem uma noção mínima do que seja uma cidade. "Daí ser importante, particularmente para os profissionais do Direito, situar a origem da cidade desde seu início, ou seja, associar as origens da cidade em decorrência das grandes mudanças da organização produtiva, na medida em que referida organização transformou, ao longo da história, a vida cotidiana da pessoa humana, provocando, de maneira crescente, um grande salto no desenvolvimento demográfico."[76]

Seguindo os passos do mesmo autor, temos que "a cidade (sede das classes dominantes) ainda se contrapõe ao campo (sede das classes subalternas), mas esse dualismo não mais é inevitável e pode ser superado. Dessa possibilidade nasce a ideia de um novo estabelecimento, completo em si mesmo, como a cidade antiga (chamado, portanto, com o mesmo nome), mas estendido a todo o território habitado: a cidade moderna.

"É exatamente em decorrência da questão do território *que necessitamos enfrentar, nos dias de hoje*, o conceito de cidade".[77] Assim, o Estatuto da Cidade se destina a regulamentar como se dá a utilização dos espaços territoriais da cidade.

No entanto, para que se trate da proteção de cunho ambiental, dentro do conteúdo do meio ambiente artificial, o conceito de cidade não exige apenas a existência de construções ou bairros, formações habitacionais regulares. Pelo contrário, é notória a existência, em todo território nacional, de estruturas habitacionais absolutamente irregulares, como as favelas, ocupando grandes áreas. Logo, quando o Estatuto da Cidade tem esse conteúdo, não está a exigir uma estrutura organizada e regulamentada, mas há de ser aplicado notadamente nas regiões em que não há qualquer planejamento para a definição da sustentabilidade da cidade.

---

76. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro* cit., p. 252.

77. Idem, p. 254.

Diógenes Gasparini,[78] por sua vez, defende que "por cidade, no entanto, não deve ser entendida apenas a sede do Município, mas toda aglomeração de edificações, delimitada por um perímetro fixado mediante lei, ainda que chamada de vila. No Município, qualquer que seja, só há uma cidade, que é a sua sede, conforme definido pelo Dec.-lei 311, de 02.03.1938, que dispõe sobre a divisão territorial do País, podendo haver, isto sim, mais de uma vila. Assim, a incidência dessa lei há de ser tanto sobre a cidade como sobre as vilas. A política urbana deve ser, desse modo, ampla, sem, por óbvio, incluir a área rural, mesmo que o plano diretor tenha essa abrangência."

No art. 2.º do Estatuto da Cidade, encontramos expressa referência ao direito à cidade sustentável, nos termos da redação do inc. I.[79] Na realidade, todas as disposições do art. 2.º são introdutórias às matérias desenvolvidas pelo Estatuto como forma de fazer cumprir as metas de desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Para alcançar tal mister, o próprio legislador determina que a participação da população (gestão democrática) é essencial. Se não bastasse, os demais incisos trazem uma série de normas relativas à condução da cidade de forma a garantir a proteção do meio ambiente artificial.

A cidade é, verdadeiramente, o espaço destinado não apenas à habitação, mas o local em que a pessoa pode alcançar as garantias estabelecidas no art. 6.º da CF/1988 (piso vital mínimo): saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança etc. Fica cada vez mais nítida a atual visão social da propriedade na medida em que é ela um veículo de crescimento da coletividade e não exclusivamente de seu titular.

Com efeito, uma vez que haja a definição da abrangência do conceito de cidade, é necessário buscar o que a lei pretende estabelecer com o direito a uma cidade sustentável. É curioso encontrar em manuais próprios de Direito Administrativo a vinculação desse conceito imediatamente ao Direito Ambiental, conforme o trecho: "O inc. I abriga uma expressão nova no panorama legislativo pátrio: *cidades sustentáveis*. A locução inspira-se no Direito Ambien-

78. Gasparini, Diógenes. Op. cit., p. 5-6.

79. "Art. 2.º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (...)."

tal, onde surgiu e de onde se expandiu a locução *desenvolvimento sustentável*. Parece oportuno lembrar que em 1985 a Assembleia Geral das Nações Unidas decidiu formar uma comissão de especialistas, coordenada por Gro Harlem Brundtland. Os trabalhos da comissão culminaram, em 1987, na emissão de um relatório, denominado *Nosso futuro para todos*, também conhecido como relatório Brundtland. Esse relatório pregou a necessidade de uma política de desenvolvimento que levasse em conta os limites do planeta, utilizando-se adequadamente os recursos ambientais, daí a expressão desenvolvimento sustentável. Aí também se insere o sentido de satisfação das necessidades da geração presente sem sacrifício das gerações futuras, e, portanto, o sentido de solidariedade.

"Por cidades sustentáveis pode-se entender aquelas em que o desenvolvimento urbano ocorre com ordenação, sem caos e destruição, sem degradação, possibilitando uma vida urbana digna para todos".[80]

A cidade sustentável deve ser ordenada, de forma a fornecer aos seus membros, aos seus habitantes, as condições para uma vida digna, conforme garantia estabelecida pelo art. 1.º, III, da CF/1988. Assim, não basta o direito à moradia; deve ser digna, ou seja, com saneamento, com fornecimento de serviços de água, luz etc.; não basta ter a moradia, é necessária fruição do lazer e de serviços públicos, além do trabalho.

"A ordenação adequada dos espaços urbanos constitui, assim, um mecanismo dos mais importantes para a Política do Meio Ambiente. Todo aglomerado urbano possui dois elementos essenciais: a) *unidades edilícias*, ou seja, o conjunto de edificações em que os membros da coletividade moram ou desenvolvem suas atividades produtivas, comerciais, industriais, intelectuais, religiosas etc.; b) os *equipamentos públicos*, bens públicos e sociais criados para servir às unidades edilícias e destinados à satisfação das necessidades de que os habitantes não podem prover-se diretamente e por sua própria conta, tais como as ruas, praças, parques, jardins, áreas verdes públicas, canalizações, praças de esporte etc."[81]

O que se visa, assim, é uma interação entre as obras destinadas aos particulares individualmente e aquelas realizadas pelo Poder Público como utilidades dadas ao grupo social, à coletividade. Por exemplo, o zoneamento do solo se apresenta como um instrumento da maior relevância para a organização do

80. MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coords.). *Estatuto da Cidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 26-27.

81. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional* cit., p. 220.

espaço urbano como mecanismo para atender as diretrizes de preservação do meio ambiente.

Todos os elementos do art. 2.º do Estatuto, por expressa determinação do art. 1.º da Lei 10.257/2001, são imperativos e exigem efetiva conduta por parte do administrador municipal. Ou seja, não é dada a ele a liberdade de escolher os preceitos ou diretrizes que irá seguir; fica obrigado a cumprir todas em razão das normas do Estatuto serem de ordem pública e interesse social.

O que se tem é que a atividade ambiental/urbanística tem um verdadeiro compromisso com a preservação do meio ambiente, sob todas as suas formas (natural, cultural e do trabalho), visando garantir tanto condições de vida digna como a manutenção dos elementos culturais e de um adequado ambiente de trabalho. E, se não bastasse, as ações de proteção do Direito Ambiental também devem procurar renovar áreas envelhecidas e deterioradas, em busca do pleno desenvolvimento da cidade e da propriedade urbana com total utilização.

6.4 Instrumentos de política urbana

Para que a finalidade primária do Estatuto da Cidade seja alcançada, qual seja, regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental e ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, na própria lei encontramos os denominados *instrumentos da política urbana*. São eles todos os mecanismos capazes de dar executoriedade à política urbana, sejam adotados em conjunto ou isoladamente.

Segundo se extrai da redação do art. 4.º da Lei 10.257/2001, os instrumentos ali previstos não se apresentam em um rol taxativo; pelo inverso, outros instrumentos podem ser criados e adotados sempre que se objetivar o pleno desenvolvimento da cidade e da propriedade urbana. Mas, o que se vê naquela redação é um conjunto de mecanismos que ficam à disposição da autoridade administrativa para serem exigidos conforme as determinações de ordem municipal, de acordo com as necessidades e interesses da cidade.

A finalidade do Estatuto, ao estabelecer instrumentos de política urbana, foi dar efetividade às suas disposições visando a garantia da vida digna, ou seja, fazer com que a cidade seja uma das formas da pessoa obter sadia qualidade de vida.

"Em resumo, quando a lei se refere a instrumentos de política urbana, ela pretende identificar meios e instrumentos, de diferentes espécies, por meio dos quais o governo municipal deve implementar suas decisões de mérito, suas

opções quanto a objetivos que devam ser atingidos para assegurar a melhor qualidade de vida de sua população e as prioridades que, em seu entender, devam ser observadas."[82]

Na realidade, cabe à Municipalidade elaborar a perfeita definição dos instrumentos necessários ou não às suas atividades para alcançar as diretrizes estabelecidas pelo Estatuto. A Lei 10.257/2001 acabou por estabelecer, por criar, algumas disposições gerais e comuns, que devem orientar a autoridade municipal na execução de suas atividades direcionadas à política urbana e, principalmente, à completa e perfeita utilização do solo urbano.

De outro lado, fica nítida a definição de condutas, por parte da Lei 10.257/2001, que imediatamente não podem ser adotadas. Isso quer dizer que, se para a execução de alguns dos instrumentos de política urbana é necessário que o Município se manifeste quanto àqueles que serão ou não adotados em razão das peculiaridades da cidade, de outro lado, para as condutas negativas que se busca do titular da propriedade urbana, tal regulamentação posterior fica dispensada.

Assim, as figuras que aparecem descritas nas alíneas do inc. VI do art. 2.º da Lei 10.257/2001, permitem imediata execução em razão da própria finalidade do Estatuto. Pode, portanto, o Município, guardados os limites da razoabilidade, promover todas as medidas que se fizerem necessárias para impedir a inutilização do solo urbano, sem que seja necessária a edição de quaisquer outras leis para tanto.

7. Do atendimento da função social da propriedade urbana

A função social da propriedade foi vinculada ao direito de propriedade estabelecido no art. 5.º, XXII, da CF/1988. Assim, a garantia constitucional está condicionada ao cumprimento da sua função social.

Com a nova sistemática constitucional, promulgada em 1988, desaparece em definitivo o caráter exclusivamente privado do direito de propriedade para que em seu lugar ingresse uma visão social desse direito.

Em verdade, pode ser dito que desaparece o conceito de direito subjetivo puro, ou seja, um poder de agir conferido ao titular, que permite a defesa *erga omnes*, para que em seu lugar se faça presente uma relação jurídica entre pessoa, coisa e demais membros do grupo social que, embora não sejam titulares

82. Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sergio (coords.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 76.

do mesmo direito ou identificáveis na relação, nela se interessam, estipulando àquele – titular – um conjunto de condutas em relação ao bem que ultrapassa seus interesses individuais e passam a ter caráter difuso. "Se o Estado foi confirmado como o promotor preferencial do processo de crescimento urbano, também foi reconhecido um novo direito social – o direito ao planejamento urbano. Muito mais que uma mera faculdade da Administração, trata-se de uma de suas principais obrigações legais, assim como a expressão da cidadania social. A principal novidade, seguramente, é que o Direito Urbanístico foi colocado no lugar onde sempre pertenceu, vale dizer, no processo político".[83-84]

Nesse diapasão, inconcebível conferir qualquer regramento jurídico à propriedade sem que se considere a necessidade de ver cumprida a sua função social.

Ocorre que não há, nas disposições constitucionais, uma clara determinação do que seja a função social da propriedade. Embora haja a expressa e reiterada determinação, não há uma exata determinação do que compete ao proprietário fazer. O ditame constitucional, portanto, vincula a proteção do direito à conduta que seja adotada pelo proprietário em relação a ele, mas não estipula com exatidão aquilo que por ele deve ser cumprido. Mais ainda, sem saber o que terá que cumprir, o proprietário não poderá ser punido por não atender a função social. Certamente não foi esta a intenção do legislador constitucional.

Na esfera constitucional, duas são as diretrizes relativas ao cumprimento da função social. No que tange à propriedade urbana, o art. 182 da CF/1988 prevê no parágrafo segundo que "a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". Assim, coube ao legislador infraconstitucional promover essa regulamentação e aos Municípios executá-la. No que tange aos imóveis rurais, a diretriz é traçada pelo disposto no art. 186 da CF/1988, cuja redação

83. Fernandes, Edésio. Op. cit., p. 221.

84. Apesar do autor tratar da disciplina como Direito Urbanístico, preferimos entendê-la como Direito Ambiental porque trata da ordenação das cidades como uma das formas de garantir a sadia qualidade de vida. Nos parece que a legislação, seja no âmbito constitucional ou ordinário, trata especificamente do meio ambiente artificial, considerando a necessidade de organizar a exploração do solo urbano por ser ele essencial à dignidade humana. Vale lembrar que tanto moradia quanto trabalho – sem descuidar de outros elementos como lazer – são os que predominam na estrutura das cidades porque são mecanismos pelos quais se promove a *felicidade* ou a *plenitude* da pessoa humana. Não nos parece que a finalidade da norma seja tão somente regularizar a organização da cidade por si, mas sim em favor de seus membros.

determina que "a função social é cumprida quando a propriedade atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores". É de ser notado que, nos dois casos, a função social da propriedade está imediatamente vinculada à sadia qualidade de vida dos membros do grupo social, garantia constitucional ligada ao meio ambiente.

A mesma diretriz é traçada pelo Estatuto da Cidade, que prevê uma série de instrumentos que garantirão o efetivo atendimento à função social da propriedade, tratando, expressamente, também, do plano diretor.

7.1 Da nova visão constitucional da propriedade

Vimos ao início deste trabalho[85] que o direito de propriedade foi marcado, num passado recente, pelo individualismo e o egoísmo. Era uma forma de exercício de poder e domínio, sendo qualificado como mais forte aquele que tivesse maior extensão de terras. Vale lembrar que a própria expansão dos domínios europeus se deve à conquista de novas terras e à criação de colônias.

No entanto, na atualidade, não é mais possível tolerar esse comportamento em razão dos ditames constitucionais traçados para o direito de propriedade.[86] Tal fenômeno também se verifica em legislações de outros Estados,[87] que, como ocorreu anos mais tarde na legislação brasileira, se distanciaram do absolutismo conferido ao proprietário na forma consagrada pela legislação civil napoleônica.

Explica Régis de Oliveira Fernandes[88] que "as normas de cunho constitucional compõem o figurino do direito de propriedade. Isso revela que não pode

85. Cf. Capítulo 3, notadamente o item 3.1.

86. Cf. arts. 5.º, XXII e XXIII e 170, II e III, da CF/1988.

87. Exemplo disso já havia se verificado em 1917 na Constituição Mexicana, que permitiu a imposição de determinações ditadas pelo interesse público sobre a propriedade privada. Em 1919, a Constituição de Weimar determinava que a propriedade não era um benefício puro e simples ao seu titular, ainda sob a ideia de que se tratava de um *direito subjetivo;* pelo contrário, a propriedade obrigava e fazia com que seu titular ficasse *obrigado* a destiná-la ao bem comum e não apenas ao bem individual.

88. Oliveira, Régis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 17.

ela ser vista como direito individual. A matriz aponta no sentido de que deve ela ter cunho eminentemente social. O que, historicamente, poderia ser visto como direito exclusivo e absoluto de usar, gozar e dispor da coisa, passa a ser instrumento de pacificação social, de harmonia entre os direitos, de restrições de vizinhança e de sujeição a interesses coletivos e públicos. No Brasil, inicialmente, a visão foi civilista, decorrente da aplicação e incidência do Código Civil de 1916 (Lei 3.071, de 01.01.1916), agora revogado pela Lei 10.406/2002, que entrará em vigor em janeiro de 2003."[89]

Restou quebrada a parêmia que conferia ao proprietário o direito de *usar e abusar* de seu bem, alheio aos conflitos de terra presentes em seu grupo. Desaparece, desde a previsão constitucional, até a legislação ordinária, o conjunto de poderes absolutos conferidos por lei ao proprietário, repita-se, como resquício de um sistema já decadente.

Aquela propriedade que era plena e conferia poderes plenos ao seu titular desaparece para fazer nascer em seu lugar uma propriedade que impõe uma série de deveres ao seu titular, em favor do grupo social, em favor de seus integrantes, indistintamente. Transforma-se o conteúdo do *direito* para uma *relação jurídica*, através da qual o proprietário passa à qualidade de devedor do grupo social, ficando obrigado a dar destinação ao seu bem em favor do todo e não de seus interesses particulares.

Nesta nova conformação do direito de propriedade como uma relação jurídica constitucionalmente qualificada, nasce um conjunto de normas que determinam como se dará o cumprimento da função social.

Marcando esta pretérita visão do conteúdo do direito de propriedade, ensina Vilson Rodrigues Alves[90] que "o direito de propriedade é direito, quanto à titularidade, sobre bem próprio; nisso, sua nota de tipicidade.

"É subjetivo porque relevante, aí, é a subjetividade.

"Com essa tautologia quer-se mostrar que a visão do direito de propriedade é relativa (relação) e não absoluta (ser, direito).

"Ao afirmar-se a sua natureza de direito subjetivo apenas se enuncia que a relação jurídica de direito de propriedade foi vista do lado ativo.

---

89. O texto se refere ao período de vacância da Lei 10.406, de 10.01.2002. Como a publicação data do ano de 2002, foi mantida a redação original, adequada ao período mencionado.

90. Alves, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 55.

"Pode haver relação jurídica com direito, no polo ativo, sem essa subjetividade relevante.

"Nesse caso, o direito não é próprio do sujeito ativo: é o que ocorre, e.g., com o direito que tem o público de visitar museus abertos a todos os visitantes passantes.

"De regra, nas relações jurídicas há, no polo ativo, direito, a que corresponde, no passivo, dever (e não 'obrigação', como asseverou Anacleto de Oliveira Faria a propósito do dever jurídico de abstenção)".

Isso implica dizer que o direito sobre determinada coisa, qualificado como direito de propriedade, sempre foi vislumbrado pela ordem jurídica e pelo grupo social pela posição do titular (credor e devedor, simultaneamente), mas não pelo débito que tinha a cumprir e sim pelos direitos que estava autorizado a exercer. Isso quer dizer que o direito subjetivo do proprietário lhe conferia, na construção doutrinária que se ergueu, um poder-direito sem um débito que lhe fosse correspondente. Os devedores dessa relação seriam, portanto, os não titulares do mesmo direito subjetivo, que estavam obrigados a respeitar, a não ofender, a se abster de inúmeras condutas que somente poderiam se adotadas por quem tivesse a prerrogativa de ser dono.

Assim, até a efetiva modificação do caráter constitucional, não se dispensava o necessário tratamento jurídico à propriedade, na medida em que não se tinha um regramento referente aos deveres impostos ao proprietário em benefício da coletividade e não apenas decorrentes dos direitos de vizinhança.

Note-se que os deveres decorrentes dos direitos de vizinhança são simplesmente um conjunto de prestações negativas devidas por aquele que ocupe o imóvel como uma obrigação de não fazer, consistente em não atingir o vizinho.

No conteúdo geral do art. 1.277 do CC/2002, temos que "o proprietário ou 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 da 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".

E, nesse contexto, vê-se que o legislador ordinário ainda manteve uma parcela da visão napoleônica do direito de propriedade, limitando a conduta de seu titular em relação aos danos ou efeitos que ele pode causar aos seus vizinhos e não no que tange aos efeitos que pode acarretar ao meio ambiente, sob qualquer de suas formas.

Brilhante, em conclusão, a narrativa de Celso Antonio Pacheco Fiorillo[91] acerca do tratamento dado ao direito de propriedade no âmbito constitucional, nas seguintes palavras:

"O sistema constitucional em nosso País, a partir de 1824, passou a apontar o direito de propriedade, seguramente influenciado pelos países europeus/metrópoles, revelando seu conteúdo ideológico de garantir a economia capitalista e variando de acordo com o tempo. A Constituição do Império do Brazil, jurada em 25 de março de 1824, explicava no art. 179 que a inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros não só seria garantida pela Constituição do Império, pela maneira que passava a indicar em seus incisos, como tinha por base a liberdade, a segurança individual e *a propriedade* que passava a ser garantida como direito em toda a sua plenitude (art. 179, XXII), muito embora não definisse seu conteúdo ao contrário do exemplo do legislador português de 1822. Ao adotar como forma de governo o regime representativo, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, passou a estabelecer normas constitucionais que não só continuavam a assegurar a inviolabilidade da propriedade nos termos dos incisos indicados em face do art. 72, como mantinham o referido direito (o direito de propriedade) 'em toda sua plenitude' (§ 17 do art. 72), ainda apontando a possibilidade de restringir aludido direito, que uma vez mais não definia, em face de desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, reitera a inviolabilidade do direito à propriedade nos termos dos incisos do art. 113, garantindo no n. 17 aludido direito 'na forma que a lei determinar', passando igualmente a assegurar a propriedade de marcas de 'industria e commercio' (n. 19), mas adotando idêntico critério àqueles mencionados pelas Cartas superadas no sentido de não estabelecer no plano constitucional uma definição, ou seja, um conteúdo constitucional normativo do direito de propriedade. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada em 10 de novembro de 1937, ao assegurar no art. 122 o direito à propriedade nos termos dos seus incisos, indica no n. 14 que o conteúdo assim como os limites do direito constitucional de propriedade 'serão definidos nas leis que lhe regularem o exercício', sendo certo que a 'Carta Magna' do ditador Getúlio Vargas inovou as possibilidades constitucionais de limitação à propriedade em face da Lei Constitucional n. 5, de 10.03.1942.

91. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. A natureza jurídica do bem ambiental. Disponível em: [http://fiorillo.com.br].

Com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, a propriedade vem assegurada em face do art. 141, nos termos de seus incisos, e garantida nos termos do § 16 do art. 141, assim como assegurada em decorrência das marcas de indústria e comércio (§ 18 do art. 141), sem que o legislador constitucional tivesse qualquer preocupação em estabelecer seu conteúdo ou mesmos limites no plano da Carta Magna.

A Constituição do Brasil, promulgada em 24 de janeiro de 1967, seguindo a trajetória da história constitucional antes apontada, assegura o direito à propriedade nos termos dos incs. do art. 150, sendo certo que o § 22 do aludido artigo garante o direito de propriedade, uma vez mais sem definir no plano maior seu conteúdo e limites. Referida Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/69, reiterou a inviolabilidade do direito à propriedade condicionada aos termos indicados no art. 153, indicando o § 22 ser 'assegurado o direito de propriedade' com as tradicionais exceções em face da desapropriação e, via de regra, sem estabelecer seu conteúdo normativo.

Quando nossa atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, organiza nosso Estado Democrático de Direito em face dos fundamentos da dignidade da pessoa humana, restou garantida a brasileiros e estrangeiros residentes no País, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a inviolabilidade do direito à propriedade, não só na perspectiva dos fundamentos estabelecidos no art. 1º, mas enquanto Direitos e Garantias Fundamentais em face de direitos individuais e coletivos nos termos do inc. XXII ('é garantido o direito de propriedade'), condicionado, porém, a atender aquilo que a Carta Magna de 1988 chamou de função social (art. 5º, XXIII)" (grifo nosso).

Logo, pelo decorrer da história, a propriedade perde por completo a natureza de um direito subjetivo puro e passa a ser vista como uma relação jurídica, cujo objetivo principal deixa de ser a satisfação única e exclusiva de seu titular, mas sim o crescimento e o desenvolvimento do grupo. Sem deixar de ser um instrumento de desenvolvimento, passa a sê-lo sob um aspecto maior, que é a sadia qualidade de vida.

O direito de propriedade, portanto, perde seu individualismo e ingressa em uma nova sistemática, pela qual se apresenta destinada ao crescimento econômico e ambiental da sociedade e não apenas de seu titular.

No que tange à propriedade urbana, essa nova configuração se apresenta no texto dos arts. 182 e 183 da CF/1988, com maior destaque ao primeiro dos dispositivos.

Fazer com que a propriedade atenda a sua função social é fazer com que haja a sua boa exploração, haja a sua utilização em prol do grupo e não exclusivamente do indivíduo. É obrigar o proprietário a um conjunto de condutas positivas, sob a forma de deveres impostos pela lei não apenas por conta de sua relação com seus vizinhos, sejam eles confinantes ou próximos, mas sim por conta de ser proprietário.

Logo, quaisquer deveres impostos ao proprietário, sob o manto da Carta Magna, se fundamentam na necessidade de fazer cumprir a função social do imóvel e não mais na abstenção de atos danosos em relação aos vizinhos, como sempre se verificou no âmbito do Direito Privado.[92]

7.2 Da conceituação da função social

Tal qual ocorre com a propriedade, não há na lei uma exata definição do que seja a *função social da propriedade*.

Podemos, sim, encontrar na lei alguns elementos que nos permitirão uma tentativa de conceito, mas nem de longe com a pretensão de torná-lo definitivo ou absolutamente verdadeiro.

Nessas condições, podemos afirmar que a função social da propriedade, bem como outros ditames legais[93] são *cláusulas gerais* no sistema jurídico. As cláusulas gerais são formulações hipotéticas previstas em lei dotadas de tamanho grau de generalidade que permite a sua aplicação a um indeterminado número de relações.

---

92. O Código Civil trata dos direitos de vizinhança no disposto nos arts. 1.277 a 1.313. É fácil verificar que o fundamento dessas relações é o vínculo entre particulares (vizinhos) que faz com que um não possa se exceder em seus atos e prejudicar outrem. Mesmo quando estão em proteção interesses tipicamente qualificados como bens ambientais, o fundamento da proteção somente ultrapassa as relações privadas de forma incidental, como ocorre no regime dado às *águas*. Embora seja certo afirmar que avanços existiram, a própria leitura que se dá pela doutrina aos dispositivos do Código Civil ainda vem fortemente influenciada pelos fundamentos da Codificação revogada.

93. Nestes outros ditames legais podemos incluir a boa-fé objetiva, a função social dos contratos, a regra pertinente ao dever de responder pelo dano – notadamente dano moral – causado. Em qualquer destes casos, não há um padrão previsto em lei para a definição do conteúdo daquilo que se pretende proteger pela norma. O seu conteúdo é tão amplo e aberto, é dotado de tamanha vagueza, que se adapta pelas relações concretas através de um conteúdo geral.

Em obra destinada ao tema, Alberto Gosson Jorge Jr.[94] procura dar os elementos necessários à definição do que seja uma cláusula geral ao dispor que "transitando entre a generalidade, a vagueza e os valores, inseridas numa roupagem de proposição prescritiva escrita, as cláusulas gerais afirmam o objetivo de dotar o sistema de normas com característica de mobilidade, que propiciem abertura ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação a implicar um indesejável mal-estar decorrente de um embate sem solução sistêmica.

"Seria, ademais, o alto teor valorativo contido nas cláusulas gerais o elemento caracteristicamente diferenciador destas normas perante o ordenamento jurídico, o nódulo essencial que faria com que as cláusulas gerais fossem aquilo que são."

E essa vagueza no conceito decorre exatamente da nova ordem constitucional que se fundou na proteção da pessoa humana e não mais na proteção exclusivamente patrimonial. Acerca da influência da ordem constitucional sobre os institutos típicos de Direito Privado e inerentes aos interesses particulares, Flávio Tartuce[95] dispõe que "ante o reconhecimento de que o Direito Civil passou a ser influenciado de forma determinante pelo Direito Constitucional, devemos aqui tecer alguns comentários sobre a constitucionalização do Direito Civil e o surgimento do Direito Civil Constitucional. Essa abordagem servirá para, em posterior momento, demonstrar o fundamento constitucional do princípio da função social dos contratos,[96] regramento intimamente ligado à proteção da dignidade da pessoa humana, à solidariedade social, à igualdade em sentido genérico, à busca de uma ordem econômica de acordo com os ditames da justiça social e à socialização da propriedade".

Atestando essa dificuldade conceitual decorrente da nova visão constitucional dada ao direito de propriedade, Alberto Gosson Jorge Jr.[97] leciona que

---

94. Jorge Jr., Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 10.

95. Tartuce, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007. p. 73-74.

96. O autor afirma em seu texto que a função social dos contratos nasce em razão da função social da propriedade através de um raciocínio lógico de que se o objeto tem que atender à função social, o veículo usado para se chegar até ele também o terá. Sendo o contrato o principal meio de aquisição de propriedade, inevitavelmente seria atingido pelos princípios norteadores do direito.

97. Op. cit., p. 99-101.

"pela análise da evolução legislativa de nossas normas constitucionais até o estágio atual concebido pela CF/1988, depreende-se, sem muito esforço, que o direito de propriedade passa a estar irremediavelmente atrelado aos interesses da coletividade.

"O interesse individual está funcionalizado ao interesse social.

"A doutrina enfatiza que a função social é mais do que limitações (função negativa) ao uso da propriedade, tratando-se de uma autêntica mudança de mentalidade que 'se consubstancia no fundamento, razão e justificativa da propriedade'.

"Ideologia à parte, é certo que a Constituição contabiliza vários dispositivos que mitigam consideravelmente o abstrato direito absoluto da propriedade.

"(...) Em princípio, é a própria lei, constitucional ou infraconstitucional, que irá socorrer o intérprete na tentativa de delimitar o justo alcance da função social da propriedade. Se, no conceito de Malinowski, a função é sempre a satisfação de uma necessidade e é certo que a função do direito radica no seio social, é certo também que a economia e a engenharia de seus institutos (do Direito) têm as suas necessidades previamente determinadas e valoradas pelo legislador e/ou combinadas com infinitas disposições normativas, de modo que, seja ela implícita, seja explícita, a necessidade a satisfazer deve ser buscada primeiramente na própria lei, e mui raramente também fora dela."

Com efeito, vinculamos a ideia de função social à exploração do bem imóvel, à utilização do imóvel urbano, seja para fins de moradia ou de exploração comercial, seja pelo uso próprio ou cedido gratuita ou onerosamente a outrem.

O traço do tema é dado pelo art. 182 da CF/1988 ao dispor, no *caput* que a política de desenvolvimento urbano tem por fim ordenar o "pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e o bem-estar de seus habitantes". Além disso, em razão da competência municipal para a execução dessa tarefa, o legislador constitucional transferiu para o Plano Diretor de cada cidade a definição do que se deve cumprir para que a propriedade atenda a sua função social.[98]

De outra banda, as diretrizes gerais são traçadas pelo Estatuto da Cidade, promulgado na forma do disposto na Constituição Federal, como enunciado anteriormente.

---

98. O § 2.º do art. 182 determina que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor".

E dele extraímos a previsão de que o conjunto de normas que institui regula o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, ou seja, já se torna possível traçar alguns elementos que regem a exploração dos imóveis urbanos.

É certo afirmar, ainda, que a modificação percebida na esfera constitucional não ficaria alheia à nova legislação civil. E nesse ponto, é de ser aplaudida a redação do art. 1.228, §§ 1.º e 2.º, que determinam 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" e que "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem".

Embora não seja esta uma constante na nova Codificação Civil, verifica-se que, em alguns pontos, o legislador já procurou adequar o direito sobre a propriedade imobiliária à regulamentação constitucional, impondo limites à conduta do proprietário não mais fundados nas relações com os vizinhos, mas sim na relação com o meio, ficando obrigado a garantir, também no uso de seu bem, a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Assim ensina Regis Fernandes de Oliveira[99] "indiscutível que, hoje, a propriedade não fica à disposição de seu titular, como direito intocável e absoluto. Cede não só ante as exigências de vizinhança como também a normas de ordem pública que limitam o direito de propriedade. (…)

"Percebe-se nitidamente o caráter social das novas normas. Novos tempos que vão firmando os interesses coletivos e públicos acima dos individuais. Nesse passo, o Estado passa a titularizar os interesses públicos e, em consonância com o texto constitucional, pode ditar normas de restrição ao uso egoístico da propriedade. Tem ela, hoje, inequivocamente, cunho social, o que compatibiliza seu uso com os interesses públicos encampados no ordenamento normativo.

"Não se pode confundir a função social da propriedade, que diz respeito à própria estrutura do direito, com as limitações, que são restrições ao direito do proprietário".

Esta é a visão atual do direito de propriedade que retira de seu titular as prerrogativas individuais e absolutas, obrigando-o a dar destinação ao seu bem, não porque lhe gerará riquezas, mas sim porque contribuirá para o de-

99. Op. cit., p. 18.

senvolvimento da coletividade. O proprietário fica, então, obrigado a destinar seu bem ao benefício de todos vez que são estes os titulares do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Fazer com que a propriedade cumpra a sua função social é fazer com que o proprietário assuma uma posição ativa de bom e regular uso de seu bem. É fazer com que ele saia da passividade de não explorar seu bem como forma de obter ganhos e riquezas individuais ou com fins especulativos, e a ele impor o exercício de uma série de condutas que, independentemente de qualquer benefício individual que possam gerar, acarretam algum benefício para a sociedade.

O próprio desenvolvimento econômico passa pela função social da propriedade tendo por base o reconhecimento de que ela é um dos principais meios de obtenção de riquezas. É inevitável que a propriedade seja explorada economicamente para que haja o desenvolvimento socioeconômico em uma sociedade capitalista. O que não se admite, uma vez que a propriedade deve cumprir a sua função social, é que o proprietário promova uma exploração irregular e abusiva, ofensiva aos ditames constitucionais de proteção aos bens ambientais, porque ele perdeu por completo o denominado *jus abutendi*. Deve ele explorar seu bem tendo como premissa a necessidade e a garantia constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida de *todos*.

Nesse diapasão, Hely Lopes Meirelles[100] relata que "evoluímos, assim, da propriedade-direito para a propriedade-função. A Constituição de 1988, ao fixar os contornos do direito de propriedade, consolidou essa transformação: tanto o direito de propriedade quanto a sua função social foram incluídos entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, XXII e XXIII, da CF/1988).

"A função social da propriedade situa-se ainda como princípio da ordem econômica, ao lado do reconhecimento da propriedade privada (art. 170, II e III, da CF/1988).

"No que diz respeito à propriedade rural, a Constituição procurou dar os parâmetros de sua função social (art. 186 da CF/1988), o que não fez com relação à propriedade urbana. A esse respeito, o texto constitucional consigna que 'a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor' (art. 182, § 2.º, da CF/1988). Seguindo as disposições estabelecidas pela Lei 10.257/2001 –

100. Meirelles, Hely Lopes. Atual. Eurico de Andrade Azevedo, Adilson de Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno. *Direito de construir*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28-29.

Estatuto da Cidade –, o Plano Diretor vai estabelecer as diretrizes para o aproveitamento dos imóveis urbanos, de acordo com sua função no ordenamento da cidade. Convém lembrar, contudo, que o texto do art. 182, § 4.º, aponta, a *contrario sensu*, os lineamentos básicos da função social do imóvel urbano: deve estar edificado, ou utilizado adequadamente".

Vimos, por repetidas vezes, que o legislador constitucional não fez a definição de como a propriedade urbana cumpre a sua função social. Pelo inverso, nos remete ao Plano Diretor, obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes.

Não há, portanto, uma regra-padrão para atestar se determinada propriedade imobiliária atende ou não à função social; mas há, isto sim, um critério ou diretriz geral que permite não apenas verificar o cumprimento da função social, como também definir um norte para o plano diretor.

Concluímos, portanto, que o imóvel urbano cumpre a função social quando é explorado. Deixar o imóvel em abandono, sem edificação, sem conservação daquela existente, sem uso, seja decorrente de uso próprio, ou mesmo em razão de comodato ou locação, certamente é fazer com que o imóvel desatenda a função social e, com isso, possa ser o objeto que justificará a incidência de sanções legais ao seu titular. Deixar de atender à forma de exploração ou de ordenação do solo urbano, na forma que seja direcionada pelo Plano Diretor, é descumprir a função social, constitucionalmente determinada.

7.3 Da função social da propriedade e o Plano Diretor

A determinação extraída do texto constitucional indica que no Plano Diretor serão encontradas as formas pelas quais a propriedade imobiliária urbana cumprirá a sua função social.

A diretriz constitucional não afasta a aplicação da legislação federal de que trata.[101] A lei federal dá as orientações gerais a respeito da política urbana, remetendo para a legislação local a real e concreta ordenação da execução da política urbana.

Vale lembrar que "a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes". A citada redação do *caput* do art. 182

101. Dita lei federal, por inúmeras vezes mencionada, instituiu o Estatuto da Cidade – Lei 10.257, de 10.07.2001.

da CF/1988, se complementa pela previsão do § 2.º do mesmo dispositivo, ao determinar que a função social é cumprida quando atendidas as exigências fundamentais de ordenação da cidade, *expressas no plano diretor*.

A questão, portanto, é saber de que forma haverá o cumprimento da determinação constitucional que remete ao Plano Diretor a definição das diretrizes a serem atendidas pela propriedade urbana.

"O *Plano Diretor* ou *Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado*, como modernamente se diz, é o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante do Município, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo, desejado pela comunidade local. Deve ser a expressão das aspirações locais dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade-campo. É o instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada Municipalidade e, por isso mesmo, com supremacia sobre os outros para orientar toda atividade da Administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade."[102]

O Plano Diretor é obrigatório, nos termos do texto constitucional, por ser, efetivamente, um instrumento de política urbana. A sua obrigatoriedade está vinculada ao número de habitantes da cidade, 20 mil. Assim, aqueles locais que tenham menos de 20 mil habitantes não estão obrigados à elaboração e execução do Plano Diretor. Todavia, o fato de não estarem obrigados à elaboração do Plano Diretor em nada os desobriga de fazer com que seja cumprido o regramento constitucional de fazer com que a propriedade cumpra a sua função social, bem como de garantir a plena preservação do meio ambiente, neste caso, artificial. Isso quer dizer que terão que adotar outros mecanismos para o cumprimento das determinações constitucionais, como o efetivo exercício do poder de polícia ou mesmo a edição de normas de caráter administrativo/urbanístico de ordenação da cidade, cuja finalidade é, em verdade, garantir um meio ambiente adequado à sadia qualidade de vida e à dignidade da pessoa humana.

Vê-se, portanto, que não se pode ter por conclusão que a não obrigatoriedade de elaboração do Plano Diretor dispense o cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana. Pelo contrário, o cumprimento da função social independe da existência e das previsões do Plano Diretor porque se trata de um estado jurídico imposto ao proprietário em razão da garantia constitucional do direito de propriedade.

---

102. Meirelles, Hely Lopes. Op. cit., p. 114-115.

Retomam-se, portanto, as afirmações anteriores no sentido de que o atendimento da função social consiste em fazer com que a propriedade seja economicamente explorada, seja em razão das edificações que a ela sejam incorporadas, seja em razão da destinação residencial ou mesmo não residencial que lhe seja conferida em razão de uso próprio ou cessão a outrem.

Determina o art. 29 da CF/1988 que "o Município reger-se-á por lei orgânica", "atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos". Já que não são dotados do poder de elaborar a própria Constituição, como ocorre com os Estados – art. 25, CF/1988 – estão legitimados à adoção de sua lei orgânica, como forma de garantir a sua organização e fixar as normas necessárias à ordenação de seu território.

No mesmo dispositivo, encontramos a determinação de que entre os preceitos que dirigem os Municípios na elaboração de sua lei orgânica se encontram: "XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal; XIII – iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de pelo menos cinco por cento do eleitorado". Além disso, entre as competências elencadas no art. 30 da CF/1988, temos aos Municípios a atribuição para "VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual". Nota-se, por tais disposições, que é na esfera de atuação da municipalidade que se encontra a instituição e a execução de instrumentos indispensáveis à sua ordenação, sem que isso resulte em afastamento da aplicação da legislação federal ou mesmo do Estado membro em que se encontre seu território.

Vale lembrar que os atos de defesa e conservação do meio ambiente, independentemente de sua espécie, são comuns a qualquer ente da Federação, não sendo de competência exclusiva do Município por ter ele a competência para a elaboração do Plano Diretor.

A previsão quanto à elaboração do Plano Diretor e sua obrigatoriedade emanam diretamente do Texto Constitucional. No mesmo plano se apresenta a determinação de criação de uma lei federal que tratasse das normas gerais da política de desenvolvimento urbano.

A Lei 10.257/2001, atendendo à determinação constitucional, como se extrai da redação de seu art. 1.º, definiu o Plano Diretor como um dos elementos do planejamento urbano, integrantes dos instrumentos de política urbana, nos termos do art. 4.º, III, *a*, da Lei 10.257/2001.

O Plano Diretor é, por assim dizer, um eficiente mecanismo para o desenvolvimento das cidades posto que nele o Poder Público municipal poderá traçar as metas a serem cumpridas em razão das suas características próprias.

Em consonância e cópia ao disposto no art. 182 da CF/1988, o art. 39 da Lei 10.257/2001 determina que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2.º desta Lei".[103]

Marcos Maurício Toba,[104] ao tratar do Plano Diretor, comenta que "acresce-se a ele a ideia de que deve o Plano Diretor assegurar não apenas o cumprimento das diretrizes já expostas acima no art. 2.º deste diploma legal, como também o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas. Ao fazer referência expressa à função social da propriedade, o dispositivo retoma conceito fundamental para o próprio direito urbanístico. *A função social da propriedade condiciona a propriedade como um todo*" (grifo nosso).

Todavia, falsa será a afirmação de que todos os elementos necessários ao cumprimento da função social estarão atrelados ao Plano Diretor. Com efeito, a redação do art. 4.º da Lei 10.257/2001 claramente fornece outros mecanismos que farão com que a propriedade, de forma positiva ou negativa atenda a função social e garanta a sadia qualidade de vida aos moradores daquela cidade ou mesmo de outras que lhe sejam próximas.

A finalidade primordial do Estatuto da Cidade é regular "o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental" (art. 1.º, parágrafo único, da Lei 10.257/2001). Ora, se a propriedade atende a sua função social, certo é que

---

103. O art. 2.º da Lei 10.257/2001 prevê que "a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais." E seus 16 incisos trazem uma série de orientações acerca das orientações relativas aos meios pelos quais se terá por atendida a função social da propriedade urbana. Bom exemplo se encontra na previsão do inc. II, que trata da "gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, projetos e programas de desenvolvimento urbano".

104. Toba, Marcos Maurício. Do plano diretor. In: Medauar, Odete; Almeida, Fernando Dias Menezes de (coords.). Op. cit., p. 237-238.

faz com que sejam cumpridos os objetivos traçados pela lei federal. Para isso, o art. 4.º traz um conjunto de elementos exemplificativos acerca daquilo que pode ser adotado para o atendimento da ordem constitucional.

Surgem, pois, duas dúvidas, a saber:

a) se a previsão constitucional é de que "a propriedade urbana cumpre a função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor" (art. 182, § 2.º, da CF/1988), bastaria este instrumento para a completa definição daquilo que deve ser atendido pelo proprietário, dispensando-se as previsões estatutárias, que teriam, quiçá, caráter meramente supletivo?

b) Se não for cumprida a ordenação estipulada em lei, seja no Plano Diretor, seja no Estatuto, seja na definição de que a função social é uma cláusula geral, que se adequará às peculiaridades concretas, o que ocorrerá, então, com o proprietário?

O primeiro dos questionamentos será aqui tratado. O segundo, no próximo item do texto.

Entendemos que a determinação constitucional de que sejam tratados no Plano Diretor os meios pelos quais o proprietário dará cumprimento às determinações constitucionais decorre exatamente do fato de que é o Poder Público municipal que consegue estabelecer de forma plena e absoluta as necessidades de sua localidade porque bem a conhece. Impossível deixar a cargo exclusivamente da legislação federal a determinação daquilo que deve ser cumprido para que a propriedade cumpra a sua função social sob pena de haver um completo engessamento do desenvolvimento econômico e ambiental das cidades.

A busca por uma cidade sustentável, na forma do art. 2.º, I, da Lei 10.257/2001, está imediatamente ligada às políticas adotadas pela Administração Municipal em relação ao seu número de habitantes, atividades ali desenvolvidas, proporção do número de moradores da sua área rural e da sua área urbana, verificação do êxodo rural, entre outros inúmeros elementos que atestam o caráter multidisciplinar do planejamento do desenvolvimento urbano. Não pode a Municipalidade se distanciar da proteção dos habitantes das áreas urbanas ou das rurais como se uma delas não integrasse a sadia qualidade de vida de seus habitantes.

Assim, a normatização federal, ao lado do obrigatório Plano Diretor, serão os veículos de maior eficácia e segurança para a definição das políticas ambientais-urbanísticas de uma cidade. Entretanto, definir que um texto nor-

mativo se sobrepõe ao outro ou tem maior importância,[105] com todo respeito, é pretender fazer prevalecer a discussão política dos entes da Federação ao interesse dos indivíduos de ter o meio ambiente equilibrado, sob qualquer de suas formas, como "bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida". Vale lembrar que este é um direito de todos, ou seja, um direito que não tem a identificação de quem seja o seu titular e que deve, também, se fazer cumprir por todos.

A sustentabilidade da cidade, portanto, interessa a qualquer membro daquela localidade, bem como de outras, considerando o caráter intergeracional de qualquer das formas do meio ambiente. Como exemplo, permitir a degradação de certa cidade, é permitir a destruição do meio ambiente artificial porque neste momento o ofensor não o usa, mas desconsiderar o interesse não apenas das presentes, mas também das futuras gerações.

7.4 Do não cumprimento da função social da propriedade

Embora o tema mereça um tratamento bastante aprofundado, que lhe permitiria inclusive autonomia monográfica, não é esta a finalidade do presente trabalho.

Vimos acima que um dos questionamentos finais havia ficado sem resposta para que pudesse ser aqui tratado. Pois bem, vejamos.

O Texto Constitucional, entre as garantias individuais, determina que a propriedade deverá atender a sua função social. Dois são os direitos ali garantidos: o direito individual à propriedade, seja entendido como a qualidade de dono, seja entendido como o direito patrimonial individual e o dever decor-

105. Apenas a título complementar, Edésio Fernandes trata de tema em artigo publicado na obra *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*, sob o título Princípios, bases e desafios de uma política nacional de apoio à regularização fundiária sustentável. No texto, o autor trata da atividade desenvolvida pelos Municípios de forma ainda bastante precária e questiona qual será a atuação do Governo Federal, como se depreende do seguinte trecho: "Também a atuação do Governo Federal tem sido extremamente ineficiente. Até 2002, a despeito da existência de alguns programas de apoio e algumas linhas de financiamento para os Municípios, inexistia no âmbito federal uma política integrada e compreensiva acerca da questão. Reconhecendo a dimensão, a gravidade e as implicações do processo de desenvolvimento urbano informal, em 2003, o Governo Federal, através do Ministério das Cidades, pela primeira vez formulou uma política nacional sobre a questão, de forma a orientar os programas específicos, em todas as esferas governamentais, que visam à regularização dos assentamentos informais já consolidados em áreas urbanas", p. 312.

rente desse direito que é fazer com que ele atenda a sua função social. Não é possível, portanto, dissociar um objeto constitucionalmente definido do outro, como vimos até aqui.

Todavia, se eles não podem ser separados, como ficará a garantia constitucional do direito de propriedade se o titular não atender à ordem constitucional de fazer com que o seu bem cumpra a função social?

A norma jurídica não existe pelo simples fato de ser norma. Como regra geral, a norma posta ao cumprimento pelo grupo social carrega em seu teor um valor que deve ser respeitado por interessar a esse mesmo grupo.

Para a segurança do cumprimento de inúmeras normas, o próprio legislador se utiliza de mecanismos que garantirão essa meta, seja pela produção de efeitos negativos ao infrator, seja pelo temor de que estes efeitos sejam percebidos.[106]

No que tange à política urbana e ao cumprimento da função social da propriedade urbana, o legislador também tomou o cuidado de estipular efeitos negativos àquele que se abstenha do cumprimento da lei exatamente para garantir a sua finalidade maior, qual seja, o *direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*, aqui especialmente manifestado como meio ambiente artificial e o direito a cidades sustentáveis, *entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações*.

Permitir que o proprietário que não cumpre a função social não sofra qualquer punição ou restrição é declarar que o direito ao meio ambiente e à dignidade humana não precisam ser respeitados.

Com efeito, a primeira ordem de punições vem do âmbito constitucional. Embora a matéria dependa da previsão especial pela legislação municipal, a Lei Maior já determina por quais mecanismos aquele direito consagrado entre as garantias individuais – art. 5.º, XXII – perderá a especial proteção que lhe foi conferida.

A matéria regulada, portanto, no art. 182, § 4.º, CF/1988, tem efetivo caráter sancionatório ao proprietário que não atendeu aos parâmetros fixados no Plano Diretor. Mais do que isso, a grande redução do prazo para a aquisição do imóvel urbano, na forma do art. 183 da CF/1988, não deixa de apresentar um

106. Já foi por nós aqui tratada a finalidade da norma sancionatória e a sua ambivalência. Cf. 5.2.

caráter punitivo ao proprietário que não poderia mais se utilizar de uma longa omissão de 20 anos para que houvesse a perda da propriedade pelo usucapião. Com a drástica redução do prazo, o proprietário perde o seu direito, que será reconhecido em favor do prescribente em 5 anos, não apenas porque se quedou inerte e o outro exerceu posse com os atributos legais, mas sim porque o outro deu ao imóvel a destinação que ele mesmo deveria ter dado.

Ademais, vale registrar que alguns dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade como *instrumentos da política urbana* são, em verdade, elementos de punição ao proprietário, descumpridor da função social da propriedade, como forma de fazer com que ela seja cumprida.

Podemos, então, apresentar uma segunda análise quanto à ambivalência da norma punitiva.

A norma que impõe uma sanção, independentemente da natureza, tem caráter ambivalente porque é, simultaneamente, assecuratória do cumprimento da norma de comportamento de que trata (impõe ao membro do grupo social o temor quanto à efetiva incidência da sanção pelo descumprimento, o que faz com que a pessoa cumpra a norma para não ser punida), e punitiva àquele que descumpriu o preceito normativo e agora terá que adequar sua conduta aos efeitos da violação.

Por evidente que, em caso de violação de quaisquer normas de comportamento, não pode o transgressor receber o mesmo tratamento daqueles que a cumprem.

Todavia, pela natureza das normas que tratam da função social da propriedade privada urbana, não bastará a punição ao próprio infrator por si só porque isso não devolve aos prejudicados aquilo que deles foi tirado pela conduta ofensiva. É evidente que, em termos gerais, nem sempre será possível o cumprimento ou atendimento dessa meta. No entanto, aquilo que parece ser absolutamente impossível ou ao menos bastante remoto em relação aos ilícitos penais ou às ofensas a direitos da personalidade, pode se materializar com maior frequência no âmbito do descumprimento da função social da propriedade pelo imóvel urbano.

Assim, o proprietário que desatende a função social exigida pela Carta Magna, pode ser sucessivamente punido com a compulsoriedade de parcelamento ou edificação, incidência de IPTU progressivo no tempo e a perda do bem em razão de desapropriação, cujo pagamento se fará com títulos da dívida pública, resgatáveis no prazo de 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, na forma da lei. As punições aqui previstas – art. 182, § 4.º, CF/1988 – não produzem

seus efeitos exclusivamente ao proprietário inadimplente, pelo inverso podem acarretar um benefício à coletividade.

Isso quer dizer que, no momento da violação da norma que exigiu do proprietário o atendimento à função social, a punição que sobre ele incidirá não apenas lhe imporá uma diminuição patrimonial de alguma natureza, como poderá acarretar um benefício indireto àqueles que também indiretamente haviam sido prejudicados com a conduta do mau proprietário.

Apenas para exemplificar a hipótese, vejamos a incidência do IPTU, com progressividade temporal.

Os arts. 5.º e 7.º da Lei 10.257/2001 tratam das consequências decorrentes da inadequada utilização ou mesmo da não utilização do imóvel urbano, impondo, em uma segunda fase, a progressividade do imposto.

Os impostos, na classificação dos tributos, são espécies que não estão vinculadas a uma imediata atividade do ente tributante. A grande característica dos impostos é o fato de que a receita obtida com a sua arrecadação ingressa nos cofres públicos para o exercício de suas diversas atividades.

Ora, o ingresso de receitas maiores aos cofres públicos municipais *pode* permitir o cumprimento de outras funções que não seriam possíveis pela falta de verbas. E, nessas outras funções ou serviços, não podemos esquecer a necessidade de garantir os equipamentos públicos, um dos elementos componentes do meio ambiente artificial. Não que seja esta a finalidade de dita espécie tributária, muito pelo contrário; mas, ainda que de *forma indireta*, podem ser percebidos benefícios à estrutura das cidades.

"Os impostos representam, de forma objetiva, a parte mais substancial das receitas arrecadadas pelo Estado em países de estrutura capitalista. O produto arrecadado a título de impostos é, sem sombra de dúvida, bem mais representativo aos cofres públicos do que as receitas provenientes das taxas ou das contribuições de melhoria.

"Imposto, de acordo com o estipulado no art. 16 do CTN, vem a ser 'o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte'.

"Paga-se o imposto independentemente de qualquer prestação estatal específica direcionada ao contribuinte ou por ele provocada.

"Tendo em vista o fato de que o fim último da tributação no Brasil, conforme já afirmado, há que ser sempre a pessoa humana, e que os bens ambientais correspondem àqueles bens considerados, no plano normativo, como essenciais à sadia qualidade de vida, reprisamos que a definição jurídica de

bem ambiental está vinculada de forma direta e imediata não só à tutela da pessoa humana, mas antes à tutela da vida da pessoa humana com dignidade. Esta será preenchida de forma adequada de acorde com o preceito normativo indicado pelo legislador de 1988 no art. 6.º da Constituição Federal, com a implementação do que chamamos de piso vital mínimo."[107]

Assim, entendemos que os instrumentos de política urbana sempre terão por finalidade garantir a ordenação das cidades, a sua sustentabilidade, o bem-estar, a segurança e o bem coletivo dos cidadãos, além do equilíbrio ambiental, seja com imediato resultado benéfico na medida em que o proprietário atende aos ditames legais, seja em razão de um efeito reflexo, decorrente da punição legal imposta ao infrator.

Ainda que o instrumento tenha a finalidade punitiva ao descumpridor da função social da propriedade, não deixa de ser uma forma, ainda que indireta, de eleger o bem comum e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida e à dignidade da pessoa humana como fundamentos da ordenação das cidades.

8. Conclusão

A função social da propriedade está umbilicalmente ligada ao direito de propriedade, garantido pela Carta Magna.

Embora seja reconhecido o surgimento anterior do dever de fazer com que a propriedade cumpra a sua função social, o proprietário urbano somente se viu efetivamente constrangido a tanto com o advento da ordem Constitucional de 1988 e com a edição do Estatuto da Cidade.

Infelizmente, o impacto que seria percebido com a nova ordenação legal ainda não foi plenamente percebido. Entretanto, já se pode verificar a adoção de uma postura diferenciada também do Poder Público em relação às determinações constitucionais e legais para a garantia desse atributo.

De qualquer forma, pudemos atestar a grande modificação que foi imposta ao conteúdo do direito de propriedade com o decorrer dos anos na medida em que cai por terra aquela visão extremamente patrimonialista, individual e egoísta, que fundamentou a influência do Direito Civil francês em outras tantas codificações e entra em seu lugar um direito cujo conteúdo é o bem coletivo, é o atendimento às necessidades do grupo social.

---

107. Fiorillo, Celso Antonio Pacheco; Ferreira, Renata Marques. *Direito ambiental tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 55-56.

Desaparece a ideia de direito por si só, como um poder de agir livre em favor de quem seja o seu titular para fazer com que a propriedade seja o objeto de uma relação jurídica entre o seu titular e quaisquer outras pessoas, independentemente de uma identificação imediata ou não. O proprietário se vê obrigado a fazer cumprir a função social porque este é um débito que tem em relação aos membros do grupo social.

Ao lado da nova conformação do direito de propriedade, nascem a garantia ao meio ambiente e o direito à vida digna. Não há como estudar qualquer destes elementos sem que um influencie os outros.

A estipulação de que a propriedade cumpra a função social, com a qualificação de uma garantia fundamental, é uma necessária forma de garantir aos moradores ou habitantes de uma cidade o direito constitucionalmente previsto ao meio ambiente equilibrado.

Ver cumprido o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida é fazer cumprir o fundamento da República Federativa do Brasil de garantir dignidade humana.

Entendemos, portanto, que independentemente da espécie de bem, independentemente de ser um bem público ou privado, aquele que for assim qualificado tem o dever constitucional de dar destinação ao seu bem como forma de garantir o direito de todos a uma cidade sustentável, ao meio ambiente artificial ecologicamente equilibrado.

Ademais, o fato de a função social da propriedade ser uma cláusula geral, ou seja, um conceito dotado de tamanha generalidade que não permite uma estrita definição, em nada prejudica o dever de fazer cumprir a disposição constitucional. Pelo contrário, a vagueza do conceito em muito facilita o seu cumprimento na medida em que impede a estrita definição do que deve ser feito pelo proprietário em qualquer ponto do território nacional.

Para isso, houve por bem o legislador em delegar ao Poder Público municipal a complementaridade da estipulação das formas pelas quais haverá o cumprimento da política urbana por conta das necessidades da sua população, de seu território e dos critérios necessários à definição local de sustentabilidade.

Todavia, qualquer que seja a fonte normativa, seja o Plano Diretor, seja o Estatuto da Cidade, seja a previsão constitucional, certo é afirmar que não haverá por cumprida a função social da propriedade que não seja por qualquer forma explorada.

É um dever que se impõe ao proprietário de promover alguma exploração de seu bem como forma de garantir o benefício dos demais membros de seu

grupo. Deixá-lo às margens da incidência normativa é permitir que se aproveite de sua própria omissão para perceber um benefício repudiado pela ordem jurídica.

Deve dar destinação ao seu bem para garantir, dentro do possível, que o desenvolvimento da cidade, de forma sustentada, gere seus benefícios aos demais cidadãos.

9. Bibliografia

Albuquerque, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Alfonsin, Betânia de Moraes; Fernandes, Edésio. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Alves, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: Ed. RT, 1992.

Araújo, Luiz Alberto David; Nunes Jr., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Barros Monteiro, Washington de. *Curso de direito civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 3.

Bertan, José Neure. *Propriedade privada & função social*. Curitiba: Juruá, 2006.

Cavalazzi Filho, Tulio. *A função social da empresa e seu fundamento constitucional*. Florianópolis: Ed. OAB-SC, 2006.

Cretella Júnior, José. *Curso de direito romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Dallari, Adilson Abreu; Ferraz, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 4.

_____. *O estado atual do biodireito*. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Fernandes, Edésio. *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direito às cidades sustentáveis no âmbito da tutela constitucional do meio ambiente artificial e o IPTU progressivo no tempo como instrumento da política urbana em face do direito ambiental tributário. Disponível em: [www.fiorillo.com.br].

_____. *O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Estatuto da Cidade comentado*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____. Natureza jurídica da cidade em face do direito ambiental constitucional e da Lei n. 10.257/2001 – Lei do Ambiente Artificial. Disponível em: [www.fiorillo.com.br].

_____. Natureza jurídica da favela no direito ambiental brasileiro e sua tutela vinculada ao meio ambiente artificial. Disponível em: [www.fiorillo.com.br].

_____. A natureza jurídica do bem ambiental. Disponível em: [http://fiorillo.com.br].

_____. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____; Ferreira, Renata Marques. *Direito ambiental tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Francisco, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 2001.

Fucci, Paulo Eduardo. *Condomínio, Estatuto da Cidade e o novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 2003.

Gasparini, Diógenes. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002.

Gomes, Sebastião Valdir. *Direito ambiental brasileiro*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

Jorge Jr., Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Mattos, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003.

Medauar, Odete; Almeida, Fernando Dias Menezes de (coords.). *Estatuto da Cidade*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito de construir*. 5. ed. atual. Eurico de Andrade Azevedo, Adilson de Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno. São Paulo: Malheiros, 2005.

Moraes, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Mukai, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2006.

_____. *O Estatuto da Cidade: anotações à Lei n. 10.257, de 10.07.2001*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Nery, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Nunes, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Oliveira, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Papa João XXIII. *Mater et Magistra*. 12. ed. São Paulo: Paulinas, 2004.

Papa Leão XIII. *Rerum Novarum*. 15. ed. São Paulo: Paulinas, 2005.

Papa Pio XI. *Quadragesimo Anno*. 5. ed. São Paulo: Paulinas, 2004.

Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. IV.

Pezzella, Maria Cristina Cereser. *A propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1998.

Pipes, Richard. *Propriedade e liberdade*. Trad. Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.

Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Direito ambiental constitucional*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Tartuce, Flávio. *Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

Venosa, Silvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2003. vol. I e V.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A extrafiscalidade do IPTU progressivo no tempo: uma análise a partir da lei do meio ambiente artificial, de Daniela Gomes e Natália Gomes – *RDA* 56/34;
- A função social da propriedade como cláusula geral, de Valter Nazareno Farias – *RDPriv* 32/287;
- A função social da propriedade e a proteção do bem ambiental cultural, de Eliane Elias Mateus – *RDA* 49/101;
- Aplicação prática do conceito de função social da propriedade urbana e proteção ambiental: estudo de caso na bacia hidrográfica do Guarapiranga-SP, de Ana Luiza Silva Spínola Krings – *RDA* 39/11;
- Considerações acerca do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, de Daniela Vasconcellos Gomes – *RDA* 55/25; e
- Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, de Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita – *RT* 860/91.

Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições

3

Wanderli Acillo Gaetti

Pós-graduado em Direito Notarial e Registral pela Escola Paulista de Direito – EPD. Ex-Delegado da Policia Federal. Juiz de Direito aposentado do TJSP. Membro do GAJ – Grupo de Apoio ao Judiciário. Advogado.

Área do Direito: Imobiliário e Registral

Resumo: Trata-se de trabalho meditado e científico que, longe da pretensão de exaurir o tema, método inadequado ao Direito, o qual se caracteriza, precipuamente, pela incidência no mundo dos fatos da dinâmica social e que está a exigir, a cada momento, um ajustamento mais amoldado à realidade, aspira demonstrar a viabilidade, os benefícios e restrições do Condomínio de lotes. O esforço é mostrar que este tipo de empreendimento imobiliário já existe de fato, e que as cogitações vacilantes na doutrina, e a recalcitrância da jurisprudência em reconhecê-lo como desdobramento de incorporação em novas incorporações, se deve ao fato de, ainda, não haver legislação própria que o regule. Por isso, propugnamos por uma legislação específica, que venha regulamentar este novo tipo de empreendimento imobiliário. Não é o excesso de condicionantes, na legislação urbanística, estabelecidas pelo poder público de muitas cidades brasileiras, que vem desestimulando projetos de investimento nesta área, mas, a falta de norma clara, que sirva de parâmetro para este novo tipo

Abstract: This work has been meditated upon just as it has been the subject of scientific thought, but far from claiming to exhaust the topic – an unsuitable method to be applied to Law, which is essentially characterized by the incidence of social dynamics in the world of facts, and which at every single moment demands an adjustment more shaped to reality –, it rather wishes to demonstrate the feasibility, the benefits and the restrictions pertaining to Condominium of lots. The attempt, here, is to show that this type of real estate development already exists in fact, and that the hesitating considerations set forth in our legal writings, as well as case law recalcitrance in recognizing it as the unfolding of one particular development into new developments do result from the fact that, as yet, no express legislation has been passed to regulate it. Our struggle, therefore, seeks to have specific laws to lay down the rules necessary to govern this new type of real estate project. It is not the excess of limitations stipulated in urban laws provided by government

de projeto. É a ausência de uma legislação específica, que venha balizar, de vez, os passos do investidor imobiliário. Esta carência é que, não só tolhe o poder criativo dos projetistas, como limita a ação de inibidos empreendedores, que para regularizar seu projeto, conceberem soluções criativas, e para vê-lo legalizado praticam verdadeiros atos de contorcionistas jurídicos, muitas vezes numa inútil maratona.

authorities of many Brazilian cities that has been discouraging investment projects that could be made in this area, but the lack of clear rules that would serve as parameters for this new type of project. It is also the lack of specific laws that would, once and for all, set the limits of steps taken by real estate investors. This deficiency not only hinders the creative power of real estate designers, but also restricts the actions of more reserved entrepreneurs, which in order to cure the irregularities of their projects conceive creative solutions, and to have them legalized perform true acts of legal contortionists, many times resulting in a useless marathon.

PALAVRAS-CHAVE: Parcelamento – Lotes – Solo – Condomínio – Loteamento.

KEYWORDS: Installment – Lots – Soil – Condominium – Parts of lots.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Do parcelamento do solo: 2.1 Algumas considerações – 3. Do loteamento: 3.1 Do desmembramento; 3.2 Loteamentos convencionais fechados – 4. Condomínio: 4.1 Conceito; 4.2 Escorço histórico; 4.3 Modalidades: 4.3.1 Condomínio voluntário; 4.3.2 Condomínio eventual; 4.3.3 Condomínio necessário – 5. Condomínio edilício: 5.1 Natureza jurídica; 5.2 Unidade autônoma; 5.3 Da extinção do condomínio – 6. Condomínio de casas ou condomínio deitado: 6.1 Patrimônio de afetação; 6.2 Loteamento *vs.* condomínio de casas – 7. Condomínio de lotes: 7.1 Instituição. Requisitos – 8. Síntese – 9. Conclusão – 10. Referências bibliográficas.

"As mentes inteligentes falam de ideias, as medianas de eventos e as primárias de pessoas."
ALBERT EINSTEIN.

1. INTRODUÇÃO

Sem dúvida, projetos[1-2] de empreendimentos habitacionais, que poderiam existir, ficam embaraçados, restritos a poucas realizações, à medida que em-

1. Monografia desenvolvida como projeto final para a disciplina Direito Registrense e apresentada ao curso de especialização em Direito Registral da Escola Paulista de Direito como parte das exigências para obtenção do título de especialista.
2. Dedico esta monografia a Juliana, a Mariana, a Luciana, minhas amadas filhas, a Valter e Maicon, meus genros, e em especial à Anna Beatriz, neta adorada.

preendedores são constrangidos a aceitarem soluções caseiras e a "acomodar" planos à lei vigente, se quiserem levar a bom termo a seus desígnios.

Condomínio de lotes já é fato consumado. Devemos nos conscientizar disso. No mundo jurídico primeiro ocorrem os fenômenos sociais, depois, a lei a regulamentá-los. Deste modo só se porá cobro a este estado de coisas, e uma solução plausível e benéfica a todos, quando o legislador, reconhecendo a existência dessa realidade, aprovar uma lei específica.

Esta nova lei será, sem dúvida, mais uma das muitas ferramentas, que o empreendedor imobiliário, terá a sua disposição para projetar empreendimentos, sem abalo, nem dúvida, seguro de estar fazendo a coisa certa, e livre para escolher: ou realizar uma incorporação nos moldes tradicionais, onde se responsabilize não só por toda a infraestrutura[3] do empreendimento, pelo espaço comum, pelas áreas de circulação e outras, além, de ser o responsável direto pela construção das unidades autônomas, ou, ao invés disso, ter a faculdade de delegar ao comprador o poder de decisão relativo a padrões de conforto da construção na sua unidade autônoma, deixando livre a imaginação de seus projetistas.

É inexorável que o progresso ocasione, vez ou outra, certo desconforto como a urbanização desordenada, que traz à ordem estrutural e social das cidades consequência negativa. Não é menos exato que o processo de criação ou de desenvolvimento de organismos urbanos, fenômeno caracterizado pela concentração, cada vez mais densa de população, em aglomerações de caráter urbano, sempre trará consigo a deficiência do sistema de transportes, o congestionamento do trânsito de veículos automotores, a proliferação de habitações subnormais, a impermeabilização do solo e ocupação de áreas de várzea, oca-

---

A ti, Elizabete, dadivosa companheira, mulher de dedicada generosidade, vital inspiradora das minhas horas, incansável guerreira, meu anjo de guarda, que nos momentos difíceis, desta minha árdua jornada, jamais negou ajuda, não dedico esta obra, mas, minha vida é que, quando o coração encontra o que procura, sorri!

Agradecimentos: Minha gratidão aos amigos Marcelo Augusto Santana de Melo, Jeanett Scapin Dalarossa Amatuzzi e Ronaldo Adriano Flauzino pela crítica, incentivo e pela inestimável ajuda.

3. Lei 6.766/1979:
"Art. 2.º (...)
§ 5.º Consideram-se infraestrutura básica os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável, e de energia elétrica pública e domiciliar e as vias de circulação pavimentadas ou não" (Incluído pela Lei 9.785/1999).

sionando inundações periódicas, além da deficiência no saneamento básico, ocasionando a degradação de áreas públicas invadidas e a reboque de tudo isto, praga bíblica, a violência urbana a campear solta.

A baixa qualidade de vida nas grandes metrópoles como São Paulo é fruto oriundo dessa descomedida e desordenada ocupação do solo nos grandes centros urbanos. Por isso e pela violência urbana, o setor empresário do ramo imobiliário decidiu erigir não só moradias cômodas, com algum luxo, mas, principalmente em lugares seguros. Há uma multiplicação discreta da modalidade de parcelamento de solo urbano: os "loteamentos fechados" (adrede confundido com condomínios fechados), com características, que os diferem dos convencionais, implantados de preferência na periferia das metrópoles ou mesmo fora do perímetro urbano. São empreendimentos cercados por muros, com guaritas nas entradas, fechadas por cancelas, com agentes privados de segurança em vigília, permitindo o ingresso somente aos residentes ou às pessoas por estes autorizadas, controlando o acesso de estranhos mediante prévia identificação. Há que observar que todo este "tipo" de condomínio reflete uma realidade fática incontestável. Nenhum deles tem existência fundada em lei específica.

Os loteamentos fechados, germe dos condomínios de lotes, tiveram uma gestação lenta, mas progressiva, empurrando a legislação urbanística e civil de encontro à parede, concebidas na prática reiterada, na tentativa de fugir da violência, usando do instinto de autodefesa social e pessoal.

Nessa monografia trabalharemos conceitos e distinções; realizaremos análise do tema, apresentando ao caro leitor um panorama menos obscuro, com o precípuo objetivo de alumiar fatos e encarecer a necessidade da edição de norma, que ponha legalidade neste novato tipo de empreendimento imobiliário.

Analisaremos os genuínos condomínios de casas térreas ou assobradadas previstos no art. 8.º da Lei 4.591/1964, para que seus contornos sirvam de gancho para que se demonstre a real parecença entre o instituto do loteamento e do condomínio de lotes, identificados por profissionais ligados ao comércio imobiliário e reconhecidos pela doutrina.

2. Do parcelamento do solo

2.1 Algumas considerações

A lei que regula o parcelamento do solo urbano é a Lei 6.766/1979, alterada pela Lei 9.785/1999, que realizou importantes modificações para fins

urbanos, mudando substancialmente o papel das Prefeituras na análise do projeto de parcelamento. Este tipo de parcelamento de solo urbano deve ser aberto e não deve haver senão muros de fecho individuais, apenas nos lotes. Não há controle de acesso, e o sistema de segurança é público, restrito a cada lote. Seus espaços são públicos. No momento de sua implantação certas partes da gleba original, imóvel, que até então era particular, são trasladadas ao município e se tornam bem público. Neste tipo de empreendimento o imposto predial e territorial urbana, o IPTU, incide apenas às áreas de cada lote.

O projeto, a implantação de infraestrutura, tudo é obrigação dos empreendedores, que é doada à Prefeitura Municipal no exato momento de sua implantação. A gestão, manutenção e despesa com a infraestrutura são custeadas, totalmente pelo Município. As áreas verdes, de lazer e institucionais são todas públicas, doadas que foram ao Município que se torna o único responsável pela manutenção das mesmas.

Deste modo, o objeto do direito de propriedade anterior, que é a gleba deixar de existir, sendo prerrogativa do proprietário da área de terra não urbanizada o seu parcelamento em lotes. A divisão terá como efeito imediato à constituição de novos direitos de propriedade, agora sobre os lotes produzidos e de terrenos transmitidos ao domínio do Município.

O parcelamento do solo, decorrência natural do direito de propriedade, se apresenta sob as formas de loteamento e desmembramento. São operações realizadas em áreas urbanas ou de expansão urbana pelo Estado ou por particulares.

O objetivo do parcelamento do solo é sua ocupação para que nele se desenvolvam diferentes atividades urbanas, com a concentração equilibrada destas atividades e de pessoas no Município, estimulando e orientando o desenvolvimento urbano, rural e industrial no município, mediante controle do uso e aproveitamento do solo.

O Município é o ente público competente para gerenciar urbanisticamente o parcelamento do solo.[4] Este poder de gerenciamento urbano é um controle instrumental de ordenação territorial, estando esta política de desenvolvimen-

4. CF/1988, art. 30. "Compete aos Municípios:
(...)
VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano."

to urbano conforme com as diretrizes gerais fixadas no plano diretor do Município.[5]

Este poder de controle é exteriorizado num ato de administração pública. Serve para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, e garantir o bem-estar de seus habitantes. Tem como objetivo essencial assegurar que o novo empreendimento se integre, de forma harmônica, ao conjunto da cidade, segundo critérios técnicos de urbanismo, para que a propriedade siga seu destino e cumpra seu papel social.

Há que se fazer, todavia, diferenciação entre aspectos urbanísticos e cíveis na atividade de parcelamento do solo. A questão da titularidade do imóvel não deve e não é apreciada pela municipalidade, mas, pelo oficial de registro de imóveis.

O Município não pode ter, e não tem a menor interferência em relação à administração das alterações e transmissões do direito de propriedade. Esta matéria, por lei, é afeta, e com exclusividade àquele oficial de registro de imóveis, autoridade única que cuida e fiscaliza os aspectos cíveis do parcelamento do solo. É a única autoridade competente para conhecer a matéria, que diz respeito à substituição da propriedade sobre uma gleba, pela propriedade sobre um conjunto de lotes, e à posterior transferência dos lotes aos seus adquirentes, e áreas públicas. Trata-se do poder-dever de analise da documentação apresentada pelo loteador. É a ele a quem compete assegurar, pela fé pública, que a constituição destes novos direitos de propriedade sobre os lotes tem a concordância do proprietário da gleba, área esta que deixará de existir. São os oficiais de registro de imóveis, delegados subordinados, administrativamente, aos Tribunais de Justiça de cada Estado, quem detêm, com exclusividade, o poder, a competência para administração das alterações e transmissões do direito de propriedade.

É de relevante importância se faça esta distinção entre aptidão da Municipalidade e dos oficiais de registro de imóveis de apreciar e resolver matérias tabulares. Quanto o assunto envolve a titularidade de terras urbanas e rurais,

---

5. CF/1988, art. 182. "A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.
§ 1.º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana."

quem tem a capacidade, a habilidade, a aptidão, de apreciar e resolve todas as disputas é o Poder Judiciário, jamais, a Municipalidade.

3. Do loteamento

3.1 Do desmembramento

O saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles definia loteamento urbano como "... a divisão voluntária do solo em unidades (lotes) com abertura de vias e logradouros públicos, na forma da legislação pertinente. Distingue-se do desmembramento, que é a simples divisão da área urbana ou a urbanizar, com aproveitamento das vias públicas existentes".

Loteamento é a subdivisão de uma área de terra, não urbanizada, em unidades de terreno, servidas de infraestrutura básica, cujas dimensões atendem aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor, ou lei municipal, para a zona em que se situe, destinada à edificação e com abertura de novas vias de circulação, logradouros públicos, modificação ou ampliação de vias existentes, ou seu prolongamento.

Como se percebe no desmembramento é também ocorre uma subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação. O que o diferencia do loteamento é que no desmembramento há o aproveitamento do sistema viário existente, e que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos.

Ambos, tanto loteamento quanto desmembramento são espécies do gênero parcelamento. Neles há, necessariamente, uma cisão em lotes,[6] de área determinada, com destinação definida de neles ser erigida edificação.

A diferença está em que no loteamento há abertura de vias de circulação, de logradouros públicos, que até então não existiam, e no desmembramento haverá, forçosamente, o aproveitamento do sistema viário ou prolongamento do já existente, ou mesmo sua modificação ou ampliação. Mas, em ambos o que se faz é um repartimento em lotes de uma porção de terreno, que, pela subdivisão, irá se constituir em novas propriedades, com o fim precípuo de nelas se edificar construção.

---

6. Lote é o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe (§ 4.º do art. 2.º da Lei 6.766/1979). É a porção de terra, autônoma, que resulta de loteamento ou desmembramento, e cuja testada é voltada para logradouro público reconhecido ou projetado (De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997).

Infraestrutura básica de empreendimento imobiliário são as obras obrigatórias em quaisquer empreendimentos imobiliários de parcelamento de solo, seja em loteamento, seja em condomínio edilício. São os equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável, e de energia elétrica pública e domiciliar, e as vias de circulação pavimentadas ou não.

O empreendedor ao investir em um loteamento, deverá ter a cautela de, antes mesmo da elaboração do seu projeto, dirigir-se à Prefeitura Municipal e solicitar a aprovação do projeto, cuja definição deve estar conforme com as diretrizes para o uso do solo, com traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres, e áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário.

Para a regularização do empreendimento basta que o interessado se dirija à Prefeitura local e requeira, por escrito, a aprovação do projeto, devendo juntar planta, que indique o tipo de uso predominante a que o loteamento se destina, as características, dimensões e localização das zonas de uso contíguas. Além disso, deve conter delineadas as divisas da gleba a ser loteada; curvas de nível à distância adequada, se exigidas por lei estadual ou municipal é necessário indicar a localização de cursos d'água, bosques e construções existentes. Deve estar indicado o local do arruamento contíguo a todo o perímetro, a localização das vias de comunicação, das áreas livres, dos equipamentos urbanos e comunitários existentes no local ou em suas adjacências, com as respectivas distâncias da área a ser loteada. Aprovado pela administração municipal o projeto, em seguida serão ser ouvidas as demais autoridades competentes.

No Estado de São Paulo todo projeto de loteamento e desmembramento, se o empreendimento estiver em área urbana, será submetido à avaliação pelo Grupo de Análise e Aprovação de Projetos Habitacionais – Graprohab. Se a gleba estiver localizada em zona rural, é o Incra que será consultado e deverá ser ouvido.

O pedido de registro no RI deve vir sempre acompanhado dos documentos relacionados nos incisos do art. 18 da Lei 6.766/1979.

São necessários sejam anexados, com relação ao imóvel, os seguintes documentos:

– Título de propriedade do imóvel ou certidão da matrícula;[7]

7. A lei dispensa, quando se tratar de parcelamento popular destinado às classes de menor renda, e se for declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e imissão provisória na posse, promovida pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar

– Histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 (vinte) anos, acompanhado dos respectivos comprovantes;

– Certidões negativas de tributos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o imóvel; referentes a ações reais referentes ao imóvel, pelo período de 10 (dez) anos;

– Certidão de ônus reais relativos ao imóvel;

– Cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas por legislação municipal; cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Administração Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas por legislação municipal[8] ou de aprovação de um cronograma, com a duração máxima de quatro anos, acompanhado de competente instrumento de garantia à execução das obras.

Com relação ao loteador, a lei determina que o interessado no parcelamento da gleba deva apresentar, para exame do Oficial do Registro de Imóveis competente, além de outros, os seguintes documentos:

– Certidões negativas de ações penais com respeito ao crime contra o patrimônio e contra a administração pública; de ações reais referentes ao imóvel, pelo período de 10 (dez) anos;

– Certidões dos cartórios de protestos de títulos, em nome do loteador, pelo período de 10 (dez) anos de ações pessoais relativas ao loteador, pelo período de 10 (dez) anos; de ações penais contra o loteador, pelo período de 10 (dez) anos;[9]

---

projetos de habitação a juntada de título de propriedade ou certidão de matrícula do imóvel. O pedido de registro do parcelamento deverá ser instruído também com cópias autênticas da decisão, que tenha concedido à imissão provisória na posse, do decreto de desapropriação, do comprovante de sua publicação na imprensa oficial. Quando o pedido for formulado por entidades delegadas é indispensável à juntada da lei de criação e de seus atos constitutivos.

8. São consideradas obras mínimas: a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais.
9. Estes períodos de tempo terão como base a data do pedido de registro do loteamento, devendo todas elas serem extraídas em nome daqueles que, nos mencionados períodos, tenham sido titulares de direitos reais sobre o imóvel.

– Declaração do cônjuge do requerente consentindo no registro do loteamento. A assinatura da concedente deve ser autenticada, se for permissão em instrumento particular.[10]

O oficial do registro de imóveis a quem se endereça o requerimento de registro examina a documentação apresentada, se em ordem, comunicará à Municipalidade a existência do pedido de registro. Ato contínuo fará publicar edital por 3 (três) dias consecutivos, em resumo, acompanha pequeno desenho de localização da área, para dar oportunidade para que eventual prejudicado, no prazo assinalado de 15 (quinze) dias, contados da data da última publicação, possa impugnar o projeto de loteamento.[11]

Findo o prazo assinalado, sem que haja qualquer impugnação, o oficial fará, de imediato, o registro do loteamento por extrato no livro próprio, com uma indicação para cada lote, a averbação das alterações, a abertura de ruas e praças e as áreas destinadas a espaços livres ou a equipamentos urbanos. Registrado o loteamento, o oficial de registro comunicará, por certidão, o registro à Municipalidade.[12]

Se houver impugnação de terceiros, o oficial do registro de imóveis intimará o requerente, o Município, ou o Distrito Federal, quando for o caso, que devem se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de arquivamento do processo. O processo instruído com tais manifestações será enviado ao juiz competente para decisão. O juiz decidirá de plano, ou depois da instrução sumária, com vista ao representante do Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias. Em matéria que exija maior indagação o procedimento será o ordinário.

---

10. A lei civil não permite que cônjuges nenhum, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, aliene ou grave de ônus real os bens imóveis pertencentes ao casal. A falta dessa autorização torna anulável o ato praticado, podendo o cônjuge prejudicado pleitear a anulação do ato, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal (art. 1.647, I, e art. 1.649, do CC/2002).

11. Nas capitais a publicação do edital se faz no *Diário Oficial do Estado* e num dos jornais de circulação diária. Nos demais municípios, a publicação se fará apenas num dos jornais locais, se houver, ou, não havendo, em jornal da região.

12. O registro do loteamento deve estar conforme a lei do parcelamento de solo urbano (Lei 6.766/1979). Se porventura, o oficial do registro de imóveis vier a efetuar o registro de imóveis em desacordo com as exigências da lei, ficará sujeito, além do pagamento de uma multa equivalente a 10 (dez) vezes os emolumentos regimentais fixados para o registro, na época em que for aplicada, a penalidade imposta pelo juiz corregedor do cartório, além das sanções penais e administrativas cabíveis.

A execução das obras do loteamento só terá início com a aprovação do plano do loteamento, registrado no Registro de Imóveis competente. Caso contrário, o responsável responderá pela praticar crime contra administração pública.

O Empreendedor que inicia loteamento, desmembramento do solo, sem autorização do órgão público competente, sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença, e em desacordo com as disposições de lei, normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios, pratica crime contra a Administração Pública.

"A pena para este tipo de crime varia de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País."[13]

Deste modo, quem propagar afirmação falsa ou ocultar de forma dolosa fato relativo à legalidade de loteamento ou desmembramento, seja em proposta, contrato, prospecto ou comunicação pública, estará praticando o mesmo delito, incurso, em consequência, nas mesmas penas.

Para ser considerado regular, e assim poder ser comercializado, qualquer empreendimento imobiliário tem de estar registrado no Registro de Imóveis competente.

Enquanto não estiver registrado o projeto de empreendimento, nem o empreendedor, ou seu preposto, não poderá sequer prometer venda, reservar lote, tanto verbal quanto através de quaisquer outros instrumentos, que manifestem a intenção de vender lote em seu empreendimento, sob pena de estar praticando crime contra a Administração Pública, na forma qualificada.

"A pena para este tipo de crime é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País."

Da mesma forma há a possibilidade do crime ser considerado qualificado se houver contrato de promessa com reserva de lote, ou ainda, se a "venda" for baseada em título de propriedade ilegítimo, ou se o agente agir com dissimulação, ou mesmo ocultar de forma fraudulenta fato a ele relativo, a pena a se aplicar poderá ser ampliada.

Raro, incomum, porém, será conseguir o loteador registrar loteamento, ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes, assim como obter registro de compromisso de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de direitos, ou efetuar registro de contrato de venda de loteamento ou desmem-

13. Art. 50 da Lei 6.766/1979.

bramento. Isto porque o oficial de Registro de Imóveis é cioso de seu mister, e não pratica, de forma abusada, ato algum contra a lei.

Sabe que não é só o loteador quem estará sujeito a essas penas, mas, também, ele próprio. Todo Oficial do Registro de Imóveis é responsável. Tem plena consciência de que, se assim agir, praticará o fato típico descrito no crime contra a administração pública, estando sujeito à mesma pena de detenção, cumulada com multa, sem prejuízo das severas sanções administrativas.[14]

A intransigência do legislador visa proteger a sociedade como um todo, e em especial, pessoas de parcas posses, que venham adquirir, à custa de enormes sacrifícios, seu imóvel, nestes empreendimentos imobiliários.

As áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público no loteamento, devem ser proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem.

A dimensão mínima de área que um lote pode apresentar será 125 m² (cento e vinte e cinco metros quadrados), com uma frente de no mínimo 5 (cinco) metros, se a legislação estadual ou municipal não determinar maiores exigências, mesmo quando o loteamento se destinar à urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovado pelos órgãos públicos competentes.

Nos empreendimentos localizados ao longo de águas correntes, ou dormentes, e de faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatório a reserva de faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado do parcelamento, isto se legislação específica não for mais exigente.[15]

O Poder Público competente exigirá que, em cada loteamento, a faixa *non aedificandi* seja destinada a receber os equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado.

Em todo loteamento as vias de acesso existentes ou projetadas, devem harmonizar-se com a topografia local e se articulares com as vias adjacentes ofi-

---

14. Arts. 51 e 52 da Lei 6.766/1979.

15. Lei 6.766/1979, art. 4.º:
"(...)
§ 3.º Se necessária, a reserva de faixa não edificável vinculada a dutovias será exigida no âmbito do respectivo licenciamento ambiental, observados critérios e parâmetros que garantam a segurança da população e a proteção do meio ambiente, conforme estabelecido nas normas técnicas pertinentes."

ciais. A ocupação do solo terá seu uso permitido e índices urbanísticos de parcelamento fixados e definidos pela legislação municipal para cada zona em que se divida o território do Município, e que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento.

3.2 Loteamentos convencionais fechados

Passemos agora a uma análise perfunctória dos loteamentos convencionais, fechados por obra exclusiva do loteador ou de associação de moradores.

Já se viu que este tipo de empreendimento imobiliário, os "loteamentos fechados", juridicamente, não existe. Não vige legislação alguma, que regule esta mescla de condomínio e de loteamento.

Nos "loteamentos fechados" as exigências tanto da Lei 6.766/1979, como os comandos da Lei 4.591/1964 estão relegadas, banidas que foram pelo empreendedor. Ele não assume, como preceitua o art. 8.º desse diploma, a obrigação de edificar as casas. O acesso é controlado. Para evitar o acesso a quem quer que seja ao "condomínio" ele é todo cercado, sendo suas entradas bloqueadas a estranhos, sendo que as áreas comuns são cercadas, a impedir seu uso normal por qualquer pessoa. Na esmagadora maioria autorizada por lei municipal.

Neste tipo de empreendimento o uso de bens comuns são utilizados com exclusividade por pessoas determinadas, mediante título jurídico conferido individualmente pela Administração, por ato ou contrato, mediante autorização legal ou regulamentar, ou através de consentimento pela autoridade competente.

Desta forma o uso comum de bens, *uti universi* se transforma em uso especial, *uti singuli*. A utilização de um bem de uso comum do povo, ou de uso especial é feita através de institutos de direito público com o da *autorização*, da *permissão* e da *concessão de uso*. Com isso o particular fica autorizado a exercer, de forma exclusiva, a posse de um bem que é público e dele extrai todos os benefícios, o que não é colacionado de modo geral a outros usuários privados que ficam do direito de exercer de forma igual mesma parcela do domínio público.

Há autores[16] que entendem ser lícito o fechamento do perímetro dos loteamentos convencionais, os da Lei 6.766/1979, com obstrução de vias internas

16. Elvino Silva Filho, Loteamento fechado e condomínio deitado. *RDI* 14/7-35; Marco Aurélio S. Viana. *Loteamento fechado e loteamento horizontal*. Aide, 1991. p. 57, apud *RT* 706/162 (TARJ, ApCiv 11.863/93, 6.ª Câm., j. 16.11.1993, rel. Juiz Nilson de Castro Dião).

ao acesso do público, com a colocação de obstáculos, cancelas e guaritas. Argumentam eles que o art. 7.º do Dec.-lei 271/1967 torna viável ao Município o poder de ser utilizado o instituto da concessão de direito real de uso das áreas públicas. Aduzem que no art. 3.º, desse decreto-lei, se encontra a equiparação do loteador ao incorporador, compradores de lote aos condôminos e as obras de infraestrutura à construção da edificação, determinando a aplicação da Lei 4.591/1964 aos loteamentos.

Porém, os autores que não comungam com esta ideia,[17] afirmam que o Dec.-lei 271/1967 foi ab-rogado pela Lei 6.766/1979, porque não houve a regulamentação determinada no § 1.º do art. 3.º do decreto, e por não ser um artigo autoaplicável, não poderia, portanto, serem aplicadas as disposições da Lei 4.591/1964.[18]

Outros aduzem que houve revogação parcial do preceito legal, como o saudoso e inesquecível Gilberto Valente da Silva, que no artigo "Condomínio sem construção",[19] afirma que:

"O Consagrado Príncipe dos Advogados Paulistas, Theotônio Negrão, em suas edições do Código Civil, sempre tem mantido, mesmo depois da vigência da Lei 6.766/1979, os art. 3.º e ss. do referido decreto-lei como vigentes, reconhecendo ele, e sendo pacífico, que toda a matéria relacionada com loteamentos e desmembramentos que esse Decreto disciplinava foi derrogada pela Lei de Parcelamento de Solo que, entretanto, manteve hígidos os demais dispositivos."

Já se viu "loteamento fechado" não é regulado por lei nenhuma! É graças à municipalidade, que este tipo de empreendimento imobiliário "existe". É através de lei, votada pela Câmara, que se confere ao Município o poder para firma contrato de concessão de uso de bem público com o particular, onde fica ele autorizado a utilizar, de forma privativa, o bem público. Com isso, se permite

17. Ademar Fioranelli e Jersé Rodrigues da Silva, *Das incorporações, especificação, instituição e convenção de condomínio*. p. 7 (citado no parecer CG n. 1536/1996 acima).

18. Acórdão do TACivRJ; Ac. unânime, da 8.ª Câm. Reg. em 08.11.1994, Ap. 7.051/94, rel. Juíza Cassia Medeiros – Apolom – Associação dos Proprietários do Loteamento das Mansões *vs.* (José Mateus de Brito) ("Condomínio – Cobranças de Cotas – Loteamento Urbano – Inexistência do Bem Legal").

19. Condomínio sem construção – Registro de Imóveis – Estudos de Direito Registral Imobiliário – *XXII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*. Cuiabá-Mato Grosso/1995 – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1997.

que haja fechamento por muros em todo perímetro do empreendimento particular, com entradas equipadas com portaria, guarita, e fechadas por cancelas, com sistema de segurança comunitário, e sob a responsabilidade dos proprietários dos lotes, vigiados por agentes privados de segurança, que de sentinela controlam o acesso mediante prévia identificação, consentido o ingresso somente aos residentes, ou às pessoas por estes autorizadas, obstaculizando a livre entrada e circulação de pessoas estranhas nesse tipo de parcelamento.

A propriedade dos espaços internos, como vias, as praças é pública, pertence ao município, porém, por concessão, ficam na posse de particulares, os proprietários dos lotes, graças ao contrato de uso de bem público.

Além disso, no loteamento fechado a incidência do IPTU recai apenas nas áreas dos lotes.

4. Condomínio

4.1 Conceito

Um dos principais atributos da propriedade é a exclusividade. A faculdade primeira do proprietário é o poder de opor-se a que outra pessoa retire da coisa qualquer utilidade, mesmo que não lhe cause prejuízo. Ela é "o mais importante e mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência".[20] Tem, na sua concepção genética, não poder pertencer por inteiro a mais de uma pessoa, vez que "próprio e comum são conceitos que se contradizem".[21]

A ideia de propriedade tradicional prende-se a senhorilidade da coisa, com exclusão de qualquer outro sujeito. É por esta senhoria universal, que se cristaliza o fato de que uma coisa não pode pertencer, com sincronismo, a mais de um *dominus*.

Contudo, diferentemente, no condomínio o direito dominical é exercido por mais de um dono, e de forma concomitante. É a comunhão da coisa entre mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual divisão sobre o todo e cada uma de suas partes. Entre propriedade e condomínio há uma verdadeira enantiose. Entre este dois conceitos o que há, na verdade, uma oposição por contrariedade, uma contradição de proposições de ideias, duas noções antitéticas, contraditórias: uma, de propriedade, que traz em seu bojo a ideia de ser

20. Barros Monteiro, Washington de. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 82.

21. Pothier. *Corso di Diritto Romano*. *La proprietà.* p. 2-250 e ss. apud Washington.

exclusiva e exclusivista; outra, de condomínio, que se assenta na comunidade de direitos.

Silvio de Salvo Venosa assevera que condomínio "é uma modalidade de comunhão específica do direito das coisas. Trata-se de uma espécie de comunhão". Entende o iminente professor que, para que exista condomínio, haverá a "necessidade de que o objeto do direito seja uma coisa; caso contrário, a comunhão será de outra natureza".[22]

Caio Mário da Silva Pereira nos ensina que haverá condomínio "quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes. O poder jurídico é atribuído a cada condômino, não sobre uma parte determinada da coisa, porém, sobre ela em sua integralidade, assegurando-se exclusividade jurídica ao conjunto de coproprietários, em relação a qualquer pessoa estranha, e disciplinando-se os respectivos comportamentos bem como a participação de cada um em função da utilização do objeto".[23]

O Prof. Rubens Limongi França conceitua condomínio como "espécie de propriedade em que dois ou mais sujeitos são titulares, em comum, de uma coisa indivisa (proindiviso), atribuindo-se a cada condômino uma parte ou fração ideal da mesma coisa."[24]

Portanto, como se pode ver, caro leitor, para os estes doutrinadores é concedida uma quota ideal a cada condômino, igual na quantidade da coisa, e não uma parcela material desta. Os condôminos têm direito de modo quantitativo igual sobre a totalidade do bem. Sofrem, na pluralidade sobre o conjunto, limitações proporcionais ao concorrer com os outros comunheiros. Para eles o condômino é titular de um direito potencial. Saberá de que parte é dono somente quando houver uma divisão da coisa. É que condomínio é uma *communio iuris*.

A ideia subsumida na regra do condomínio, é a da liberdade de escolha de estar ou não em comunhão. É que ninguém pode ser obrigado a ficar em comunhão, a todo tempo, se não quiser. Salvo exceções pontuais, o condômino não está obrigado a permanecer em comunhão se isto não lhe aprouver. A todo

22. Venosa, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 269. Coleção direito civil. vol. 5.

23. Lafayette. Direito das coisas apud Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. 4, p. 160.

24. Limongi França, Rubens. *Instituto de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 489.

tempo poderá exigir divisão amigável ou judicial da coisa comum, se esta for divisível.[25]

Contudo, se a coisa for indivisível, ou se pela divisão se tornar imprópria ao seu destino, ou se houver desacordo entre as partes quanto à adjudicação a um dos condôminos, a coisa comum será alienada em leilão para que seja adjudicada a quem afinal oferecer melhor lanço e o seu produto dividido entre as partes.[26] Porém, em condições iguais o consorte tem preferência ao estranho.

Enfim, condomínio é um direito tautócrono, que mais de uma pessoa tem sobre o mesmo objeto, e que incide sobre parte não determinada do todo, na forma de quinhão ideal, conferido pela força da prerrogativa própria atribuído a cada condômino. É o domínio exercido juntamente com outrem. É a comunhão da coisa entre mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual divisão sobre o todo e cada uma de suas partes. O condômino só é dono *pro parte* durante a comunhão. Isto é, a pessoa deixará de ser condômino, exatamente quando cessar a comunhão, quando então será proprietário exclusivo do bem.

4.2 Escorço histórico

Em Roma, a ideia difundida era a de não poder haver propriedade ou posse de duas ou mais pessoas, de forma solidária, sobre a mesma coisa. Embora houvesse incompatibilidade entre propriedade e pluralidade de proprietários, o que já impressionava os jurisconsultos romanos era a existência, na sua ar-

---

25. CC/2002, art. 1.320. "A todo tempo será lícito ao condômino *exigir a divisão da coisa comum*, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão" (grifo nosso).
CPC, art. 946. Cabe:
"(...)
II – a ação de divisão, ao condômino para obrigar os demais consortes, a partilhar a coisa comum."

26. CC/2002, art. 1.322.
"Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.
Parágrafo único. Se nenhum dos condôminos tem benfeitorias na coisa comum e participam todos do condomínio em partes iguais, realizar-se-á licitação entre estranhos e, antes de adjudicada a coisa àquele que ofereceu maior lanço, proceder-se-á à licitação entre os condôminos, a fim de que a coisa seja adjudicada a quem afinal oferecer melhor lanço, preferindo, em condições iguais, o condômino ao estranho."

quitetura. Não era um fenômeno novo a superposição de habitações, já conhecida e praticada, onde em casa geminada vivia mais de uma família, sem, no entanto, ninguém exercer em comum direito sobre o todo.

Para o jurista romano a ideia de divisão da casa por planos horizontais era contrária aos princípios à época, dominantes. Faltava-lhe justificativa plausível e lógica para embasar o instituto, uma vez que o proprietário do solo projetava seu poder *ad astra*, que se aprofundava, da mesma forma, *ad inferos*. Contudo, o espírito romano era prático. Somando-se a isto a concentração urbana passou-se, desta forma, a permitir que se construísse casa sobre casa alheia, a *crypta*, que se resumia numa espécie de servidão, pois, *aedificium solo cedit et ius soli sequitur*. Há doutrinador que enxerga neste fenômeno o embrião do *ius superficiei*.[27-28]

Um incêndio de grandes proporções ocorreu na França em 1720, que destruiu parte significativa da cidade de Rennes. Por causa desse desastre foi necessária sua reconstrução. Seus habitantes foram obrigados a reconstruir suas habitações, seguindo um plano urbanístico que previa a elevação de edifícios de três a quatro andares, embora, até o século XIX a propriedade superposta não despertasse interesse do legislador, ao redor do mundo. O Código Civil de Napoleão permitia que, se diferentes andares de uma casa não pertencessem ao mesmo proprietário, todos suportariam, por inteiro, as despesas de reparação e reconstrução das paredes mestras e do teto, na proporção do valor de seu andar, cabendo a cada um as despesas com seu respectivo piso e com a escada do andar inferior.

Nenhum Código, vigente no século XIX, entre outros, o italiano, português e espanhol, tratava do tema, embora reconhecessem a existência de imóveis independentes, superpostos.

Das Ordenações do Reino herdamos a ideia da propriedade privada conjugada com a compartilhada. Posteriormente, a par dos moldes das legislações de outros países, o Brasil deu seu primeiro passo no sentido de regular o assunto, ante a edição do Dec. 5.481/1928, que dispunha sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares. Este decreto foi modificado pelo Dec.-lei 5.234/1943, e pela Lei 285/1948. Mas, era insatisfatória a situação porque a lei limitava o número de pavimentos dos edifícios, ao tipo de construção, entre

27. Racciatti, Hernán. Propriedad por Pisos o por Departamentos apud Pereira Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 62.

28. Este instituto hoje é tratado nos arts. 1.369 a 1.377 do CC/2002 e nos arts. 21 a 24 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

outras coisas. A Lei 3.071/1916, que instituiu o Código Civil revogado, que sequer tratou do assunto, nada aventou sobre condomínio edilício.

Havia uma espécie de vácuo normativo sobre o assunto, o que obrigou que a construção dos primeiros prédios fosse regida pelos usos e costumes e disposições análogas ao condomínio tradicional. Por isso, estudiosos debruçaram-se sobre a matéria para encontrar saída para a solução do problema. Dentre eles, se destacou o Prof. Caio Mário da Silva Pereira, autor do projeto que o Congresso Nacional veio a transformar, em 16.12.1964, na Lei 4.591, alterada em 29.11.1965 pela Lei 4.864. Finalmente, em 10.01.2002, após uma longa gestação de mais de 20 anos, é publicado o texto da Lei 10.406/2002, que instituiu nosso vigente Diploma Civil, e que veio a tratar, de forma abrangente, do assunto.

4.3 Modalidades

4.3.1 Condomínio voluntário

O Condomínio pode ser: voluntário ou acidental. A comunhão voluntária se constitui por deliberação, por livre escolha das pessoas em virtude de lei, ou ato de terceiro. Decorre de contrato ou outro ato jurídico entre as partes.

Dessa forma, comunhão voluntária de bem imóvel surge pelo desejo das pessoas, que por contrato com o dono do bem, adquirem partes do imóvel, ou do contrato entre cada comunheiro e o dono, ou alguns donos do imóvel pelo qual cada um adquire uma fração da coisa. A fração, num condomínio, representa simples relação numérica, correspondente ao direito de cada condômino, e que por meio da divisão ou da partilha pode concretizar-se e determinar-se em uma parte real.

A comunhão pode, nascer da lei "quando sobre o suporte fáctico relativo a duas ou mais pessoas incide a regra jurídica que faz comum o objeto; e.g., A e B usucapem *pro parte*, A e B descobrem o tesouro, em caso de comistão, A e B herdam de alguém uma coisa".[29]

A comunhão, também, pode se originar de ato criativo de terceiro "se A e B recebem legado de C. Primeiro há comunhão da coisa (art. 1.692)[30] ou do

29. Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. Parte especial*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. XII, p. 5.

30. Vide § 2.º do art. 1.923 CC/2002.

direito de pedir (art. 1.690, art. 1.691)[31] entregue o legado, há comunhão da própria posse da coisa (composse)."[32]

Igualmente, há fenômenos jurídicos e naturais que estabelecem o condomínio sem, ou mesmo contra a vontade dos sujeitos como ocorre no recebimento de coisa indivisa por vários herdeiros, na comistão, na confusão, nos muros, cercas e valas comuns ente outras ocorrências. Desse modo, podemos distinguir condomínio voluntário dos que têm origem forçada, necessária ou eventual.

4.3.2 Condomínio eventual

O condomínio, quando não procurado, será eventual, ou acidental. Este tipo de condomínio sobrevém, não de forma deliberada, mas, casual, como no caso da sucessão, onde herdeiros se tornam comunheiros dos bens deixados pelo autor da herança e as regras da partilha da herança se aplicam à divisão do condomínio no que couber.[33]

No direito sucessório, a indivisibilidade hereditária estabelece uma comunhão eventual, forçada e transitória. Se o bem herdado for divisível, a partilha faz com que desapareça a transitoriedade. Mas, ser for indivisível o bem herdado, com a partilha desaparece a transitoriedade e se estabelece então o condomínio.

4.3.3 Condomínio necessário

O condomínio necessário, ou de partes específicas, é aquele que recair por meação sobre paredes, cercas, muros valas e adquire a meação da divisória que extremar seu imóvel com de seu vizinho.[34]

5. CONDOMÍNIO EDILÍCIO

A par dos moldes das legislações de outros países, foi no Brasil, com a edição do Dec. 5.481/1928, que se deu o primeiro passo no sentido de regular o assunto. Este diploma dispunha sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares. Foi ele modificado pelo Dec.-lei 5.234/1943, e pela Lei

31. Vide § 1.º do art. 1.923 do CC/2002 e art. 1.924 do CC/2002.

32. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit.

33. Vide arts. 2.013 a 2.022 do CC/2002.

34. Art. 1.347 do CC/2002.

285/1948. Era insatisfatória, todavia, a redação inicial do texto legal. Era uma lei restritiva. A incidência legal limitava o número de pavimentos dos edifícios, tipo de construção entre outras coisas.

Com crescimento urbano e o encarecimento do custo das obras excogitou-se da necessidade de um disciplinamento jurídica mais apropriada a comunhão. Buscou-se rumo para o instituto da propriedade horizontal, uma vez que, o Código Civil de 1916, sequer tratou da matéria, de modo que os primeiros prédios eram regidos pelos usos e costumes, e por disposições análogas do condomínio tradicional.

A Lei 4.591/1964, baseada no projeto do Prof. Caio Mário da Silva Pereira, veio a lume, e foi promulgada. Ela uniformiza o assunto e regulamenta, de forma global, essa modalidade de propriedade.

Nem as alterações sofridas pela Lei 4.864/1965, nem o advento Lei 10.406/2002, que instituiu o Código Civil, que hoje regula, inteiramente, o assunto nos arts. 1.531 a 1.538, descaracterizaram este diploma legal, que apesar de tudo, serve de instrumento auxiliar e parâmetro jurídico, quando a matéria o trato tiver por base o condomínio em edificações, incorporações imobiliárias, condomínio edilício.

Ainda vige, plenamente, a nosso ver, a parte não incompatível do texto desta lei com as disposições do nosso vigente Diploma Civil e permanece, incólume,[35] a exemplo do que ocorre com a prevalência integral do Capítulo atinente às incorporações imobiliárias.

Hélio Lobo Júnior entende que, entre outros, continua em vigor o art. 8.º, *a* à *d*, da lei. Afirma que "... se assim não se entender estaria afastada a possibilidade de ser feito o condomínio edilício de casas térreas ou assobradadas, o que não parece nem um pouco razoável. Assim, permanecem em vigor, ainda, diversos preceitos da Lei 4.591/1964".[36]

---

35. LICC, art. 2.º. "Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
§ 1.º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
§ 2.º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.
§ 3.º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência."

36. [O condomínio edilício e o novo Código Civil. Artigo publicado na coletânea de trabalhos sobre o *novo Código Civil e o registro de imóveis*. In: Silva, Ulysses da (coord.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2004. p. 25].

O condomínio edilício tem suas especificidades, que o diferenciam de uma habitação isolada. Nele há uma mistura de propriedade individual com propriedade coletiva. O edifício tem unidades autônomas (apartamentos) e cada uma tem identificação própria, diferente da outra, funcionando como residência particular. Por outro lado, tem também áreas e dependências de uso comum a todos os moradores, tais como: o local destinado à recreação infantil, aparelhado com brinquedos e/ou equipamentos de ginástica, jardim, piscina, sala de jogos, entre outras coisas, cuja utilização deve ser orientada por regras estabelecidas de comum acordo entre os condôminos e, previamente, fixadas no Regulamento Interno.

5.1 Natureza jurídica

Diversas são as teorias inclinadas a explicar a natureza jurídica da formação desta espécie de condomínio, isto é, da relação que se cria entre proprietários de apartamentos ou casas em condomínio fechado.

Para o querido e saudoso Prof. Washington de Barros Monteiro há diversas teorias, que tentam explicar a natureza jurídica do condomínio. Dentre as apontadas por ele temos a teoria acéfala, que, como o próprio nome sugere, nega a existência de verdadeira propriedade nesta forma de condomínio. O Direito francês trata o assunto no capítulo das servidões. O germânico cuida do tema na parte relativa ao direito da superfície. Para outros, este tipo de condomínio, o edilício, é tido como pessoa coletiva ou jurídica, uma vez que oriunda da união de vários proprietários, teoria que serviu de passagem para aquela que afirma que condomínio é uma verdadeira sociedade ou associação de fato.

Filio-me, caro leitor, àqueles que entendem que nesta espécie de condomínio, o edilício, o que há na verdade é uma "superposição de propriedades distintas e separadas, complicada pela existência de comunhão relativa a determinadas dependências de uso comum dos diversos proprietários."[37]

Na realidade existem no condomínio edilício duas situações distintas: (a) uma comunhão na propriedade comum e (b) outra exclusiva ou privativa, constituídas pelas unidades autônomas.

Somos tentados a ver que existe uma grande semelhança estrutural entre um arquipélago e o condomínio edilício. Vejamos: Ambos são formados por um conjunto de unidades dispostas em grupo, numa superfície comum. No

37. BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil. Direito das coisas*. 25. ed. São Pualo: Saraiva, 1986. p. 226.

condomínio as unidades autônomas (as ilhas no arquipélago) se fixam numa porção de terreno, (no arquipélago numa porção de oceano) de maior ou menor extensão, cuja superfície é comum a todas as unidades. No arquipélago o mesmo fenômeno acontece: existe um conjunto de ilhas, unidades autônomas entre si dispostas numa superfície marítima comum a todas elas, de maior ou menor extensão.

O condomínio edilício se compõe na realidade da propriedade continente (o terreno) comum a várias outras propriedades, exclusivas, privativas, constituídas de unidades autônomas, onde cada proprietário dela tem o direito de usar e dispor, livremente. O condomínio é instituído, legalmente, por ato declaratório, o registro do projeto da incorporação no RI[38] da situação do imóvel, e do projeto que discrimina e individualiza as diversas espécies de áreas, que irão compor as construções ou conjunto de construções, formadas de um ou mais pavimento, a serem edificadas sob a forma de unidades isoladas entre si, podendo ser residenciais ou não residenciais.

Caio Mário ensina o que há é uma "propriedade individual, exclusiva, sobre a unidade autônoma, subordinada embora a sérias restrições (o que não é estranho ao conceito do domínio tradicional).

(...)

Condomínio sobre o solo, sobre os elevadores do edifício, sobre a caixa-d'água sobre o saguão da entrada, sobre as partes enfim que interessam ao prédio como unidade arquitetônica.

(...)

A nosso ver há uma copropriedade e uma propriedade individual, que vivem juntas."[39]

Na lição do renomado professor, condomínio edilício funde o domínio singular com o domínio comum, formando um direito diferente, que amalgama as noções de propriedade e de copropriedade. Para ele incorporação é um contrato bilateral, sinalagmático, consensual e de execução sucessiva. Para ele incorporador é empresário, e incorporação atividade da empresa. Define incorporação como "... contrato por via do qual uma pessoa física ou jurídica se obriga

38. Vide art. 1.332 do CC/2002.

39. Pereira, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10. ed. atualizada segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 90.

a promover a construção de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, para alienação total ou parcial".[40]

Podemos afirmar que a incorporação, no sistema legal brasileiro, se caracteriza quando a iniciativa do empreendimento é assumida pelo incorporador, que se dispõe a vender unidades do edifício projetado. É preciso, para tanto, que exista vinculação entre a alienação das frações ideais do terreno em que se assentará o edifício, e o negócio de construção.

No entendimento de Pazutti Mezzari o instituto da propriedade horizontal "... é forma de parcelamento da propriedade, onde coexistem compartimentos autônomos, de propriedade exclusiva, com compartimentos destinados ao uso comum de quantos sejam os proprietários daqueles.

(...).

Trata-se de direito novo, híbrido na sua origem, mas com identidade perfeitamente determinada."

O legislador da Lei 4.591/1964[41] definiu incorporação como a "atividade exercida com o intuito de promover e realizar construção para alienação total ou parcial de edificações ou de conjunto de edificações compostas de unidades autônomas".

Desta forma, somente será incorporador quem for proprietário com título de propriedade do terreno, promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário e ser tanto a promessa, quanto à cessão irrevogável. Na permuta é preciso sempre constar cláusula de imissão na posse do imóvel, sem que haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado.[42]

Portanto, fomentar uma incorporação é anunciar, vender, prometer vender construção, ou, ainda, a ser construído, atividade essa exercida por uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sempre com a obrigatoriedade, para segurança dos futuros adquirentes, tenha prévio registro do contrato no Registro Imobiliário da situação do imóvel. A lei permite que pode ser incorporador, além do construtor,[43] também, o corretor de imóveis.[44]

---

40. Pereira, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. *RDI* 4/9-18.
41. Parágrafo único do art. 28 da Lei 4.591/1964.
42. Art. 31 da Lei 4.591/1964.
43. Dec. 23.569/1933, Dec. 3.995/1941, e Dec.-lei 8.620/1946.
44. Lei 4.116/1962.

No caso do incorporador ser o próprio construtor deve estar ele investido de mandato, outorgado por instrumento público, pelo proprietário de terreno, o promitente comprador e cessionário deste ou o promitente cessionário, devendo sempre se fazer menção a Lei 4.591/1964, e estar expresso que, se houver desistência da incorporação, esta será denunciada, por escrito, ao Registro de Imóveis e comunicada, por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição, sob pena de responsabilidade civil e criminal do incorporador.

Além do mais, nenhuma incorporação será posta à venda, sem que haja indicação expressa de quem é o incorporador, devendo seu nome permanecer indicado de forma ostensiva no local da construção. Toda e qualquer incorporação poderá ter um ou mais incorporadores, que serão solidariamente responsáveis, mesmo que em fase subordinada a período de carência, e independente da forma por que seja ela constituída.

Estamos numa democracia, por isso, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer se não por força de lei. Todo e qualquer cidadão é livre. O incorporador por ser um cidadão livre lhe é assegurado o direito de desistir de qualquer projeto de incorporação, que tenha encampado. Porém, para tanto, foi-lhe fixado um prazo, que fatal, para fazê-lo. Este prazo, conhecido como prazo de carência é fixado pelo próprio incorporador, por declaração. Nela são prescritas as condições, que autorizarão o incorporador a desistir do empreendimento.

A desistência da incorporação é denunciada, por escrito, ao registro de imóveis e comunicada, também, por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição, sob pena de responsabilidade civil e criminal do incorporador. A desistência será averbada no registro da incorporação, arquivando-se em cartório o respectivo documento. O prazo improrrogável. Em caso algum poderá o prazo de carência ultrapassar o termo final da validade do registro ou, se for o caso, de sua revalidação.

Decorridas mais de duas décadas da vigência da Lei do Condomínio e Incorporação – a Lei 4.591/1964, e posteriores modificações introduzidas pela Lei 4.864/1965 e pelo Dec. 55.815/1965, sua aplicação tem, ainda, nos dias de hoje, gerado controvérsia, incontáveis dúvidas e alguma perplexidez.

Diferentemente das legislações, que a precederam, na Lei 4.591/1964, mais moderna, não se fixou a altura máxima para se erigir um prédio, nem o padrão de quantidade. Permitiu o legislador que o aproveitamento condominial de espaço fosse maior, e que, em terreno, onde não houvesse edificação, pudesse, tanto o proprietário, quanto o promitente comprador, o cessionário deste, ou o promitente cessionário, se assim o desejasse, erigir sobre ele mais de uma edificação.

A Lei 4.591/1964 diz que em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário pode, se desejar, sobre ele erigir mais de uma edificação constituindo-se as unidades autônomas em casas térreas ou assobradadas.

Assim, as casas térreas ou assobradas se constituem em unidades autônomas, discriminando-se a parte do terreno ocupada pela edificação, a reservada como utilidade exclusiva, bem como a fração ideal sobre a totalidade do terreno, as partes comuns, que a cada unidade corresponder.

A Convenção do Condomínio define, de forma precisa, as partes e coisas comuns e sua distinção das de uso exclusivo. A lei oferece uma concepção moderna a esta modalidade especial de propriedade, permitindo o alargamento do aproveitamento condominial de espaço, autorizou que se pudesse erguer do chão mais de uma edificação, sem superposição de unidades.[45]

A lei admite que haja o desdobro em várias incorporações. O legislador permitiu que, no regime da propriedade horizontal, se pudessem ligar, de forma conjuntiva, edifícios de apartamentos e construções em terreno aberto, possibilitando, desta forma, haver condomínio de casas, onde cada unidade se vincula apenas a quota ideal do terreno e partes comuns. Existe unidade autônoma. Nela, uma parte edificada, uma parte de terreno exclusivo para jardim e quintal e uma fração ideal sobre o que constitui o condomínio.

Como se percebe, na legislação atual, existe, com relação ao condomínio edilício, apenas duas modalidades de condomínio edilício: a) o *condomínio hori-*

45. Lei 4.591/1964 "Art. 8.º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á, também, o seguinte.
a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá a cada uma das unidades;
b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, aquela que eventualmente for reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns que corresponderá a cada uma das unidades;
c) serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas;
d) serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si."

zontal, onde as unidades autônomas são sobrepostas em andares, constituindo-se elas edifícios de dois ou mais pavimentos, onde será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, aquela reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá a cada uma das unidades. Serão discriminadas as partes do total do terreno, que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas, e discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si e, b) o *condomínio deitado*, ou *condomínio de casas*, onde não há superposição das unidades autônomas, que se constituem de unidades térreas ou assobradadas com máximo de dois pavimentos.

O condomínio edilício, como qualquer comunhão, se forma por ato entre vivos, por testamento, por destinação do proprietário, ou por incorporação imobiliária. Neste caso o incorporador poderá negociar sobre unidades autônomas, somente após ter cumprido várias exigências da lei e de ter arquivado a documentação necessária, listada no art. 32 da Lei 4.591/1964, entre outros documentos, no Registro de Imóveis da situação da propriedade.

Como se pode ver o estatuto básico do condomínio é a Convenção de Condomínio. É ele o instrumento que vai tratar dos direitos e deveres dos condôminos, da discriminação das partes exclusivas, das partes comuns do prédio, da forma de se realizar a Assembleia Geral, do modo de escolher o síndico, entre outras.

A Convenção, para ser válida entre as partes, necessita da aprovação de 2/3 dos condôminos, que detêm as frações ideais. Para ser oponível a terceiros é preciso que esteja devidamente registrada nos livros do Oficial do Registro de Imóveis competente.[46] Para se alterar uma convenção é necessário o mesmo *quorum*.[47]

Todo condômino tem o dever de contribuir para as despesas do condomínio e na proporção de suas frações ideais, se a convenção não dispuser de outra forma.

Há quem faça distinção entre condomínio e incorporação imobiliária. [48]

---

46. Súmula 269 STJ.
"A convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos."

47. Lei 4.591/1964, art. 25.
"(...)
Parágrafo único. Salvo estipulação diversa da convenção, esta só poderá ser modificada em assembleia geral extraordinária, pelo voto mínimo de condôminos que representem 2/3 do total das frações ideais."

48. STJ, REsp 58165/RJ; REsp (1994/0039874-3), 4.ª T., j. 31.08.1999, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 04.10.1999, p. 58.

5.2 Unidade autônoma

No condomínio edilício, como se sabe, há partes comuns a todos, e partes privadas. Cada condômino é proprietário individual na sua unidade autônoma, tendo sobre ela direito pleno e irrestrito, ao mesmo tempo, que este direito de proprietário é limitado nas áreas comuns do edifício, que divide com os demais. Desta forma, o condômino é proprietário pleno sobre seu apartamento, e comunheiro das de uso coletivo.

Constitui-se em propriedade comum ao condomínio, o terreno em que se levantam a edificação, ou o conjunto de edificações, suas instalações, fundações, paredes externas, o teto, as áreas internas de ventilação, e tudo o mais que sirva a qualquer dependência de uso comum dos proprietários ou titulares de direito à aquisição de unidades, ou ocupantes. Tudo isto, o terreno, o elevador, o teto, entre outros, por ser propriedade em comum, é insuscetível de divisão, ou alienação destacada da respectiva unidade. Tal comunhão, um condomínio especial, será, também, insuscetível de utilização exclusiva por qualquer condômino e não pode ser desfeita de forma unilateral.

Unidade autônoma é a parte do condomínio edilício composta por aquela área do edifício privativa, individual, e sobre ela cada condômino sempre exer-

---

Impossibilidade, Condomínio, Cobrança, Alienante, Cota, Atraso, Período, Posterioridade, Alienação, Irrelevância, Ausência, Registro, Cartório de Registro de Imóveis, Escritura, Compra e Venda, Caracterização, Responsabilidade, Adquirente. Referências Legislativas: Lei: 004591 Ano: 1964, art: 4, art: 9, art. 12 (com redação dada pela Lei 7.182/1984) Leg: Fed Lei: 7.182 Ano: 1984. Veja REsp 40.263-RJ, REsp 136.562-DF, REsp 122.924-RJ (STJ).

Ementa: "Civil. Condomínio. Ação sumaríssima. Cotas em atraso. Cobrança feita ao antigo condômino. Imóvel alienado por escritura de compra e venda não registrada. Valores relativos a período posterior. Responsabilidade dos atuais condôminos. Lei 4.591/1964, arts. 4.º, 9.º e 12, na redação da Lei 7.182/1984.

I – O antigo condômino, que alienou o imóvel mediante celebração de escritura definitiva de compra e venda, ainda que não registrada, não responde pelas dívidas do condomínio relativas a período posterior, que devem ser cobradas dos novos adquirentes, contra os quais vinham, inclusive, sendo emitidas as guias de pagamento.

II – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

III – Recurso conhecido e provido. Ação improcedente."

"Decisão: Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas,

Decide a 4.ª T. do STJ, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, César Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Custas, como de lei."

cerá, de forma cabal, seu direito de propriedade. Ela é parte única, exclusiva e não pode haver nenhuma outra com as mesmas características. A LCI estabelece que cada unidade terá como parte inseparável uma fração ideal no terreno e nas coisas comuns, expressa sob forma decimal ou ordinária.[49]

Enfim, podemos afirmar que unidade autônoma é a essência do condomínio edilício. É exigência da lei que a construção seja erigida sob forma de propriedades autônomas, que tenham acesso à via pública,[50] que correspondam a uma quota ou fração ideal do terreno, e de partes em comuns.

A propósito, o Prof. Caio Mário assevera que ao "se levantar uma edificação em que as unidades não sejam autônomas ou não se comuniquem diretamente ou indiretamente com a via pública, não haverá o condomínio especial regulado pela Lei 4.591/1964, ou a propriedade horizontal".[51]

Podemos atestar, então, que nenhuma unidade imobiliária poderá ser privada do acesso ao logradouro público.[52] Isto é assim, e não poderia ser diferente. É direito congênito a qualquer propriedade imóvel,[53] ter acesso próprio à via pública, pena de ser considerado encravado.[54]

---

49. Art. 3.º da Lei 4.591/1964.

50. Lei 4.591/64, art. 1.º:
"As edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não residenciais, poderão ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados, e constituirá, cada unidade, propriedade autônoma, sujeita às limitações desta Lei.
§ 1.º Cada unidade será assinalada por designação especial, numérica ou alfabética, para efeitos de identificação e discriminação.
§ 2.º A cada, unidade caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e coisas comuns, expressa sob forma decimal ou ordinária."

51. Pereira, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 4. ed., cit.

52. Art. 1.331, § 4.º, do CC/2002; art. 10, IV, da Lei 4.591/1964.

53. Propriedade sabemos todos, é o direito de usar, gozar e dispor de bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. É o que diz o art. 1.228 do CC/2002 e é um direito garantido pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, XXII. Propriedade palavra oriunda do latim *proprietas*, de *proprius*, e que significa particular, peculiar, próprio. É uma qualidade inseparável da coisa, ou que a ela pertence em caráter permanente.
Direito de propriedade é o poder que se tem sobre a coisa, que nos pertence, em caráter permanente, absoluto e exclusivo. Contudo, não um poder sem arbítrio e infinito. A linha que demarca seu limite é imposta a ele pela natural concorrência de outro direito igual ou superior. Estão contidos neste direito e a ele integrados o poder de usar da coisa conforme os desejos da pessoa a quem pertence é o *jus utendi*

Nenhuma propriedade imóvel poderá ficar engastada, sem ter algum acesso à via pública. Da mesma forma, à unidade autônoma (que não deixa de ser uma), não poderá ser, igualmente, negado este ínsito e verdadeiro "direito de passagem". Se, porventura, ocorrer, por qualquer modo, seu insulamento, a lei determina que "o dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário".[55]

Portanto, não poderá haver nenhum tipo de impedimento neste sentido, pena descaracterizar-se o instituto. Tanto que Caio Mário, de forma peremptória, assevera que:

"O que não é admissível, no regime da propriedade horizontal, é o apropriamento da rota de comunicação por uma só pessoa, alheia ou não ao condomínio, ou que ela se efetue através da unidade pertencente a um, ou que este seja, a qualquer título, dono da passagem."[56]

A ordem de que cada unidade autônoma deve ter acesso livre a via pública, direta, como é o caso das lojas, ou indiretamente, ou seja, por escada, corredor, rampa ou elevador para as outras unidades autônomas, está expressa na Lei 4.591/1964, e hoje, confirmada no Código Civil.[57]

Há quem entenda que o instrumento processual correto para se corrigir esta anomalia é ação de obrigação de não fazer; outros, julgam que o remédio processual correto será a boa e velha ação possessória.

---

ou direito de uso, o poder de fruir e gozar a coisa é o *jus fruendi*, podendo ser tirado todas as utilidades que possam dela advir. Pode o proprietário da coisa, ainda, dela dispor, alienando-a – *jus abutendi*, consumindo-a, transformando-a, segundo suas necessidades ou à vontade demonstrada. Este direito de domínio assegura o poder de seu titular de dispor da coisa, livremente, fruindo-a a seu bel-prazer, ou a alienando quando lhe aprouver. *Dominium est jus utendi*, *fruendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur*.

Toda propriedade deve estar ligada ao bem-estar do próprio povo, ter uma função social e atender às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressa no plano diretor. O direito de propriedade é, também, compreendido como domínio. São vocábulos que não se confundem. Aquele é gênero, este espécie e abrange toda espécie de soberania individual sobre coisas corpóreas e incorpóreas.

54. Encravação ou encravamento é a situação que se encontra o prédio ou imóvel encastoado, entre propriedades, ter saída própria ou acesso às vias públicas.
55. Art. 1.285 do CC/2002.
56. Pereira, Caio Mário da Silva. Incorporação... cit., p. 69.
57. Art. 2.º da Lei 4.591/1964 e art. 1.331, § 4.º, do CC/2002.

5.3 Da extinção do condomínio

O condomínio especial em edifícios de apartamento se extinguirá:

a) por desapropriação do edifício;

b) pela confusão, se todas as unidades vierem a ser adquiridas por uma só pessoa, podendo ser por ele restaurada a comunhão, e mantida a divisão em unidades autônomas, independentemente de novo ato, se houver ressalva do direito de eventual alienação destacada; c) se a edificação for total ou consideravelmente destroçada, ou ameaçar ruína por esboroamento ou incêndio total, restando apenas o terreno, suscetível de divisão ou de processo extintivo;

d) pela demolição voluntária do edifício aprovada sua execução em Assembleia regularmente convocada.

Cabe-nos ressalvar que, ocorrendo o sinistro, compete aos condôminos deliberar sobre a reconstrução do edifício mediante aplicação do seguro. O condômino poderá eximir-se do pagamento das despesas respectivas à reconstrução, alienando seus direitos a outros condôminos, que será fixado por avaliação judicial. Neste caso o condômino tem a faculdade de, se quiser, abandonar ou renunciar a seus direitos, contanto que o faça por via de ato translativo, que abarque tanto a propriedade do apartamento, como a copropriedade das partes comuns, dadas a sua inseparabilidade.

As recentes alterações relativas ao condomínio edilício, introduzidas no novo Código Civil, trouxeram a necessidade de nova regulamentação dos Condomínios, através da alteração formal de suas Convenções Condominiais e, por consequência, o arrostamento da maior de todas as dificuldades: a reunião de quorum mínimo de dois terços dos condôminos.[58]

6. Condomínio de casas ou condomínio deitado

A Lei 4.591/1964, alterada pela Lei 10.931/2004[59] faz referência ao condomínio de casas em dois artigos: art. 8.º e art. 68.[60]

---

58. Art. 1.351. "Depende da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos a alteração da convenção e do regimento interno; a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende de aprovação pela unanimidade dos condôminos."

59. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Dec.-lei 911/1969, as Leis 4.591/1964, 4.728/1965, e 10.406/2002, e dá outras providências.

60. "Art. 8.º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte:

A Lei 4.591/1964 disciplinou, na alínea *a* do seu art. 8.º, por regras específicas, o caso de se levantar mais de uma edificação em terreno aberto, quando não ocorra a superposição de unidades autônomas, que se constituírem de casas térreas ou assobradadas, sendo discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, reservada como de utilidade exclusiva, e bem assim a fração ideal sobre a totalidade do terreno e partes comuns, correspondente a cada unidade.

O condomínio especial de casas ou condomínio deitado como é conhecido, difere, na forma da sua arquitetura, do condomínio vertical, que a maioria dos doutrinadores prefere denominar de *condomínio em planos horizontais, propriedade horizontal*, e que legislador do novo Código Civil preferiu batizar apenas de *Condomínio Edilício*. Aqui, são construídos prédios de apartamentos ou de escritórios, erguidos em mais de dois andares, lá, casas térreas com o máximo de dois andares.

O condomínio especial de casas térreas ou assobradadas é uma das formas de uso e ocupação do solo por construções edificadas num plano horizontal. Neste tipo de empreendimento imobiliário as residências são isoladas, de propriedade exclusiva, com áreas privativas de jardim e quintal, tendo em comum, os jardins, piscinas, os salões de jogo e as áreas de terreno que dão acesso à estrada pública e ligam as várias casas do conjunto.

---

a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá a cada uma das unidades;
b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, aquela que eventualmente for reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns que corresponderá a cada uma das unidades;
c) serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas;
d) serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si."
"Art. 68 Os proprietários ou titulares de direito aquisitivo sobre as terras rurais ou os terrenos onde pretendam construir ou mandar construir habitações isoladas para aliená-las antes de concluídas, mediante pagamento do preço a prazo, deverão, previamente, satisfazer às exigências constantes no artigo 32, ficando sujeitos ao regime instituído nesta lei para os incorporadores, no que lhes for aplicável."

Diferentemente do que acontece na propriedade horizontal típica, onde cada unidade se vincula apenas a quota ideal do terreno e partes comuns, aqui existe na unidade autônoma, uma parte de terreno edificado, uma parte de terreno reservada como de utilidade exclusiva para jardim ou quintal e ainda a fração ideal sobre o que constitui o condomínio. Cada titular é o dono de sua unidade e, como se lhe reserva um terreno à utilização exclusiva, pode cercá-lo ou fechá-lo, observando o tipo de tapume previsto na convenção. Pode aliená-lo com o terreno reservado, sendo que o princípio jurídico dominante é o mesmo do edifício urbano, guardando-se as peculiaridades especiais.

Aqui, não há o direito de o condômino poder dissociar sua unidade do conjunto condominial, muito menos separá-la da fração ideal, que lhe corresponde nesse conjunto. Por ser evidente, e como já foi dito, não pode ele apropriar-se das partes de uso comum, ou estorvar a utilização deste bem pelos demais (Pereira, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 70-72).

Nesta modalidade de expansão urbana, diferentemente do loteamento, "praças" e "ruas" não são logradouros públicos, mas, particulares, sendo que há possibilidade de ser bloqueado o acesso ao condomínio a estranhos através de portão ou portaria dividindo o solo público do privado por um muro. Aqui inexistem estradas ou vias públicas na área condominial. O aproveitamento condominial do espaço de uma gleba é total vez que não existem ruas, nem praça, nem áreas livres públicas. Tudo o que existe dentro dele se integra ao condomínio, e é de propriedade exclusiva dos condôminos. Não há quando da aprovação e do registro do empreendimento, como no caso do loteamento, obrigação alguma, nem moral, nem legal de trasladar os espaços internos comuns ao Município.

6.1 Patrimônio de afetação

Após ocorrência reiterada de quebra de incorporadoras, muitas dela de grande porte, percebeu-se que era o tempo do legislador realizar algo em favor da boa-fé de tantas pessoas, que com sacrifício pessoal e familiar, canalizam suas economias por anos amealhadas, e as veem perdidas, não se sabendo em favor ou por responsabilidade de quem. Não era incomum aos aderentes promitentes-compradores, após anos de pagamento, descobrir que, além da quebra, o seu patrimônio estava comprometido com agentes financiadores da edificação, caucionando os recursos obtidos para implantação e desenvolvimento do projeto.

A MedProv 2.221/2001, que entrou em vigor em 06.12.2001,[61] instituiu o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, introduzindo alterações substanciais na Lei 4.591/1964.

O patrimônio de afetação foi criado para garantir a efetividade das incorporações imobiliárias, em proteção dos milhares de aderentes lesados ao longo de lamentáveis quebras empresarias do setor. O advento desta nova figura de direito real de garantia consagrou o estímulo à formação de reserva de bens a constituir um patrimônio autônomo ao do incorporador, tendo como objeto a garantia em favor dos promitentes-compradores. Isto torna imune à insolvência, ou falência, a incorporação do empreendedor em assunto estranho ao projeto.

Este sistema, que ensejou o aparecimento de um patrimônio autonômico ao do incorporador, oferece a ele a oportunidade de apartar um conjunto de bens, alheios ao seu patrimônio, ou de terceiros parceiros.

Este patrimônio se constitui pelos recursos, que se abicha da comercialização das futuras unidades, pelas benfeitorias a serem agregadas a suas receitas, ou mesmo o próprio imóvel sobre o qual venha a ser edificada a incorporação. É um conjunto de recursos, que afiança e responde, quando, e se necessário, por eventuais indenizações estranhas aquele empreendimento específico, que advém, por culpa exclusiva do incorporador, e pela quebra da empresa incorporadora.

Este, enfim, é um patrimônio autônomo, e que serve de garantia, e em favor dos promitentes-compradores, que assim ficam imunes de responsabilidades pessoais resultantes de má gestão do incorporador.[62]

O legislador foi tímido, titubeante. Infelizmente, frustrou, a expectativa daqueles que esperavam ver este instrumento tornar-se eficaz proteção do consumidor. Fez da norma mero estímulo de adesão ao sistema de afetação, quando

---

61. Vide Lei 10.931/2004 que dispõe sobre o patrimônio de afetação de Incorporações Imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Dec.-lei 911/1969, as Leis 4.591/1964, 4.728/1965, e 10.406/2002, e dá outras providências.

62. "Art. 31-A. A *critério* do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da 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 consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes" (Lei 4.591/1964 – incluído pela Lei 10.931/2004) grifos nossos.

poderia tê-la tornado em um grande aliado do adquirente/consumidor. Perdeu com sua tibieza a chance de ouro de tornar obrigatória a constituição do patrimônio de afetação e não, como fez, converter a lei em mera e tímida repetição da redação da MedProv 2.221/2001, que se revogou.

A nosso juízo, jogada por terra a utilidade da garantia criada. Ao invés de opção, faculdade do incorporador a permitir-lhe uma decisão, escolha, o melhor seria que o instituto fosse mais que isto, que tornasse não uma preferência, uma opção, mas, um dever a obrigá-lo a constituir verdadeiro aval patrimonial, eficaz, justo.

É sabido que há grande ingerência do poder econômico, por parte de construtoras. Em algumas incorporações chega a ser, de forma exagerada, incômodas. Vez ou outra, no papel, responsáveis, incorporadores se confundem, mascarando-se em simples corretores de imóveis, pelo lançamento do empreendimento e sua comercialização.

O exercício participativo e fiscal dos promitentes-compradores nas decisões e administração dos construtores e incorporadores é, entre nós brasileiros, uma exceção. A índole bondosa, pacífica e ingênua, de nosso povo impede que possamos distinguir os verdadeiros parceiros de figuras, que se imiscuem em parcerias, em desdobramento ficto. Conseguem, com dom malévolo, que o incauto adquirente acredite na existência de mais de uma pessoa jurídica formal para fins de responsabilidade!

Mesmo nas edificações por condomínios fechados é conhecida a praxe de serem os promitentes-compradores avocados por iniciativa de um determinado profissional, que omite sua natureza de incorporador. Documentalmente, imputa aos condôminos o perfil de o haverem convidado e contratado, eximindo-se, desta forma, da prática e responsabilidade civil, decorrente da incorporação em sua concepção clássica.

6.2 Loteamento vs. *condomínio de casas*

Diferenças existem entre loteamento comum e condomínio de casas do art. 8.º da Lei 4.591/1964.

No loteamento comum, no momento em que o projeto é registrado: a) as vias e logradouros passam a ser do domínio público, e podem ser utilizadas por qualquer do povo, sem restrição nenhuma, a não ser aquelas impostas pelo próprio Município; b) cada lote tem acesso direto à via pública; c) a gleba loteada perde a sua individualidade, deixa de existir, para dar nascimento aos vários lotes, como unidades autônomas destinadas a edificação.

No condomínio de casas ruas e praças, jardins e áreas livres continuam de propriedade dos condôminos, que delas se utilizarão conforme estabelecerem em convenção.

7. CONDOMÍNIO DE LOTES

O tema Condomínio Horizontal de Lotes – Edificação de Livre Escolha do Condômino foi apresentado pela primeira vez no XVII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral realizado em Morelia/Michoacan/México de 09 a 14.03.2003 pelos gaúchos Décio Antonio Erpen, desembargador, e João Pedro Lamana Paiva e Mario Pazutti Mezzari, Oficiais de Registro de Imóveis.

Está em discussão a possibilidade da existência de nova forma de parcelamento do solo para fins residenciais, que tem repercussão no Direito Registrense Imobiliário. É o condomínio horizontal de lotes, onde não há a obrigatoriedade da prévia construção das casas. Afirmam os autores da ideia que "a unidade autônoma é o próprio lote condominial; o proprietário desse lote pode nele erigir a casa segundo seus interesses pessoais, respeitadas, obviamente, as limitações impostas pela Municipalidade e pelo próprio instituidor do condomínio".

Difere "loteamento fechado" de condomínio de lotes. Aqui, a propriedade, tanto do sistema viário, quanto dos equipamentos comunitários, pertence, de forma exclusiva, aos proprietários condôminos. Não passa ao Município.

O fundamento legal, para a existência dessa nova modalidade condominial – *o condomínio de lotes*, o embasamento para aprovação do projeto, os procedimentos registrenses vamos encontrar nas regras, hoje impostas pelos arts. 1.331 a 1.358 do CC/2002, coadjuvado na legislação de condomínios, Lei 4.591/1964, art. 8.º, e no disposto no art. 3.º do Dec.-lei 271/1967, que para nós não esta ab-rogada.

Neste tipo de empreendimento imobiliário não se exige a reserva legal de 35% (trinta e cinco por cento) da gleba parcelada, destinada aos equipamentos públicos. A definição e fixação dos índices, do *quantum* de reserva, que deverá ficar, sempre inferiores aquele, caberá à municipalidade, que tem como espeque, o estatuto da cidade.

Na Lei 4.591/1964 está determinado que, para que se institua um empreendimento imobiliário no regime condominial, terá que haver, sempre e forçosamente, uma edificação relacionada com o terreno. Se esta regra for aplicada aos condomínios de casas é forçoso concluirmos que o incorporador poderá

comercializar unidades a serem construídas, jamais lotes para construção futura. Se as unidades autônomas já estiverem concluídas, as matrículas no ofício de registro de imóveis somente poderão ser abertas em função da edificação, decorrente da incorporação imobiliária, da forma de sua instituição ou especificação de condomínio previsto na lei. Há, portanto, uma umbilical vinculação a uma fração ideal no terreno e as coisas de uso comum.

O art. 3.º do Dec.-lei 271/1967 equipara as obras de infraestrutura à construção da edificação. Desta forma a realização destas obras, básicas em qualquer tipo de empreendimento imobiliário, irá substituir a necessidade da prévia construção da casa ou da torre do edifício no terreno comum, bastando, para que se constitua o condomínio, esteja a infraestrutura totalmente concluída, ficando atendido o requisito legal contido na lei de condomínios. [63]

Diverso do que ocorre no condomínio tradicional, onde a edificação sobre o terreno é sempre considerada a unidade autônoma. Neste tipo de empreendimento a unidade autônoma é o próprio lote. Aqui, cada condômino é proprietário de sua unidade autônoma, livre no uso, utilização e edificação no lote, respeitadas todas as normas de ordem pública e tudo o que for estipulado na Convenção de Condomínio.

Deste modo, enquanto no condomínio horizontal tradicional os cálculos e registros são feitos com base na área construída, sujeitos a alteração a cada modificação, no condomínio de lotes os cálculos e registros são feitos com base na área do lote. Aqui, estes cálculos permanecem sempre imutáveis, mesmo se houver alterações de porte nas edificações.

As edificações no condomínio de lotes, diversamente do que ocorre no condomínio tradicional, se aderem como acessões aos lotes, sem que isto descaracterize sua condição jurídica de unidade autônoma. Não é necessário se alterarem os cálculos, quadros de áreas, projetos, muito menos haverá a necessidade de se modificar registros e averbações do condomínio nos livros do RI, cada vez que se erigir construção nova.

---

63. "Art. 3.º Aplica-se aos loteamentos a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infraestrutura à construção da edificação.
§ 1.º O Poder Executivo, dentro de 180 dias regulamentará este decreto-lei, especialmente quanto à aplicação da Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, aos loteamentos, fazendo inclusive as necessárias adaptações.
§ 2.º O loteamento poderá ser dividido em etapas discriminadas, a critério do loteador, cada uma das quais constituirá um condomínio que poderá ser dissolvido quando da aceitação do loteamento pela Prefeitura."

Podemos afirmar que a Lei 10.931/2004, foi, para o Registro de Imóveis, um divisor de águas, outorgando ao órgão a presidência imediata do processo de retificação de registro. Talvez, em razão da novel atribuição, os registradores e demais profissionais da área imobiliária não observaram a sutil, mas importante alteração do Código Civil de 2002, especialmente em seu art. 1.331.

Originariamente, no § 3.º do art. 1.331 do CC/2002, a exigência era, como ocorre na Lei 4.591/1964, que houvesse uma vinculação do terreno com a edificação. Dispunha ele que a fração ideal no solo, e nas outras partes comuns, seria proporcional ao valor da unidade imobiliária, e que este valor se calculava em relação ao conjunto da edificação.

Este parágrafo sofreu importante alteração pela Lei 10.931/2004. Hoje está assim redigido: "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 nó instrumento de instituição do condomínio".

O que se observa com a nova redação dada a este parágrafo é que não se exige que haja necessária vinculação da fração ideal à construção, observando-se que o Código Civil de 2002 derrogou a Lei 4.591/1964, somente na parte que lhe era contrária, possibilitando, deste modo, a instituição de condomínio de lotes ou terrenos.

Na doutrina já havia o entendimento de que o Código Civil de 2002 trouxe a possibilidade de se diferenciar *fração ideal de terreno* com *área de terreno de uso exclusivo*, permitindo-se, assim, a criação de unidade autônoma de terreno, podendo citar o artigo do saudoso engenheiro civil e consultor *Paulo Andres Costa* (*Revista de Direito Imobiliário,* 58/160).

A fração ideal representa a parcela de copropriedade no terreno e nas coisas comuns; e área de terreno de uso exclusivo é produto de atribuição.

O art. 1.331 do CC/2002 dispõe que: "Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedades comuns dos condôminos."

O Código Civil de 2002, diferente da Lei 4.591/1964, que se deteve no uso das partes, que compõem o condomínio edilício, fala em *propriedade*,[64] o que nos dá oportunidade de distinguir "propriedade comum" do conceito "de uso comum."

64. Art. 1.228 do CC/2002. Assim, proprietário é todo aquele que tem a faculdade exclusiva usar, gozar, dispor da coisa e o direito de reaver a coisa do poder de quem de forma injusta a possua ou mesma a detenha.

Sabemos que uso da coisa é uma das faculdades da propriedade. Tanto no condomínio edilício, quanto no condomínio de casas, é a parte privativa construída ou edificada e que se constitui no objeto da propriedade exclusiva. A copropriedade é exercida no terreno e nas partes comuns do empreendimento, destinada a todos os condôminos na proporção de sua fração ideal.

No condomínio de casas, além dessas características típicas, pode ocorrer, por acordo fixado em convenção condominial, haja a desistência de uso por uma parte em favor de outra, possibilitando, desta forma, se atribua à exclusividade de uso em parte da propriedade comum.

Porém, não há confundir-se a característica desse tipo de empreendimento com o loteamento, embora esta característica dele se abeire. Porque, enquanto que no loteamento o objeto da propriedade é o lote especificado, no condomínio a exclusividade da propriedade é exercida sobre a unidade autônoma edificada. Não há que baralhar, portanto, o conceito de fração ideal de terreno com área de terreno de uso exclusivo, porque fração ideal é parte inseparável da unidade autônoma e calculada na forma da lei.

Para Afonso Celso Furtado de Rezende parte ideal num imóvel caracteriza-se "... como sendo uma determinada quantidade em metros dessa propriedade, que está no 'no juízo', na mente de cada compossessor, enquanto não separada do todo. Pelo pensamento, poderá estar aqui ou acolá, mais acima ou mais abaixo, fazendo parte de uma universalidade que vem do próprio imóvel."[65]

Por conseguinte, enquanto fração ideal representa parcela de compossessão, isto é, representa fragmento daquela posse em comum da mesma coisa, "a área de terreno de uso exclusivo é produto de atribuição, e, portanto, discriminada, independente da proporção que cabe a cada unidade autônoma."

7.1 Instituição. Requisitos

Por infelicidade ainda não existe regulamentação federal expressa e condizente com a realidade que regule o condomínio de lotes. O caminho é árduo. Até que consiga a aprovação de uma norma para este novel empreendimento imobiliário teremos todos que palmilhar acerbos caminhos, escarpados, irregulares. A doutrina tem feito sua parte. Aos poucos, esta penosa e árdua construção doutrinária vem sendo compreendida e acolhida.

---

65. Rezende, Afonso Celso Furtado. *Dicionário: direito imobiliário e afins*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 297.

Pelo princípio da autonomia, o Município planeja, comanda seu próprio processo de urbanização, respeitadas normas gerais de nível estadual e federal. Para que um empreendimento desse jaez tenha existência, não basta uma legislação municipal, que regule essa modalidade de empreendimento, não basta que haja uma aprovação técnica e burocrática da municipalidade do projeto de constituição. Essencial será, também, que sejam estabelecidos quais são os direitos e deveres dos condôminos.

É através de normas, que irão viger, que se dará o norte aos condôminos, que imponham as limitações edilícias, de uso do solo, relacionadas com cada unidade, fixadas, de forma minuciosa, pela Convenção Condominial.

Para que um condomínio de lotes, onde não haja a obrigação de prévia construção do prédio, se configure, é preciso que o projeto do empreendimento obedeça ao modelo imposto na Lei 4.591/1964, observadas as alterações da Lei 10.406/2002, onde cada lote seja considerado como unidade autônoma, e a ele atribuído uma fração ideal da gleba, com áreas e edificações de uso comum.

Necessário será que a possibilidade de implantação do condomínio de lotes seja prevista em legislação específica. Que haja, como em qualquer condomínio, uma convenção, que elabore normas de conduta, que resguardem a paz jurídica entre os condôminos, para conter as limitações edilícias e de uso individual e coletivo do solo.

Não basta se implante fisicamente o empreendimento. Indispensável será que se tenha segurança jurídica, que o empreendimento tenha vida legal e com os necessários procedimentos registrenses.

Deste modo, para a implementação desta espécie de parcelamento do solo, é essencial que empreendedor/proprietário requeira de forma escrita ao Ofício do Registro de Imóveis, e solicite-lhe o registro da instituição condominial, em que conste referência expressa aos dispositivos legais, já citados; que o projeto do empreendimento esteja aprovado pela Municipalidade, e que a legislação, autorize a aprovação deste tipo de empreendimento.

O Requerimento ao Oficial de Registro da situação do imóvel deve estar acompanhado do *memorial descritivo*, onde estejam relacionadas todas as particularidades do empreendimento, tais como a descrição das unidades autônomas contendo especialmente as áreas privativas, comum e total e a fração ideal correspondente na área total, entre outras particularidades do empreendimento, bem como a descrição do lote.

O requerimento deve também conter a *planta de lotes*, a *planilha de cálculo de áreas*; a *planilha de custos* da realização da infraestrutura; a *convenção de condomínio*, na qual deverão constar, entre outras cláusulas previstas em lei, as

formas e características que cada construção poderá apresentar; a *Anotação de Responsabilidade Técnica* – ART, ou seja, a do responsável pelo projeto.

Enfim, para que seja legalizado o projeto, o empreendedor/proprietário deverá apresentar ao Registrador Imobiliário a mesma documentação apresentada para a regulamentação do condomínio edilício, constante do art. 32 da Lei 4.591/1964.

Serão registradas junto à matrícula da gleba no livro 2 – Registro Geral, tanto a incorporação imobiliária, se houver, quanto à instituição do condomínio. A conclusão das obras de infraestrutura deve ser averbada junto à matrícula da gleba e a convenção de condomínio registrada em livro próprio. Nos cartórios do Estado de São Paulo o ato de registro desta convenção é feito no livro 3 – Registro Auxiliar. Deve o Oficial de Registro, ato contínuo, averbá-la na matrícula.

É aconselhável, para que haja plena publicidade, que, quando se proceder à averbação da existência do registro da convenção condominial, na matrícula do lote, se descreva, de forma minudente, as principais regras estabelecidas quanto ao uso do solo e restrições edilícias. Além disso, é necessário que, para cada unidade autônoma, para cada lote, sejam abertas matrículas, a fim de que nelas possam ser lançadas as transferências dominiais, as constituições de ônus, as edificações, a referência ao registro da convenção de condomínio e todos os demais atos de registro relativos a cada unidade.

Enfim, tirante suas características próprias o condomínio de lotes é igual, em tudo, ao condomínio edilício e ao condomínio horizontal de casas.

8. Síntese

Parcelamento de solo urbano ou loteamento urbano, segundo lição de Hely Lopes Meirelles é: "a divisão voluntária do solo em unidades edificáveis (lotes), com a abertura de vias e logradouros públicos, na forma da legislação pertinente".[66]

Vimos que é a Lei 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano nas cidades brasileiras, alterada pela Lei 9.785/1999.[67]

---

66. Meirelles, Hely Lopes. *Direito de construir.* 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 19 83. p. 112.

67. Tramita, no Congresso Nacional, um projeto de lei – o PL 3.057/2000 sobre o assunto e que irá criar os chamados condomínios urbanísticos que irá substituir a Lei 6.766/1979.

Nos dias de hoje, com acentuada tendência individualista, uma das maiores preocupações da população, ressaltada à unanimidade nas pesquisas de opinião, é a segurança individual e da família, um dos itens prioritários para que se possa viver com tranquilidade, sem que se esteja sujeito aos dissabores, e aos impactos emocionais de assaltos, à mão-armada, tão comuns nos últimos tempos. A falta de segurança pública se traduz, sem dúvida, na opção da escolha de moradia nos prédios de apartamentos ou nas casas residenciais, metamorfoseadas em verdadeiras fortalezas, cercadas de altos muros ou de grades eletrificadas, e que vão acentuando, cada vez mais, no brasileiro, seus pendores individualistas.

Devemos compreender e aceitar que loteamento, desmembramento, condomínio são espécies do gênero parcelamento de solo e que condomínio é um vocábulo que significa o domínio de vários sobre certa coisa. Muitas são as situações em que pode existir um condomínio, ou seja, um bem cujo domínio pertença a várias pessoas, que tanto pode ser física, quanto jurídica.

É certo, também, que condomínio civil, o condomínio geral, se desdobra em vários tipos de condomínio, exemplos:

a) o condomínio que se estabelece em razão de herança de bem indivisível deixado em favor de várias pessoas;

b) o condomínio entre sócios de fato em relação ao patrimônio adquirido em face da sociedade;

c) o condomínio em face de separação judicial ou divórcio em relação ao patrimônio indivisível do casal etc.

Embora em todos estes casos, e outros, exista uma relação jurídica condominial, os direitos e obrigações destes condôminos são regidos pelo Código Civil, que dispõe sobre o direito de condomínio de uma forma geral.

O Condomínio Especial, o condomínio horizontal é regido pela Lei 4.591/1964, que regula, especificamente, o condomínio de edificações e incorporações imobiliárias. E que esta norma especial outorga grande margem de variação nos direitos dos condôminos, vez que permite que a Convenção de Condomínio possa reger a relação jurídica condominial.

Vimos que é fundamental, ao se definir um direito derivado da relação condominial, que é preciso, que fiquemos atentos, não só aos requisitos e as tipicidades da lei, como proceder a um esmiuçado exame do que consta na Convenção de Condomínio, que muita vez sobrepuja o que a lei estabelece.

E que "loteamento fechado" é um empreendimento imobiliário que não passa de uma "adaptação", não estribado em nenhuma lei, sendo um instituto

híbrido, resultado da soma do loteamento e do condomínio deitado de casas. Por isso é precária a situação jurídica deste tipo de empreendimento imobiliário, cuja vida depende, e *sempre*, da boa vontade da municipalidade, que pode conceder ou não, aos moradores, o direito de uso do bem público (as ruas, as áreas institucionais e as áreas verdes do loteamento).

Outrossim, vimos que as despesas com a manutenção dos equipamentos são rateadas entre os proprietários, através da associação dos moradores e que IPTU não incide sobre todo o empreendimento, mas, recai, tão somente, sobre os lotes, ficando a Prefeitura sem recolher, aos seus cofres, aquela diferença.

Ficou certo, também, que a concessão de uso do bem público (as ruas, áreas institucionais e as áreas verdes), é um ato jurídico administrativo, que toma corpo através de contrato celebrado com prazo indeterminado. É de se encarecer, outrossim, que há perene risco e real de que em qualquer momento, de a municipalidade denunciar o trato, o rescindido unilateralmente.

Além do que, não há incidência de IPTU sobre o todo do empreendimento, mas, apenas, sobre os lotes, torna-se uma situação injusta, tanto no sentido moral, quanto no sentido jurídico. Há dois pesos, duas medidas.

Ademais há uma ironia no fato de este tipo de empreendimento imobiliário, o "loteamento fechado", tenha como gênese a falta de segurança pública e continue, ele próprio seja juridicamente inseguro...

No condomínio edilício, e no condomínio horizontal de casas, diverso do "loteamento fechado", não há nenhuma parte, que pertença à municipalidade. Tudo o que nele há é de propriedade dos condôminos, sendo desnecessário, se lançar mão do instituto da concessão de uso para sua existência. Não há, neste tipo de empreendimento nem ruas públicas, nem áreas institucionais. O que existe, na realidade, são vias de acesso e áreas comuns, que, como todo o resto, é propriedade particular, pertencendo em comum, proporcionalmente, aos condôminos.

Os impostos municipais, tanto no condomínio edilício quanto no condomínio de casas, incidem sobre o todo. Seu custo é, forçosamente, rateado entre os coproprietários, os condôminos. Daí advindo enorme injustiça tributária, que é flagrante. Enquanto no condomínio edilício, no condomínio de casas, institutos legalizados, os proprietários impelidos suportam um volume maior de despesas, porque, além daquelas inerentes à manutenção do condomínio, se recolhe aos cofres da Prefeitura Municipal (e é assim é que deve ser) um volume de imposto bem maior de imposto. O IPTU aqui é calculado e *incide sobre a totalidade do empreendimento imobiliário*, isto é, recai tanto nas unidades autônomas, que é área privativa, quanto em toda área comum.

Enquanto, aqueles felizardos, proprietários de unidades, num "loteamento fechado", empreendimento constituído pela benesse da Municipalidade, e com o aval de todo o resto da população, recolhem aos cofres do Município, um valor de imposto muito menor. O tributo municipal é calculado e incide apenas, e tão somente, sobre a área dos lotes, todo o resto, que é de propriedade pública, fica sem recolhimento de imposto. Sobre ela, que é um terço do empreendimento, não há tributo algum, que nele incida!

Enfim, no condomínio de lotes, não há necessidade de se firme contrato algum com a municipalidade, como ocorre no "loteamento fechado", para legalmente existir. Tudo o que na propriedade há tem caráter particular e é da inteira responsabilidade dos condôminos. Não haverá sobressaltos inúteis. Os condôminos nunca estarão submetidos ao humor de nenhum alcaide modernoso, que, por não concordar, ou não concordar em manter mais em vigor aquele o contrato de uso de bem público, adrede firmado e em vigor com empreendimento imobiliário, pode, e irá, com unilateralismo imperial, numa penada, denunciá-lo.

9. Conclusão

A figura jurídica condomínio de lotes tratado neste trabalho, já sabíamos, nunca foi tema pacífico, fácil de ser digerido. Mas, não seria isso que iria esmorecer nosso espírito, sempre ávido de desafios como este. Nunca um obstáculo iria afrouxar nossa coragem, desalentar nossa convicção.

Nosso objetivo com estas linhas é lançar um pouco mais de luz sobre o tema. Esta pesquisa nos fez mais fortes e com a certeza de que *há uma lacuna normativa*. Falta uma lei que regule esta novel figura jurídica. Fomos persuadidos pelo estudo realizado. A pesquisa nos levou a convicção de que condomínio de lotes, além de ser um empreendimento imobiliário viável, seguro, é necessário para que haja um avanço no trato deste tipo de empreendimento, que já é uma realidade a espera de ser normatizada.

Confessamos não ter sido fácil esta jornada em face de situações difíceis, que o tema nos levou. Exaustos e sabedores que *arts longa*, *vita brevis*, não deixamos o desânimo tomar conta de nosso espírito, que alentado com novas descobertas, criou asas. Não perdemos nem o entusiasmo, nem a coragem de continuar. Obstáculos foram vencidos com a disposição resoluta e inalterável de quem acredita que, nem atos humanos, nem fatos jurídicos devem estratificar-se. É o dinamismo da vida, o progresso é que nos impulsiona e nos estimula, fazendo com que o que era proibido ontem, possa ser liberado hoje.

Depois de longas e muitas meditações sobre o tema proposto (viabilidade do condomínio de lotes), chegamos a conclusão que uma lacuna nas leis, que tratam do assunto de frente, é que faz com que este novel tipo instituto, ainda, não esteja sendo encarado como um empreendimento imobiliário, tanto por parte da doutrina, quanto da jurisprudência como um empreendimento totalmente viável.

Ao contrário dos que assim entendem, nós estamos plenamente convencidos que é, exatamente, neste espaço vazio, nesta ausência anacrônica de norma, a responsável maior pela falta de incentivo neste florescente setor imobiliário.

Portanto, *se* num parcelamento de solo, num desmembramento de uma gleba forem respeitadas as áreas de superfície;

Se mesmo que numa descrição incompleta do imóvel a parcelar houver a possibilidade registrense de abertura de matrícula, respeitada a descrição anterior;

Se a lei[68] permite a existência de condomínio deitado, e consente que "... em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação...;"

Se não se vê lógica na vinculação das frações ideais de terreno às futuras construções;[69]

Se, em cada unidade autônoma, é irrelevante, tanto o volume de área construída, quanto à possibilidade de alteração a critério de cada condômino;

Se a construção, na unidade autônoma, não interferir, nem na área comum, nem a fração ideal, e no todo não houver qualquer modificação;

Se o empreendimento imobiliário for legal, e seguir, fielmente, todas posturas municiais e o Estatuto da Cidade;

Se nas modificações eventuais nas áreas privativas, embora não construídas, mas, aprovadas pela municipalidade, e com a concordância expressa de todos os condôminos, e averbadas no RI competente;

Se não houver infração a nenhum princípio registrário, e em especial ao princípio da especialidade;[70]

---

68. Art. 8.º da Lei 4.591/1964.

69. Art. 3.º do Dec.-lei 271/1967.

70. Princípio da Especialidade – O art. 1.º da Lei 6.015/1973 reza que os serviços concernentes aos registros públicos tem por *objetivo garantir a eficácia, autenticidade e*

Se num dado empreendimento, a gleba a ser parcelada apresente medidas perimetrais, com ângulos de deflexão entre as linhas de divisa, corretos, e não houver imprecisão geodésica do imóvel, sendo viável conhecer sua exata posição física no espaço mediante a descrição tabular;

Se forem conhecidas as medidas perimetrais completas do todo e a posição das linhas de intersecção, ou seja, os rumos, os ângulos ou azimutes exatos, sendo viável se deduzir com facilidade a área de superfície das partes destacadas e do remanescente, sem a necessidade de se inovar, de forma unilateral, o cadastro imobiliário, não havendo necessidade de se retificar nem o registro, nem a averbação do cartulário do RI;

Se a falta de uma vinculação efetiva do terreno à construção não acarretar prejuízo algum, nem ao adquirente, nem a ninguém;

Se a unidade autônoma é propriedade de uso exclusivo do adquirente, não havendo interferência alguma dos outros condôminos, e estando ela, minudentemente, descrita no memorial e na própria convenção do condomínio;

Se as construções nas unidades autônomas estão edificadas e incluídas nas áreas destinadas a utilização exclusiva das casas;

Se o condômino, titular de um direito posicional do registro, não for afetado, de nenhuma forma, na sua posição tabular, e se sua vontade estiver conforme a vontade dos outros condôminos;

Se houver aumento de área construída na unidade autônoma que não acarrete nenhum desequilíbrio no quadro, nem na extensão da unidade autônoma, e não provoque qualquer alteração na fração ideal própria, e dos demais condôminos, com assenso unânime de todos os condôminos para averbação em cada uma das matrículas das unidades autônomas das eventuais alterações;

Se o custo de uma instituição parcial puder ser suportado pelos adquirentes;

---

segurança dos atos jurídicos. Existem princípios fundamentais que são a pilastra do sistema registral, que não possuem vida própria, pois dependem uns dos outros, pois, quando se fala em qualquer um deles, deve-se analisar os demais e aplicar, juntamente. Quando se fala em segurança, podemos apontar o princípio da *especialidade*, por exemplo, que se resume na *individualização do imóvel, sua matrícula, seu "cadastro"*, e este imóvel deve se conter em uma única matrícula e esta matrícula deve recair sobre um único imóvel, precisamente, individuado (não deve haver dúvida em sua identificação). Isto significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, com o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível, particularizado, distinto de qualquer outro. Qualquer alteração da especialidade será feita, judicialmente, com exceções constantes do art. 213 da Lei 6.015/1973.

Se o controle das instituições parciais de condomínio pela serventia imobiliária for factível, por isso tudo, uma pergunta não quer calar: qual será o óbice prático e qual será o prejuízo que poderia resultar a todos e aos adquirentes de unidades autônomas, de lotes, se as acessões puderem ser construídas não só pelo incorporador do empreendimento imobiliário, como no típico condomínio horizontal de casas, erigidas, a gosto e as expensas, pelo próprio condômino adquirente?

Como se pode ver, o que dificulta a implementação do condomínio de lotes é realmente a falta de uma legislação específica, que regulamente de vez este novel tipo de empreendimento imobiliário.

A nosso juízo, somente assim, com promulgação de uma nova lei que venha regrar este tipo de condomínio, haverá, com certeza certa, a expansão dos negócios imobiliários, e nossos tribunais e parte da doutrina não terão mais motivo algum para não aceitar como promissor empreendimento imobiliário deste jaez. Verão com olhos de simpatia, este tipo de empreendimento como um negócio regular, legalizado, aceito como tantos outros. Condomínio de lotes se tornará certamente uma transação interessante e rentável ao empreendedor, que não mais necessitará de lançar mão de acrobáticas contorções jurídicas toda vez que for regularizar seu negócio já consolidado.

Por outro lado, o condomínio de lotes se tornará um atraente investimento não só para o adquirente, ávido de segurança que estará certo de fazer um bom negócio, livre de riscos desnecessários, sentindo-se mais protegido, acautelado pela regularidade do negócio, já implementando, e garantido pela legalidade.

Para tanto, não serão necessárias mudanças de porte na legislação. Basta que no art. 8.º da Lei 4.591/1964 se acrescente um singelo parágrafo, que reconheça existência jurídica deste tipo de empreendimento. O ideal será alterar-se do mesmo modo, o *caput* do art. 31-A da Lei 4.591/1964[71] para que nele conste a obrigatoriedade de se instituir o patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação ou qualquer outro empreendimento imobiliário, bem como nos demais bens e direitos a ela vinculados, para que se mantenham apartados do patrimônio do incorporador ou empreendedor, mais nada.

---

71. Lei 4.591/1964, art. 31-A. "A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da 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 consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes" (Redação da Lei 10.931/2004).

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE FILHO, Paulo. Estudos de direito registral imobiliário registro de imóveis. *XXII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*. Cuiabá/ Mato Grosso, 1995. Irib. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1997.

AMADEI, Vicente Celeste; AMADEI, Vicente de Abreu. *O parcelamento do solo urbano em seus aspectos essenciais. Como lotear uma gleba*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003.

ANGELICO, Américo Isidoro. *Condomínio no novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ed., 2003.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. *A unidade autônoma no condomínio edilício*. Porto Alegre: Norton Ed., 2006.

CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COSTA, Paulo Andres. Divisão de áreas no condomínio especial. *Jus Navigandi*. n. 41. ano 4. Teresina, maio 2000. Disponível: em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=584]. Acesso em: 15.06.2006.

_____. O novo Código Civil e o condomínio de casas. Uso exclusivo em propriedade comum. *Jus Navigandi*. n. 294. ano. 8. Teresina, 27.04.2004. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5138]. Acesso em: 13.06.2006.

_____. _____. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 58. ano 28. p. 160. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2005.

DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lucia Valle (coords.). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Ed. RT, 1991.

DE PAOLI, Consuelo Cristina Viali. O condomínio edilício. Novas regras (?). *Jus Navigandi*. n. 221. ano 8. Teresina, 13.02.2004. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4816]. Acesso em: 15.06.2006.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1997.

EHRHARDT, Daisy. O condomínio edilício no novo Código Civil. Elaborado em 06.2002. *Jus Navigandi*. n. 62. ano 7. Teresina, fev. 2003. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3728]. Acesso em: 15.06.2006.

FIORANELI, Ademar. *Direito registral imobiliário, instituto de registro imobiliário do Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2001.

FIUZA, Ricardo et al. *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva.

FREITAS, José Carlos de. Bens públicos de loteamentos e sua proteção especial. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 46. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1999.

_____. Da legalidade dos loteamentos fechados. Disponível em: [www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/Da%20legalidade%20dos%20loteamentos%20fechados.mht]. Acesso em: 29.09.2006.

Garcia, Fátima. O condomínio em face do novo Código Civil. *Jus Navigandi*. n. 66. ano 7. Teresina, jun. 2003. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4133]. Acesso em: 15.06.2006.

Gasparini, Diógenes. Alterações da Lei do Parcelamento do Solo Urbano. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 46. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1999.

Limongi França, Rubens. *Instituições de direito civil*. São Paulo; Saraiva, 1988.

Lobo Júnior, Hélio. Algumas considerações sobre as modificações na Lei 6.766/1979. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 46. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 1999.

_____. Loteamentos – Considerações sobre a alteração do Plano. Trabalho apresentado no XXV Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, realizado em São Paulo, de 14 a 18.09.1998. *Boletim do IRIB*. n. 47. ano 22. jul.-dez. 1999.

_____. O condomínio edilício e o novo Código Civil. In: Silva, Ulysses da (coord.). *O novo Código Civil e registro de imóveis*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004.

Marini, Celso. *Loteamentos fechados*. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=582]. Acesso em: 14.09.2006.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito de construir*. 4. ed. São Paulo : Ed. RT, 1983.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 12. ed. atual. por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2001.

Mezzari, Mario Pazutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. Porto Alegre: Norton Ed., 2002.

Pereira, Caio Mario da Silva *Condomínio e incorporações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. _____. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. _____. 10. ed. atual. segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Incorporação imobiliária. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 4. p. 9-18. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1979.

_____. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. vol. 4.

Pires, Luis Manuel Fonseca. *Loteamentos urbanos – Natureza jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. Parte especial*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. XII.

Rezende, Afonso Celso Furtado. *Dicionário: direito imobiliário e afins*. São Paulo: Malheiros, 1999.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1985-1986.

_____. *Direito civil. Direito das coisas*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTANA DE MELO, Marcelo Augusto. O uso do condomínio civil como burla à lei de loteamentos. São Paulo: Irib, 21.07.2004. Biblioteca Virtual Dr. Gilberto Valente da Silva. *Boletim Eletrônico* n. 1.197.

SCHIMIDT, Francisco Arnaldo. *Incorporações imobiliárias*. 2. ed. Porto Alegre: Norton Ed., 2006.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1964. vol. VI.

SILVA, Gilberto Valente da. Condomínio sem construção – Registro de Imóveis. Estudos de Direito Registral Imobiliário. *XXII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*. Cuiabá-Mato Grosso/1995. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1997.

SILVA, Ulysses da. Condomínio e incorporações – Reflexões de um registrador. Registro de Imóveis – Estudos de Direito Registral Imobiliário – *XXII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*. Cuiabá-Mato Grosso/1995. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1997.

SILVA FILHO, Elvino. Loteamento fechado e condomínio deitado. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 14. p. 7-35. São Paulo: Ed. RT, 1984.

_____. *Questões de condomínio no registro de imóveis*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VASCONCELOS, Livius Barreto. O condomínio de casas e a incorporação para sua construção. *Jus Navigandi*. ano 7. n. 65. Teresina, maio 2003. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4019]. Acesso em: 13.06.2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Coleção direito civil. vol. 5.

TOSSI SILVA, José Marcelo. Requisitos para a regularização de condomínios de fato. *Boletim IRIB*. n. 1.772. Disponível em: [www.irib.org.br/notas/boletime11772.asp].

IRIB. *Boletim* n. 309, mar.-abr. 2003. Condomínio horizontal de lotes – Registro de imóveis. Matrícula. Bloqueio. Quebra ao princípio da especialidade. Processo CG 1.536/96 (776/96). Disponível em: [www.irib.org.br/birib/birib309e.asp].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A juridicidade dos loteamentos fechados com a publicidade no Registro de Imóveis, de Valestan Milhomem da Costa – *RDI* 64/103;
- Condomínio de lotes de terreno urbano, de Melhim Namem Chalhub – *RDI* 67/101;
- "Loteamentos fechados" nas grandes cidades: a produção da ilegalidade por atores revestidos de poder social, econômico e político, de Sonia Marilda Péres Alves – *RDI* 64/81; e
- Regularização fundiária: decisões e normas da e. Corregedoria-geral da Justiça de São Paulo, de José Marcelo Tossi Silva – *RDI* 58/143.

O direito de vizinhança e sua correlação com os interesses difusos e coletivos

4

Rita Peixoto Ferreira Blum

Mestre em Direito pela PUC-SP. Especialista em Direito do Consumidor na Comunidade Europeia pela *Université Catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve*, Bélgica. Doutoranda em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Advogada.

Área do Direito: Imobiliário e Registral; Ambiental; Civil

Resumo: O presente artigo é fruto de pesquisa desenvolvida na doutrina e jurisprudência brasileira. O tema da vizinhança foi estudado primeiro em sua face de direito individual, tratada pelo direito civil, e, posteriormente, em seu viés de direito difuso, fruto da mudança da forma de organização da sociedade nas metrópoles e da evolução do tratamento do tema da propriedade imóvel no direito constitucional. Esclareço que, com a *função social da propriedade* presente na Constituição Federal, torna-se imperativo que a propriedade imóvel não seja utilizada em detrimento da sociedade. Por fim, a partir da análise de jurisprudência sobre poluição sonora em área urbana, esclareço porque o direito de vizinhança passou a poder ser objeto de tutela coletiva, por meio de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público.

Palavras-chave: Direito de vizinhança – Função social da propriedade – Poluição sonora – Ação civil pública.

Abstract: The present article is the result of a research project based on Brazilian legal books, papers, as well on judgments related to neighborhood legal conflicts. Said research has been done in the field of traditional Civil Law and in the field of modern Law that regulates collective rights. I explain that collective aspects of the neighborhood legal problems is one of the consequences of the big cities and also a consequence of the Brazilian Constitution, of 1988, which establishes that the real estate property shall be used by its owner adequately and respecting the interest of the other members of the community. Based on the analysis of court cases related to noise pollution, I clarify why collective neighborhood rights can be protected by a legal procedure named "ação civil pública" (civil class action promoted by the public prosecution service).

Keywords: Neighborhood legal conflicts – The real estate property used adequately and respecting collective rights – Noise pollution – "Ação civil pública".

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Exposição do tema do direito de vizinhança: 2.1 Apanhado histórico; 2.2 Conceitos e elementos do direito de vizinhança; 2.3 Principais tutelas do direito de vizinhança de interesse para o tema deste artigo – 3. A Constituição de 1988, a função social da propriedade, o direito ambiental e o direito de vizinhança: 3.1 Função social da propriedade; 3.2 Direito ambiental, o direito de vizinhança e a tutela coletiva – 4. Poluição sonora urbana, direito de vizinhança e a função do Ministério Público – 5. Ação civil pública, como meio de proteção ao direito ao sossego – Estudo jurisprudencial: 5.1 Acórdãos contrários à tese de legitimidade *ad causam* do Ministério Público; 5.2 Acórdãos favoráveis à tese de legitimidade do Ministério Público – 6. Conclusões – 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é fruto de pesquisa desenvolvida na doutrina existente antes e após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ("Constituição Federal").

No presente artigo reconhecemos a vizinhança como um fato social em evolução constante, o sossego domiciliar como algo raro nas cidades e um bem essencial à sadia qualidade de vida que merece tutela específica.

Delineamos alguns conceitos e elementos básicos do direito de vizinhança, a partir da doutrina civilista nacional. Feito isto, apresentamos as mudanças constitucionais ao tema da propriedade, que tornaram mais complexo o tema do direito de vizinhança, tendo em vista que, com a função social da propriedade presente na Constituição Federal, torna-se imperativo que a propriedade não seja utilizada em detrimento da sociedade. Há um reequacionamento, portanto, do indivíduo e do social, e o direito de vizinhança passa a poder ser objeto, também, de tutela coletiva, como interesse difuso, tutelável por meio de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público. Por fim, a partir da análise de jurisprudência sobre direito de vizinhança e poluição sonora em área urbana, tecemos alguns esclarecimentos sobre a função do Ministério Público neste contexto, à luz de decisões dos tribunais.

2. EXPOSIÇÃO DO TEMA DO DIREITO DE VIZINHANÇA

2.1 Apanhado histórico

Dentre os motivos que o Prof. San Tiago Dantas menciona como *complicadores* da elaboração de uma teoria sobre o direito de vizinhança estão:

"(...) as várias formas que o problema social da vizinhança vem assumindo, exigindo de cada época um tratamento jurídico diferente. Foi Bonfante, no

seu magistral estudo sobre o critério fundamental das relações entre vizinhos, quem chamou a atenção para este último fato. O problema da vizinhança não se apresentou nos mesmos termos ao jurisconsulto romano, medieval ou moderno; o fato social da vizinhança se transformou, os conflitos mais frequentes numa época, na outra tornaram-se raros, e no seu lugar surgiram novos, aos quais não se adaptavam as soluções precedentes."[1]

San Tiago Dantas chama esta transformação de *evolução constante do fato social da vizinhança*.

Referindo-se ao século passado cujo contexto ainda se assemelha em muitos aspectos ao nosso século, o Prof. San Tiago Dantas relata que com o desenvolvimento mecânico da indústria moderna surge um conflito entre a utilização industrial e a utilização domiciliar da propriedade. Incômodos que eram comuns somente perto de unidades fabris vão se tornando mais comuns devido ao progresso dos transportes, técnicas de *marketing* etc. O *sossego* domiciliar tornou-se raro nas cidades e também outro bem, a *saúde*, vem sendo colocado em risco.

Além deste aspecto fático (evolução constante do fato social da vizinhança), o autor destaca o *complicador* relacionado à contradição prática a que a teoria da propriedade privada nos conduz. Ele esclarece que o exercício do direito da propriedade imobiliária muitas vezes gera efeitos nos imóveis adjacentes, devido à união material que a natureza estabelece entre os prédios. Ex. ruídos e vapores de fumaça. A unidade material entre os imóveis faz com que um ato praticado em dada propriedade imóvel possa constituir uma *ingerência alheia* na propriedade de um terceiro.

Explica o Professor que se por um lado o direito de propriedade defende que o proprietário possa dispor da coisa como queira,[2] por outro lado, o terceiro proprietário que vê a ingerência alheia em sua propriedade também tem o direito de reclamar, *reduzindo*, assim, o direito de propriedade do vizinho causador do ruído ou poluição do ar.

Tanto a diminuição do direito do proprietário, ao ter que se abster de usar de um benefício de sua propriedade, ainda que parcialmente, para não violar o direito do vizinho, quanto a situação em que o proprietário tem que, por vezes, *tolerar* a ingerência alheia, faz, em ambos os casos, o *domínio* decair de sua plenitude.

1. San Tiago Dantas. *O conflito de vizinhança e sua composição*, p. 15.
2. Ideia de *plenitude do domínio*.

Nas palavras do Prof. Dantas:

"Para defender um dos aspectos fundamentais da propriedade (o seu lado negativo), temos que aniquilar o outro (o seu lado positivo). De sorte que, podemos dizer, o conflito entre as propriedades imóveis confinantes é o *momento crítico* da teoria da propriedade."[3]

2.2 Conceitos e elementos do direito de vizinhança

Como esclarece Silvio Rodrigues:

"Compõem-se os direitos de vizinhança de regras que ordenam não apenas a abstenção da prática de certos atos, como também de outras que implicam a sujeição do proprietário a uma invasão de sua órbita dominial."[4]

Silvio Rodrigues *define* direito de vizinhança como:

"(...) limitações impostas pela lei às prerrogativas individuais e com o escopo de conciliar interesses de proprietários vizinhos, reduzindo os poderes inerentes ao domínio e de modo a regular a convivência."[5]

O autor Sílvio de Salvo Venosa salienta aspecto do direito de vizinhança com o qual concordamos:

"É importante perceber, de plano, que os chamados direitos de vizinhança são direitos de convivência decorrentes da proximidade ou interferência entre prédios, *não necessariamente da contiguidade*"[6] (grifamos).

Vale salientar alguns *elementos do direito de vizinhança*:

(a) os direitos de vizinhança independem de registro, posto que decorrem da mera contiguidade dos imóveis, ou de sua proximidade;

(b) há variedade de direitos e deveres recíprocos entre os vários vizinhos;

(c) os direitos de vizinhança constituem obrigação *propter rem*;[7] e

---

3. San Tiago Dantas, op. cit., p. 21.
4. *Direito das coisas*, p. 119.
5. Idem, p. 120.
6. Silvio de Salvo Venosa. *Direito civil. Direitos reais*. vol. V, p. 268.
7. As obrigações *propter rem*, *ob rem* ou reipersecutória acompanham a coisa (*res*). Assim nos ensina Silvio de Salvo Venosa:
"Vimos que existem situações nas quais o proprietário é por vezes sujeito de obrigações apenas porque é proprietário (ou possuidor), e qualquer pessoa que o suceda assumirá essa obrigação. (...) Como exemplos de obrigações reipersecutórias, men-

(d) o uso anormal da propriedade vizinha pode ser assim considerado ainda que não haja intenção do agente em causar dano ao terceiro. Ter-se-á uso anormal de direito que cause dano a alguém (art. 186 do CC/2002) mesmo quando não haja o *intentio* de incomodar ou prejudicar.[8]

É importante frisar que o elemento do direito de vizinhança elencado acima no item (a)[9] aproxima-se de aspectos do direito coletivo, uma vez que, a não necessidade de contiguidade entre as propriedades em situação de conflito de vizinhança, explica porque uma interferência negativa de um imóvel vizinho pode atingir um grupo *indeterminado* de indivíduos (ou de difícil determinação), como os moradores de uma região.

2.3 Principais tutelas do direito de vizinhança de interesse para o tema deste artigo

A ameaça à segurança, saúde e sossego são tutelados, conforme previsto no Código Civil, em seu art. 1.277. Particularmente dentre os casos de ameaça ao sossego, destacam-se os relacionados à poluição sonora da vizinhança.

"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."

A existência destas limitações decorre do equacionamento do indivíduo e do social. Explicaremos isso no próximo item.

---

cionamos: a obrigação do condômino em concorrer, na proporção de sua parte, para as despesas de conservação ou divisão da coisa (art. 1.315); o mesmo caráter tem as despesas de condomínios em edifícios ou similares; a obrigação do proprietário confinante de proceder com o proprietário limítrofe à demarcação entre dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas (art. 1.297)." Op. cit., p. 15 e 16.

8. Este entendimento relativo, especificamente, ao uso anormal da propriedade foi extraído de obra de autoria da Prof. Maria Helena Diniz. *Código Civil anotado*, p. 1028.
9. "Item (a): os direitos de vizinhança independem de registro, posto que decorrem da mera contiguidade dos imóveis, ou de sua proximidade."

3. A Constituição de 1988, a função social da propriedade, o direito ambiental e o direito de vizinhança

3.1 Função social da propriedade

Em texto a respeito da *Função ambiental da propriedade*, as autoras Ana Cláudia Bento Graf e Márcia Dieguez Leuzinger pontuam que:

"A Constituição de 1988 arrola o direito de propriedade dentre os chamados direitos fundamentais (art. 5.º, XXII) sem, no entanto, imprimir-lhe caráter absoluto, eis que o inciso subsequente (XXIII), determina que *a propriedade atenderá a sua função social*"[10] (grifos do original).

Estas mesmas autoras utilizam as palavras de Helli Alves de Oliveira e as palavras de Antonio Herman Benjamin para tecer importante paralelo entre o direito de vizinhança e o interesse coletivo.

Helli Alves de Oliveira afirma a este respeito que:

"A liberdade de uso e gozo da propriedade pelos indivíduos está adstrita ao respeito dos direitos de toda a coletividade em relação aos seus efeitos que poderão decorrer daquele direito individual. Portanto, o exercício dos direitos individuais deve ser compatível com o bem-estar social.

Em suma, é necessário que o uso da liberdade e da propriedade estejam entrosados com a unidade coletiva, de tal modo que não impliquem uma barreira capaz de obstar a realização dos objetivos públicos."[11]

Antonio Herman V. Benjamin, por sua vez, manifestou-se afirmando que:

"O direito de propriedade nos regimes constitucionais modernos e democráticos, tem sempre um conteúdo social. Este se expressa pela fórmula, universalmente adotada, da função social da propriedade, gerida na convicção, hoje incontestável, de que *a propriedade não pode ser usada em detrimento da sociedade.*

A estruturação do direito de propriedade divide-se por entre a declaração de sua existência – com o consequente reconhecimento estatal – e a submissão à ideia de função social, que lhe impõe restrições, justificadas sempre, por interesses superiores e delineadas, em seus contornos, por legislação própria"[12] (grifos do original).

---

10. A função ambiental da propriedade. *Revista de Direitos Difusos*, vol. 1, n. 1, p. 26.
11. Helli Alves Oliveira. Intervenção estatal na propriedade privada motivada pela defesa do meio ambiente. *Revista Forense* 317/135 apud Ana Cláudia Bento Graf e Márcia Dieguez Luzinger, op. cit., p. 26.
12. Antonio Herman V. Benjamin. Direito de propriedade e meio ambiente. *Anais da XVI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, p. 227 apud Ana Cláudia Bento Graf e Márcia Dieguez Luzinger, op. cit., p. 27.

Por fim, ainda sobre o tema da função social da propriedade e direito de vizinhança, o Doutor em Direito Civil pela UFMG, Dilvanir José da Costa, escrevendo a respeito, enfatizou a mudança do enfoque exclusivamente individual para um enfoque também coletivo do direito de vizinhança:

"A despeito das cercas e muros divisórios que separam as propriedades, vivemos cada dia mais num condomínio global e, portanto, sujeitos aos efeitos de imissões e interferências recíprocas, perturbadoras do uso da propriedade imóvel. Daí a necessidade de normas que disciplinem preventivamente e repressivamente tais conflitos, compondo-os ou harmonizando o uso das propriedades vizinhas (...).

As ações individuais e repressivas, quase sempre judiciais, dos prejudicados nesses conflitos, estão sendo substituídas por providências coletivas ou no atacado, administrativas e judiciais, preventivas e repressivas, inclusive por meio do moderno instrumento da ação civil pública (...)."[13]

Referindo-se à teoria do *abuso de direito*, aplicável a casos de uso da propriedade imóvel, Costa esclarece que:

"A teoria satisfaz, no âmbito do direito civil, a ponto de justificar o mau uso esporádico ou transitório, como o ruído das construções, a poeira das demolições, as festas ocasionais nas residências e outras situações similares, que explicam até o fato de o direito de vizinhança consagrar ou permitir o mau uso excepcional, em benefício e prejuízo recíproco de todos os vizinhos (tolerância mútua excepcional).

As *novas dimensões administrativa e ambiental do problema* exigem, contudo, um fundamento social da propriedade e a socialização do direito, a justificarem as limitações à propriedade em benefício do desenvolvimento, da industrialização e da *preservação ambiental*"[14] (grifamos).

Feita esta primeira exposição a respeito do "direito de vizinhança e função social da propriedade", bem como introdução ao viés coletivo da matéria, passaremos a aprofundar o estudo da tutela coletiva.

3.2 Direito ambiental, o direito de vizinhança e a tutela coletiva

Em pesquisa doutrinária encontramos artigos de autores do Estado do Rio Grande do Sul que se dedicaram ao exame do duplo viés do direito de vizi-

13. Direito de vizinhança e suas novas vertentes. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 38, n. 152, p. 234.

14. Idem, p. 234 e 235.

nhança e ao meio ambiente equilibrado, reconhecendo que, por exemplo, o tema específico da tutela do direito ao sossego pode ter ao mesmo tempo um viés civilista, ligado ao direito individual, e um viés coletivo, ligado aos interesses difusos.

A autora Sílvia Capelli, no texto *A poluição sonora e a tutela do meio ambiente pelo Ministério Público: a experiência brasileira – Do direito de vizinhança à tutela dos interesses difusos*, destaca que cerca de 16,7% das reclamações que chegam à Promotoria Especializada de Meio Ambiente de Porto Alegre, referem-se a ruídos e incômodos relacionados à poluição sonora.[15]

Ela esclarece que inicialmente questionou-se a legitimidade do Ministério Público para defesa do direito ao sossego, sendo que um dos argumentos contrários era de que, por ser possível identificar uma parcela dos lesados por uma dada poluição sonora,[16] decorrente de uso de propriedade imóvel, haveria perda da característica de difusidade do direito.

No texto supracitado ela menciona algumas decisões de tribunais, de Minas Gerais e São Paulo, datadas de 1992 e de 1998, que se fundam em referido entendimento.[17] Parte delas foram expressamente mencionadas no início do item 5 do presente artigo, em que são colacionados alguns julgados sobre a temática em análise.

Cappelli e outros autores, como Fernando Célio Brito de Nogueira são contrários a este entendimento. Nogueira, em texto publicado em setembro de 1997, escreveu:

"A ação civil pública, instrumento destinado à defesa da cidadania, tem sido um dos mais importantes e eficazes mecanismos de proteção ao meio ambiente, do patrimônio público, histórico, artístico, turístico, paisagístico e do consumidor.

---

15. Os casos mais frequentes estão relacionados a casas noturnas, danceterias, bares ao ar livre, templos religiosos, e carros de som que veiculam publicidade de produtos e/ou serviços.

16. Cappelli traz o seguinte conceito para este termo:
"Poluição sonora, então, pode ser definida como o ruído oriundo de atividades que, direta ou indiretamente, prejudicam a saúde, a segurança e o bem estar da população ou que esteja em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos quer pela legislação federal, estadual ou municipal e Resoluções do Conama, quer por outras fontes, como a Organização Mundial da Saúde, de forma subsidiária." *Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental*, vol. 1, n. 5, p. 19.

17. TGMG, Ap 107.728-8, j. 10.03.1998, *RT* 756/325; TJSP, ApCiv 172.205-1/0, j. 25.08.1992; e TJSP, ApCiv 172.205-1, j. 25.08.1992.

Alguns operadores do direito, contudo, não têm visto a ação civil pública intentada pelo Ministério Público em virtude da poluição sonora como mecanismo de defesa do meio ambiente.

Assim, algumas decisões têm dado pela ilegitimidade do Ministério Público, sustentando que a hipótese é de direito de vizinhança, interesses individuais, não de interesses difusos que possam ser defendidos por meio da ação civil pública. Equivocado, a nosso ver, referido entendimento."[18]

Aos poucos, contudo, foi ganhando corpo, nos tribunais, o entendimento no sentido de reconhecer a legitimidade do Ministério Público.[19]

Hoje, entende-se, inclusive em ampla jurisprudência do STJ, analisada no item 5 do presente artigo, que o Ministério Público, com base no art. 129, *caput* e III, da CF/1988[20] e no art. 5.º da Lei 7.347/1985, tem legitimidade para agir contra a poluição sonora no meio urbano, visando a defesa do meio ambiente, da saúde e da tranquilidade pública.

Além destes dispositivos legais corroboram para referida tese o conceito de poluição, constante no inc. III do art. 3.º da Lei 6.938/1981, o § 1.º do art. 14 do mesmo diploma legal, e, por fim, o *caput* do art. 225 da CF/1988, transcritos abaixo.

Lei 6.938/1981

"Art. 3.º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

(...)

III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

---

18. Ação civil pública por poluição sonora: cabimento e legitimidade do Ministério Público. *Revista Jurídica*, n. 239, ano XLV, p. 21.

19. No texto consultado a autora Cappelli faz referências a quatro decisões em que prevaleceu tal entendimento: TJSP, ApCiv 64.055-5/7, j. 08.09.1999, *RT* 774/230; STJ, REsp 97.684/SP, j. 26.11.1996, *DJ* 03.02.1997; STJ, AgRg no REsp 170.958, *DJ* 30.06.2004.

20. "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
(...)
III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos."

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos."

"Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1.º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente."

Constituição Federal de 1988

"Art. 225. 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."

Concordamos com a posição de que o Ministério Público tem legitimidade para atuar em casos de tutela de direito ao meio ambiente sadio, relacionado ao sossego. E, conforme mencionamos acima, aos poucos a jurisprudência foi caminhando para este entendimento, até culminar na decisão recente, de 2008, do STJ (REsp 1.051.306/MG, j. 16.10.2008), descrita como "*Ementa 3*", no item 5.2, do presente artigo, a qual teve por voto vencedor o do Min. Antônio Herman Benjamin.

Herman Benjamin é, dentre outras coisas, um dos autores do anteprojeto do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), cujo art. 81, também aplicável à Lei 7.347/1985, prescreve, *in verbis*:

"Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

Vale lembrar que o inc. I do art. 82 estabelece que, para os fins do art. 81, parágrafo único (transcrito acima), o Ministério Público é um dos legitimados.

4. Poluição sonora urbana, direito de vizinhança e a função do Ministério Público

Segundo Hugo Nigro Mazzilli:

"Demonstrou-se, inicialmente, a existência de uma categoria intermediária, na qual se compreendiam os *interesses coletivos*, ou seja, aqueles referentes a toda uma categoria de pessoas (como os condôminos de um edifício de apartamentos, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses metaindividuais, porque atingem grupos de pessoas que têm algo em comum.

Contudo, mesmo dentro desta categoria intermediária, foi possível estabelecer uma distinção entre os interesses que atingem uma categoria *determinada* de pessoas (ou pelo menos *determinável*) e os que atingem um grupo *indeterminado* de indivíduos (ou de difícil determinação). Assim, os condôminos, os sócios, os atletas e os empregados que acima foram mencionados, todos eles são determinados ou possíveis de determinar, à vista da certidão imobiliária, dos estatutos, dos registros cabíveis.

Interesses há, entretanto, que são comuns a toda uma categoria de pessoas; não obstante, não se pode determinar com precisão quais os indivíduos que se encontram concretamente por eles unidos. É o que ocorre com a situação variável dos moradores de uma região, dos consumidores de um produto, dos turistas que frequentam periodicamente um lugar de veraneio. Convencionou-se chamar estes últimos interesses de *difusos*, porque, além de transindividuais, dizem respeito a titulares na coletividade.

(...) *Difusos* são, pois, interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexiste vínculo jurídico ou fático muito preciso"[21] (grifo do original).

A respeito característica de dispersão da poluição sonora, Paulo Affonso Leme Machado escreveu que:

---

21. Hugo Nigro Mazzilli. *Interesses difusos em juízo – Meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 5. ed., p. 21.

"O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública contra empresa poluidora do meio ambiente".[22]

Em seu voto vencedor na decisão a respeito do REsp 1.051.306-MG, j. 16.10.2008 mencionado no item 3.2, acima, em que se reconheceu a legitimidade *ad causam* do Ministério Público, Herman Benjamin pontua bem a questão ao afirmar que:

"O debate, neste caso, envolve Lei da Política Nacional do Meio Ambiente *vs.* Código Civil, no contexto da Lei da Ação Civil Pública.

A questão é: há ou não poluição na hipótese? Se houver poluição, qualquer que seja sua modalidade ou origem, inexistirá dúvida a respeito da legitimação do Ministério Público, a não ser que se trate de um incômodo que afete apenas vizinhos de parede. Esse é o critério delimitador que se deve adotar.

(...)

O som é energia em circulação. Se este passa dos limites máximos fixados pelo legislador ordinário ou administrativo, transforma-se em poluição, a legitimação do Ministério Público ocorre *in re ipsa*.

Não é porque vivemos em centros urbanos barulhentos que vamos renunciar ou perder, por inação, o *direito ao silêncio*, garantido duplamente pela Constituição de 1988, não só como componente inseparável do 'meio ambiente ecologicamente equilibrado', considerado 'bem essencial à sadia qualidade de vida' (art. 225, *caput*), mas também por constituir derivação do próprio direito à saúde, que inclui a 'redução do risco de doença e de outros agravos' (art. 196).

A análise do acórdão recorrido evidencia que o excesso de ruídos provocados pelo estabelecimento comercial afeta a comunidade que o circunda. A despeito disso e de reconhecer a ocorrência da poluição sonora, o tribunal de origem afastou a legitimidade ativa do Ministério Público, ao fundamento de que os interesses em questão não são difusos ou coletivos.

(...)

Não se afasta a legitimidade do Ministério Público tão só por a poluição sonora atingir apenas parcela determinada da população do município. Em tais circunstâncias, o que ocorre não é mero incômodo restrito aos lindeiros de parede; a atuação do *Parquet*, portanto, não se dirige à tutela de direitos de vizinhança, na acepção civilista tradicional, e, sim, à defesa do meio ambiente, da saúde e tranquilidade pública, bens de natureza difusa."[23]

---

22. Paulo Affonso Leme Machado. *Direito ambiental brasileiro*, p. 674.

23. Parágrafos extraídos das folhas 1 a 3 do voto do citado Ministro, proferido no REsp 1.051.306-MG. Fonte: *site* do STJ, consultado em 13.04.2011.

Em tese de mestrado recentemente defendida na PUC-SP, a partir da análise de dispositivos da Lei 7.347/1985, da Constituição Federal de 1988, e da Lei 6.938/1981, bem como do REsp 1.051.306-MG, j. 16.10.2008, parcialmente citado acima, o autor Daniel Fernando Bondarenco Zajarkieewicch, conclui que:

"Deduz-se, portanto, que se o *Parquet* possui legitimidade *ad causam* para as ações civis públicas que tratem de proteção do meio ambiente, e tem legitimidade para a propositura de ação civil pública por poluição sonora, tendo em vista que a poluição sonora pode ser considerada como um dano ao meio ambiente.

Esta decisão mais do que legitimar o Ministério Público, nos brindou com um novo paradigma, a saber, de que a poluição sonora é poluição ambiental, de natureza difusa, e não apenas incômodo subjetivo, individual, do direito de vizinhança."[24]

Feitas estas considerações doutrinárias, dedicaremo-nos, no próximo item, à análise jurisprudencial.

5. Ação civil pública, como meio de proteção ao direito ao sossego – Estudo jurisprudencial

Neste tópico foram relacionadas ementas de acórdãos contrários e favoráveis ao entendimento de que o Ministério Público tem legitimidade *ad causam* para promover defesa do direito ao sossego, por meio de ação civil pública, contra poluição sonora urbana.

5.1 Acórdãos contrários à tese de legitimidade ad causam *do Ministério Público*

Ementa 1

"Ação civil pública – Ministério Público – Interposição com pretensão cominatória em face da emissão de ruídos por estabelecimento comercial que retira o sossego de determinado grupo de vizinhos – Inadmissibilidade – Inexistência de dano ao meio ambiente ou de proteção de interesses difusos ou coletivos – Ilegitimidade *ad causam* – Inteligência dos arts. 129, III, e 225 da CF. (...)."[25]

Ementa 2

"*Estabelecimento comercial* – Poluição sonora – Ação civil pública proposta pelo Ministério Público visando ao seu fechamento, bem como sua condena-

24. *Poluição sonora urbana: principais fontes. Aspectos jurídicos e técnicos*, p. 207 e 208.

25. TJMG, Ap 107.728/8, 2.ª Câm., j. 10.03.1998, rel. Des. Fernandes Filho, *RT* 756/325.

ção a deixar de emitir sons em excesso – Ilegitimidade *ad causam* – Inexistência, na hipótese, de proteção a interesses difusos – Ruídos que não ultrapassam os limites da vizinhança, constituindo-se em natural desconforto a terceiro, mas não em efetivo risco à saúde de toda a coletividade local – Extinção do processo mantida – Recurso improvido.

Em que pese a constatação positiva feita pela Cetesb no local, não se afigura situação de risco à saúde da comunidade, senão apenas um natural desconforto dos moradores vizinhos à casa comercial. De sorte que, a hipótese não é de proteção a interesses difusos, como tais se compreendendo aqueles pertinentes a um número indeterminado de pessoas.

Ao invés, parece perfeitamente possível a identificação das pessoas atingidas exatamente as que residem nas proximidades e manifestaram inconformismo ao Promotor. Assim, aos interessados compete a propositura da ação entendam apropriada, com invocação de direitos ao seu bem-estar e justo sossego."[26]

5.2 Acórdãos favoráveis à tese de legitimidade do Ministério Público

Ementa 3

"*Processual civil. Ação civil pública.* Meio ambiente. Direito ao silêncio. Poluição sonora. Art. 3.º, III, *e*, da Lei 6.938/1981. Interesse difuso. Legitimidade *ad causam* do Ministério Público."[27]

Ementa 4

"*Agravo regimental em recurso especial*. Ação rescisória. Afastamento da incidência da Súmula 126 do STJ e da ausência de prequestionamento. Ação civil pública. Meio ambiente. Interesse difuso. Legitimidade *ad causam* do Ministério Público. Incidência da Súmula 13 do STJ.

(...)

Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento segundo o qual, nos termos dos arts. 129, III, da CF/1988, 1.º e 5.º da Lei 7.347/1985, o Ministério

---

26. TJSP, Ap 172.205-1/0, 1.ªCâm., j. 25.08.1992, rel. Des. Euclides de Oliveira, *RT* 694/78.

27. REsp 1.051.306-MG (2008/0087087-3). Fonte: site do STJ, consultado em 13.04.2011. O voto vencedor desta decisão, de autoria do Min. Antônio Herman Benjamin, foi amplamente comentado no item 4, do presente artigo. Vale ressaltar que, ao final de seu voto o citado Ministro menciona vários precedentes da Corte, dentre os quais se somam aos já trazidos a baila neste artigo, os seguintes: REsp 791.653/RS e REsp 94.307/MS.

Público tem legitimidade para propor ação civil pública contra empresa poluidora do ambiente, emissora de ruídos acima dos níveis permitidos.

Precedentes: REsp 216.269/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 28.08.2000 e REsp 97.684/SP, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, *DJU* 03.02.1997."[28]

Ementa 5

"*Ação civil pública* – Poluição sonora – Degradação do ambiente urbano causada pelo funcionamento irregular de estabelecimentos comerciais, com perturbação do sossego de determinada região – Legitimidade *ad causam* do Ministério Público para mover demanda – Interesses que não podem ser classificados como individuais puros, eis que se espraiam entre diversos titulares situados próximos às fontes poluidoras, circunstância suficiente para que os interesses se insiram na categoria de difusos, coletivos, ou, ao menos, individuais homogêneos – Inteligência do art. 1.º, I e IV, da Lei 7.347/1985.

(...)

4. Deve-se reconhecer a legitimidade do Ministério Público para mover ação civil pública no caso de degradação do ambiente urbano causada por funcionamento irregular de estabelecimentos comerciais, com perturbação do sossego da região.

(...)

9. Do fato de os particulares lesados pela perturbação imputada aos estabelecimentos comerciais poderem particularmente acionar não se infere a consequência de ser o Ministério Público excluído de fazê-lo.

São esferas de atuação diferentes, a do particular, fincada no direito de vizinhança, e a do Ministério Público, em ação civil pública, firmada no dever de preservação da aplicação da lei que impede aludida perturbação como direito indeterminado, de titulares indetermináveis – que se espalham em meio a numerosas pessoas, atuais e futuras, que têm direito à qualidade de vida com sossego e repouso.

Agiram os particulares na defesa de direitos individuais; age o Ministério Público na defesa dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, na forma

---

28. Decisão disponível no *site* do STJ. AgRg no REsp 170.958/SP (1998/0025598-2), 2.ª T., j. 18.03.2004, rel. Min. Franciulli Netto.
Neste mesmo *site* é possível ter acesso à ementa do REsp 97.684/SP, citada como decisão precedente desta corte, a qual tem o seguinte teor:
"*Ação civil pública*. Meio ambiente. Interesse difuso. Ministério Público. Legitimidade *ad causam*. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública contra empresa poluidora do ambiente, emissora de ruídos acima dos níveis permitidos. Recurso conhecido e provido."

das mais características da existência destes – sossego, repouso, ausência de ruídos, qualidade ambiental de vida civilizada, a que têm direito os cidadãos e pela qual tem o Ministério Público dever de agir jurisdicionalmente em resguardo.

Seria absurdo privar a sociedade da atuação do Ministério Público relativamente a esses direitos, até porque tal implicaria deixar apenas os vizinhos, naturalmente com imensas dificuldades pessoais de acionamento, inclusive à perspectiva de sofrimento de represálias incontroláveis no dia a dia – e noite a noite – ao atemorizamento do exercício do direito, e, consequentemente, a cidade sem defesa contra a atuação em desrespeito ao direito."[29]

Ementa 6

"Direito de vizinhança – Poluição sonora – Casa noturna – Interesses difuso e coletivo caracterizados – Ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público afastada – Sentença reformada – Recurso provido – Inteligência e aplicação do art. 129, III, da CF. (...)

Em resumo: sendo a poluição sonora uma agressão ao meio ambiente, o agressor atinge direito difuso e igualmente, interesse coletivo dos vizinhos, emergindo a legitimidade refutada pela sentença."[30]

6. Conclusões

(a) Reconhecemos a vizinhança como um fato social em evolução constante. O sossego domiciliar, sem interferência de ruídos, como algo raro nas cidades é um bem que, juntamente com a saúde, precisa ser protegido.

(b) Ressaltamos que o direito ao sossego pode ser ao mesmo tempo estudado a partir da doutrina civilista tradicional, mas também sob enfoque coletivo, tendo em vista seu viés de interesse difuso quando, por exemplo, o sossego e, consequentemente, a sadia qualidade de vida dos moradores de uma região estiverem ameaçados pelo uso indevido de uma propriedade imóvel urbana, cujos ocupantes emitam sons que ultrapassem os limites máximos fixados em lei, ou em normas da administração.

(c) Demonstramos, com amparo doutrinário e jurisprudencial, que o Ministério Público tem legitimidade *ad causam* para propor ação civil pública, para tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado relacionado ao direito de vizinhança, quando a situação de poluição sonora ultrapassar os vizinhos lindeiros e chegar a dimensão de direito difuso. E, conforme mencionamos acima, aos poucos a jurisprudência foi caminhando para este entendimento.

---

29. Ap 64.055-5/7, 9.ª Câm., j. 08.09.1999, rel. Des. Sidnei Beneti, *RT* 774/230.

30. Ap 162.628-1/2 (reexame), 6.ª Câm., j. 02.04.1992, rel. Des. Melo Colombi, *RT* 687/76.

7. Bibliografia

Livros

Almeida, Gregório Assagra. *Direito material coletivo – Superação da* suma divisio. *direito público e direito privado por uma nova* summa divisio *constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Azevedo, Antonio Junqueira de (coord.); Fachin, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 15.

Diniz, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Machado, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

Mazzilli, Hugo Nigro. *Interesses difusos em juízo – Meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 1993.

_____. _____. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Milaré, Édis. *Direito do ambiente – Doutrina – Jurisprudência – Glossário*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2004.

Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada – Legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

_____. *Código Civil comentado*. 5. ed. rev., ampl. e atual. até 15.06.2007. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Nery, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

Rodrigues, Silvio. *Direito das coisas*. 28. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 5.

San Tiago Dantas. *O conflito de vizinhança e sua composição*. Rio de Janeiro, 1939.

Tartuce, Flávio; Simão, José Fernando. *Direito das coisas*. São Paulo: Método, 2008. vol. 4.

Venosa, Silvio de Salvo. *Direito civil. Direito reais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. vol. V.

Zajarkiewicch, Daniel Fernando Bondarenco. *Poluição sonora urbana: principais fontes. Aspectos jurídicos e técnicos*. Tese de Mestrado em Direito, defendida em São Paulo, PUC, 2010.

Artigos

Cappelli, Sílvia. A poluição sonora e a tutela do meio ambiente pelo Ministério Público: a experiência brasileira – Do direito de vizinhança à tutela dos interesses difusos. *Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental*. vol. 1. n. 5. p. 11-41. Porto Alegre: Magister, abr.-maio 2006.

COSTA, Dilvanir José da. Direito de vizinhança e suas novas vertentes. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 38. n. 152. p. 233-241. Brasília: Senado Federal, out.-dez. 2001.

FINK, Daniel Roberto. Poluição sonora e Ministério Público. Disponível em: [www.conjur.com.br/1998-nov-25/posicao_ministerio_publico_diante_problema]. Acesso em: 12.04.2011.

GRAF, Ana Cláudia Bento; LEUZINGER, Márcia Dieguez. A função ambiental da propriedade. *Revista de Direitos Difusos*. vol. 1. n. 1. p. 25-37. São Paulo: Esplanada-ADCOAS, jun. 2000.

GUIMARÃES JR., João Lopes. Direito urbanístico, direito de vizinhança e defesa do meio ambiente urbano. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 6. n. 23. p. 110-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2001.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Principais limitações ao direito de propriedade no Código Civil de 2002. *Revista do Advogado*. vol. 27. n. 90. p. 7-21. São Paulo: AASP, mar. 2007.

NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. Ação civil pública por poluição sonora: cabimento e legitimidade do Ministério Público. *Revista Jurídica*. n. 239. ano XLV. p. 21-25. Porto Alegre: Síntese, set. 1997.

PONTES, Evandro Fernandes de. Meio ambiente: a vida da empresa entre os direitos difusos e os direitos de vizinhança. *Revista de Direito Mercantil*. vol. 24. n. 120. p. 136-145. São Paulo: Malheiros, out.-dez. 2000.

TAVARES, José de Farias. Estatuto da Cidade e o sistema jurídico nacional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 14. n. 56. p. 162-188. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2006.

Normas

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Código Civil: Lei 10.406/2002.

Código de Defesa do Consumidor: Lei 8.078/1990.

Lei da Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985.

Lei 6.938/1981 – Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Res. Conama[31] 1/1990 – Dispõe sobre critérios de padrões de emissão de ruídos decorrentes de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política.

Res. Conama 2/1990 – Dispõe sobre o Programa Nacional de Educação e Controle da Poluição Sonora – Silêncio.

31. Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Os direitos de vizinhança e o meio ambiente, de Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira – *RDA* 26/290; e
- Direito de vizinhança. Ação de indenização com pleito de danos materiais e morais. Reforma de apartamento que produziu ruídos excessivos ao vizinho, apesar de realizada dentro das normas previstas na convenção de condomínio. Aplicação da teoria da *emissio*, em que o critério da anormalidade e intolerância deve ser aferido objetivamente, de Regina Vera Villas Bôas Fessel – *RDPriv* 6/219.

- *Perturbações sonoras nas edificações urbanas: ruído em edifícios, direito de vizinhança, responsabilidade do construtor, indenizações – Doutrina, jurisprudência e legislação*, de Waldir de Arruda Miranda Carneiro, 3. ed., São Paulo, Ed. RT, 2004.

Veja também Jurisprudência

- Legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em favor de vizinhança incomodada pela poluição sonora: *RT* 904/333; e
- Ação civil pública para resguardar o direito ao silêncio em face de perturbação sonora: *RT* 903/168.

A validade do registro de aforamento pós-2002

5

Lourival da Silva Ramos Júnior

Assessor Técnico da Corregedoria-Geral de Justiça do Maranhão.

Helene Karlotta Von Mallinckrodt

Advogada.

Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil

Resumo: A finalidade deste trabalho é analisar o instituto de enfiteuse enquanto um contrato válido e prescindível do registro em Cartório de Imóveis, a fim de integrar sua validade. Para tanto, demonstrar-se-á a confusão entre a constituição válida do contrato de aforamento, sob o pálio das normas do Código Civil de 1916, com os efeitos da transmissão imobiliária registrada em Cartório. Ademais, recorreu-se ao direito comparado francês e alemão para demonstrar a possibilidade de registro hodierno de contratos de enfiteuse pretéritos após o novel Código Civil, haja vista que são muito parcas as decisões judiciais envolvendo o tema em questão.

Palavras-chave: Enfiteuse – Registro – Legalidade.

Abstract: The purpose of this work is to analyze the institute emphyteusis as a validad contract and dispensable of cadaster, in order to integrate their validity. To this and, demonstrate the impropriety the contract of emphyteusis, under the rules of the Civil Code of 1916, with the effect of transmission property registered. Furthemore, on use the France and Germany law compared to demonstrate the ability to registry today's contracts of emphyteusis after the new Civil Code, given that they are very little judicial decisions involving the present issue.

Keywords: Emphyteusis – Cadaster – Legality.

Sumário: 1. Introdução: conceito de enfiteuse e a interpretação do art. 2.038 do CC/2002 – 2. Contrato de aforamento e a validade do registro pós-2002 – 3. Divergência doutrinária sobre o registro de aforamento pós-2002 – 4. A transmissão imobiliária no direito comparado e brasileiro: 4.1 A transmissão imobiliária sob o aspecto do direito administrativo brasileiro; 4.2 Cancelamento de título e registro: uma aproximação do direito brasileiro ao germânico – 5. A transmissão da enfiteuse no direito brasileiro – 6. Conclusão – 7. Bibliografia.

1. Introdução: conceito de enfiteuse e a interpretação do art. 2.038 do CC/2002

Fruto da inquietação da Associação dos Notários e Registradores do Estado do Maranhão – Anoreg-MA, que se teve conhecimento por meio de consulta à Corregedoria-Geral da Justiça do Maranhão, despertando a curiosidade pelo tema, referente à relação entre direito civil e direito imobiliário.

Dois foram os problemas vergastados*: (a) os Estados e Municípios não podem conceder aforamento após Código Civil de 2002, uma vez que essa lei excepcionou apenas a União? e (b) quanto aos aforamento pretéritos, emitidos antes de 2002, podem ser registrados atualmente no Cartório de Imóveis, apesar da vedação do art. 2.038 do CC/2002?*

A *enfiteuse, aforamento ou aprazamento* é um contrato formal por meio do qual ocorre a entrega ao particular (senhorio indireto), do domínio útil, mediante o pagamento de uma pensão ou foro anual, valor certo e invariável, ao senhorio direto ou iminente. Aliás, era usual que o senhorio direto fosse o Poder Público e o particular, o enfiteuta. Contudo, não havia nenhum impedimento legal para situação inversa.

Este instituto jurídico privado era regulado pelos arts. 678 a 694 do CC/1916, tendo outrora a natureza jurídica de um direito real quando se fazia o seu registro imobiliário para sua aquisição (art. 167, I, n. 10, da Lei 6.015/1973). A peculiaridade essencial da enfiteuse é a perpetuidade, pois, sem essa caracterização, esse instituto jurídico não passaria de um mero arrendamento ou locação.

O Código Civil de 2002, por sua vez, não somente deixou de discipliná-lo no rol taxativo do art. 1.225 para constituição de direito real, mas também proscreveu a criação de novos aprazamentos (tirante os já existentes), a partir da vigência do novel *Codex Civil*, em 11.01.2003, *in verbis*:

"Art. 2.038. Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, e leis posteriores."

Nesse passo, é bom frisar que, a despeito da proibição de constituição de títulos de aforamento, o próprio código manteve a sua permanência quando se

trata de bens da União, regulado pelo § 2.º do art. 2.038 do CC/2002 conjugado com o Dec.-lei 9.760/1946.

Quanto aos demais entes (Estados, Distrito Federal e Municípios):

"Advirta-se, porém, que, em virtude da exclusão da enfiteuse da categoria dos direitos reais no novo Código, não mais poderá haver sua instituição mesmo por entidades públicas, tendo-se apenas que assegurar a eficácia das já existentes."[1]

Superada essa primeira indagação (possibilidade de registro imobiliário de aforamento pelos Estados e Municípios), fica a pergunta: *os contratos de enfiteuse feitos sob a vigência do Código Civil de 1916 podem ser registrados no Cartório de Imóveis após a vigência do novel Código Civil de 2002*?

2. Contrato de aforamento e a validade do registro pós-2002

Entende-se perfeitamente possível o registro hodierno de contratos de aforamentos que ainda não ingressaram nos fólios reais, pelas seguintes razões:

O pretérito *Codex Civil* tratou o mencionado instituto privado como um *jus in re aliena,* no título relativo aos direitos reais sobre coisas alheias (arts. 678 a 694 do CC/1916), tendo, como característica predominante, a *perpertuidade*,[2] já que, sem este, seria um mero arrendamento. Além disso, os mencionados artigos dispunham unicamente acerca dos requisitos da formação e extinção da enfiteuse.[3] Destarte, o Código Civil de 1916 tratou do contrato de aforamento

1. Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1121.
2. "O direito brasileiro, ao contrário de outros sistemas, não admitiu a enfiteuse por prazo certo, ou por vida, ou vidas. Garantiu-lhe perpetuidade o art. 679 do Código Civil, ainda que tal caráter possa parecer contraditado pelo art. 693, que admitiu o resgate" (Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. Enfiteuse (instituto em extinção). *Revista Jurídica – Instituição Toledo de Ensino*. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20124/enfiteuse.pdf?sequence=1]. Acesso em 18.10.2010).
3. Em relação à extinção, cabe fazer algumas reminiscências. O ato unilateral de abandonar o bem enfitêutico equivalia à renúncia, sendo necessário o registro desse ato no cartório de imóveis (art. 687, *in fine*, do CC/1916). Por outro lado, a extinção pelo comisso, ou seja, o foreiro deixou de pagar o canon por três anos consecutivos (inc. II do art. 692 do CC/1916), dependia de sentença (Súmula 169 do STF), já que o foreiro pode purgar a mora enquanto o comisso não houver sido decretado por sentença (Súmula 122 do STF).

enquanto um título jurídico para ingresso no fólio real das Serventias Extrajudiciais (Cartórios).

No tocante à criação do instituto, era mais comum instituí-las por meio de atos *inter vivos*[4] entre o Poder Executivo (União, Estado e Municípios) e o particular, ou seja, por meio de *contratos administrativos atípicos*. Fala-se neste tipo de contrato porque é regido predominante por normas de direito privado. Contudo, insta observar que as partes não tinham a "liberdade onímoda para estipular cláusulas que contrariassem os caracteres essenciais da enfiteuse, podiam apenas alterar ou suprimir os efeitos naturais desse direito real, como o direito ao laudêmio, por exemplo".[5]

Mesmo assim, essa ausência de liberdade não tem o condão de caracterizar o contrato enfitêutico às cláusulas exorbitantes (*ad instar* a alteração e rescisão unilateral e de aplicação de penalidades), nos termos do art. 58 da Lei 8.666/1993. Isto porque enquanto nestas se configuram pela relação de verticalidade ou supremacia do Poder Público sobre o particular, naquele as partes estão em uma relação de horizontalidade, sem poderes para mudar cláusulas essenciais previstas no estatuto civil.

"Saliente-se, entretanto, que estará a negociar apenas a enfiteuse e não o direito de propriedade",[6] porque somente se poderá discutir sobre direito à propriedade enfitêutica (domínio útil) após a transcrição em cartório, nos termos do art. 1.246 do CC/2002 c/c o art. 167 da Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos).

No mais, tanto o Código Civil de 1916[7] quanto o de 2002[8] não legislaram sobre o procedimento de registro de imóvel, exceto o momento inicial de transmissão da propriedade: a partir da inscrição no Livro de Protocolo, algo

4. Os aforamentos podiam ser criados por meio de atos *inter vivos* ou *causa mortis* (art. 678 do CC/1916).

5. Diniz, Maria Helena. *Sistema de registro de imóveis*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138; e Gomes, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed. Atual. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 284.

6. Penteado, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 403.

7. "Art. 533. Os atos sujeitos à transcrição (arts. 531 e 532, II e III) não transferem o domínio, senão da data em que se transcreverem (arts. 856 e 860, parágrafo único)" e "Art. 534. A transcrição datar-se-á do dia em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo".

8. "Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo."

que não foi determinado pela Lei dos Registros Públicos, especialmente no seu art. 175.[9]

Outrossim, tal previsão normativa nem poderia ser diferente, pois a Lei 6.015/1973 – enquanto uma lei especial – regulamentou inteiramente a matéria registral. Logo, deve prevalecer sobre o que fosse previsto na Lei 3.071/1916 (Código Civil de 1916). De outra sorte, o novo Código Civil (Lei 10.406/2002) não pode revogar nem modificar ou alterar o assunto registral regulamentado pela Lei 6.015/1973.[10]

Noutro giro, somente à Constituição Federal de 1988 competiria fazê-lo diferente, como fez no seu § 2.º do art. 49 do ADCT, a fim de garantir aos atuais *ocupantes inscritos* (leia-se: inscritos em cartório imobiliário) a aplicação de outra modalidade de contrato que não a enfiteuse.

Aliás, note-se que o texto constitucional utilizou "inscrição" que significava outrora uma aquisição temporária de propriedade ou de direitos reais limitados (hipoteca), enquanto o termo "transcrição" os atos de aquisição definitiva da propriedade, nos termos dos revogados incisos do art. 856 do CC/1916, *in verbis*:

"Art. 856. *O registro de imóveis compreende*:

I – a *transcrição* dos títulos de transmissão da propriedade;

II – a *transcrição* dos títulos enumerados no art. 532;

III – a *transcrição* dos títulos constitutivos de ônus reais sobre coisas alheias;

IV – a *inscrição* das hipotecas." (grifos nossos).

---

9. "Art. 175. São requisitos da escrituração do Livro n. 1 – Protocolo:
I – o número de ordem, que seguirá indefinidamente nos livros da mesma espécie;
II – a data da apresentação;
III – o nome do apresentante;
IV – a natureza formal do título;
V – os atos que formalizar, resumidamente mencionados."

10. No mesmo sentindo pode-se racionar em relação à cláusula de arrependimento dos contratos de compra e venda.
"Terá o Código Civil – ao prever, no art. 1.417, a inexistência de cláusula de arrependimento, no contrato de promessa de compra e venda, como condição para conceder o direito real à aquisição do imóvel – revogado, implicitamente, o disposto acima enunciado da Lei dos Registros Públicos [n. 9 do inc. I do art. 167]? Pensamos que não, conquanto que a lei [dos Registros Públicos], apenas, (*sic*) fixou condições para o registro do contrato, que pode ser com, ou sem, cláusula de arrependimento, enquanto que o Código estabeleceu as condições para tornar o contrato de compra e venda, exigível e de execução compulsória" (Avvad, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 459).

Contudo, posteriormente, os mencionados termos (inscrição e transcrição) foram englobas na palavra *registro*, nos termos do art. 168 da Lei 6.015/1973, alterada pela Lei 6.216/1975, *in verbis*:

"Art. 168. Na designação genérica de registro, consideram-se englobadas a *inscrição* e *a transcrição* a que se referem as (*sic*) leis civis."

O art. 49 do ADCT da Constituição Federal deixa claro o aspecto contratual do aforamento, tendo a natureza jurídica de direito real limitado, bem como o *caput* desse artigo constitucional[11] revela a natureza de eficácia contida, ou seja, os Estados e Municípios podem suplementar o instituto da enfiteuse, para imóveis urbanos, previsto no Código Civil de 1916.

Desse modo, chega-se a ilação de que, quando se constitui o aforamento por meio de contrato administrativo atípico (sem cláusula exorbitante), qualifica-se como um título jurídico perfeito e válido apto para ingressar no fólio real, nos termos do CC/1916 c/c o art. 6.º do Dec.-lei 4.657/1942[12] e mais o art. 167, I, n. 10, da Lei 6.015/1973, razão pela qual foi assegurada – com acerto – a vigência ultra-ativa desses contratos por meio do *caput* do art. 2.036 do CC/2002, sob pena de incidir no inc. XXXVI do art. 5.º da CF/1988.[13]

Noutros termos:

"O registro de imóveis é a *longa manus* do direito das coisas e, como tal, é o instrumento por excelência para operacionalizar a função social da propriedade e, por consequência, dos outros direitos reais dela oriundos."[14]

2.1 Efeitos do registro do aforamento ao executivo municipal

Cabe ressaltar, nesse contexto, os importantes efeitos decorrentes do registro imobiliário do título de aforamento ao Poder Executivo.

---

11. "Art. 49. A lei disporá sobre o instituto da enfiteuse em imóveis urbanos, sendo facultada aos foreiros, no caso de sua extinção, a remição dos aforamentos mediante aquisição do domínio direto, na conformidade do que dispuserem os respectivos contratos."
12. LICC (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), *in verbis*:
"Art. 6.º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados *o ato jurídico perfeito*, o direito adquirido e a coisa julgada." (grifo nosso)
13. "XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."
14. Passarelli, Luciano Lopes. Responsabilidade civil do adquirente de bem imóvel que não registra seu título. *RDI* 68/22.

Em relação à matrícula, o titular do domínio útil (senhorio indireto) aproveita a matrícula originária (do senhorio direto), e vice-versa, nos termos do art. 243 da Lei 6.015/1973. Assim, quando se leva a registro um contrato de aforamento, utiliza-se a mesma matrícula do imóvel aprazado, sem necessidade de outra.

Por outro lado, *caso não haja matrícula prévia de imóvel aforado*, entende-se que o art. 243 da Lei 6.015/1973 assegura o direito do nu proprietário (senhorio direto) às avessas, em razão do termo legal "vice-versa". Explica-se: ao adentrar um contrato de aforamento no cartório imobiliário, sem matrícula anterior, o direito do senhorio indireto (Poder Executivo) será garantido por meio do registro do título do senhorio direto.[15]

Nesse contexto, em se tratando de imóveis aforados pelo Poder Executivo – especialmente os da grande maioria dos municípios maranhenses,[16] que não tem plano diretor da cidade nem sabem a delimitação dos lindes da cidade e os seus acidentes geográficos naturais e artificiais, é de fundamental importância a identificação dos imóveis públicos, haja vista que os mesmos não são presumidos por exclusão dos imóveis privados, mas demonstrados pelo Poder Público, via registro imobiliário.

Noutros termos, no tocante as terras aforadas pelo Município que não sejam previamente registradas, pela errônea aplicação do princípio da exclusão,[17]

---

15. Averbe-se que não haverá quebra do princípio da continuidade registral prevista no art. 195 da Lei 6.015/1973, pois, em todos os casos, incluindo o previsto no art. 243 da mesma lei, deve-se demonstrar a origem territorial e dominial do imóvel objeto de registro cartorário.

16. A maioria dos municípios maranhenses não tem mais de 20 mil habitantes, não integra regiões metropolitanas/aglomerações urbanas, bem como não integra áreas de especial interesse turístico (incs. I, II, IV do art. 41 da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) c/c art. 182, § 1.º, da CF/1988). De outra sorte, tais municípios poderiam utilizar meios coercitivos para evitar a especulação imobiliária, como, de fato, ocorre nos lençóis maranhenses, na cidade de Barreirinhas/MA, conforme os meios previstos no citado art. 41, III, da Lei 10.257/2001 c/c o § 4.º do art. 182 da CF/1988.

17. O princípio da exclusão nasceu erroneamente a partir da Lei de Terras de 1850 (Lei Imperial 601/1850). Esta lei regulamentou uma fase de transição das terras de sesmaria às terras públicas (especialmente as devolutas). Por outro lado, garantiram-se aos posseiros ocupantes (à época) o direito à propriedade, desde que preenchidas as condições fixadas nos arts. 3.º e 8.º da Lei 601/1850.
Com as constituições posteriores (1891 a 1988), essas terras ficaram pertencendo à União, aos Estados e Municípios. Assim, o princípio da exclusão aplica-se às terras devolutas, significando que – quando não provadas pelos particulares que lhes

tal ente público será beneficiado pelo registro em cartório pelo foreiro, consoante o art. 243 da Lei 6.015/1973.

Por fim, acosta-se uma decisão do TJPA que vem a corroborar com os argumentos de que os Códigos Civis (1916 e 2002) dispõem a respeito do título, em vez de registro, *in verbis*:

"Aquilo que a lei civil veda no art. 2.038 é a constituição do título e não o ato posterior de registro deste no cartório imobiliário" (TJPA, ApCiv 2006.3.001851-0, 3.ª Câm. Civ. Isolada, rel. Des. Maria Rita Lima Xavier, datado em 13.09.2007).

Ante o exposto, fica evidente que o ato de registro em cartório imobiliário não dá validade ao contrato enfitêutico, mas tão-somente confere eficácia real *erga omnes*, ensejando a cisão da titularidade da propriedade e, por conseguinte, a transmissão do domínio útil ao senhorio indireto.

3. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA SOBRE O REGISTRO DE AFORAMENTO PÓS-2002

Tal pensamento ora esposado não é pacífico. Todavia, em termos jurisprudenciais, ainda não se encontrou – *até o presente momento* – qualquer decisão nos tribunais superiores que discutam a possibilidade de se registrar atualmente contratos enfitêuticos anteriores à vigência do Código Civil de 2002.

Por outro lado, em termos doutrinários, há divergência. Por exemplo, enquanto o autor Sebastião Rodrigues da Costa[18] entende perfeitamente possível o registro de contratos típicos de aforamento anteriores ao novel Código Civil, o Delegado da Polícia Federal Sandro Alexander Ferreira diverge totalmente, *in verbis*:

"Todavia, mesmo que a enfiteuse tivesse sido formalizada entre as partes antes da vigência do novo Código Civil, mas não tivesse sido registrada até

---

pertencem, são de domínio público, bem como aquelas que já foram incorporadas ao domínio público, mas sem destinação específica. Daí a razão pelo equivocado entendimento do princípio da exclusão, ou seja, não é porque as legislações atribuíram essas terras devolutas aos entes públicos que as tornariam prescindível do registro de imóveis, algo já foi pacificado pelos tribunais superiores (Cf. STJ, REsp 113.255/MT, 3.ª T., rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 08.05.2000).

18. COSTA, Sebastião Rodrigues da. *Registro de imóveis: roteiro registral imobiliário – comentários à Lei 6.015/73*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2008. p. 248. *In verbis*:
"Dessa forma, recebido um título de enfiteuse para registro, o oficial deverá recusá-lo, se posterior a 2002, porque é proibida a sua constituição. Se de data anterior, era contrato típico, que merece o ingresso registral, porque pode ainda estar em vigor e a publicidade aí é fundamental para conhecimento de terceiros."

10.01.2003, ela, igualmente, não poderá ser registrada, pois os direitos reais 'só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código' (art. 1.227 do CC/2002). O objeto tornou-se, supervenientemente, ilegal."[19]

Com isso, o equívoco de tal pensamento está em admitir que o contrato de aprazamento precisa de registro imobiliário para ser válido. Sendo assim, nota-se uma confusão entre a validade do título de direito à propriedade com o modo de aquisição ou transmissão da propriedade.

Para tanto, far-se-á um estudo comparativo do direito francês e, especialmente, do alemão que foram utilizados como referências na constituição do direito civil e registral brasileiro, com o intuito de delimitar o instituto de transmissão da propriedade.

4. A transmissão imobiliária no direito comparado e brasileiro

Os três grandes sistemas privados que influenciaram sobremaneira o direito das coisas brasileiro foram o francês, alemão e português.[20] Mas se tomará como referência apenas os dois primeiros (francês e alemão) por uma questão didática.

Antes de se principiar o estudo do direito comparado, é importante citar uma admoestação atemporal de São Tomás de Aquino, *in verbis*: "Um bom tradutor deve, ao mesmo tempo em que assegura o verdadeiro sentido do que traduz, adaptar seu estilo à maneira da linguagem pela qual se expressa",[21] razão

19. Cf. Ferreira, Sandro Alexander. Abertura de matrícula no cartório geral de imóveis. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10549&p=1]. Acesso em 25.12.2010. No mais, apesar de não estar expresso, compreende-se que o Prof. Nelson Rosenvald incorre no mesmo equívoco, ao dizer que a enfiteuse constitui-se com o registro em cartório (Farias, Cristiano Chaves; Rosenvald, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 533). Outrossim, nota-se a mesma doutrina no livro atualizado de Orlando Gomes, op. cit., p. 402.

20. Idem, p. 399, *in verbis*:
"O Código Civil brasileiro sofreu, na parte dedicada aos direitos reais, a influência preponderante dos Códigos de Portugal, da Alemanha e da França.
(...)
As reflexões levadas a efeito na perspectiva do Código Civil de 1916 não deixam de ter ponderável sentido em face do CCB de 2002."

21. "Un bon traducteur doit, tout en gardant le sens des vérités qu'il traduit, adapter son style au génie de la langue dans laquelle il s'exprime" (D'Aquin, Thomas. Prologue de

pela qual procurar-se-á entender o instituto da transmissão no direito francês e alemão em suas origens, a fim de compará-los com o direito brasileiro.

A transmissão do direito de propriedade pode ser feita, em geral, de três formas: (a) pela vontade das partes, que pode ter efeito real (a exemplo do direito francês); (b) pela lei que prescinde da vontade das partes (*ad instar* a usucapião[22] e a especificação[23] etc.) e, por fim, por um ato público, por meio de leilão público (art. 1.268 do CC/2002 e §§ 816 e 817 do Código de Processo Civil alemão).[24]

No direito francês, a transmissão da propriedade opera-se quando as partes convencionam a coisa objeto de alienação, bem como o seu valor correspondente,[25] ainda que a coisa não seja entregue e nem seja pago o seu valor devido, nos termos dos arts. 1.582 e 1.583[26] do Código Civil francês.[27] Contudo, caso o vendedor não entregue o imóvel ao comprador (*créancier*

---

son Opuscule contre les erreurs des Grecs. In: _____. *Somme Théologique, La Justice* [Tome Premier]. Paris: Éditions de la revue des jeunes, 1948).

22. Averbe-se que não existe usucapião de imóveis no direito germânico, mas tão-somente de móveis, nos termos do § 937 do Bürgeliche Gesetzbuch (BGB) (Cf. Ramos, Erasmo. A transmissão de propriedade no novo Código Civil Brasileiro e no BGB alemão – um estudo comparado. *RT* 815/46).

23. Instituto previsto no art. 611 do CC/1916 e outro no art. 1.269 do CC/2002. Na Alemanha, há um instituto similar previsto § 950 do BGB (Cf. Ramos, Erasmo. Op. cit.,,p. 47).

24. Idem, p. 49.

25. É bom ressaltar que o preço da venda pode ser determinado pelas partes ou por um terceiro, que estipulará um valor (art. 1.591 do Código Civil francês). Caso este terceiro não deseje ou nem possa estimar o valor, então não haverá venda (art. 1.592).

26. "Article 1582. La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé" (A venda é uma convenção por meio da qual uma parte se obriga a entregar a coisa e a outra parte a pagá-la. A venda pode ser feita por ato autêntico [que poderia ser no cartório] ou por sob assinatura privada [a exemplo do contrato privado no direito brasileiro]).
"Article 1583. Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé" (A venda é perfeita entre as partes e a propriedade é obtida por direito pelo comprador em relação ao vendedor, desde que se convencionou a coisa e o seu preço, ainda que a coisa não tenha sido entregue nem o preço pago).

27. Code Civil. Disponível em: [http://legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721]. Acesso em: 25.12.2010.

proprietaire), o imóvel fica sob a responsabilidade do alienante, nos termos do art. 1.138 do Código Civil francês.[28]

No mais, é bom deixar claro que o *article 1.538 du Code Civil* é apenas um modelo proposto às partes, ao invés de ser uma imposição normativa. Ela aplica-se somente no silêncio das partes, razão pela qual o vendedor e comprador podem estabelecer, por exemplo, uma condição (resolutiva ou suspensiva) para o contrato de compra e venda.[29]

Noutros dizer, no direito napoleônico, o simples ato de vontade das partes tem o condão de transmitir a propriedade, sem necessidade do registro no cartório.

No direito germânico, a transmissão da propriedade dar-se-á por meio de um processo complexo, dividido em duas fases independentes: a primeira corresponde à formação do contrato obrigacional e a segunda, à manifestação de vontade das partes referente ao efeito de transmissão, ou seja: "é necessário o consentimento do titular e da outra parte sobre a mudança da situação jurídica e a inscrição no registro predial" (§ 873 BGB).[30]

É dizer, tais fases podem ser entendidas do seguinte modo: as partes concretizam um negócio jurídico de compra e venda de imóvel por meio de contrato, correspondente ao direito obrigacional, a fim de que, posteriormente, o titular manifeste sua vontade de transmiti-la e o comprador de recebê-la, a ser registrado em cartório, correspondente ao direito real.

Contudo, merece ressaltar que os atos contratuais são diferentes. "Enquanto a compra e venda sobre um imóvel precisa de forma notarial (§ 311 b (1)

28. "Article 1138. L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier" (A obrigação de entregar a coisa é perfeita por meio do consentimento das partes. Ela [a venda] faz o credor proprietário e coloca a coisa [imóvel] sob sua responsabilidade a partir do instante em que deveria ter sido entregue, ainda que a tradição não tenha sido feita, a menos que o devedor esteja em atraso de entregá-la, razão pela qual a coisa [propriedade] permanecerá sob responsabilidade do devedor).

29. Cf. Contrat de Vend. Disponível em: [http://fr.wikipedia.org/wiki/Contrat_de_vente_en_France]. Acesso em: 25.12.2010.

30. Geiben, Nikolaus. Aquisição de imóveis no Brasil por alemães e conflito de sistemas no DIP alemão. p. 6. Disponível em: [www.geiben.de/download/nikolaus_geiben_aquisicao_de_imoveis.pdf]. Acesso em: 25.12.2010.

BGB, *notarielle Beurkundung*, que corresponde à escritura pública), para o contrato real de transmissão da propriedade é suficiente uma declaração oral. O § 925 BGB[31] só exige para validade da *Auflassung*, que este contrato deva ser declarado, com a presença simultânea das duas partes, em lugar competente, ou seja, geralmente tabelião".[32]

Esse complexo procedimento germânico é denominado de *princípio da abstração*, pois o negócio jurídico obrigacional de compra e venda não é causa do contrato real, perante o cartório imobiliário. Logo, a invalidade do primeiro contrato não vicia o segundo, exceto quando há quebra desse princípio, nos termos do § 139 BGB, *in verbis*:

"Nulidade parcial – Se uma parte de um negócio jurídico for nula, nula será a totalidade do negócio jurídico se não deve ser admitido que, mesmo sem a parte nula, havia de ele realizado" (Ramos, Erasmo, op. cit., p. 69).

Sendo assim, caso o comprador anule o negócio jurídico obrigacional, o vendedor terá que devolver o dinheiro e, ao mesmo tempo, terá que reivindicar o imóvel do comprador por meio da vindicação (§ 812 BGB[33] – enriquecimento sem causa).

No mais, verifica-se que, no direito alemão, o registro tem natureza jurídica de ato constitutivo e não meramente declaratório, bem como a inscrição no livro imobiliário requer um ato público decorrente do princípio da tradição.[34]

---

31. "Tradução:
§ 925 BGB [Transferência de propriedade (imóvel)].
(1) O acordo do alienante e do adquirente, necessário, conforme o § 873 BGB, para transmissão da propriedade sobre um prédio (*Auflassung*), precisa, com a presença simultânea das duas partes, ser declarado em lugar competente. Para a aceitação do acordo é competente, sem prejuízo da competência de outros lugares, todo o tabelião." (Cf. Idem, p. 7 [nota de rodapé])

32. Idem, p. 7.

33. "Quem, pela ação de um outro, ou à custa dele, por qualquer outro modo, adquirir, sem fundamento jurídico, alguma coisa, estará obrigado, para com ele, à restituição. Esta obrigação existe ainda quando o fundamento jurídico, mais tarde vier a faltar ou (quando), com uma prestação, não se realize o resultado visado de acordo com o conteúdo do negócio jurídico" (Ramos, Erasmo, op. cit., p. 71).

34. "(…) a mudança de propriedade ocorre por uma exteriorização na forma de sinal externo e expressivo de transmissão entre as partes contratantes (princípio da tradição) ou simplesmente pelo consenso entre as partes (princípio do consenso).
(...)
No país onde vale o princípio da tradição, será necessário um ato de transmissão, seja a entrega ou o registro (publicidade)" (Idem, p. 66).

No direito brasileiro, por outro lado, adota-se o princípio da tradição por meio de entrega do móvel ou da transcrição em Cartório de Imóveis, nos termos do art. 1.227 do CC/2002, afastando-se, com isso, do princípio do consenso do direito francês.

Aliás, também são necessários dois negócios jurídicos no Brasil para transmissão do imóvel: o primeiro é o negócio jurídico obrigacional de compra e venda (arts. 481 e 482 do CC/2002), isto é, o título adquirente; enquanto que o segundo é a publicidade do ato de transferência da propriedade pelo registro em cartório (arts. 1.227 e 1.245 do CC/2002).

Verifica-se, com isso, que o direito imobiliário brasileiro aproxima-se do germânico na medida em que ambos precisam de dois negócios jurídicos (obrigacional e real) para alterar a titularidade da propriedade. Contudo, no direito brasileiro, o título jurídico torna-se a causa para desencadear uma transmissão da propriedade no cartório, razão pela qual se conclui que a legislação pátria encampou o *princípio da causalidade*, afastando-se, com isso, do princípio da abstração.

Desse modo, *título sem registro* não opera a transmissão da propriedade, bem como, ainda que tenha *título e registro*, também *não gera alteração do titular do imóvel se for feito por quem não é proprietário*, nos termos do art. 1.268 do CC/2002 (exceto quando é oferecida ao público em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstancias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono).

Contudo, cabe ressaltar uma exceção. Um imóvel comprado por meio de compromisso de compra e venda, sem qualquer vício no título causal, registrado apenas no Cartório de Títulos e Documentos, bem antes do ajuizamento de execução fiscal, tem o condão de excluí-lo da constrição fiscal, conforme decisão do STJ no REsp 858.031/MG, rel. Min. Luiz Fux, decisão por unanimidade, publicado no *DJe* 17.12.2008, *in verbis*:

"Nesse toar, afigura-se escorreita a condenação da Fazenda Pública nas verbas de sucumbência, porquanto, embora não tenha havido o registro no cartório competente, o ora recorrido efetuou o registro de propriedade no Cartório de Títulos e Documentos, que por seu turno, opera efeitos *erga omnes* e visa dar publicidade ao ato.

In casu, verifica-se que a questão não é inerente à atribuição de propriedade senão à ciência de que o imóvel não pertencia ao devedor.

Desta sorte, não configurada nenhuma fraude na transmissão do bem e havendo título registrado com eficácia *erga omnes*, infere-se a manutenção integral do julgado."

Por outro lado, mesmo com a publicidade daquele contrato obrigacional pelo Cartório de Títulos e Documentos, sem o devido registro no Cartório de Imóveis, entende-se que tal procedimento não tem força para afastar a regra da prevalência do primeiro que registrar em caso de duas escrituras para o mesmo imóvel, consoante o art. 186 da Lei 6.015/1973.

Sendo assim, caso o promitente vendedor não honre o pactuado, alienando o imóvel para uma terceira pessoa, o qual registrou em primeiro lugar no cartório imobiliário, antes do ingresso da ação de adjudicação compulsória, torna-se impossível esta ação em favor do compromissário-comprador, resolvendo-se o contrato em perdas e danos, razão pela qual se entende correta a Súmula 413 do STF ("O compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito a execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais").

Aliás, no aspecto processual, caso o compromissário-comprador deixe de registrar o compromisso de compra e venda antes de o credor exequente penhorar o imóvel em face do promitente-vendedor, configurar-se-á apenas desídia do comprador, sem qualquer tipo de caracterização de fraude à execução.[35] Assim, embora o desidioso compromissário-comprador possa ser vencedor em uma ação de embargos de terceiros em face do credor exequente, ele estará sujeito ao ônus da sucumbência, vez que deu causa a penhora indevida.[36]

---

35. "1. É assente na jurisprudência desta Corte de Justiça que a celebração de compromisso de compra e venda, ainda que não tenha sido levado a registro no Cartório de Imóveis, constitui meio hábil a impossibilitar a constrição do bem imóvel, discutido em execução fiscal, e impede a caracterização de fraude à execução, aplicando-se o disposto no enunciado da Súmula 84 do STJ: 'É admissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro'.
2. A fraude à execução apenas se configura quando demonstrado que a alienação do bem ocorreu após a efetiva citação do devedor, em sede de execução fiscal.
3. Na hipótese dos autos, a celebração do compromisso de compra e venda ocorreu em data anterior ao ajuizamento da execução fiscal e, por conseguinte, da citação válida do devedor. Assim, não se configurou a alegada fraude à execução" (STJ, REsp 974.062/RS, rel. Min. Denise Arruda, *DJ* 05.11.2007).

36. "O credor não pode ser responsabilizado pelo ônus sucumbencial por ter indicado à penhora imóvel registrado no Cartório de Imóveis em nome dos devedores, mas prometidos à venda aos terceiros-embargantes. A inércia dos embargantes-compradores, em não providenciar o registro do compromisso de compra e venda, deu causa à penhora indevida" (STJ, REsp 264.930/PR, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 16.10.2000).

4.1 A transmissão imobiliária sob o aspecto do direito administrativo brasileiro

O princípio da causalidade do direito imobiliário brasileiro também pode ser corroborado pelos tipos de atos administrativos, haja vista que os atos notariais e registrais estão submetidos ao regime de direito público.[37]

Em geral, são necessárias as vontades de duas pessoas distintas (partes e titular do cartório) para resultar em um ato único: alteração da titularidade do imóvel.

Noutras palavras, a fusão da vontade das partes (inserida em um título jurídico) junto com a qualificação registral – que se caracteriza como um juízo de valor do registrador (titular do cartório de imóvel) sobre a possibilidade de um título ingressar no fólio real, com o intuito de permitir a transformação do direito obrigacional em real –, acaba tendo uma configuração muito similar aos atos administrativos complexos, os quais correspondem ao "concurso de vontade de vários órgãos diferentes para formação de um ato único".[38]

Desse modo, somente se pode falar em ato jurídico perfeito quando houver a seguinte fusão: (a) a obrigação *inter partes* (instrumentalizado por um título jurídico causal) e (b) a qualificação registral para atribuir o efeito *erga omnes* (após o registro no Cartório de Imóveis).[39]

A título de esclarecimento, a qualificação registral abrange títulos extrajudiciais e, inclusive, os títulos judiciais, tendo esteio no art. 198 da Lei 6.015/1973.[40] Por isso, não obstante de origem jurisdicional (sentença, formal de partilha etc.), o registrador deve qualificar esse título para saber sua admissibilidade, com o intuito de registro no álbum real.[41]

No mesmo sentido encontra-se na Primeira Turma do STJ, REsp 439.573/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 29.09.2003.

37. Cf. a ADIn 1.378/ES, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 30.05.1997, a saber:
"A atividade notarial e registral, ainda que oficializada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade [*sic*], sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público."

38. Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 171.

39. Cf. Passarelli, Luciano Lopes, op. cit., p. 21.

40. "Art. 198. Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. (...)."

41. O STF já se manifestou sobre a qualificação registral, a saber:
"O cumprimento do dever imposto pela Lei dos Registros Públicos, cogitando-se de deficiência de carta de adjudicação e levando-se dúvida perante o juízo de direito da

Por outro lado, em se tratando de uma "ordem judicial", instrumentalizada por meio de "mandado", a qualificação registral restringe-se aos aspectos meramente formais, a exemplo da competência, vez que as suas regras são fixadas por lei, sendo despiciendo, portanto, qualquer tipo de qualificação tomada sob o império de outra norma.

In casu, no que tange aos títulos de aforamento antes de 2002, que não ingressaram até o presente momento em Cartório de Imóveis, não há que se falar em ato jurídico perfeito. Por outro lado, a expectativa desse direito foi assegurada pelo *caput* do art. 2.038 do CC/2002, *in verbis*:

"Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, e leis posteriores."

4.2 Cancelamento de título e registro: uma aproximação do direito brasileiro ao germânico

Em se tratando de vício no título jurídico causal, é curioso perceber que, pelo texto do art. 252 da Lei 6.015/1973, o direito imobiliário brasileiro acaba se aproximando do princípio da abstração germânica.

Em regra, como o direito brasileiro adotou o princípio da causalidade, o desfazimento de um título jurídico viciado deveria, em princípio, também desconstituir o seu registro imobiliário. Mas a disposição legal é bem diversa, nos termos do art. 252 da Lei 6.015/1973, *in verbis*:

"O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido."

No mesmo sentido é o § 2.º do art. 1.245 do CC/2002:

"Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel."

---

vara competente, longe fica de configurar ato passível de enquadramento no art. 330 do CP – crime de desobediência –, pouco importando o acolhimento, sob o ângulo judicial, do que suscitado" (STF, HC 85.911-9/MG, 1.ª T., rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 02.12.2005).

No mesmo sentido reconheceu o STJ, a saber:

"(...) pode o oficial do registro suscitar dúvida, independentemente de ser título judicial ou extrajudicial" (RMS 9.372/SP, 3.ª T., rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, *DJ* 10.05.2005).

Em relação ao cancelamento de registro, também ocorre o mesmo. Ou seja, se o registro imobiliário for cancelado, isso não significa necessariamente que o título terá a mesma sorte, conforme prescreve o art. 254 da Lei 6.015/1973, a saber:

"Se, *cancelado o registro*, subsistirem o título e os direitos dele decorrentes, *poderá o credor promover novo registro*, o qual só produzirá efeitos a partir da nova data" (grifos nossos).

Neste caso, ao contrário do cancelamento do título, entende-se acertado o mencionado texto legislativo, embora tenha se afastado do princípio da causalidade. Assim, um título jurídico causal pode ser válido, mas o ingresso no cartório, ilegal.

Um contrato de compra e venda de um imóvel pode ser válido e eficaz, nos termos do art. 104 do CC/2002 (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei).

Entretanto, na hipótese de o mencionado imóvel objeto de compra e venda não estar dentro da circunscrição do cartório, o ingresso desse negócio jurídico no fólio real será totalmente ilegal, porque o ato desse registro não se inclui nas atribuições legais do agente público (ou serventuário ou titular do cartório), nos termos da alínea *a* do parágrafo único do art. 2.º da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) c/c o art. 12 da Lei 8.935/1994 (Lei Nacional dos Cartórios).[42]

Por fim, ainda que um registro nulo seja anulado ou esteja em processo judicial de anulação, esse vício pode ser convalidado por meio do preenchimento legal do instituto da usucapião (§ 5.º do art. 214 da Lei 6.015/1973), desde que o comprador (usucapiendo) prove a prescrição aquisitiva do imóvel, conforme as legislações pertinentes ao assunto (Código Civil e Estatuto da Cidade).

5. A transmissão da enfiteuse no direito brasileiro

A enfiteuse constitui-se, nos moldes do Código Civil de 1916, por meio de um contrato atípico válido e eficaz, a fim de cindir unicidade titular da propriedade plena e, posteriormente, transmitir o domínio útil da propriedade (senhorio direto) para o foreiro ou senhorio indireto, via registro imobiliário.

42. "Art. 12. Aos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os *oficiais de registro de imóveis* e civis das pessoas naturais *às normas que definirem as circunscrições geográficas*" (grifos nossos).

Caso esse contrato de aforamento não fosse válido e eficaz, ele não seria capaz de alterar a titularidade no Cartório de Imóveis, porque, como foi demonstrado, o direito brasileiro adota o princípio da *causalidade*, e não o da *abstração* germânica nem do *consenso* napoleônico.

A *contrario sensu*, deduz-se que o contrato de aprazamento terá efeitos semelhantes ao direito alemão, pois, embora aquele tenha sido feito previamente, só terá validade quando for apresentado perante o oficial de registro.

No mais, é bom deixar indene de dúvida que o contrato de aforamento não tem força de escritura pública, nos termos do art. 108 do CC/2002, salvo se for disposto em legislação.[43]

Não se olvide, ainda, que o Código Civil de 2002 assegurou a expectativa de direito aos titulares (foreiros) dos contratos de aforamento pretéritos, incluindo os expedidos pelo Poder Executivo Municipal, que ainda não ingressaram nos álbuns imobiliários, já que a fusão do ato obrigacional (contrato) com o ato de qualificação registral (serventuário), resultando numa mudança de titularidade do imóvel, assemelha-se ao conceito de ato administrativo complexo.

Por isso, entende-se que tais contratos, enquanto títulos jurídicos causais, não têm prazo decadencial para ingressar no fólio real, tirante disposição em contrário pela legislação,[44] razão pela qual é perfeitamente possível registrar hodiernamente – após a vigência do Código Civil de 2002 – os contratos enfitêuticos que outrora não foram inscritos em Cartórios de Imóveis.

---

43. A cessão da posse de parcelamentos populares (§ 3.º do art. 26 da Lei 6.766/1979); a compra e venda de imóveis de qualquer valor financiados por meio de alienação fiduciária em garantia (art. 39 da Lei 9.514/1997) e os contratos de que forem parte o Banco Nacional de Habitação ou entidades que integrem o Sistema Financeiro da Habitação (§ 5.º do art. 61 da Lei 4.380/1964).

44. Nos contratos públicos ou particulares que envolvem o sistema financeiro de habitação há um prazo de 15 dias para o registro imobiliário desse pacto, nos termos do § 7.º do art. 61 da Lei 4.380/1964, *in verbis*:
"Todos os contratos, públicos ou particulares, serão obrigatòriamente transcritos no Cartório de Registro de Imóveis competente, *dentro do prazo de 15 (quinze) dias*, *a contar da data de sua assinatura*, devendo tal obrigação figurar como cláusula contratual" (grifos nossos).
Os contratos a serem levados ao Cartório de Títulos e Documentos também há prazo legal, conforme prescreve o art. 130 da Lei 6.015/1973, *in verbis*:
"Art. 130. *Dentro do prazo de 20 (vinte) dias da data da sua assinatura pelas partes*, todos os atos enumerados nos arts. 128 e 129, serão registrados no domicílio das partes contratantes e, quando residam estas em circunscrições territoriais diversas, far-se-á o registro em todas elas" (grifos nossos).

6. Conclusão

Feita tais considerações, verifica-se que o aforamento instrumentaliza uma relação contratual entre duas partes, regida por normais gerais do Código Civil de 1916, enquanto a Lei dos Registros Públicos fixa os requisitos para ingresso no fólio real. A fusão de tais atos de pessoas diversas resultam no surgimento de uma nova titularidade imobiliária com efeito *erga omnes*.

O Código Civil de 2002, por sua vez, assegurou a expectativa de direito dos foreiros por meio de contratos de aforamentos, constituídos antes da vigência desse Código Civil. Dessa forma, é possível o registro imobiliário dos contratos de enfiteuse pós-2002.

No mais, não serão apenas o foreiros (pessoas físicas) beneficiados com tal medida legal, mas também o próprio Poder Executivo Municipal, em razão da Lei dos Registros Públicos. Mesmo assim, tem-se a expectativa que os prefeitos de pequenas e médias localidades do Brasil, especialmente o Maranhão, procurem discriminar suas áreas.

Espera-se, ainda, um posicionamento da jurisprudência dos tribunais superiores, a fim de delinear as bases das interpretações acerca da aplicação prática do direito civil e do imobiliário, notadamente sobre a possibilidade de registro de aforamento pretérito pós-2002.

Sendo assim, fica evidente que o direito imobiliário é muito mais célere que o direito civil, tendo em vista que aquele é uma *longa manus* do direito das coisas, a fim de instrumentalizar os direitos reais, razão pela qual aparecem muitos problemas de interpretação.

Nesse contexto, é bom frisar, como diria Castanheira Neves (eminente jurista português), que o problema não é ausência de clareza das leis que justificam a interpretação, mas, de fato, o que se mostra é uma premente necessidade de interpretação das leis ante aos problemas de concretização dos conteúdos normativos.[45]

7. Bibliografia

Avvad, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

45. Neves, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 28-29.

Code Civil. Disponível em: [http://legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721]. Acesso em: 25.12.2010.

Contrat de vend. Disponível em: [http://fr.wikipedia.org/wiki/Contrat_de_vente_en_France]. Acesso em: 25.12.2010.

Costa, Sebastião Rodrigues da. *Registro de imóveis: roteiro registral imobiliário – comentários à Lei* 6.015/73. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

D'Aquin, Thomas. Prologue de son Opuscule contre les erreurs des Grecs. In: _____. *Somme Théologique, La Justice* [Tome Premier]. Paris: Éditions de la revue des jeunes, 1948.

Diniz, Maria Helena. *Sistema de registro de imóveis*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Farias, Cristiano Chaves; Rosenvald, Nelson. *Direitos reais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Ferreira, Sandro Alexander. Abertura de matrícula no cartório geral de imóveis. Disponível em: [http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10549&p=1]. Acesso em: 25.12.2010.

Geiben, Nikolaus. *Aquisição de imóveis no Brasil por alemães e conflito de sistemas no DIP alemão*. Disponível em: [www.geiben.de/download/nikolaus_geiben_aquisicao_de_imoveis.pdf]. Acesso em: 25.12.2010.

Gomes, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed. Atual. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. Enfiteuse (instituto em extinção). *Revista Jurídica – Instituição Toledo de Ensino*. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20124/enfiteuse.pdf?sequence=1]. Acesso em: 18.10.2010.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Neves, Antonio Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

Passarelli, Luciano Lopes. Responsabilidade civil do adquirente de bem imóvel que não registra seu título. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 68. ano. 33. p. 22. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2010.

Penteado, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Ramos, Erasmo. A transmissão de propriedade no novo Código Civil Brasileiro e no BGB alemão – um estudo comparado. vol. 815. ano. 92. p. 46. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. RT, set. 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Algumas inovações e críticas ao livro dos "direitos das coisas" no novo Código Civil, de Eduardo Cambi – *RT* 823/11;
- Foro cobrado no regime enfitêutico da União Federal, de Alexandre S. Pacheco – *RTrib* 89/36; e
- Inovações principais do novo Código Civil, de Dilvanir José da Costa – *RT* 796/39.

Meio Ambiente e Registro Imobiliário

El derecho real de custodia del territorio

1

Oscar Germán Vázquez Asenjo

Registrador da Propriedade na Espanha.

Área do Direito: Imobiliário e Registral

Resumo: Proposta de criação de um novo direito real ambiental com publicidade registral: a custódia do território é uma "estratégia", esta estratégia visa à conservação ambiental em propriedade rurais através de incentivo dos proprietários. Estes proprietários são incentivados a adotar um comportamento que produza um resultado benéfico-ambiental para a exploração realizada na propriedade, através de diferentes formas contratuais típicas, mas se destacam o acordo de custódia ou manejo do território. A técnica tradicional de usar as figuras existentes para dedicá-las à finalidade de custódia é irrepreensível e a possibilidade de inscrição no registro de imóveis das compras e vendas, usufrutos, aluguéis ou aproveitamento parcial a favor da entidade custodiante não deveria oferecer nenhum problema jurídico intransponível.

Palavras-chave: Direito real – Direito ambiental – Registro de imóveis – Custódia ambiental – Aproveitamentos rural e ambiental da terra.

Resumen: Propuesta de creación de un nuevo derecho real de naturaleza ambiental con publicidad registral: la custodia del territorio es una "estrategia", esta estrategia va dirigida a la conservación ambiental de las fincas y se llega a ella a través del comportamiento inducido de sus propietarios. Esta inducción al propietario para que adopte un comportamiento que produzca un resultado medioambiental beneficioso para la finca puede ser materializada a través de muy diversas fórmulas jurídicas, de entre las cuales destacan los contratos, o mejor dicho, los acuerdos de custodia del territorio. La técnica tradicional de utilización de las figuras existentes para dedicarlas a la finalidad de custodia resulta irreprochable y las posibilidades de inscribir en el Registro de la Propiedad las compraventas, usufructos, arrendamientos o aprovechamientos parciales a favor de la entidad de custodia no debería ofrecer ningún problema insalvable.

Palabras clave: Derecho real – Derecho ambiental – Registro de la propiedad – Custodia ambiental – Aprovechamientos rustico y ambiental de la finca.

Sumario: 1. Introducción – 2. Definición – 3. Desglose de los términos de la definición: 3.1 El derecho real de custodia del territorio: 3.1.1 Inmediatividad; 3.1.2 Exclusividad; 3.1.3 Reipersecutoriedad; 3.2 Ambiental en cuanto que el mismo solo se entiende desde la perspectiva del derecho medioambiental moderno; 3.3 Mixto, en cuanto que al mismo tiempo aparece como derecho y carga para su titular; 3.4 Indirecto, en cuanto no afecta directamente a la finca sino a sus valores ambientales; 3.5 Individualmente modulable, en cuanto que su contenido concreto queda configurado en cada supuesto individual; 3.6 Se constituye a traves del acuerdo correspondiente; 3.7 Por parte de la sociedad ciudadana; 3.8 Representada por una entidad de custodia; 3.9 A favor del dueño de una finca; 3.10 Sobre determinados recursos naturales de dominio público naturalmente vinculados al territorio de su propiedad; 3.11 Consiste en el aprovechamiento económico de la sostenibilidad de dichos recursos; 3.12 Lograda dicha sostenibilidad a través del cumplimiento de los requisitos y observancias previstos en el proyecto de gestión redactado a tal fin; 3.13 Y evaluada dicha sostenibilidad a través de las visitas periódicas de inspección de la realidad sostenible objeto de aprovechamiento – 4. La custodia del territorio como derecho real o como derecho personal: 4.1 Por razón de las personas; 4.2 Por razón del objeto; 4.3 En razón del poder que atribuyen al titular; 4.4 Por razón de su eficacia; 4.5 Por la importancia de la ley y la voluntad en su creación; 4.6 Por el origen; 4.7 Por razón de la duración y las causas de extinción; 4.8 Por razón de la protección registral – 5. Inscripción del derecho real de custodia en el registro de la propiedad: 5.1 Ventajas derivadas de la inscripción registral desde un punto de vista económico; 5.2 Ventajas derivadas de la inscripción registral desde un punto de vista jurídico.

1. Introducción

La custodia del territorio es una "estrategia", esta estrategia va dirigida a la conservación ambiental de las fincas y se llega a ella a través del comportamiento inducido de sus propietarios.

Esta inducción al propietario para que adopte un comportamiento que produzca un resultado medioambiental beneficioso para la finca (hay que resaltar que lo importante no es la conducta humana sino el resultado que a través de ella se produce sobre el territorio) y en consecuencia para su entorno, puede ser materializada a través de muy diversas fórmulas jurídicas, de entre las cuales destacan los contratos, o mejor dicho, los acuerdos de custodia del territorio.

Los contratos de custodia del territorio suelen basarse en el supuesto siguiente: a cambio de aplicar determinadas condiciones de protección y gestión sobre su finca el propietario recibe el reconocimiento de la entidad de custodia y de la sociedad, un asesoramiento para una correcta gestión, un seguimiento anual del estado de la finca y del mantenimiento del acuerdo, el apoyo de voluntarios para determinadas actuaciones etc.

De modo que la entidad de custodia se convierte, mediante el acuerdo con el propietario, en garante de la protección ambiental de una determinada finca, respecto a la cual el propietario se compromete, frente a la entidad de custodia y a la sociedad en general, a limitar su dominio sobre la mencionada finca en algunos de los aspectos necesarios para los fines de protección ambiental para las generaciones presentes y futuras. Por tanto está relacionado con el concepto y los principios del Desarrollo Sostenible, tal y como fueron definidos por la Comisión Bruntland y por la Conferencia de las Naciones Unidas de Medio Ambiente y Desarrollo de Rio de Janeiro 1992 y de toda la legislación de la Unión Europea y Española, incluyendo las de las Comunidades Autónomas.

La técnica tradicional de utilización de las figuras existentes para dedicarlas a la finalidad de custodia resulta irreprochable y las posibilidades de inscribir en el Registro de la Propiedad las compraventas, usufructos, arrendamientos o aprovechamientos parciales a favor de la entidad de custodia no deberían ofrecer ningún problema insalvable.

Sin embargo lo que se inscribe registralmente en estos casos no es la situación de custodia del territorio, sino una figura jurídica distinta, utilizada, eso si, para lograr la finalidad de custodiar o conservar el territorio.

El problema radica en que estas figuras solo resultan interesantes al dueño de la finca en cuanto la entidad de custodia le puede ofrecer una contraprestación económica. Y la existencia de contraprestación solo es posible si existe un aprovechamiento o beneficio inicial a favor de la entidad de custodia compradora, usufructuaria o beneficiaria de un aprovechamiento parcial y la existencia de ese beneficio va en contra de la ausencia de ánimo de lucro que debe presidir la actividad de estas ONGs.

El supuesto clásico consiste en una situación donde la entidad de custodia pacta con el dueño de la finca que sea este quien tenga la obligación de conservar los recursos naturales de la finca, a cambio de obtener asistencia técnica, gestión de ayuda financiera externa etc.

2. Definición

El derecho real de custodia del territorio (ambiental en cuanto que el mismo solo se entiende desde la perspectiva del derecho medioambiental moderno, mixto, en cuanto que solo se puede ejercitar como derecho soportando la carga de su sostenibilidad; indirecto, en cuanto no afecta directamente a la finca sino a sus valores ambientales, individualmente modulable, en cuanto que su contenido concreto, sin perjuicio de que pueda haber modelos de aplicación colectiva, queda configurado en cada supuesto individual) *es aquel que se*

constituye, a través del Acuerdo correspondiente, por parte de la sociedad ciudadana general, representada por una Entidad de Custodia, a favor del dueño de una finca sobre determinados recursos naturales de la sociedad civil que se hallan naturalmente vinculados al territorio de su propiedad *y consiste* en el aprovechamiento económico de la sostenibilidad de dichos recursos, lograda dicha sostenibilidad a través del cumplimiento de los requisitos y observancias previstos en el proyecto de gestión redactado a tal fin y evaluada dicha sostenibilidad a través de las visitas periódicas de inspección de la realidad sostenible objeto de aprovechamiento.

3. Desglose de los términos de la definición

3.1 El derecho real de custodia del territorio

La custodia del territorio puede constituirse como una relación personal de naturaleza obligacional en cuyo caso solo produce efectos entre las partes contratantes o bien se puede constituir como un derecho real y en tal caso producirá efectos contra terceros y será inscribible en el registro de la propiedad.

Para que la custodia del territorio tenga naturaleza real, es preciso que participe de las tres características propias de este tipo de derechos. Se trata de confirmar que esas características son aplicables a la custodia del territorio:

3.1.1 Inmediatividad

En los derechos reales hay una relación directa e inmediata entre una persona y una cosa.

En el derecho real de custodia del territorio puede participar de esta característica ya que se produce una relación directa entre el titular y los valores ambientales vinculados a la finca.

La persona, en principio ha de ser el dueño de la finca a la que se encuentran vinculados los valores ambientales sobre los que recae la relación jurídica. El propietario es el sujeto activo de la relación jurídica, siendo el sujeto pasivo general la sociedad misma.

También pueden ser sujetos de esta relación aquellas personas que gocen del uso o disfrute de la finca, tales como el usufructuario o arrendatario, el derecho de los cuales necesariamente ha de haber partido del propietario del inmueble.

No puede ser sujeto de la custodia un tercero que no ostente derecho alguno de uso o disfrute del inmueble al que se hallan vinculados los valores am-

bientales objeto de este derecho real, puesto que la explotación independiente de los mismos resulta imposible de entender sin la vinculación a la finca. No se puede negociar por ejemplo con el paisaje o la extracción de productos agrícolas, si no se dispone del suelo sobre el que recaen esos aspectos de la explotación.

Otra cosa es que el producto de esa explotación o la capacidad abstracta de explotación que implica el derecho real de custodia puedan ser objeto de enajenación o gravamen, como veremos mas adelante.

El objeto no es la finca propiedad del titular del derecho real de custodia. No sería posible constituir un derecho real sobre una finca a favor de su propietario. Puesto que este goza de todas las facultades de uso y disfrute, parece un contrasentido establecer un aprovechamiento a su favor sobre su propia finca, algo de lo que ya disfruta. Por eso, este derecho real tiene por objeto la vinculación inseparable de los recursos naturales que se producen, consumen o conservan en una finca determinada.

Un objeto complejo formado por la vinculación de varios elementos inmobiliarios que de manera independiente (la finca por un lado o sus recursos naturales por otro) no son susceptibles de constituir el sustrato objetivo de este derecho real.

La causa de que los recursos naturales de una finca sean en principio ajenos a las facultades de uso y consumo de su propietario y de ahí la posibilidad de constituir sobre ellos un derecho real, estriba en el hecho de que la propiedad inmobiliaria se encuentra hoy en día relativizada en cuanto a su carácter absoluto pero no solo como hasta ahora por su carácter social, sino también en la actualidad por su carácter de sostenibilidad ambiental que no es más que una especialidad del genero anterior.

Existen una serie de limitaciones en la propiedad del territorio derivadas de la existencia de valores ambientales vinculados al mismo, cuya titularidad y libre aprovechamiento no corresponden en principio al dueño de la finca sino que se hallan reservados al ámbito del interés y orden público. Esas limitaciones constriñen al derecho de propiedad del titular de la finca exigiendo del mismo una actitud meramente de abstención o no injerencia ante las actuaciones públicas de conservación.

La novedad de la custodia como derecho real consiste en que, a través de su establecimiento sobre una finca, se entrega al propietario de la misma una serie de nuevas facultades sobre sus valores ambientales, generando para este titular una relación de aprovechamiento sobre la sostenibilidad de los mismos, hasta la aparición de la figura de la custodia del territorio, en nuestro Derecho, desconocida.

El objeto pues de la relación jurídica son los valores ambientales vinculados a la finca. Es un objeto complejo puesto que no se trata de valores considerados en sí mismos, sino que necesariamente la custodia alcanza a los valores ambientales en el ámbito marcado por el territorio del que es propietario el titular del derecho real. No es posible entender el objeto de la custodia como una finca carente de valores ambientales, ni tampoco es posible entender tal objeto como valor ambiental independiente de cualquier relación con el territorio delimitado por el dominio inmobiliario de su titular, es decir independiente de la finca.

3.1.2 Exclusividad

El titular de un derecho real excluye a cualquier otra persona en la relación con la cosa.

En el derecho real de custodia territorial es su titular quien explota en exclusiva la sostenibilidad de los valores ambientales vinculados a la finca y a quien corresponde aplicar el plan de gestión para mantener la sostenibilidad ambiental del objeto.

El derecho real de custodia del territorio solo se puede ejercitar por el propietario de la finca o (con el consentimiento del propietario de la finca en el supuesto de que se constituya) por el usufructuario o arrendatario de la finca.

El titular del derecho real se aprovechará del contenido económico de la sostenibilidad de tales valores en exclusiva, ya que:

– Verá aumentar el valor económico de su finca.

– Participará de subvenciones y beneficios fiscales.

– Podrá explotar directamente los valores ambientales en su vinculación con la finca dentro de los términos del proyecto de gestión.

– Podrá colocar la sostenibilidad de esos valores en mercados territoriales secundarios.

Pero para llegar a poder ejercitar ese aprovechamiento es evidente que resulta imprescindible que la sostenibilidad exista, ya que de lo contrario no habrá nada de lo que aprovecharse. Por lo tanto el ejercicio de este derecho exige la existencia de una sostenibilidad de la que se responsabiliza el propio titular del derecho real.

El carácter exclusivo se manifiesta de dos modos:

1.º) Solo el titular del derecho real de custodia puede aprovecharse de la sostenibilidad y solo a él corresponde la responsabilidad de mantenerla mien-

tras sea titular de tal derecho. El aprovechamiento se constituye en base a una contraprestación que no resulta ajena al propio derecho real constituido, la contraprestación consiste en costear el importe del sostenimiento de los valores ambientales ligados al inmueble, liberando de tal carga económica a la propia sociedad.

De tal modo que si la sostenibilidad de los valores ambientales se perdiese, la custodia desaparecería y entonces las autoridades públicas podrían entrar en la gestión de la sostenibilidad del territorio imponiendo medidas al propietario de la finca. Y si esa sostenibilidad se perdiese, el aprovechamiento desaparecería y con ello el derecho real. Si de nuevo reapareciesen esos valores ya no le correspondería (salvo que se pactase un nuevo acuerdo de custodia) su explotación al propietario sino al dominio público en general.

2.º) La sociedad debe respetar el ejercicio libre del resto de cuestiones no previstas en el plan de gestión. Lo que no aparece regulado, queda al libre ejercicio del propietario del inmueble, siempre que se ajuste al cumplimiento de la normativa urbanística o territorial vigente.

La constitución del derecho de custodia del territorio implica una presunción de correcta utilización de la finca en aquellas cuestiones no tratadas por el proyecto de gestión.

La constitución de este derecho real afecta a todo el régimen de utilización de la finca, de tal modo que a partir de su constitución no deberían existir limitaciones al ejercicio de los derechos de uso y disfrute sobre la misma o cualquiera de sus cualidades ambientales, fuera de las prevenidas en el proyecto de gestión.

3.1.3 Reipersecutoriedad

El titular del derecho real tiene la facultad de perseguir la cosa cuando ha salido indebidamente de su patrimonio. El titular del derecho real de custodia goza a su favor de una acción de reparación ambiental, no solo dirigida al restablecimiento de la situación de sostenibilidad dañada, sino a la restitución del valor económico de explotación atacado y en su caso la indemnización por los daños y perjuicios sufridos en el patrimonio particular del titular.

La reipersecutoriedad en materia ambiental ha de ser entendida como la posibilidad de restituir el equilibrio ecológico dañado por el ataque, voluntario o involuntario de un tercero más o menos difuso. Se trata no tanto de perseguir la cosa que ha sido sustraída del patrimonio del titular, cuestión imposible de apreciar cuando de valores ambientales se trata, como de devolver una calidad,

entendida como sostenibilidad, a unos valores ambientales que han sido directa o indirectamente atacados.

En caso de ataque contra los valores sostenibles que constituyen el objeto del derecho real de custodia, el titular del mismo gozará de acción para reponer la sostenibilidad atacada (mientras la misma no desaparezca, en cuyo caso lo que procedería seria únicamente el resarcimiento por daños y perjuicios) no como una acción general en defensa del medio ambiente, sino como acción particular en defensa de un daño patrimonial individual cuya cuantificación no sería ya abstracta, como suele ocurrir en el caso de catástrofes ambientales, sino que se mediría en función de la cuantía económica de la explotación que le correspondiese.

3.2 Ambiental en cuanto que el mismo solo se entiende desde la perspectiva del derecho medioambiental moderno

En la actualidad hay que ser conscientes de la necesidad de impulsar medidas que fomenten el uso racional de los recursos naturales en aras del desarrollo sostenible del territorio.

Sin duda alguna la educación ciudadana constituye el pilar básico sobre el que ha de bascular el objetivo expuesto. Igualmente la inversión pública en esta materia constituye bastión imprescindible para la consecución del fin propuesto. Medidas sobre investigación y desarrollo, figuras tributarias cuya finalidad sea la preservación del medioambiente, actuaciones que hagan verdaderamente efectivo el principio de "quien contamina paga", subvenciones y ayudas a las buenas prácticas medioambientales también se demuestran, sin duda alguna, eficaces al respecto.

Sin embargo, el problema de la conservación medioambiental solo hallará una definitiva solución, cuando conservar sea más lucrativo para el ciudadano individual que destruir, cuando el ahorro energético no solo constituya la ausencia de desembolsos económicos para quien lo practica, sino un verdadero medio de lograr ingresos monetarios procedentes de aquellos otros ciudadanos que derrochan o hacen mal uso de los recursos naturales; cuando el medioambiente constituya en sí mismo, con independencia de consecuencias globales, un valor de inversión para cada individuo concreto, cuando, en definitiva, exista un mercado medioambiental generador de riqueza ecológica, de la que nos beneficiemos todos cuantos consumimos recursos naturales.

La idea manifestada subyace ya desde hace tiempo en actuaciones conservacionistas de ámbito internacional como la del "mercado de emisiones" estable-

cida en el Tratado de Kyoto o en otras parecidas como la del comercio de aguas prevista por nuestra actual legislación de Aguas.

Sin embargo, la mayoría de los ensayos efectuados han sido llevados a cabo sin tomar verdaderamente en consideración el carácter jurídico "territorial" de los recursos naturales respecto a los cuales se pretende establecer un mercado. La única forma de dotar de plena seguridad y responsabilidad a las declaraciones de las que surgen las correspondientes transacciones, es vincular la emisión y en su caso el consumo de los recursos naturales a la finca (entendida como concepto jurídico) donde son producidos o gastados y asignar del mismo modo la constancia y veracidad de las transacciones al folio registral a que la propia finca se refiere.

En estos tiempos de crisis económica, el Registro de la Propiedad, como tantas otras organizaciones, se halla obligado a adaptar su tradicional función al nuevo modelo económico que se esta comenzando a diseñar.

En el futuro, el valor de la propiedad inmobiliaria, tal y como hasta ahora lo hemos conocido, ha de ser sometido a una profunda revisión. En un futuro más o menos cercano (cuanto más tardemos en encontrar el nuevo modelo más larga será la crisis) no se tratará simplemente de comprar, vender o hipotecar inmuebles, sino "modos de vida".

Cuestiones tradicionalmente ajenas a la circulación del crédito territorial, como la sostenibilidad, la calidad ambiental, las costumbres o hábitos enriquecedores del ser humano y su entorno, el ahorro energético, el esfuerzo o el respeto, tendrán un valor económico real, los ciudadanos y los agentes económicos transaccionarán sobre ellos para lograrlos o enajenarlos y se convertirán, si no lo están haciendo ya, en valores cotizables al alza en mercados reales.

Efectivamente, el Medio Ambiente será uno de los principales objetos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Y, si ha de existir un mercado medioambiental sobre el territorio, el mismo requerirá seguridad jurídica para ser desarrollado adecuadamente y esta finalidad, la de la seguridad, la de la confianza, ha de seguir siendo atendida por el Registro de la Propiedad con la misma eficacia que hasta el momento ha quedado demostrada en la regulación de los mercados hipotecarios tradicionales.

3.3 Mixto, en cuanto que al mismo tiempo aparece como derecho y carga para su titular

El derecho real de custodia territorial atribuye a su titular la facultad de aprovecharse y explotar el contenido económico de la sostenibilidad de los

recursos naturales vinculados a la finca de su propiedad, produciendole un beneficio evidente al ejercitar su derecho real.

La sociedad también se beneficia indirectamente ya que la propia explotación mercantil de los recursos medioambientales, genera *per se* un cúmulo de riqueza en mercado que permanecía oculto antes del ejercicio de este derecho real.

Otra cuestión diferente sería el estudio de si la cuantía de este beneficio social resulta mayor o menor que la que se obtendría si fuese una entidad pública la que directamente explotase el contenido económico de la sostenibilidad de los recursos naturales de la finca.

Ahora bien, para poder ejercitar la explotación de los recursos naturales vinculados a la finca, es preciso que estos tengan el contenido económico adecuado derivado de su sostenibilidad. El coste de las medidas necesarias para preservar la sostenibilidad de esos valores ambientales, corre de cargo del propio titular del derecho real de custodia. De modo que para disfrutar del derecho hay que costear su existencia. Lo cual, en este caso, es una carga para el titular de la custodia territorial, porque en ningún modo puede establecerse condición alguna en el plan o proyecto de gestión relativa a que la obligación de custodiar la finca pueda venir condicionada por la obtención de un determinado beneficio económico.

Efectivamente, se pactará la obligación del titular de mantener el territorio de su finca en las condiciones ambientales pactadas, y el derecho a obtener los posibles beneficios de su explotación, pero no la compensación o intercambio numérico o cuantificado del uno por el otro.

Lo que en principio resulta ser una carga para el titular del derecho real de custodia, sin embargo aparece como un evidente beneficio para la sociedad en general, ya que dicho titular actuará a modo de verdadero agente ambiental activo, no solo custodiando los valores ambientales de su finca, sino invirtiendo y gastando en el mantenimiento de su sostenibilidad.

La dinámica dialéctica activa-pasiva que afecta a los los derechos reales se visualiza con toda claridad en el caso del derecho real de custodia.

Cuando un derecho real atribuye el ejercicio de facultades al titular de una finca sobre cosa ajena, es el caso de las servidumbres reales, este derecho real es activo (ejercitar el derecho) para la primera finca y pasivo (soportar la carga) para la segunda. Cuando se constituye un derecho real a favor de una persona sobre una finca, sin existir predio dominante, es el caso del usufructo, la finca recibe una carga y existirá la obligación general y difusa de toda la sociedad

de respetar el ejercicio de la misma, carga que, a su vez, será un derecho para su titular.

En la custodia no existe predio dominante y sirviente al modo de las servidumbres reales tradicionales, existe una finca y los recursos naturales vinculados a la misma. El derecho real se atribuye al dueño de la finca sobre recursos naturales ajenos, los cuales son explotados.

Por lo tanto son los recursos naturales vinculados los que soportan la carga de su explotación y lo son en beneficio de la finca a la que se encuentran vinculados, la cual mantendrá a través del ejercicio de ese derecho real el valor ambiental que repercute en la consideración de su riqueza.

La finca es el "predio dominante" y sus recursos naturales "predio sirviente". Quien sea el dueño de la finca, será el titular del derecho real y cualquiera que sea el contenido económico explotado de sus recursos naturales, este se hallará sometido a las reglas del mercado ambiental, materializadas en el proyecto de gestión y presididas por el mantenimiento del necesario sostenimiento de los mismos.

3.4 Indirecto, en cuanto no afecta directamente a la finca sino a sus valores ambientales

La modelo tradicional del derecho real recayente directamente sobre una finca, no es aplicable a la custodia del territorio, ya que la finca no resulta directamente afectada por el ejercicio de este derecho, sino indirectamente beneficiada del mismo.

La finca, entendida como concepto jurídico consistente en la porción del territorio delimitada por el dominio de una o de varias personas, no queda afectada directamente por el ejercicio del derecho real de custodia territorial.

El mismo consiste como veremos en el sostenimiento para su explotación de los valores ambientales o recursos naturales que le corresponden. Solo indirectamente se verá afectada en cuanto que los beneficios se reciben por parte de su propietario y además es la finca la que es objeto de visitas anuales de inspección.

3.5 Individualmente modulable, en cuanto que su contenido concreto queda configurado en cada supuesto individual

El derecho real de custodia territorial queda configurado en sus términos exactos en el plan de gestión que ha de proponer al propietario la Entidad de

Custodia y ser aceptado, pagado y cumplido por el propietario de la finca. No es un contrato en masa o de adhesión.

Es característica esencial de este derecho real, la necesidad de ser objeto de acuerdo expreso, siempre en función de las características de los valores ambientales de la finca a la que se hallan vinculados y es característica esencial de este derecho real, la de que los términos de dicha configuración hayan de ser concretados en el plan o proyecto de gestión específicamente aprobado al efecto.

Es cierto que este derecho real tiene una serie de características naturales que caso de no ser pactadas en el proyecto o plan de gestión, deberían tener aplicación directa. Pero como quiera que esa serie de características no se encuentran por el momento sancionadas legalmente de manera expresa, es preciso que sean recogidas detalladamente en el proyecto de gestión para que se consideren contenidas en el ejercicio del derecho real constituido.

3.6 Se constituye a traves del acuerdo correspondiente

Los Acuerdos de Custodia del territorio son la vía ordinaria de constitución de este derecho real.

No hay que olvidar que la custodia del territorio es, por encima de cualquier consideración jurídica una "estrategia", esta estrategia va dirigida a la conservación ambiental de las fincas, a través de la sostenibilidad de sus recursos naturales y se llega a ella a mediante el comportamiento inducido de sus propietarios, a través de distintas actuaciones de concienciación, información, intermediación por parte de Entidades de Custodia, que terminan culminando en un Acuerdo.

Esta inducción al propietario para que adopte un comportamiento que produzca un resultado medioambiental beneficioso para la finca (hay que resaltar que lo importante no es la conducta humana sino el resultado que a través de ella se produce sobre el territorio) y en consecuencia para su entorno, puede ser materializada a través de muy diversas fórmulas jurídicas (ventas, arrendamientos, usufructos etc.), de entre las cuales destacan los contratos, o mejor dicho, los llamados Acuerdos de Custodia del Territorio.

El supuesto más simple consiste en un acuerdo donde la entidad de custodia se dirige al propietario de una finca para ofrecerle su ayuda en la sostenibilidad de su inmueble, a cambio de que este se comprometa a comportarse según los términos de un Proyecto de gestión que se acompaña o acompañará.

A través de este acuerdo se esta constituyendo un derecho real de custodia del territorio. Jurídicamente se necesita (junto al modo) un titulo hábil para la

constitución de un derecho real y este título resulta ser precisamente el Acuerdo de Custodia.

El acuerdo ha de ser concertado entre el dueño de la finca (sujeto activo del derecho real) y la entidad de custodia (sujeto pasivo difuso, representante de la sociedad en general, pública propietaria de los valores ambientales del inmueble) y puede tener por objeto simplemente la creación de una serie de obligaciones personales entre las partes contratantes o bien puede tener por objeto la creación de un derecho real de custodia del territorio, siempre teniendo en cuenta que este derecho real tiene como características especiales:

– La carencia de contenido fijo predeterminado, sino que el mismo depende de un proyecto de sostenibilidad que resulta esencial para que exista la figura.

– El hecho de que dicho derecho real no recae directamente sobre el dominio de la finca, sino sobre los valores ambientales que produce o consume el inmueble.

– Y que resulta esencial la figura de la visita anual al inmueble al que se hallan vinculados los recursos naturales objeto del derecho, ya que esa visita es la que determinará la existencia y persistencia de la sostenibilidad del objeto sobre el que recae el derecho.

Cuando el acuerdo consiste en la creación del derecho real de custodia directamente, sino que consiste en la compraventa por parte de la entidad de custodia de esa finca para conservarla o en la constitución de un derecho de usufructo o arrendamiento con la misma finalidad, en tales casos no hay derecho real de custodia, sino propiedad u otro derecho real diferente, sin perjuicio de que obligacionalmente se haya constituido una obligación de actuar en la conservación o custodia del territorio.

Si la entidad de custodia, una vez se haya constituido en propietaria, usufructuaria o arrendataria, quisiera constituir un derecho real de custodia sobre los recursos naturales vinculados a la finca de la que disfruta, en tal caso ya no tendrá la consideración de entidad de custodia como tal, sino que será simplemente el titular de la finca o de su disfrute y tendrá que buscar otra entidad de custodia que le marque un proyecto de sostenibilidad y ejecute las visitas de inspección correspondientes.

Además, cuando el titular de un derecho real clásico de usufructo o explotación o cuando se trate de un arrendatario y quisieran constituir un derecho real de custodia sobre el territorio, como quiera que este derecho recae sobre elementos ambientales ajenos al dominio privado pero directamente vinculados a la propiedad de la finca, es preciso contar con el consentimiento del dueño. Consentimiento que puede ser prestado en el momento de la constitución de

los derechos de usufructo o arrendamiento o, si nada se hubiese dicho en ese momento, en el acto mismo de la constitución del derecho real de custodia.

El derecho real de custodia se puede constituir en un solo acto, haciendo coincidir el acuerdo y el proyecto o ejercicio del derecho real en ese momento constituido o bien en varias fases donde en un primer momento se pacta la obligación de constituir el derecho real en base a una serie de condiciones que se establecerán en el proyecto de sostenibilidad, pero que en ese momento no se conocen y bajo una serie de parámetros que aun no se encuentran precisados específicamente.

Todas estas fases previas son simplemente acuerdos obligacionales que implican un compromiso de constituir en el futuro un derecho real. Suponen ciertos compromisos y responsabilidades entre las partes, pero en ningún caso representan la constitución del derecho real de custodia del territorio en si mismo considerado.

3.7 Por parte de la sociedad ciudadana

La custodia es un derecho real que el propietario (sujeto activo) impone sobre determinados elementos ambientales de su finca y es la sociedad (sujeto pasivo) quien debe respetarlo.

Existe la obligación universal de respetar las condiciones de custodia impuestas sobre los elementos ambientales de la finca. No se trata de una simple actitud de respeto o no injerencia, sino la custodia exige una actitud social de colaboración que se manifiesta de dos modos: mediante la intervención directa de las Entidades de Custodia del territorio (para pactar el proyecto de gestión y realizar las visitas de inspección oportunas) y mediante el fomento normativo y administrativo público de esta figura.

Señala el art. 45 de la Constitución Española:

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

El número uno de este precepto se refiere a "todos" como sujeto activo que disfruta del medio ambiente y como sujeto pasivo que tiene la obligación de conservarlo, entendiendo que lo último resulta imprescindible para lograr lo primero.

Esta doble cualidad es la que se traspasa de ese sujeto "todos" al titular de la finca o del derecho de uso o disfrute de la misma cuando se constituye a su favor el derecho real de custodia. En virtud de este derecho, su titular adquiere en exclusiva el derecho de explotar económicamente la rentabilidad ambiental cor-

respondiente y al mismo tiempo y para gozar de lo anterior adquiere la responsabilidad de emplear los medios necesarios para seguir manteniendo la sostenibilidad necesaria para poder ejercitar el disfrute en qué consiste la explotación.

La sociedad, "todos", renunciamos al disfrute directo y a la explotación concreta de los valores ambientales que se encuentren vinculados a una finca determinada en favor de la persona de su titular para que el mantenimiento de su sostenibilidad produzca un beneficio general ambiental sobre todo el territorio. Una de las características esenciales de los valores ambientales es la imposibilidad de su desvinculación física del resto del entorno que los rodea (utilizamos pues una individualización jurídica de los mismos para fortalecer un efecto de repercusión positiva respecto al resto).

Y estos "todos", se hallan autorizados para realizar las actuaciones en que consiste la constitución del derecho real del que tratamos y en consecuencia ceder en custodia los valores ambientales vinculados a una finca determinada en virtud del número dos del art. 45 de la Constitución española que habla de "utilización racional de todos los recursos naturales apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva"

Lo racional es que los gastos relativos a la sostenibilidad de los recursos naturales se costeen por parte del dueño de la finca a que se encuentran vinculados a cambio de que se le ceda la explotación del contenido económico de los mismos.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Por lo tanto, la sociedad, todos nosotros, somos el sujeto pasivo "relativo" de la relación jurídica. Somos los que renunciamos (a favor de un propietario particular) a explotar ciertos valores ambientales, los vinculados al territorio de una finca registral, pero esa renuncia lo es a cambio de un beneficio mayor que consiste la garantía del mantenimiento de su contenido sostenible.

Ahora bien, "todos nosotros", no podemos comparecer, ni asesorar, ni controlar el debido ejercicio de las facultades y obligaciones cedidas a través del derecho real constituido, de ahí que tenga que ser una entidad sin ánimo de lucro la que represente los intereses sociales en la gestión del ejercicio del derecho.

3.8 Representada por una entidad de custodia

La entidad de custodia del territorio es esencial en la existencia del derecho real de custodia del territorio, ya que actúa como representante tácito de los in-

tereses de la ciudadanía, no solo en el acto de firma del acuerdo, sino en todas las actuaciones en que consiste la estrategia de custodia del territorio:

– Busca al propietario de la finca cuyo territorio tiene vinculados valores ambientales sostenibles, a fin de incitarle a constituir un derecho real de custodia territorial.

– Se encarga de desarrollar el plan de sostenibilidad al que ha de ajustarse el sujeto constituyente del derecho real para poder gozar de la explotación en que el derecho consiste.

– Asesora al propietario en la búsqueda de financiación con la que poder costear los gastos en que consiste la cuestión de la sostenibilidad, además de prestar asesoramiento sobre fórmulas de optimización de la explotación de los valores ambientales.

– Asume la función de parte contratante en el acuerdo generador del derecho real de custodia territorial.

– Tiene la obligación de hacer visitas de inspección a la finca de vinculación para comprobar si la sostenibilidad de los valores ambientales continua existiendo en términos que permitan la continuidad del derecho real constituido.

– Tiene, por último, la obligación consecuente de certificar sobre dicha situación.

En todos estos casos, la función de la entidad de custodia no es la de aparecer como sujeto de una relación personal ni como el titular de la cosa (los valores ambientales obviamente no le pertenecen a la entidad) sobre la que se constituye el derecho real de custodia, sino en aparecer como una especie de agente natural de la sociedad civil defensor de los intereses de esta en todas las actuaciones relativas a la materia objeto del presente estudio.

3.9 A favor del dueño de una finca

La pregunta surge por si sola: ¿Puede el propietario constituir un derecho real a su favor sobre su propia finca?

Evidentemente no puede. Pero es que este derecho real no recae sobre la finca (aunque sea la finca la que se beneficie de su existencia) sino que recae sobre aquellos elementos ambientales o recursos naturales que, siendo de dominio público, se encuentran vinculados a esa finca y por ello se crea sobre ellos un derecho de utilización a su favor. Los elementos ambientales son públicos, normalmente limitan el derecho de propiedad y a través de este derecho real, el propietario los modaliza a su favor.

La persona, en principio ha de ser el dueño de la finca a la que se encuentran vinculados los valores ambientales sobre los que recae la relación jurídica.

El propietario es el sujeto activo de la relación jurídica, siendo el sujeto pasivo general la sociedad misma.

También pueden ser sujetos aquellas personas que gocen del uso o disfrute de la finca, tales como el usufructuario o arrendatario o el que goce de un derecho de explotación del inmueble, pero en todo caso el derecho de estas personas necesariamente ha de haber partido del propietario del inmueble.

Es preciso, para que el derecho real de custodia quede debidamente establecido, que sea el titular del dominio de la finca o quien de él traiga causa en su disfrute quien formalmente declare su constitución sobre los recursos naturales vinculados, sin que sea suficiente que en la venta, o la constitución del usufructo, arrendamiento o explotación quede manifestado que dichas operaciones se realizan con la finalidad mas o menos difusa de custodiar el territorio.

El derecho real de custodia acompaña a la finca cualquiera que sea su titular, debido a su naturaleza de derecho real, ahora bien, el derecho en sí, es decir la facultad de explotar unida a la carga de sostener los recursos naturales vinculados, no es susceptible de ser transmitido a un tercero independientemente, no es transmisible de modo separado a la titularidad del inmueble.

Puede parecer que las condiciones personales del explotador de la custodia son indiferentes para el mantenimiento de este derecho. Y eso es cierto, siempre que el titular del derecho real de custodia sea la misma persona que el propietario de la finca o el titular de un derecho real que implique su disfrute.

Debido a la necesaria vinculación que ha de existir entre la finca y sus recursos naturales, no es admisible la posibilidad de que sujetos diferentes, con intereses susceptibles de aparecer como contrapuestos, puedan ostentar por separado cada uno de esos dos elementos esenciales (finca y valores ambientales) de la relación jurídica.

Del mismo modo, no es susceptible este derecho real de custodia de ser hipotecado o gravado con independencia de la finca a la que se halla vinculado y sin perjuicio de la posibilidad de la transmisión o gravamen de los productos de la explotación de los recursos naturales vinculados.

El propietario de la finca o quien tenga derecho real de disfrute sobre la misma, serán los únicos posibles titulares del derecho real de custodia del territorio.

3.10 Sobre determinados recursos naturales de dominio público naturalmente vinculados al territorio de su propiedad

El objeto del derecho real de custodia territorial no es la finca en sí, sino determinados valores ambientales o recursos naturales vinculados a la misma:

– Recursos naturales cuya riqueza ecológica es aprovechable en si misma considerada: fauna, flora, paisaje, cultura.

– Recursos naturales cuyo aprovechamiento es consecuencia de su propia producción en la finca: productos forestales, ganaderos, agrícolas, apícolas etc.

– Recursos naturales solo aprovechables dentro del conjunto al que pertenecen: fluvial, marítimo, costero.

Elementos ambientales que se producen o consumen en la finca. Son elementos que hay que sostener porque pueden ser susceptibles de desaparición. Lo que pretende la custodia es el sostenimiento de esos elementos fijados a la finca.

Estos valores ambientales no encajan dentro de la clasificación tradicional de las cosas que las diferencia básicamente en dos categorías: la de los bienes muebles y la de los inmuebles. Estos recursos naturales puede parecer que participan de naturaleza inmobiliaria en cuanto que son inscribibles en el Registro de la Propiedad y que las transacciones que de sus rendimientos se hacen también son objeto de garantía y publicidad tabular.

Sin embargo, no se inscriben como fincas independientes sino como cualidades de la finca, cualidades de las que da fe el Registro en cuanto a su existencia y contenido. Pero siempre descritas en el folio de la finca a la que se hallan vinculadas. No se abre folio independiente para cada una de ellas.

El hecho de que los productos y sus transacciones si puedan ser objeto de apertura de folio particular tampoco es muestra de su carácter inmobiliario, sino que simplemente se trata de una técnica registral (como la de los periodos temporales en la propiedad a tiempo compartido) para la mejor llevanza del historial de la finca.

Tampoco se pueden considerar como bienes muebles porque la mayoría de esos recursos naturales se hallan vinculados físicamente al inmueble al que corresponden e incluso en aquellos casos como el de la fauna donde podría haber posibilidad de considerar la existencia de un bien semoviente (el animal en cuestión puede desplazarse fuera de la finca custodiada) el valor custodiado no es el objeto zoológico en sí, sino las condiciones ambientales para su existencia que se dan en la finca en cuestión.

Hay en todo caso un elemento de intangibilidad, de consideración abstracta de un beneficio en su existencia, que es común a todos los valores ambientales susceptibles de ser objeto de custodia.

Efectivamente son características específicas de los valores ambientales para que puedan ser objeto de custodia las siguientes:

– Que se trate de recursos naturales, en el sentido en que lo entiende el art. 45 de la Constitución española.

– Que se hallen vinculados a la finca. El concepto de vinculación significa no que se hallen unidos a la finca de manera circunstancial, accidental o esporádica, sino que se trate de recursos que se producen, transforman o consumen en la misma finca.

– Que sean dinámicos. Esto significa que su manifestación es variable y cuantificable, de tal modo que son susceptibles de nacer, aparecer o producirse, son susceptibles de mejorar o empeorar, envejecer o madurar, de ser explotados y son susceptibles también de desaparecer, consumirse o morir.

– Que sean aprovechables económicamente. Todos los recursos naturales de una finca han de constituir un cúmulo de riqueza que sin duda eleva el valor económico del inmueble. Cuando esa riqueza es tomada en sí misma, entonces es cuando se pueden crear mercados sobre ella.

– Que sean susceptibles de sostenibilidad. Es decir que resulten sensibles a la acción exterior del hombre y por lo tanto haya que mantener respecto a los mismos una actitud activa de sostenibilidad o conservación. Este concepto de sostenibilidad merece una especial consideración:

Concepto de sostenibilidad ambiental

El término desarrollo sostenible, perdurable o sustentable se aplica al desarrollo socio-económico y fue formalizado por primera vez en el documento conocido como Informe Brundtland (1987), fruto de los trabajos de la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas, creada en Asamblea de las Naciones Unidas en 1983. Dicha definición se asumiría en el Principio 3.º de la Declaración de Río (1992).

La custodia del territorio persigue precisamente satisfacer las necesidades económicas actuales mediante el ejercicio de un derecho real de explotación que tendrá su límite en la propia calidad existencial del producto explotado.

El ámbito del desarrollo sostenible puede dividirse conceptualmente en tres partes: ambiental, económica y social. Se considera el aspecto social por la relación entre el bienestar social con el medio ambiente y la bonanza económica. El triple resultado es un conjunto de indicadores de desempeño de una organización en las tres áreas. Estos indicadores de sostenibilidad son los que tienen que manejar las Entidades de Custodia del Territorio en su afán de controlar el adecuado cumplimiento del ejercicio del Derecho real constituido.

Deben satisfacerse las necesidades de la sociedad, pues si la pobreza es habitual, el mundo estará encaminado a catástrofes de varios tipos, incluidas las

ecológicas. Asimismo, el desarrollo y el bienestar social, están limitados por el nivel tecnológico, los recursos del medio ambiente y la capacidad del medio ambiente para absorber los efectos de la actividad humana.

3.11 Consiste en el aprovechamiento económico de la sostenibilidad de dichos recursos

Los recursos naturales vinculados a una finca, son susceptibles de ser consumidos por su propietario. Este es el uso tradicionalmente ha sido ejercitado. El simple control en el comportamiento consumista del propietario, ya puede constituir un ejemplo de custodia del territorio. Pero ese control no puede considerarse sin más el derecho real de custodia porque, sin adquirir derecho alguno de explotación diferente al que antes del acuerdo disfrutaba el propietario, sin embargo se halla constreñido a costear el mantenimiento de la sostenibilidad de dichos recursos sobre su finca.

Antes de constituirse la custodia, esos valores ambientales suponían limitaciones de orden público al libre ejercicio de la propiedad. En sí mismos, o no tenían configuración jurídica o podían ser considerados como bienes de dominio público. En virtud de la custodia, el propietario de la finca donde se producen, consumen o asientan tales valores ambientales, adquiere un derecho real mixto (positivo: en parte de explotación, en parte de usufructo; negativo: en parte de servidumbre) del que antes no gozaba y que le obligará a él mismo y no a otro, a conservar la finca conforme al plan de gestión pactado. Y le dará derecho a él y no a otro a aprovecharse del beneficio económico de la finca también conforme al plan de gestión.

Para que podamos decir que existe derecho real de custodia territorial es preciso atribuir la facultad al propietario de adquirir un derecho de explotación mayor o diferente al que disfrutaba antes de la existencia del derecho real.

Ponemos un ejemplo que, por su sencillez y extensión, podría resultar aplicable a casi todas las fincas urbanas, sin que ello sea obstáculo para que la técnica a la que obedece resulte perfectamente aplicable al resto de recursos naturales de las fincas rusticas (oxigeno, riqueza forestal, aprovechamiento del paisaje etc.):

Es el caso del agua de uso doméstico. El proyecto “Mertra”:

Se trata de examinar la posibilidad de crear registralmente mercados de transacciones sobre una serie de recursos naturales de importancia emergente, que solo gozan de dimensión comercial cuando aparecen jurídicamente unidos al territorio, esto es a la finca registral en la que se producen o consumen.

"Mertra" constituye el primer proyecto registral en el que las fincas se han utilizado para asociar información de contenido específicamente comercial y aportar a un mercado territorial la seguridad jurídica propia del sistema hipotecario español.

En este caso, se trata de un ensayo de mercado que tiene por objeto el "agua de uso doméstico", entendiendo por tal, aquella que se suministra por una compañía concesionaria (que de hecho actúa como entidad de custodia) al territorio de un término municipal. Descendemos de esta manera al fomento del uso racional de la más básica necesidad de los ciudadanos: el consumo de agua en sus domicilios, en sus empresas, en sus industrias.

Se trata de implantar un sistema de adscripción voluntaria y temporal, un sistema donde participar, aunque sea para consumir por encima de lo inicialmente pactado, sea beneficioso para todos cuantos se adhieran, un sistema donde la compañía suministradora se compromete con el consumidor que se adscriba al sistema, el establecimiento a su favor, al de la finca del consumidor, de un derecho de explotación comercial sobre la competencia de suministro que por disposición legal a aquella compañía le corresponde. Dicho derecho de explotación comercial colectiva tendrá acceso al Registro de la Propiedad.

Este derecho de explotación comercial colectiva que denominamos "mertra" (que no es más que una denominación comercial del derecho real de custodia) se ha de constituir bajo las condiciones siguientes:

El titular presente o futuro de la finca a cuyo favor se establezca el derecho de aprovechamiento comercial del agua de uso doméstico tendrá la obligación de pagar periódicamente a la empresa suministradora la cantidad de euros mensuales que para cada caso se acuerde, lo cual dará derecho a consumir determinado número de "unidades de consumo de agua" también previamente acordadas y entendida cada unidad de consumo como el número concreto m^3 de agua suministrado a la finca según resulte del contador debidamente identificado que se instale en la finca a tal efecto.

Si al finalizar el plazo periódico de pago se hubiese consumido una cantidad superior a las unidades de consumo pactadas, el titular de la finca que tenga a su favor el derecho de aprovechamiento colectivo comercial inscrito en el Registro de la Propiedad (el derecho de custodia territorial) tendrá la obligación de satisfacer a la compañía suministradora determinada cantidad de euros por cada unidad de consumo en que se hubiese excedido, hasta un tope predeterminado, más allá del cual, se aplicará el régimen tarifario ordinario existente fuera del régimen de aprovechamiento que se pacte.

Si por el contrario, al finalizar dicho plazo periódico de pago, el titular del derecho inscrito hubiese consumido una cantidad inferior a las unidades de consumo pactadas, en tal caso tendrá derecho a percibir de la compañía suministradora una cantidad de euros determinada (siempre inferior a la que habría de percibir por los excesos) por cada unidad no consumida, hasta un tope, más allá del cual, se aplicará el régimen ordinario existente fuera del sistema de aprovechamiento que se pacte.

El pago y cobro de las unidades de consumo excedentes o ahorradas se podrá efectuar dentro del año siguiente a la finalización del periodo de pago. Durante este plazo, el titular de la finca sobre la que se constituya el derecho de custodia territorial del agua de uso doméstico podrá intercambiar al precio que libremente pacte con los titulares de otras fincas de las mismas condiciones, las unidades de consumo excedentarias o ahorradas que resulten del contador correspondiente.

Resulta evidente que si el ahorrador ha de percibir de la compañía suministradora una cantidad de dinero sensiblemente inferior a la que la propia compañía suministradora ha de recibir a su vez de quien se excedió en el consumo, este tenderá a "vender" las unidades no consumidas a aquel que ha acumulado unidades excedentarias. El ahorrador obtendrá mejor precio y el excedentario pagará más barato.

Se pretende a través de este procedimiento crear un círculo virtuoso donde el ahorro sea recompensado, lo cual creará una mayor tendencia al consumo responsable, lo cual a su vez aliviará las obligaciones de suministro del acuoso elemento actualmente existentes, lo cual a su vez permitirá la conservación e incluso la regeneración de tan importante recurso natural.

3.12 Lograda dicha sostenibilidad a través del cumplimiento de los requisitos y observancias previstos en el proyecto de gestión redactado a tal fin

La constitución del derecho real de custodia se lleva a cabo mediante el establecimiento de las condiciones concretas de su ejercicio, derivadas todas ellas del proyecto de sostenibilidad de la custodia que debe aparecer como elemento esencial en la constitución del derecho, de tal modo que si el mismo no aparece constituido en todas sus características esenciales, no puede hablarse de derecho real de custodia del territorio.

El proyecto de gestión debe contener de manera esencial:

– Los valores ambientales objeto del derecho de custodia y la determinación de la finca a la que se encuentran vinculados.

– Elementos personales que intervienen en el ejercicio del derecho real de custodia, su identificación y las características de la entidad de custodia que determinan la ausencia de ánimo de lucro.

– Los parámetros objetivos de sostenibilidad que determinan la existencia y no extinción de la custodia del territorio que alberga los valores ambientales a que dicha sostenibilidad se refiere.

– Conducta, medidas y empleo de medios a que se compromete el titular del derecho real para mantener la sostenibilidad de los valores ambientales vinculados a la finca.

– Conducta, medidas y empleo de medios a que se compromete la entidad de custodia en la vigilancia de la existencia de la sostenibilidad suficiente para la existencia del derecho real.

– Régimen de control y visitas a la finca para dar fe de su sostenibilidad.

– Régimen financiero del ejercicio de custodia establecido.

– Beneficios económicos en que se traduce la explotación de los valores ambientales sostenibles.

Este documento resulta de vital importancia en la existencia del derecho real de custodia porque aparece como verdadero estatuto de su configuración en cada caso.

El proyecto de gestión ha de ser formalmente propuesto por la Entidad de custodia y aceptado en sus términos por el titular del derecho real constituido.

Lo habitual hasta el momento presente es que sea la entidad de custodia, en su función de organización no gubernamental sin ánimo de lucro, la que se fije en los valores ambientales de una finca determinada, busque a su propietario y le proponga un plan de conservación y gestión de esos recursos. Si en el futuro es el propietario de una finca el interesado en concertar un acuerdo de custodia el procedimiento de constitución habría de ser el mismo (acudir a una Entidad de custodia y manifestar su disposición para concertar un acuerdo), lo único que cambiaria seria el origen de la iniciativa.

La existencia del proyecto de gestión va unida a la necesidad de concurrencia de la Entidad de custodia y al régimen de inspección de la finca tras la constitución del derecho real. Estos tres aspectos son los que caracterizan verdaderamente a esta figura jurídica.

Debe ser ejecutado y hecho ejecutar por el titular de ese derecho real que además es dueño de la finca y los gastos tanto de su redacción como de su ejecución han de ser satisfechos por esta misma persona, sin perjuicio de que la Entidad de custodia pueda realizar funciones de asesoramiento e incluso de gestión en la financiación de los costes referidos.

Las condiciones de ejercicio del derecho real de custodia deben ser específicas para cada caso y de ahí la necesidad de que se encuentren recogidos en el proyecto del que estamos tratando, pero también es cierto que la regulación de las condiciones mínimas de ejercicio de este derecho, deberían aparecer legalmente recogidas como un marco dentro del cual se pueden dibujar diferentes situaciones y fuera de él, ninguna.

La visita de inspección que debe ser efectuada por la Entidad de custodia periódicamente a la finca tiene por finalidad determinar los índices de sostenibilidad existentes en el inmueble, pero siempre bajo el parámetro del contenido del proyecto o plan de custodia. Efectivamente la existencia del proyecto en la figura del derecho real de custodia es esencial por las siguientes razones:

– Su concurrencia en el Acuerdo es necesaria para la constitución del derecho real de custodia territorial.

– Sus términos son los que determinan el modo en que la custodia ha de ser ejercitada por el titular del derecho real.

– El cumplimiento de esos mismos términos será lo que determine la supervivencia del derecho en el tiempo.

– Y al mismo tiempo servirá para dilucidar cualquier disputa frente a terceros en el ejercicio del derecho.

3.13 Y evaluada dicha sostenibilidad a través de las visitas periódicas de inspección de la realidad sostenible objeto de aprovechamiento

Las visitas de inspección son también un elemento esencial del derecho real de custodia, dado el carácter sensible de los recursos naturales sobre cuya explotación recae este derecho. De no existir esos valores o de haberse perdido, incluso con independencia de la propia conducta o actitud del propietario de la finca, el derecho real dejará de existir y como quiera que la perdida de esos valores en muchas ocasiones no es apreciable aparentemente, es por lo que expertos en la materia deben supervisar la situación ambiental de hecho sobre la que se apoya toda la construcción de la custodia territorial.

La visita de inspección únicamente tiene por objeto comprobar la supervivencia de la capacidad de explotación de los recursos naturales sobre los que recae el derecho real de custodia, no debe tener por objeto la valoración de la conducta del titular del derecho en el cumplimiento de sus facultades y cargas.

Ello no quiere decir que la Entidad de Custodia no tenga entre sus funciones la de mantener una postura activa en la vigilancia de dichas actitudes.

Tendrá que exigir al titular del derecho real de custodia el cumplimiento del contenido del proyecto, pero dicha actitud de exigencia:

– No se limita únicamente al momento de la inspección periódica pactada, sino que ha de ser ejercitada en cualquier y todo momento.

– Y en si misma, dicha actitud de vigilancia, caso de detectar comportamientos no ajustados al contenido del proyecto, no puede llevar aparejada la extinción del derecho real de custodia, sin perjuicio de la exigencia de otro tipo de responsabilidades, sin que dicho comportamiento negligente se manifieste en la desaparición del sustrato objetivo sobre el que se apoya el derecho real, esto es la propia existencia de los recursos naturales vinculados a la finca o su sostenibilidad.

Por lo tanto la visita de inspección tiene por objeto una comprobación de las condiciones del sustrato objetivo del derecho, por parte de la Entidad de custodia y ha de concluir en una declaración de evaluación de la cual dependerá la subsistencia del propio derecho real. De ahí la trascendencia de este elemento.

Las condiciones de esta visita habrán de ser igualmente pormenorizadas en el plan o proyecto de gestión.

Resulta lógico pensar que el régimen de visitas al que hemos hecho referencia pueda ser complementado con medios de control tecnológico que permitan una evaluación constante de la sostenibilidad de los recursos vinculados a la finca. Mas difícil resulta aventurar que dichos medios de control tecnológico puedan llegar a sustituir la apreciación personal del técnico humano.

4. La custodia del territorio como derecho real o como derecho personal

La custodia del territorio se puede constituir de muy diferentes maneras. Puede ser configurada como una mera relación personal entre la Entidad de custodia y el dueño de la finca, de la cual resultan una serie de derechos y obligaciones recíprocos. Puede ser configurada como un verdadero derecho real con efectos erga omnes y susceptibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Resulta pues, extraordinariamente útil establecer los rasgos diferenciales entre la custodia territorial constituida con meros efectos personales u obligacionales y la constitución de la misma como un derecho real con efectos frente a terceros.

Y así, los derechos reales se diferencian de los derechos obligacionales en los siguientes aspectos:

4.1 Por razón de las personas

En el derecho real interviene un solo sujeto activo determinado y un sujeto pasivo colectivo e indeterminado.

Para que la custodia quede configurada como derecho real es preciso que el único sujeto activo que ejercite el derecho sea el dueño de la finca o quienes de este traigan causa en el uso y disfrute de la misma. El sujeto pasivo será pues la sociedad civil que deberá abstenerse y respetar la explotación en que consiste el ejercicio del derecho real constituido.

La intervención de la Entidad de custodia no interfiere en la consideración de la custodia como derecho real si aparece configurada como tal. Simplemente se trata de una entidad sin ánimo de lucro (característica esencial de la custodia) cuya función es la de actuar en representación de los intereses generales del sujeto pasivo universal que soporta el derecho real constituido a favor del propietario de la finca, a través de tres actitudes:

– Inducir al propietario a la constitución de la custodia.

– Asesorar en la forma, fondo y financiación del ejercicio de custodia.

– Fiscalizar el cumplimiento de los términos de la custodia.

Es cierto que la propia denominación de "acuerdos de custodia del territorio" parece dar a entender que estamos ante una relación contractual de naturaleza personal, pero ya hemos visto como el término "acuerdo" puede referirse a un acuerdo para custodiar, un acuerdo para transmitir con la finalidad de custodia o un acuerdo para constituir un verdadero derecho real de custodia territorial.

En el derecho de crédito, figura además un sujeto pasivo individualmente determinado. En el derecho de obligación figuran dos sujetos, el que puede pedir la prestación (acreedor) y el obligado a su cumplimiento (deudor).

Cuando la custodia se configura como un acuerdo personal sin trascendencia real, la Entidad de custodia aparece como aquel sujeto activo de la relación contractual que exige al propietario de una finca, que aparecerá como la otra parte del contrato, como sujeto pasivo de la relación, un determinado comportamiento de conservación sobre la misma que implica un beneficio social de sostenibilidad ambiental de una parte del territorio.

Pero también puede configurarse como una relación donde es la entidad de custodia quien aparece como sujeto pasivo soportando la carga (que por lo

tanto es un derecho para el propietario de la finca) de tener que dedicar recursos para que la figura se respete.

Puede que incluso se puedan dar en el acuerdo personal, mezcladas, las características de derecho o deber que supone la custodia para el titular activo y pasivo de la relación jurídica entablada.

4.2 Por razón del objeto

En el derecho real el objeto es una cosa corporal, específica y determinada.

El objeto del derecho real de custodia son los recursos naturales o cualidades ambientales que se hallan directamente vinculadas a la finca. La determinación de este tipo de objetos es peculiar porque solo se consideran tales los vinculados a la finca y este rasgo de la vinculación es esencial en la consideración jurídica de los objetos sobre los que recae el derecho real de custodia.

Ciertamente estos recursos naturales no suelen ser de naturaleza corporal, pero sí que resultan específicos y determinados. Siendo susceptibles de constituir el objeto sobre el que recae el derecho real de custodia, es decir siendo económicamente explotables, el rasgo de la corporalidad es perfectamente prescindible.

Cuando la custodia se configura como derecho real y no personal, la existencia de la misma no depende del comportamiento del titular de la finca, sino de los resultados objetivos comprobables de los elementos ambientales del inmueble. De tal modo que, si los índices de sostenibilidad no se cumplen o por cualquier causa, desaparecen, la custodia dejará de existir, cualquiera que sea el comportamiento del dueño (sin perjuicio de la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios derivados de tal comportamiento en función de los términos del acuerdo por el que se haya creado el derecho real de custodia territorial).

La actividad del dueño de la finca no es el cumplimiento de una determinada prestación sino el ejercicio de un derecho real en los términos establecidos.

En el derecho de crédito el objeto es una prestación de dar, hacer, o no hacer por parte del deudor.

En cambio, cuando la custodia se configura como derecho personal, como acuerdo contractual, el objeto de la relación consiste en la prestación de hacer y de no hacer para ambas partes en la relación. El dueño de la finca, fundamentalmente habrá de cumplir las obligaciones de conservación del inmueble pactadas en el acuerdo; para la entidad de custodia existirá la obligación de asesorar, inspeccionar y cualquier otra que se hubiese pactado en el acuerdo.

No hay que hablar en este caso de más resultados que los derivados del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contraídas.

4.3 En razón del poder que atribuyen al titular

El derecho real implica el poder sobre una cosa.

El poder que el sujeto tiene sobre los elementos ambientales de su finca son absolutos, dentro del proyecto de gestión marcado (como hemos visto, el proyecto es esencial para esta figura), a diferencia de lo que existía en la situación anterior a la constitución del derecho real donde, una serie de limitaciones a su propiedad le impedían aprovecharse de los posibles beneficios económicos que esos recursos le pueden comportar. El dueño de la finca no podía gestionar directamente esos recursos.

La propiedad tradicional, limitada por circunstancias de interés general, da paso a la constitución de un derecho real que permite la explotación de esas circunstancias, sometida esa explotación, no ya al respeto de las limitaciones tradicionales, sino directamente a la finalidad a la que responden las mismas (fundamentalmente el coste de su sostenibilidad) y que no es otra que su cumplimiento efectivo.

Ahora, tras la constitución del derecho real de custodia territorial, su titular puede ejercitar su derecho sin intermediación de autoridades públicas, siempre dentro de los términos del proyecto de sostenibilidad acordado.

Tal es así que, cuando la custodia se configura con carácter real, la entidad de custodia no exige al propietario de la finca a través de sus visitas de inspección que cumpla una determinada prestación, solo se cerciora de que el derecho real constituido se encuentre vigente o haya desaparecido la sostenibilidad de los elementos ambientales que le sirven de base.

La simple certificación por parte de la entidad de custodia sobre la desaparición de los valores ambientales a sostener, determinará la cancelación del derecho real de custodia en el Registro de la propiedad.

Del mismo modo que el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario y eso se certifica de manera objetiva y esa sola certificación produce la cancelación registral del derecho, la certificación de la entidad de custodia produce el mismo efecto. Es cierto que no se trata de la misma situación, ya que en un caso hablamos de personas y en otro del objeto y que cuando el objeto del usufructo se extingue, normalmente nada se dice en el Registro de la Propiedad, porque las fincas no suelen desaparecer, pero en este caso el objeto es "sostenible", susceptible de pérdida, y por lo tanto hay que arbitrar

un procedimiento para acreditar su posible desaparición. Ese procedimiento necesariamente ha de ser pericial.

El derecho de crédito, da un poder o facultad a su titular contra la persona del deudor, para exigirle una prestación de hacer o no hacer.

Efectivamente, cuando la custodia es un derecho personal, solo atribuye a cada una de partes la facultad de exigir de la otra parte el cumplimiento de las obligaciones acordadas.

La cosa sobre la que recae la prestación, verdadero objeto este de la relación personal entablada, es la finca y no los recursos naturales vinculados a la misma. El acuerdo personal de custodia no distingue porque no tiene necesidad de distinguir. La conducta de las partes se materializa sobre el objeto general porque el resultado que se persigue es simplemente una conducta de conservación de la finca, no de ejercicio de derecho real alguno sobre ella.

4.4 Por razón de su eficacia

El derecho real es el prototipo de los derechos absolutos, al poder ejercitarse y hacerse efectivo erga omnes.

Su sujeto activo es el titular, quien ejerce sus derechos sobre la cosa y la colectividad actuaría como sujeto pasivo, al verse obligado a no perturbar las potestades que el titular ejerce sobre la cosa.

En virtud del derecho real de custodia el dueño de la finca "custodia" (es decir, al mismo tiempo tiene la obligación de sostener y goza del derecho de aprovecharse) los valores ambientales que pesan sobre la finca. Y lo hace con carácter reglado pero exclusivo, queda excluida el resto de la sociedad tanto de pesar con la carga como de gozar del derecho que la custodia supone.

Una vez constituido este derecho, la sociedad habrá de mantener una actitud de respeto respecto a la existencia y ejercicio de la custodia. Su única intervención, a través de la entidad de custodia del territorio, consiste en supervisar la existencia de un plan y sobre todo el mantenimiento de la sostenibilidad para la finca de que se trate.

No interviene, por lo tanto, el sujeto pasivo de manera alguna en el ejercicio de la custodia, solo interviene (a través de la visita de inspección a que queda obligada la entidad de custodia) para determinar en función de criterios objetivos fijados en el proyecto de gestión la existencia o no del objeto del derecho real, de la sostenibilidad de los recursos naturales.

Que los valores ambientales de una finca solo puedan ser custodiados por una persona o titular y que el respeto a tal ejercicio quepa ser exigido a la so-

ciedad, es un hecho demostrativo del carácter real del derecho a la custodia del territorio. La prueba de que se trata de un Derecho real es que es al propietario titular a quien corresponde hacer que todos respeten la sostenibilidad de los valores ambientales, mediante el ejercicio de la defensa de su derecho de custodia.

El derecho obligacional es el típico derecho relativo inter partes porque sólo puede hacerse efectivo con la persona del deudor como sujeto pasivo, en contraposición al acreedor, que actúa como sujeto activo.

La prestación en que hubiese de consistir la obligación de custodiar (cuando esta no es considerada como un derecho exclusivo del titular sobre la cosa), es exigible no solo al propietario de la finca sino a todos los ciudadanos en general. Esta obligación de respetar los valores ambientales del territorio, no le corresponde exigirla ni al propietario, ni a la entidad de custodia, los cuales solo tienen capacidad para exigir aquello a que específicamente se hubiesen obligado.

4.5 Por la importancia de la ley y la voluntad en su creación

El derecho real toma su configuración de la ley y obedece al principio de orden público. Los diferentes derechos reales y los modos de adquirirlos, por su relevancia para los ordenamientos jurídicos nacionales, suelen están establecidos exclusivamente en la ley. Los derechos reales toman su configuración del contenido de la ley.

Efectivamente, la existencia de la custodia del territorio obedece a una necesidad de orden público y por tal consideración debería recibir su configuración como tal derecho real por ley.

Si la custodia del territorio es un derecho real, evidentemente se trata de un derecho real atípico, puesto que no se encuentra definido expresamente como tal en ninguna disposición normativa legal actualmente vigente.

Una cuestión de gran importancia es si en la regulación de los derechos reales que hace el ordenamiento jurídico se puede inferir el reconocimiento de un numerus clausus o la posibilidad de admitir numerus a pertus en cuanto a la creación de diferentes figuras de derechos reales.

Si admitiésemos que nos hallamos en el primer supuesto solo existirían aquellos derechos reales previstos en la ley; si admitiésemos en cambio la existencia de un *numerus apertus* habría además la posibilidad de crear derechos reales atípicos, en principio no enunciados expresamente en la legislación, pero si contenidos en sus principios.

El art. 2.2 de la Ley Hipotecaria establece que serán objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad:

"Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan modifique o extinga los derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres, y otros cualesquiera reales."

Este precepto hipotecario nos lleva a decantarnos por la afirmación de que la regulación de los derechos reales es de numerus a pertus con base a la parte final de este artículo ("y otros cualesquiera reales").

El derecho de obligación se rige el principio de autonomía de la voluntad, razón por la cual existen tantas obligaciones como figuras jurídicas se puedan imaginar. El derecho de crédito también tiene una configuración legal pero matizada por el principio de autonomía de voluntad de las partes.

Se demuestra que no se trata de una obligación cuando la autonomía de la voluntad no es ilimitada, las partes pueden pactar la existencia de la custodia, pero no pueden modular su contenido de manera autónoma. Podrán pactar la constitución del derecho real de custodia y regular su contenido, pero esto último como requisito imprescindible para la constitución del derecho real.

Se puede pactar o no pactar su constitución, pero una vez pactado cae fuera del principio de la autonomía de la voluntad para ajustarse directamente al concepto de sostenibilidad. La autonomía de la voluntad se mueve dentro de los límites marcados por el propio concepto de derecho real. Si se pudiera acordar el traspaso de esos límites, estaríamos ante una relación obligacional. Siendo necesario ajustarse a ellos, queda demostrado que estamos ante un derecho real.

4.6 Por el origen

Los derechos reales precisan para constituirse de un título y de un modo (acto ostensible de transmisión de la posesión) de adquirir, establecidos por la ley y son susceptibles de ser adquiridos por usucapión.

El derecho real de custodia se constituye en virtud del acuerdo entre la entidad de custodia y el dueño de la finca (titulo) y la afección a la custodia de las cualidades ambientales de la finca supone un acto ostensible de transmisión de la posesión de una serie de valores que no pertenecen al propietario sino que son de dominio público en cuanto a su concepción (modo).

Mientras que el titulo, es decir el Acuerdo de Custodia, se halla perfectamente protocolizado en sus líneas generales, la afección de los recursos naturales al ejercicio del derecho real, es decir, lo que constituiría el modo, en la actualidad no es apreciable como acto específico. Ni hay entrega formal, ni instrumento que la simbolice. En el caso de la explotación de estos recursos naturales el acto más

lógico habría de ser la inscripción de su utilización en un registro de naturaleza administrativa, lo cual permitiría la inscripción de los actos de explotación y gravamen de su contenido en el Registro de la propiedad.

Si queda claro que el único título admisible para la constitución del derecho real de custodia es el Acuerdo específico de su creación. Un acuerdo caracterizado esencialmente por la intervención de los sujetos expuestos, sobre los objetos vinculados de los que ya hemos tratado, con la necesaria referencia de un proyecto de gestión y también la exigencia de las inspecciones periódicas a la finca. Cualquier otro "acuerdo" (la compraventa o el arrendamiento para custodiar la finca) que recoja la finalidad de la custodia, sin constituirla directamente como derecho real no será verdadero título a estos efectos.

Se puede adquirir este derecho real por usucapión. Si el dueño demuestra que durante un número de años determinado ha ejercido sobre las cualidades ambientales de su finca un comportamiento de sostenibilidad encajable dentro de un proyecto diseñado en el momento en que se solicita la declaración adquisitiva, no habrá problemas para que pueda adquirir la custodia por prescripción adquisitiva.

Los derechos de obligación nacen de las fuentes de las obligaciones: de la ley, los contratos, los cuasicontratos y las acciones u omisiones imputables por dolo o negligencia. Además no son susceptibles de usucapión.

Si configuramos la custodia como una obligación personal, en tal caso la misma nacería del contrato que supone el acuerdo, y puesto que sin contrato no hay custodia, en tal caso resulta imposible su adquisición por prescripción.

Es el caso visto con anterioridad. Es posible vender una finca a una Entidad de custodia para que esta ejerza funciones de conservación sobre la misma, pero en tal supuesto, esa finalidad, es un pacto más del negocio realizado. En este caso incluso puede llegar a ser una mera modalización de la propiedad adquirida que no tenga trascendencia de cara a los términos del cumplimiento del contrato, aunque también puede aparecer como verdadera obligación cuyo cumplimiento puede quedar perfectamente garantizado por medio de un derecho de garantía real o a través de la oportuna condición resolutoria (en el caso de las transmisiones onerosas) o de un derecho de reversión (en el caso de transmisiones a título gratuito.

4.7 Por razón de la duración y las causas de extinción

El derecho real tiene de ordinario naturaleza perpetua, su ejercicio lo consolida, pero pereciendo la cosa, se produce la extinción del derecho.

Es habitual que se pacte un periodo de duración en los acuerdos de custodia del territorio.

El establecimiento de un periodo de duración parece un rasgo contrario a la naturaleza de derecho real que estamos defendiendo. Habría de pactarse la custodia del territorio con carácter naturalmente permanente para que fuese autentico derecho real.

Si bien este derecho real se extinguiría por la desaparición de los elementos ambientales de la finca, también admitiría la posibilidad de otras causas de extinción, pero en todo caso las mismas habrían de quedar establecidas en el proyecto de gestión para que pudieran ser aplicadas. Entre estas causas de extinción podría amitirse la de un término temporal de duración como ocurre en el caso del usufructo (aunque en este supuesto de manera natural y en el de la custodia, de manera pactada).

No es que sea una relación personal sujeta a término. Se trata de un derecho real modalizado por el contenido del proyecto de custodia que lo puede someter a un plazo de duración, aunque por su naturaleza, tiene carácter permanente. Y si no se dice nada en el proyecto, así será.

Cuando el derecho real de custodia sea constituido por un arrendatario, usufructuario o un titular del derecho a explotar la finca por tiempo limitado, la duración de la custodia no podrá ir nunca mas allá de lo que dure el derecho que ostente quien lo constituyó. Resulta lógico, la propiedad es un derecho permanente y permanente ha de ser la custodia que constituya el propietario; estos otros derechos son de duración limitada y limitada en el tiempo ha de ser la custodia que se constituya sobre los mismos.

Por lo tanto, el derecho real de custodia territorial tiene por su propia naturaleza carácter permanente. Quedará extinguido por la pérdida del carácter sostenible de los recursos ambientales que constituyen su objeto, por la pérdida de los derechos de uso y disfrute de quien los constituyó y por haberse así pactado como un requisito mas, en el proyecto de sostenibilidad que defina la custodia a ejercitar sobre el territorio de la finca.

La transmisión de la propiedad de la finca o de los derechos reales de uso o disfrute sobre la misma no deberían producir la extinción de la custodia constituida, salvo que así se haya previsto en el plan de gestión, puesto que las condiciones objetivas, salvo en la identidad personal del sujeto de la relación, sobre las que se han constituido el derecho, no han variado.

La venta de los productos de la explotación de los valores ambientales o de la potencialidad para producirlos, no la capacidad de su producción, si pueden ser objeto de transmisión independiente; esta transmisión en realidad no es más que

un aspecto de la explotación, la cual no pretende otra cosa que obtener un rendimiento económico positivo para su titular. La característica esencial del objeto de esta venta es que se trata de productos de duración temporal, que en sí mismos tienen como finalidad ser objeto de consumo o utilización en beneficio de quien los adquiere, aunque también este adquirente puede a su vez transmitirlos.

El derecho de obligación tiene una naturaleza limitada, "nace para morir", puesto que su ejercicio lo extingue, y subsiste aún desapareciendo la cosa sobre la que recae (salvo que por ello obre un modo de extinguir las obligaciones.

Efectivamente, la custodia no nace para morir, para ser cumplida, sino para perdurar, para ser ejercitada y su ejercicio reforzarla en el tiempo. Este es un carácter esencial en la diferenciación entre derechos reales y personales. El ejercicio de un derecho personal implica su cumplimiento (en una o varias veces), el ejercicio de una obligación camina hacia su final extinción. Si la custodia del territorio fuese un derecho personal los actos de conservación o sostenibilidad llevados a cabo por el dueño irían encaminados a lograr una situación definitiva, un cumplimiento definitivo que no precisaría de ulteriores actuaciones. Sin embargo, cuando la custodia aparece constituida como un auténtico derecho real, la sostenibilidad del territorio, o mejor, de los valores ambientales del territorio, siempre exigirán una actitud activa por parte del dueño de la finca y cada vez que esa actitud se ejerce la custodia, el derecho real, se refuerza en la necesidad de su existencia.

4.8 Por razón de la protección registral

El derecho real, en especial el de naturaleza inmueble, suele ser protegido por el ordenamiento jurídico mediante su inscripción en un registro especial de naturaleza pública, lo que acredita su dominio o, en su caso, su posesión. Los derechos reales, al contrario que los derechos de obligación, son inscribibles en el Registro de la Propiedad y gozan de su protección.

El derecho real de custodia del territorio participa plenamente de esta característica y goza de la posibilidad de ser inscrito en el Registro de la Propiedad cuando es constituido con los siguientes caracteres:

– *Sujeto activo*: el propietario de la finca o el titular formal del uso o disfrute de la misma.

– *Sujeto pasivo*: La sociedad civil que respetará el ejercicio del derecho.

– *Objeto*: Los recursos naturales o cualidades ambientales vinculadas a la finca, formando dicha vinculación entre finca y recursos naturales el objeto mixto sobre el que recae este derecho real.

– *Contenido*: La facultad de explotar la sostenibilidad de los recursos naturales cuyo sostenimiento es costeado por el mismo titular.

– *Particularidades esenciales:*

• Intervención de la Entidad de Custodia del Territorio: Organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que intervienen en interés de la sociedad civil.

• Establecimiento de las condiciones en un Plan o Proyecto de gestión: Todo el contenido del ejercicio de este derecho real ha de quedar fijado en este documento, verdadero estatuto individualizado de la vida de este derecho real.

• Establecimiento de visitas de inspección: Para vigilar no la conducta del titular del derecho real, sino para comprobar la permanencia de la sostenibilidad de los recursos naturales base de este derecho, resulta esencial que la propia entidad de custodia certifique periódicamente de esta circunstancia a través de la inspección técnica ambiental del inmueble.

El derecho de obligación, salvo excepcionalmente, no es protegido mediante registro. No obstante esta distinción no puede considerarse en términos absolutos ya que por ejemplo la posesión no tiene cabida en el Registro de la Propiedad y en cambio si podrán acceder al mismo contrato de arrendamiento o derechos de crédito garantizados con hipoteca.

No se trata de buscar encaje registral a un derecho personal, que sería el acuerdo de custodia del territorio. Se trata de configurar la custodia del territorio como verdadero derecho real mixto o cuasiinmobiliario, porque no recae sobre la finca, ni tampoco sobre elementos inmobiliarios extraños o ajenos a la misma, sino sobre valores ambientales que se producen o consumen en el inmueble y que son, en principio, inseparables del mismo.

Por eso vamos a hacer el tratamiento específico de la inscripción de un ejemplo de custodia en el Registro de la propiedad, llevado hasta sus últimas consecuencias.

5. Inscripción del derecho real de custodia en el registro de la propiedad

De constituirse la custodia del territorio como un derecho real, una de las consecuencias más importantes de ello sería la posibilidad de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

El Registro de la Propiedad suministra a quien inscribe su derecho una serie de ventajas relevantes que se pueden clasificar desde un punto de vista económico y también desde un punto de vista jurídico.

5.1 Ventajas derivadas de la inscripción registral desde un punto de vista económico

Queda sobradamente demostrado que la inscripción de una finca en el Registro de la Propiedad produce el aumento del valor económico de la misma. Este aumento de valor se debe al hecho de que la inscripción registral introduce al inmueble en el mercado de circulación inmobiliaria, al que hoy en día, desde fuera de la seguridad que proporciona el Registro, difícilmente se puede acceder.

La seguridad de poder contar siempre con el valor económico que representa una finca, como objeto de responsabilidad, por el solo hecho de su inscripción registral, es un elemento de seguridad y confianza que sin duda produce automáticamente esa más elevada consideración económica de la que hablamos.

Este aumento de valor beneficia al titular registral del inmueble, pero también redunda en beneficio de la sociedad, por las razones antes apuntadas.

En el caso de la custodia sobre el territorio, su constancia como derecho real, convierte las limitaciones medioambientales tradicionalmente consideradas como un elemento restrictivo del valor del inmueble, en una característica enriquecedora del mismo.

No inscrita, la obligación de custodiar supone la observancia de una serie de obligaciones que limitan la explotación económica de la finca. En cambio, inscrita la custodia en el Registro de la Propiedad, el ejercicio de la explotación ecológica de los recursos naturales que antes simplemente limitaban la finca, supone un incremento en el valor económico del inmueble que, no solo le hace más atractivo dentro del mercado inmobiliario, sino que produce la consecuencia de una explotación autónoma de esos recursos naturales en otro tipo de mercados, como a continuación veremos.

Si la finca por su inscripción, recibe un aumento en su valoración económica, por el hecho de contar con la descripción de sus linderos gráficamente representada e inscrita sobre imágenes del territorio, recibe un plus de valoración especial ya que la representación fehaciente de la situación geográfica del dominio inmobiliario, permite:

– Contrastar la situación registral de la finca, con el resto de informaciones territoriales (catastral, urbanística, ambiental, tributaria, administrativa).

– Gestionar el territorio de manera gráfica y digital.

– Introducir determinadas cualidades o elementos vinculados al inmueble en mercados territoriales de reciente aparición.

El aumento de valor del inmueble como consecuencia de la inscripción y correcta representación geográfica de la finca es el efecto económico tradicional propio del Registro de la Propiedad.

Si esa técnica tanto literaria como grafica se aplica al derecho real de custodia del territorio, las posibilidades de explotación económica de los recursos naturales vinculados al inmueble se materializan de una forma técnica y económicamente diferente a la que hasta ahora hemos venido conociendo:

La inscripción del derecho real de custodia en el Registro de la propiedad supone, como elemento enriquecedor de la finca que es, un aumento de valor en la misma. Pero además la constancia de los recursos naturales vinculados a la finca en una base gráfica registral, supone la posibilidad de controlar digitalmente sus consumos y organizar on-line transacciones de producción entre las fincas que gocen de esta riqueza ambiental.

5.2 Ventajas derivadas de la inscripción registral desde un punto de vista jurídico

La inscripción en el Registro de la propiedad de un derecho real inmobiliario produce como primera consecuencia la presunción establecida por el principio de legitimación registral recogido en el art. 38 de la Ley Hipotecaria.

Este principio viene a establecer una presunción iuris tantum y por lo tanto destruible mediante prueba en contrario, de que el derecho real existe y lo hace en la forma en la que el mismo ha quedado inscrito. Quien alegue alguna circunstancia contraria al contenido de la inscripción registral, no solo a él corresponderá la carga de probarlo, sino que además tendrá al mismo tiempo que promover la destrucción de la inscripción registral.

Este efecto de la inscripción, ya de por si suficientemente potente, se ve además reforzado en ciertos supuestos especiales por el principio de la fe pública registral recogido en el art. 34 de la Ley Hipotecaria, con el añadido previsto en el art. 33 del mismo cuerpo legal.

Este principio establece para quien reúna las características previstas en dichos preceptos (adquisición a título oneroso, de buena fe, de quien en el registro aparece con facultades para transmitir e inscriba en virtud de un negocio válido, no nulo) una presunción iuris et de iure, es decir no destruible mediante prueba en contrario a favor del derecho inscrito que impedirá su reivindicación o ataque incluso por parte de quien verdaderamente pudiera resultar su legítimo titular.

La constancia registral del derecho real de custodia del territorio sobre una finca, proporcionaría plena seguridad jurídica, tanto al titular de la finca que vería como puede ejercitar su derecho de manera clara a través de los términos contenidos en el proyecto de gestión que quedaría inscrito, como a la socie-

dad civil general y las autoridades públicas en particular, que gozarían de un elemento de control territorial que les permitiría actuar inmediatamente en el caso de desaparecer la sostenibilidad de los recursos naturales vinculados a la finca.

Pero sobre todo proporcionaría seguridad jurídica a determinados mercados ambientales o territoriales que hoy en día carecen de ella. Si el mercado de emisiones o CO_2, tuviese constancia en el Registro de la Propiedad, esta herramienta podría dar fe tanto de los consumos verdaderamente realizados, como de las transacciones efectivamente realizadas.

La constancia del derecho real de custodia del territorio es la base sobre la que apoyar toda una construcción registral de la explotación de recursos naturales.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A influência do Código Civil no registro imobiliário, de Frederico Henrique Viegas de Lima – *RDI* 66/13;
- A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 68/62;
- Mecanismos para desoneração de passivos ambientais em imóveis rurais e seus reflexos no registro de imóveis, de Bianca Sant'Anna Della Giustina – *RDA* 54/86;
- O meio ambiente e o registro de imóveis, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 57/111;
- O registro de imóveis como instrumento para a proteção e o desenvolvimento do mercado imobiliário, de Bianca Sant'Anna Della Giustina – *RDI* 69/206; e
- Os efeitos substantivos da inscrição e o papel do registro na proteção do tráfego jurídico imobiliário, de Luis Alberto Aliaga Huaripata – *RDI* 54/84.

Veja também Legislação

- Registro imobiliário, incorporação, fusão e cisão das sociedades no Código Civil: arts. 1.227, 1.245, 1.246, e 1.247, do CC/2002; e
- Medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóveis da União: Lei 11.481/2007.

Processo Civil e Registro Imobiliário

1 Comentários à Súmula 375 do STJ

Fabiana Cristhina Almeida Probst Salgado

Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Professora Assistente de Direito Civil da PUC-SP. Advogada.

Área do Direito: Imobiliário e Registral; Processual

Resumo: O presente estudo se volta para análise dos institutos que volvem a *Súmula 375* do STJ sob a ótica da *boa-fé objetiva*. Para tanto, analisa a boa-fé objetiva processual como cláusula geral, eis que o instituto da fraude à execução encontra-se ligado à ideia de comportamento leal, traçando, em consequência, linhas a respeito do princípio da *responsabilidade patrimonial do devedor* e seus aspectos relevantes, noticiando correntes doutrinárias acerca da interferência de terceiros para configuração da fraude. Por fim, se analisa o nascimento da orientação à luz da jurisprudência formada no STJ e no STF, examinando a averbação do ato constritivo e a presunção nos termos do enunciado e do art. 659, § 4.º, do CPC.

Palavras-chave: Lei de Registros Públicos – Penhora – Fraude à execução –Responsabilidade patrimonial – Boa-fé.

Abstract: This present study is about the analysis of the institutions involving the *Summula 375* of the Superior Court of Justice from a perspective of *good faith*.For this purpose it analises the good faith from the processual point of view as a general clause, since the institution ,from the fraud to the end, is conected to the idea of a loyalty behaviour ,and, in consequence, drawing the lines relating to the principles of the *patrimonial responsability of the debtor* and the relevant aspects spreading doctrinal chains about the interference of third parties for the confirmation of the fraud.Finally, it analises the beginning of the orientation towards the jurisprudence formed at the SCJ and SFC,examining the recording of the constrictive act and the assumption in terms of the proposition and of the art. 659, § 4.º, of the Civil Procedural Code (CPC).

Keywords: Public Registration Law – Pledge – Foreclosure fraud – Financial liability – Good faith.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. A cláusula geral de boa-fé – 3. Da responsabilidade patrimonial do devedor – 4. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça e o nascimento da Súmula 375 – 5. O registro nos termos da Súmula 375 do STJ e a questão da presunção absoluta – 6. Conclusões – 7. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O enunciado 375 da Súmula do STJ assim dispõe: "o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".

Os operadores do direito se deparam, na grande maioria dos casos, com litígios envolvendo determinada pessoa que adquire um imóvel de boa-fé e se vê surpreendido por um ato de penhora oriundo de um processo judicial que envolve o alienante do imóvel. De um lado, temos o direito do credor e, do outro lado, o direito do possuidor, do adquirente do imóvel constrito, que o adquiriu de boa-fé, mediante um simples contrato que não foi levado a registro.

Nos termos do art. 1.245 do CC/2002, uma das formas de aquisição da propriedade imóvel é o registro do título translativo no Registro de Imóveis. Sem o respectivo registro, o alienante continua a ser havido como proprietário do imóvel. É o que estabelece o § 1.º do art. 1.245 do CC/2002.

Levando em consideração a literalidade do dispositivo acima transcrito, sem interpretar sistematicamente o sistema jurídico vigente, chega-se à conclusão que é legítima a penhora de determinado bem que se encontra na posse de terceiro de boa-fé e que não levou a registro o ato translativo de propriedade, pelo simples fato da propriedade pertencer ao alienante.

Os arts. 1.046 a 1.054 do CPC regulam o remédio processual outorgado aos terceiros, para livrar da apreensão judicial as coisas integradas em seu patrimônio.[1]

Transportando essa ideia para o tema "fraude à execução", indaga-se: torna-se legítimo e aceitável declarar a ineficácia de um negócio jurídico celebrado

1. De acordo com Araken de Assis "encontra-se na singular posição de terceiro, no que tange ao processo executivo, quem, cumulativamente: (a) não estiver indicado no título executivo judicial; (b) não se sujeitar aos efeitos do título; e (c) não integrar (ainda que ilegitimamente) a relação processual". Por conseguinte, se ostentam partes (e jamais terceiros): "(...) as pessoas que têm seus bens sujeitos aos atos executórios por expressa disposição legal (por exemplo, o adquirente da coisa litigiosa, *ex vi* do art. 626 do CPC) (...)" (Cf. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 1199).

por terceiro de boa-fé, que ao adquirir a propriedade por um ato informal, atua como se proprietário fosse, pagando todos os tributos e conservando o respectivo imóvel, por força de uma presunção de fraude à execução?

Primeiramente, cumpre-nos observar que os reflexos dos julgamentos preconizados pelos tribunais atingem todas as camadas sociais. O enunciado da Súmula do STJ que ora se pretende analisar deve ser interpretado considerando todas as situações possíveis, desde a aquisição de um imóvel realizado por atos informais, até a aquisição de imóveis realizados com a observância de todas as cautelas legais. Diante dessas situações que corriqueiramente assoberbam nossos tribunais, o direito de quem deve prevalecer: o do credor ou do terceiro de boa-fé? Ou a questão da ineficácia do ato ou negócio jurídico por força da declaração de existência de fraude à execução deve-se resumir ao disposto no § 4.º do art. 659 do CPC, que estabelece a presunção absoluta de conhecimento por parte de terceiros do ato de constrição que foi realizado sobre determinado bem imóvel?

O art. 659, § 4.º, do CPC, impõe ao exequente o ônus de providenciar a averbação da penhora de bens imóveis, para presunção absoluta de conhecimento de terceiros. O que nos resta indagar: de um lado, temos um dispositivo que nos traz a presunção absoluta de veracidade do registro da penhora e, de outro, temos o ato de registro, realizado no ofício imobiliário, que não goza de veracidade absoluta, haja vista a possibilidade de alteração e até mesmo anulação do respectivo registro, nascendo diante da presunção relativa de veracidade do registro a teoria da aquisição *a non domino*. Desta forma, como analisar esse dispositivo, à luz do art. 5.º, LV, da CF/1988? Como compatibilizar essa presunção absoluta de conhecimento de terceiro, surgida diante do registro do ato de penhora com o fato de existir a possibilidade de expedição pelo cartório, por erro ou por engano, de certidões negativas de ônus, quando já existente penhora ou outro ônus averbado na matrícula?

Em torno dessas questões desenvolveremos a análise do enunciado 375 da Súmula do STJ.

Destarte, para que possamos ingressar no estudo da fraude à execução devemos pôr em relevo, por força de sua influência decisiva, não só a existência de boa-fé, como cláusula geral, mas também o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, que passaremos a analisar.

2. A cláusula geral de boa-fé

A Constituição de 1988 consagrou um verdadeiro processo de abertura do nosso sistema promovendo a modificação de valores fundamentais da ordem

jurídica. A principal modificação se volta à dignidade da pessoa humana como alicerce de todo o sistema jurídico, público ou privado.

Prestigiou, ainda, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade substancial, enfatizando exclusivamente o princípio da boa-fé, como corolário lógico. Diz-se que foi consagrada a "teoria dos direitos fundamentais", partindo-se de princípios efetivos e não simplesmente programáticos. Logo, a boa-fé é um princípio efetivo, como podemos identificar expressamente no CDC (art. 4.º, III).

Diante do novo texto constitucional, a boa-fé objetiva foi tida como um valor autônomo, não relacionado com a vontade e devendo ser aplicada tanto nos ramos do direito público quanto do direito privado. A partir da promulgação da Constituição Federal vigente, a autonomia da vontade cedeu, definitivamente, o seu lugar às exigências éticas da boa-fé. Todos os comportamentos sociais, regulamentados pelo direito, devem ser norteados pela lealdade e confiança. Assim como os demais princípios, a boa-fé atua como uma luz irradiante para a interpretação constitucional, premissa básica da ordem jurídica.

A Constituição de 1988 estabeleceu, portanto, novos valores e nos dizeres de Roberto Senise Lisboa "pôs fim à chamada era dos estatutos ou das codificações, fixando diretrizes para elaboração de leis com principiologias bem distintas daquelas que foram promulgadas com a finalidade de acrescentar ou modificar algum dispositivo codificado (...). O pós-modernismo permitiu uma abertura constitucional que significou o abandono das posturas liberais clássicas, reconhecendo-se superadas as ideologias capitalistas e socialistas e buscando-se a proteção efetiva dos interesses socialmente mais relevantes".[2]

Sendo a Constituição o vértice norteador de nosso ordenamento jurídico, tal instituto deverá ter aplicabilidade nos ramos do direito público e do direito privado. O conteúdo do princípio da boa-fé, pela sua própria natureza principiológica, não pode ser aprioristicamente fixado, mas sim, depende da avaliação das circunstâncias do caso concreto.

De acordo com o art. 14, II, do CPC, são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo proceder com lealdade e boa-fé. É o princípio da lealdade processual. O litigante tem o dever de agir com lealdade e boa-fé.

Os atos praticados por todos aqueles que de qualquer forma participem do processo podem ser infinitos, de modo que essa infinidade de situações que

2. Cf. Roberto Senise Lisboa, *Manual de direito civil*, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2003, vol. 1, p. 116-117.

podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Desta forma, correta a opção do legislador em estabelecer uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé.

Alvino Lima, ao estudar o princípio da boa-fé, afirmou que ele é "o caminho pelo qual a moral penetra no direito; sua influência no disciplinar e resolver os conflitos de interesse é quase sempre decisiva, no sentido de proteger os que agem lealmente, com probidade, ou na ignorância escusável das situações antijurídicas; em sentido contrário, a lei repele as pretensões dos que agem de má-fé, impondo-lhes penalidades, restringindo-lhes as faculdades e poderes, ou proclamando a nulidade, a anulação, ou a ineficácia dos seus atos jurídicos".[3]

Continua o autor: "existe, nas múltiplas relações obrigacionais, o dever de uma conduta leal, geradora da confiança entre as partes, pressuposto imprescindível para a vida em sociedade, constituindo um verdadeiro dever jurídico, que importa, em última análise, na obrigação de abster-se do dolo ou da fraude (...). Mas não basta esta atitude negativa de lealdade, este comportamento de *alterum non laedere*; impõe-se ainda, para perfeita integração do critério da boa-fé na ordem jurídica, a cooperação ativa no sentido de 'tudo fazer, quanto necessário, tenha sido dito ou não, para assegurar à contraparte o resultado útil da prestação', impondo ao devedor fazer 'não somente o que prometeu, mas tudo o que for preciso para alcançar para a contraparte o resultado pleno da prestação devida".[4]

Sem adentrarmos na evolução histórica da boa-fé podemos afirmar que hoje é corrente a distinção entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Esta última diz respeito ao estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios em que pode estar um sujeito de direito. Assim, Judith Martins-Costa afirma que "a expressão traduz a ideia naturalista de boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé e que também se manifesta pela crença justificada na aparência de certa situação ou realidade jurídica".[5]

Por outro lado, a boa-fé objetiva, no entender de Judith Martins-Costa, cuja posição nos permitimos acompanhar, exprime "o *standard* de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade – enfim, o *civiliter agere* que deve

3. Cf. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 11.

4. Idem, ibidem.

5. Confira a propósito, *A boa fé no direito privado*, São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 427 e ss.

pautar as relações intersubjetivas regradas pelo Direito. Daí a razão pela qual a boa-fé objetiva atua, concomitantemente, como (a) fonte de deveres de conduta (deveres de prestação e deveres de proteção) no terreno obrigacional; (b) cânone para a interpretação dos negócios jurídicos; e (c) baliza para a averiguação da licitude no modo de exercício de direitos vedando, por exemplo, o comportamento contraditório ou desleal".[6] Esta última é a que nos interessa de perto para o exame da questão por nós proposta, já que se alinha à boa-fé processual.

A propósito do assunto, torna-se necessário delinear a natureza jurídica da boa-fé. Vale dizer, seria a boa-fé uma cláusula geral ou um princípio geral do ordenamento jurídico?

Judith Martins-Costa, em posição que nos servimos de acompanhar, tem a boa-fé como uma cláusula geral já que "todos os princípios, positivados ou não, precisam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para essa concreção porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Por esta via, ideias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística – como as de boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos do tráfico jurídico e outras similares, que só produzem frutos quando animadas por problemas reais passam a funcionar como 'pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas'. Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, antes permitindo a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. Mas é norma especial, à medida que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos Poderes do Estado e no direito escrito, permite ao juiz 'a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais – mas em todo o caso convencionais – de base e de densidade empírica viável. (...) A grande diferença entre princípio e cláusula geral, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial onde encontram como elemento de atuação fatores ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente

6. Cf. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: Gustavo Tepedino (org.). *Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 81.

tidos como extralegais através das verdadeiras 'janelas' consubstanciadas em tais cláusulas".[7]

Diante do quadro acima exposto podemos afirmar que o art. 14, II, do CPC nos traz a boa-fé como cláusula geral. Isso nos traz importante lição eis que o campo processual, em especial no que toca à execução, a boa-fé deve ser entendida em seu aspecto objetivo, tornando-se baliza para a averiguação da licitude no modo de exercício de direitos vedando, por exemplo, o comportamento contraditório ou desleal.

A execução, nos dias atuais, é a fase mais apta para a prática de comportamentos contrários à cláusula geral da boa-fé. Não é por outra razão que há tempos existe rigoroso sistema de combate à fraude na execução.

Fixados os pontos de boa-fé objetiva processual, como cláusula geral,[8] nos cumpre, por ora, investigar o instituto da fraude à execução, que se encontra intrinsecamente ligado à ideia de comportamento desleal. Porém, antes disso, nos permitimos traçar algumas notas a respeito do princípio da responsabilidade patrimonial.

3. Da responsabilidade patrimonial do devedor

Ao celebrar um negócio jurídico, nasce um vínculo jurídico, em virtude do qual uma pessoa pode exigir uma prestação da outra. A parte que adimpliu sua obrigação tem o direito de exigir da outra o cumprimento de sua prestação. Assim não o fazendo, o patrimônio do devedor representa para o credor a garantia de poder conseguir, em caso de inadimplemento, a satisfação coativa pelos meios executivos.

---

7. Cf. Judith Martins-Costa, As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *RT* 80/50-51.

8. De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, cláusulas gerais "são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz (...). Tem como função dotar o sistema de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas, além de atuar de forma a concretizar o que se encontra previsto nos princípios gerais de direito e nos conceitos jurídicos indeterminados (...). O juiz exerce papel de suma importância no exercício dos poderes que derivam das cláusulas gerais, porque ele instrumentaliza, preenchendo com valores, o que se encontra abstratamente contido nas referidas cláusulas gerais" (cf. *Código Civil comentado e legislação extravagante*, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2005, notas 18, 19 e 20 dos comentários preliminares, p. 158).

Os bens do devedor representando a garantia comum do direito de seus credores, todos os valores que integram seu patrimônio respondem pela obrigação que haja contraído. Nos termos do art. 591 do CPC "o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei".[9] É o princípio da responsabilidade patrimonial do devedor que norteia a execução ou a fase de cumprimento de sentença.

Isso significa, como bem ressaltado por Luiz Fux "que não há relação necessária de contemporaneidade entre o estado de sujeição patrimonial do devedor e o momento em que contraiu as suas obrigações. Enquanto estas se encontram inadimplidas, todo e qualquer acréscimo patrimonial do devedor exsurge comprometido com a satisfação da prestação em aberto".[10]

Por outro lado, o art. 1.228 do CC/2002 assegura ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor do que lhe pertence à maneira que lhe aprouver, surgindo, daí, a possibilidade de alienações simuladas, ou fraudulentas, com o único objetivo de burlar a execução que contra si pende (ou penderá).

A propósito, afirma Yussef Said Cahali que "para obviar a tais expedientes, arma-se o sistema jurídico de meios tendentes ao controle da livre disponibilidade e administração de bens pelo devedor para, conquanto permitindo a disposição de coisas e direitos que integram o seu patrimônio, impedir que, com isto, venha a prejudicar os seus credores; assim, preservando embora o direito de disposição da coisa, próprio do titular do domínio, aquela faculdade de disposição de bens e direitos só é de ser exercida na medida em que não moleste a segurança dos créditos de terceiros".[11]

Alvino Lima, a propósito do princípio da responsabilidade patrimonial jungido à ideia de boa-fé, nos mostra que "se o princípio da responsabilidade patrimonial, consagrado em inúmeros códigos civis, tutela os direitos do credor, criando uma garantia de caráter real; se, pôr força deste mesmo princípio, é dever de cada devedor amparar o seu patrimônio, não alterar a sua solidez, em virtude da própria destinação dos seus bens em satisfazer os seus credores, há, certamente, um limite na disponibilidade dos bens impôstos a todo devedor. Esse limite é traçado pelo princípio da boa-fé; a sua transposição caracterizada pela fraude confere ao credor o direito de obter judicialmente a ineficácia do

9. As restrições estabelecidas em lei são, dentre outras, as que constam dos arts. 648 a 650 do CPC. Desse modo, excetuam-se os bens inalienáveis e não penhoráveis, excluindo assim da ação do credor um certo grupo de bens do devedor.

10. Cf. Luiz Fux, *O novo processo de execução*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 78.

11. Cf. *Fraude contra credores*, 3. ed., São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 45.

ato jurídico fraudulento, que aniquilou aquela garantia genérica sobre os bens do devedor, assegurada por lei".[12]

Essa garantia patrimonial, como limite da disponibilidade de bens pelo devedor, faz surgir para ele – devedor – a obrigação de não alterar a solidez do seu patrimônio, destinado que é à satisfação de seus credores.

Assim, para que não desapareça a garantia que o patrimônio do devedor representa para os credores, a lei reconhece ao devedor plena liberdade de contratar e, por conseguinte, de alienar, com o único limite de não serem alienações feitas com conhecimento do prejuízo que se vai causar aos credores por falta de outros bens capazes de garantir-lhe a satisfação de seus direitos. A lei desaprova a alienação feita nessas condições, pois a qualifica como fraudulenta.

Essa qualificação, como bem expressado por Yussef Said Cahali "resulta do fato de ter sido transposto o limite do poder de disponibilidade traçado pelo princípio da boa-fé: se ele aliena seus bens, cônscio de que não pagará suas dívidas, seu ato reveste-se de uma imoralidade culpável; a fraude consiste justamente na prática de um ato jurídico consciente de que este ato criará ou aumentará a insolvabilidade".[13]

É forçoso observar que a responsabilidade patrimonial incide sobre os bens do devedor, bem como sobre aqueles passados a terceiros, vale dizer, bens que pertencem ao devedor, mas no momento da execução não lhe pertencem mais. Trata-se de bens alienados em fraude contra credores, ou em fraude à execução, assim como bens hipotecados ao credor e depois alienados a terceiros. A alienação, nessas hipóteses, não exclui a responsabilidade.

Esta extensão da responsabilidade patrimonial a bens de terceiro resulta da interferência do terceiro na violação do contrato. A propósito, afirmou Alvino Lima que "a boa-fé do terceiro deve excluir, por completo, a possibilidade de ser atingido, visto ter agido ignorando o vício. Seria injusto, como bem observa Vidal, anular um ato, quando uma das partes ignorava a existência do vício, que reside apenas no motivo ilícito que levou a outra parte a contratar".[14]

Assim, Alvino Lima[15] nos noticia a formação de duas correntes doutrinárias a propósito da interferência de terceiros para configuração da fraude. Uma,

12. Cf. Alvino Lima, op. cit., p. 15-16.
13. Cf. op. cit., p. 47.
14. Cf. Alvino Lima, op. cit., p. 55.
15. Cf, com maior riqueza de detalhes, Alvino Lima, op. cit., p. 54 e ss.

preconizada por Josserand, que aliava a causa para justificar a nulidade do ato fraudulento, vale dizer, não era necessário que a intenção fraudulenta fosse comum a todas as partes da operação, basta que uma delas tenha sido impelida pelo desejo de violar a lei, para que a nulidade surja, qualquer que tenha sido a mentalidade dos demais contratantes. Por conseguinte, quanto ao conceito de cumplicidade do terceiro no ato fraudulento, defendia-se ser indispensável que entre o terceiro contratante e devedor tenha havido um acordo fraudulento.

Outra, que rebatia essa tese, encontrava diferença nos conceitos de causa e fraude, posto que a causa ilícita ou imoral é exclusivamente subjetiva, com exclusão do resultado, ao passo que a fraude, não seria exclusivamente subjetiva, por supor a realização efetiva de um resultado contrário ao direito. Ademais disso, defendia-se que o terceiro, que pratica a fraude aos direitos do credor, visa a um fim pessoal egoístico, mas não ilícito, aproveitando-se da oportunidade para fazer um bom negócio. Por conseguinte, o simples conhecimento de contrato anterior, por parte de terceiro, já era requisito apto a caracterizar a fraude.

A par dessa discussão, cumpre-nos observar que temos que considerar a hipótese de terceiro que adquiriu o bem constrito de boa-fé e não consentiu com o ato fraudulento.

De acordo com a orientação do STJ, o terceiro de boa-fé só incorre em fraude à execução se existente registro de penhora anterior, pois ausente o registro não se pode supor que as partes contratantes agiram em conluio ou que o comprador tinha conhecimento da ação em andamento, não incidindo, desta forma, a responsabilidade patrimonial do adquirente de boa-fé.

No julgamento do REsp 858.999/MS,[16] a 1.ª T. do STJ, ao julgar um recurso interposto pela Fazenda Pública contra acórdão do TJMS, não reconheceu, em fraude à execução, a alienação de imóvel pertencente ao sócio da empresa executada, ainda que em curso a ação de registro imobiliário quanto à alienação do bem, sob o fundamento de que, não existindo inscrição da distribuição da execução ou da penhora no registro de imóveis que possa demonstrar a ciência do adquirente da existência de demanda capaz de reduzir o executado à insolvência, não se pôde presumir que a venda tenha sido efetuada em fraude à execução.

Após abordar de forma breve, os principais aspectos referentes à responsabilidade patrimonial do devedor e a cláusula geral de boa-fé, nos

16. Cf. STJ, REsp 858.999/MS, 1.ª T., j. 19.03.2009, rel. Min. Luiz Fux.

cumpre, por ora, analisar as questões que norteiam a redação do enunciado 375 da Súmula do STJ, bem como os precedentes que culminaram na referida orientação.

4. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça e o nascimento da Súmula 375

O cerne da controvérsia cinge-se ao ponto concernente à presunção de fraude à execução perante o adquirente de imóvel penhorado, mas sem inscrição desse ato constritivo no registro imobiliário. A questão do registro seja do ato constritivo, seja da propositura da ação, já foi objeto de discussão antes mesmo do sistema constitucional vigente.

Podemos observar que o tema foi apreciado pelo STF, pelo então Min. Alfredo Buzaid, na vigência do sistema constitucional anterior, no sentido de que não havendo a inscrição de que trata a Lei 6.015/1973, incumbe ao credor o ônus de provar a fraude à execução.[17] Esse entendimento, contudo, não era absoluto, pois encontrávamos posições, ainda que na vigência do sistema constitucional pretérito, em sentido contrário.[18]

---

17. Cf. "1. Ação de execução proposta em 10.07.1978, não constando do registro imobiliário a sua inscrição na forma da Lei 6.015/1973, art. 167, I, n. 21. A venda do imóvel em 23.02.1981, dois anos depois. Embargos de terceiro. Sua admissibilidade. Não havendo a inscrição, de que fala a Lei 6.015/1973, art. 167, n. 21, incumbe ao credor o ônus de provar a fraude de execução. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, AgRg no AgIn 96.838/SP, 1.ª T, j. 20.03.1984, rel. Min. Alfredo Buzaid, *DJ* 13.04.1984).

18. Nesse sentido, confira as ementas que nos permitimos transcrever: "Fraude à execução. Nulidade da alienação, quando pendia demanda capaz de alterar o patrimônio do alienante, reduzindo-o à insolvência. Não se requer que em tal demanda haja penhora, e muito menos, que tenha sido inscrita. Nem há que cogitar de boa ou ma fé do adquirente. Art. 895, II do CPC/1939. Recurso extraordinário conhecido e provido" (STF, RE 75.349/PR, 1.ª T, j. 28.11.1972, rel. Min. Luis Galloti).
"Embargos de terceiro. Fraude da execução. Para que se configure fraude de execução basta a existência de demanda pendente. Não se requer que em tal demanda haja penhora, e muito menos que tenha sido inscrita, basta a existência da lide pendente e a situação de insolvência do acionista. Recurso extraordinário conhecido e provido" (STF, RE 83.515/SP, 2.ª T, j. 21.09.1976, rel. Min. Cordeiro Guerra).
"Fraude à execução. Não há cuidar, na espécie, da boa ou má-fé do adquirente do bem do devedor, para figurar a fraude. Basta a certeza de que, ao tempo da alienação, já corria demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o à insolvência. Proposta a execução, desnecessária a inscrição da penhora para a ineficácia de venda

O STJ, de igual forma, decidia em consonância com a orientação do STF, como se pode observar no julgamento do REsp 9.789/SP, de relatoria do Min. Athos Carneiro.[19]

Primeiramente, a questão que se desdobrava na doutrina e na jurisprudência pautava-se na legitimidade ou não do terceiro adquirente de oferecer embargos de terceiro, por conta da ausência do registro do contrato preliminar de compra e venda de imóvel.

Em 1989, no julgamento do REsp 188/PR,[20] de relatoria do então Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira restou consignado que a inscrição no registro imobiliário do contrato preliminar de compra e venda imprime ao adquirente o efeito de oponibilidade *erga omnes*, visto que, enquanto não registrado o referido instrumento, o direito do adquirente é apenas pessoal, de forma que a posse do adquirente não é suficiente para legitimar sua pretensão à tutela dos embargos de terceiro, prestigiando, assim, a orientação do STF, estabelecida na Súmula 621, que assim prescreve: "não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis".

Contudo, considerou-se à época, a fragilidade da referida Súmula do STF, pois os precedentes que deram origem à orientação se pautaram apenas e tão somente na eficácia *erga omnes* do referido registro do compromisso de compra e venda. Não se pode olvidar, que a crescente urbanização das áreas,

---

posteriormente feita, sendo suficiente o desrespeito a ela, por parte do executado. Recurso não conhecido" (STF, RE 108.615/MG, 2.ª T., j. 30.05.1986, rel. Min. Celio Borja).

19. Cf. "Fraude de execução. Ação anulatória de arrematação. Escritura de alienação lavrada após a distribuição do feito, mas antes da citação. Penhora não registrada. Imóvel adquirido sucessivamente por terceira pessoa, autora da demanda anulatória. Para que se considere a alienação em fraude à execução, não basta o ajuizamento da ação, sendo necessária a citação válida do executado em ação capaz de reduzi-lo à insolvência. A penhora de bem imóvel, antes de registrada (Lei 6.015/1973, arts. 167, I, n. 5, 169 e 240), vale e é eficaz perante o executado, mas só é eficaz perante terceiros provando-se que estes conheciam ou deviam conhecer a constrição judicial. Ainda que admitida como não eficaz a alienação de bem penhorado, mesmo se omitido o registro da penhora, ainda assim tal ineficácia não poderia ser oposta ao terceiro que haja adquirido o imóvel de quem o comprou do executado. Necessidade de tutela da boa-fé, que em tal caso presume-se com maior evidência. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 9.789/SP, 4.ª T., j. 09.06.1992, rel. Min. Athos Carneiro, *DJ* 03.08.1992).

20. STJ, REsp 188/PR, 4.ª T., j. 08.08.1989, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. p/ acórdão Min. Bueno de Souza, *DJ* 31.10.1989, p. 16557.

cujos proprietários eram à época investidos de caráter rústico, adquiriam lotes residenciais em áreas desprovidas de serviços públicos, fundados em contratos informais, sem qualquer registro público, pois o próprio loteamento era, muitas vezes, irregular. Entendia-se, por isso, que o enunciado 621 da Súmula do STF era muito rigoroso, visto que impedia o terceiro de exercer o seu direito de ação e, mais do que isso, enfraqueceria a própria posse legítima – fundada em contrato.

No voto do então Min. Athos Gusmão Carneiro, ainda no julgamento do REsp 188/PR, acima referido e, divergindo do voto do Ministro relator, restou evidenciado que a realidade que se presenciava à época, era aquela em que pessoas adquiriam propriedades de modo irregular, sem o devido registro, exerciam de forma legítima a sua posse, e de inteira boa-fé, e eram surpreendidos por um ato de penhora sobre aquele imóvel decorrente de demanda envolvendo o alienante com quem contratou. Consignou, ainda, que em um plano puramente registral, o imóvel penhorado é, tecnicamente, integrante do patrimônio do vendedor e, no confronto entre o direito do credor de obter o seu crédito e do terceiro de boa-fé, deve prevalecer o direito daquele que está na justa posse do imóvel, e com o preço quitado. Essa é a interpretação que mais se coadunava com a realidade social e política do país.

Por fim, restou decidido ser legítima a oposição de embargos de terceiro por aquele que defende sua posse oriunda de compromisso de compra e venda desprovido de registro imobiliário divergindo, assim, da orientação predominante do STF, vazada no enunciado 621.[21]

O REsp 188/PR configurou um dos precedentes mais incisivos que originaram a Súmula 84 do STJ, alterando, assim, a Súmula 621 do STF. Assim, de acordo com o enunciado 84 da Súmula do STJ "é admissível a oposição de embargos de terceiros fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro". Assim, nesse sentido foi a decisão do Min. Antônio de Pádua Ribeiro, no julgamento do REsp 9.448/SP: "Embargos de Terceiro. Escritura pública de compra e venda não registrada. I – O comprador por escritura pública não registrada, devidamente

21. Cf. "Processual civil. Embargos de terceiro. Recurso especial. Divergência com a Súmula 621 do STF. 1. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de contrato de compromisso de compra e venda desprovido de registro imobiliário. 2. Inocorrência, *in casu*, de fraude à execução. 3. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 188/PR, 4.ª T., j. 08.08.1989, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. p/ acórdão Min. Bueno de Souza, *DJ* 31.10.1989, p. 16557).

imitido na posse do imóvel, pode opor embargos de terceiro, para impedir penhora promovida por credor do vendedor. Precedentes do STJ. II – Ofensa aos preceitos legais colacionados não caracterizada. Dissidio pretoriano não configurado. III – Recurso especial não conhecido."[22]

Percebemos, então, que já restava evidenciada uma proteção ao terceiro adquirente de boa-fé que, por intermédio de contrato preliminar de compra e venda não registrado, poderia se valer dos embargos de terceiro, para defender a posse legítima, descaracterizando a fraude à execução.[23] Nessa esteira, assim decidiu o STJ:"Embargos de terceiro. Fraude à execução. Contrato de promessa de compra e venda não registrado. Súmula 84 do STJ. Precedentes da Corte. 1. Na esteira de precedentes da Corte, os embargos de terceiro podem ser opostos ainda que o compromisso particular de compra e venda não não esteja devidamente registrado. 2. Não há fraude à execução quando no momento do compromisso particular não existia a constrição, merecendo protegido o direito pessoal dos promissários-compradores. 3. Recurso especial conhecido e provido".[24]

Essa proteção ao terceiro de boa-fé que adquire um bem sem conhecimento de ato constritivo, passou a ser prestigiada ao longo do tempo. No julgamento do REsp 113.871/DF, o Min. César Asfor Rocha, apreciando a questão de fundo referente à inexistência de fraude à execução, entendeu que, de acordo com o art. 593, II do CPC, considera-se fraude à execução a alienação ou oneração de bens quando, ao tempo da alienação ou da oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência. A propósito do referido dispositivo, proferiu voto no sentido de que: "essa situação muito se aproxima da fraude contra credores, embora com ela não se confunda basicamente porque

22. STJ, REsp 9448/SP, 2.ª T., j. 31.03.1993, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

23. A propósito do assunto, Teresa Arruda Alvim Wambier, analisando a referida Súmula, conclui que "se tem dado um alcance a esta Súmula diferente daquele que lhe é próprio e esta afirmação aqui se faz porque estes acórdãos, baseados neste sentido mais amplo que se vem atribuindo a este verbete, comprometem fundamentalmente o valor *segurança* (...). E isto se diz porque a incidência desta súmula nestes casos, de que adiante cuidaremos, afronta de modo direto princípios jurídicos atuais, dispositivos expressos de lei, doutrina e jurisprudência e provoca 'surpresa' no jurisdicionado, que se vê atingido por uma regra de conduta 'solta' no sistema" (Cf. Teresa Arruda Alvim Wambier. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 108).

24. STJ, REsp 76.608/SC, 3.ª T., j. 17.06.1997, rel. Min. Carlos Alberto Menezes de Direito.

a fraude à execução importa na ineficácia da alienação, podendo ser provocada pelo exequente, nunca por outro credor, no próprio processo executivo e, excepcionalmente, já depois de iniciado o processo de conhecimento".[25]

Com maior razão, o Ministro, à época do julgamento, vislumbrou que a questão se desdobra em uma outra, qual seja, o momento processual a partir do qual se pode, em tese, configurar-se a fraude. Nesse sentido, foi à conclusão do então Min. César Asfor Rocha, que nos permitimos transcrever: "a fraude à execução pode configurar-se a partir do momento em que a ação é aforada, tornando-se, absolutamente irrelevante, perquirir-se se houve ou não a citação, penhora ou registro da penhora. Por outro lado, caso conste no cartório imobiliário, algum registro dando conta da existência de ação pendente, há presunção absoluta de que o adquirente tinha conhecimento da existência da ação. Caso contrário, na ausência de qualquer registro no Cartório Imobiliário, não se pode imputar ao adquirente nenhuma obrigação de ter ciência desse fato, pois sua boa-fé, que é presumida, há de ser preservada, até prova em contrário a ser feita pelo exequente. Assim, para configuração da fraude à execução estabelecida no inc. II do art. 593 do CPC, é necessária a ocorrência conjunta dos seguintes elementos: (a) ação aforada; (b) que o adquirente saiba da existência de ação, ou por já constar no cartório imobiliário registro dando conta da existência da ação – presunção absoluta de conhecimento por parte do adquirente – ou porque disso provou o exequente; e (c) que a alienação ou oneração de bens por parte do devedor foi capaz de reduzi-lo à insolvência".[26]

Diante das inúmeras controvérsias que se travaram na doutrina e na jurisprudência acerca da necessidade ou não do registro para fins de presunção de conhecimento por parte do terceiro adquirente e comprovação de fraude à execução, a Lei 8.953/1994, acrescentou o § 4.º ao art. 659 do CPC, estabelecendo que: "a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro".

A partir de então, como bem ressaltou Cândido Rangel Dinamarco, "a dúvida, que logo a todos assaltou, dizia respeito à finalidade da exigência e, por via reflexa, a consequência de seu não cumprimento. Se o registro fosse parte integrante da penhora de imóveis, só a partir de quando feito, correria o prazo para embargos à execução; se ele fosse feito com o objetivo de criar presunção

25. STJ, REsp 113.871/DF, 4.ª T., j. 12.05.1997, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 15.09.1997, p. 44387.

26. No mesmo sentido, cf. STJ, REsp 40854/SP, 4.ª T., j. 12.08.1997, rel. Min. Cesar Asfor Rocha; STJ, REsp 555.044/DF, 4.ª T., j. 04.11.2003, rel. Min. César Asfor Rocha.

de conhecimento da penhora por terceiro, sua omissão ou retardamento não adiaria a fluência de prazo algum e só poderia prejudicar o próprio exequente – o qual iria ficando sem a segurança de que eventual terceiro fosse presumido conhecedor da constrição judicial".[27]

Criou-se, desta forma, na doutrina e na jurisprudência divergências acerca da natureza jurídica do ato de inscrição da penhora de bem imóvel no registro imobiliário, entendendo alguns tratar-se de pressuposto de eficácia do ato de penhora, como podemos observar, inclusive em julgados recentes.[28]

De acordo com a justificativa apresentada pelo PL 3.810/1993, convertido na Lei 8.953/1994, a exigência do registro da penhora tem por finalidade prevenir futuras demandas com alegações de fraude de execução, como tão frequentemente ocorre na prática forense atual.

O Código de Processo Civil de 1939 não previa o registro do ato de penhora que recaísse sobre bem imóvel. Já o Dec. 4.857/1939, que cuidava dos registros públicos previstos na lei civil, prescrevia em seu art. 178 que o registro da penhora deveria constar na matrícula do imóvel. O art. 279 do referido decreto dispunha:

"Art. 279. Serão inscritas no livro 4 as penhoras, arrestos e sequestros, à vista da certidão do escrivão, da que conste, além dos requisitos a que se refere o art. 250, o nome e a categoria do juiz, do depositário e os das partes e a natureza do processo.

Parágrafo único: A certidão será dada pelo escrivão, com a declaração do fim especial a que se destina, após a entrega do mandado, devidamente cumprido, em cartório".

Não se pode olvidar que a penhora realiza-se plenamente dentro do processo, enquanto que o seu registro destina-se a dar publicidade ao ato de constrição,

---

27. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 268.

28. Nesse sentido, cf. "Ementa – Locação de imóveis – Execução de título extrajudicial – Rejeição de alegada fraude à execução, pela venda de imóvel penhorado – O reconhecimento de fraude à execução pressupõe, de modo objetivo, a alienação de bem na pendência de demanda de conhecimento ou de execução, com citação, e a redução do devedor à insolvência. Além desses requisitos, a reforma processual de 1994 instituiu o necessário registro da penhora como pressuposto de eficácia do ato, para conhecimento da constrição por terceiros de boa-fé Fora disso, caracterizar-se-á a fraude se ficar demonstrado que terceiro adquirente, por outro meio, tinha conhecimento da constrição – Ausentes todos aqueles pressupostos, não há fraude a ser reconhecida – Recurso não provido" (TJSP, AgIn 1233282001, 28.ª Câm. de Direito Privado, j. 03.03.2009, rel. Silvia Rocha Gouvêa).

cumprindo função probatória e preventiva, à medida que faz prova da penhora e afasta alegações de desconhecimento do ato em casos de alienação do bem. Diante do sistema processual anterior, o ato de registro de penhora limitava-se a dar publicidade em relação a terceiro.

Após a promulgação do Código de Processo Civil vigente, o referido Dec. 4.857/1939 foi revogado pela atual Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), reproduzindo, quanto à questão do registro da penhora, o disposto no decreto revogado, porém, indo mais além, ao estabelecer em seu art. 240 que "o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior".

Antes do advento da Lei 8.953/1994, discutia-se a obrigatoriedade do registro da penhora para início de sua eficácia em relação a terceiros, por força não só do disposto no art. 240 da Lei 6.015/1973, como também do que prevê o art. 169, que assim dispõe: "todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no cartório da situação do imóvel (...)".

Diante da literalidade do disposto no § 4.º do art. 659 do CPC, com redação dada pela Lei 8.953/1994, tem-se que sem a realização da inscrição do ato de penhora no registro imobiliário, a penhora não estaria realizada e, portanto, seria juridicamente inexistente.

Essa interpretação, como bem anotado por Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina "acabou por não prevalecer, tanto na doutrina como na jurisprudência, pois se entendeu que a inscrição da penhora no registro imobiliário tinha, como no passado, apenas a função de gerar presunção de conhecimento de terceiro, de forma a evitar eventual alegação de desconhecimento da penhora por terceiro adquirente do bem penhorado. Entendeu-se não se consubstanciar, portanto, a inscrição no registro de imóveis, de ato integrativo da penhora".[29]

Podemos observar no julgamento do REsp 293.686/SP que, para fins de fraude à execução "(...) A presunção de que trata o inc. II do art. 593 do CPC é relativa, e para configuração da fraude de execução torna-se necessário o registro do gravame. Na sua ausência, incumbe ao exequente provar que o terceiro adquirente tinha ciência da ação ou da constrição. Acresce que, pelo § 4.º do art. 659 do CPC, o registro da penhora não é pressuposto da sua validade, mas, sim, de eficácia *erga omnes*".[30]

---

29. Cf. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, São Paulo: Ed. RT, 2005, vol. 1, p. 384.

30. STJ, REsp 293.686/SP, 5.ª T., j. 03.05.2001, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. No mesmo sentido, cf. "Processual civil. Fraude à execução. Embargos de terceiro.

Ademais disso, a Lei 6.015/1973 já previa como faculdade o ato do credor de inscrição do ato de penhora no registro imobiliário competente. O ato registral tinha por função estabelecer a publicidade do ato em relação a terceiro. Como vimos, na justificativa do PL 3.810/1993, que foi convertido na Lei 8.953/1994, restou expressamente apontado que o objetivo da exigência do registro da penhora era tão somente previnir demandas com alegações de fraude à execução.

Se adotarmos a posição no sentido de que o registro da penhora é integrativo do próprio ato em si, o prazo de embargos somente terá início após tal registro. Se, todavia, considerarmos ser o ato de registro requisito de eficácia, para oponibilidade do ato constritivo, a intimação da penhora deverá fazer-se logo depois de lavrado o auto respectivo.

Entendemos que a Lei 8.953/1994 abraçou este último entendimento, qual seja, a exigência do registro não impede a imediata intimação do executado, constituindo-se o registro em condição de eficácia plena da penhora perante os terceiros,[31] pois como bem preconizou Cândido Rangel Dinamarco "dada

---

Alienação do imóvel, por dação em pagamento, na pendência de execução. CPC, art. 593, II. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida. Lei 8.953/1994. art. 659, I, CPC. Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.953/1994, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito *erga omnes* e, nessa circunstância, torne-se eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução (...)" (STJ, REsp 509.062/MT, 4.ª T., j. 23.03.2004, rel. Min. Aldir Passarinho Junior). Nessa mesma linha: "Processual civil. Fraude à execução. Acórdão. Nulidade não configurada. Alienação na pendência de execução. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida. Lei 8.953/1994. CPC, art. 659. Dissídio jurisprudencial caracterizado. (...). II. Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei 8.953/1994, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito *erga omnes* e, nessa circunstância, torne-se eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução. III. Caso em que, à míngua de tal requisito, a alienação, ainda que posterior à citação na ação de execução e da intimação da penhora, é eficaz. IV. Recurso especial conhecido em parte e provido" (STJ, REsp 401.452/MT, 4.ª T, j. 27.06.2002, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 26.08.2002).

31. Nessa linha, William Santos Ferreira afirma que "A reforma do § 4.º, ora empreendida, afastando a polêmica estipula que para a presunção absoluta de conhecimento por terceiros faz-se necessário o registro, mas não para validade da penhora. Caso não esteja registrada, não há a presunção absoluta e o exequente terá dois caminhos: (a) comprovar o conhecimento do terceiro – o que tornará o ato ineficaz em relação ao processo de execução; (b) comprovar a insolvência do devedor e que o mesmo já estava citado (no processo de conhecimento ou execução) ao tempo da alienação

sua clara finalidade em relação a terceiros, essa exigência não pode ser interpretada como formalidade essencial à existência do ato jurídico penhora. Sem seu cumprimento, a penhora existe e será válida sempre que atenda às demais exigências formuladas em lei. Só poderá não ser eficaz em relação a terceiros. Aí está a grande importância da inovação trazida nesse novo parágrafo: sem ter sido feito o registro, aquele que adquirir o bem presume-se não ter conhecimento da pendência de processo capaz de conduzir o devedor à insolvência. A publicidade dos atos processuais passa a ser insuficiente como regra presuntiva de conhecimento. A consequência prática dessa nova disposição será a inexistência de fraude à execução capaz de permitir a responsabilidade patrimonial do bem alienado, sempre que a penhora não esteja registrada no cartório imobiliário (art. 593, CPC, especialmente o inc. II). Se o adquirente opuser embargos de terceiro e não se caracterizar o conhecimento da penhora por outro meio, seus embargos procederão".[32]

Destarte, à época, muita discussão existia em torno da questão do registro ser ou não ato integrativo da penhora e, dependendo da interpretação que se fazia, a principal consequência seria no próprio desenrolar do processo de execução. Não por outra razão, a Lei 10.444/2002 alterou a redação do § 4.º do art. 659 do CPC, estabelecendo que: "a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 669), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, o respectivo registro no ofício imobiliário, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato e independentemente de mandado judicial".

Diante da novel redação dada ao § 4.º, o ato de registro não era pressuposto para eficácia do ato de penhora, vale dizer, não era integrativo do ato, de modo que com a realização da penhora, o executado seria intimado e o exequente poderia providenciar o registro do ato constritivo para fins de presunção absoluta de conhecimento por terceiro.

Nova controvérsia ainda permanecia inacabada: o registro da penhora é pressuposto para o reconhecimento da fraude à execução?

Já mencionamos anteriormente que o STJ, não só à luz da Lei 8.953/1994, bem como o STF, ainda na vigência da Constituição pretérita, já acenavam

---

hipótese em que se configurará, também, fraude à execução; (c) demonstrar fraude contra credores, o que depende de ação judicial autônoma" (cf. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 286).

32. Cf. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 269.

no sentido de que a fraude à execução, relativa a bem constrito, só se configuraria com o respectivo registro do ato constritivo, estabelecendo que, uma vez verificada a ausência do ato registral, a prova do conhecimento por parte de terceiro era do exequente. Isso porque, a referida Lei teve como objetivo primordial de resguardar o terceiro de boa-fé.[33] Nesse mesmo sentido, caminhou a jurisprudência do STJ à luz da Lei 10.444/2002.[34]

O § 4.º do art. 659, introduzido pela Lei 8.953/1994, já havia sido alterado pela Lei 10.444/2002. A Lei 11.382/2006 ocupou-se novamente do dispositivo, dando-lhe nova redação: "a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4.º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial".

Alguns pontos já se encontravam quase que tranquilos na jurisprudência e na doutrina: (a) o registro da penhora não era pressuposto de eficácia do ato

33. Nesse sentido, nos permitimos transcrever a seguinte ementa: "Processo civil. Fraude de execução. Alienação de bem constrito. Ausência de gravame no registro do imóvel. Descaracterização. Art. 659, § 4.º, do CPC. Orientação doutrinário-jurisprudencial. Recurso acolhido. I – Para a caracterização da fraude de execução, relativa à alienação de bem constrito, é indispensável a inscrição do gravame no registro competente, cabendo ao exequente, na ausência desse registro, provar que o terceiro adquirente tinha ciência do ônus que recaía sobre o bem. II – Exatamente para melhor resguardar o terceiro de boa-fé, a reforma introduzida no Código de Processo Civil pela Lei 8.953/1994 acrescentou ao art. 659 daquele estatuto o § 4.º, segundo o qual, 'a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro'" (STJ, REsp 186.633/MS, 4.ª T., j. 29.10.1998, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

34. Assim, foi o que decidiu o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, à luz da Lei 10.444/2002, cuja ementa nos permitimos transcrever: "Processo civil. Fraude de execução (art. 593, II, CPC). Alienação após a citação mas anterior à constrição. Ciência do adquirente da demanda em curso. Ônus do credor. Prova. Recurso acolhido. I – Em se tratando de fraude de execução, impõe-se identificar a espécie, tantas são as hipóteses do complexo tema, sendo distintas as contempladas nos incisos do art. 593 do CPC. II – Na ausência de registro, ao credor cabe o ônus de provar que o terceiro tinha ciência da demanda em curso. III – Na alienação ou oneração de bem sob constrição judicial (penhora, arresto ou sequestro), não se indaga da insolvência, que aí é dispensável. Se, porém, a constrição ainda não se efetivou, mas houve citação, a insolvência de fato é pressuposto, incidindo a norma do art. 593, II, do CPC, que deve ser demonstrada pelo credor" (STJ, REsp 489.346/MG, 4.ª T., j. 06.05.2003, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

constritivo, mas sim ato que tinha como finalidade dar publicidade em relação a terceiros; (b) o terceiro adquirente de imóvel tem legitimidade para apresentar embargos de terceiros, mesmo que sem o registro do seu contrato preliminar; (c) o registro da penhora não era imprescindível para caracterização da fraude à execução, posto que nestes casos, competia ao exequente comprovar o conhecimento do ato constritivo ou da ação ajuizada por parte do terceiro adquirente.

De início, a Lei 11.382/2006 substituiu a palavra "registro" por "averbação". A finalidade da lei, como afirma Cassio Scarpinella Bueno "é tornar ainda mais célere – porque já se dispensava, para a prática deste ato, qualquer formalidade ou mandado judicial, suficiente a certidão comprobatória da penhora (art. 13, II, da Lei 6.015/1973) – e menos onerosa a notícia da existência da penhora na matrícula do imóvel com vistas, vale repetir, a evitar ou reduzir a ocorrência de alienações fraudulentas".[35]

Toda controvérsia gira em torno de se saber se o registro da penhora é ou não pressuposto indispensável à caracterização da fraude na alienação do bem imóvel penhorado.

Vimos, ao longo desse estudo, que a determinação do registro da penhora de bem imóvel surgiu, formalmente, com a inclusão, pela Lei 8.953/1994, do § 4.º ao art. 659. Entretanto, mesmo antes disso, verificamos nos julgados colacionados que o registro constituía prova segura e suficiente para elidir a presunção de boa-fé do adquirente do bem imóvel penhorado. A respeito, consolidou-se na jurisprudência que, ante a ausência de registro da penhora, para que configure a fraude à execução, impõe-se ao credor o ônus de provar que o adquirente tinha ciência da constrição que pesava sobre o imóvel.[36]

---

35. Cassio Scarpinella Bueno. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 3, p. 138-139.

36. Assim: "Processual civil. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Penhora em imóvel. Inexistência de registro em cartório. Inexistência de fraude. Transação válida. Súmula 84 do STJ. Precedentes. 1. Recurso especial interposto contra acórdão que reconheceu não ter ocorrido fraude à execução, já que à época em que celebrada a venda do imóvel, não havia registro da penhora no cartório imobiliário. 2. O art. 129, § 9.º, da Lei 6.015/1973 dispõe que: 'estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros: (...) 9.º) os instrumentos de cessão de direitos e de créditos, de sub-rogação e de dação em pagamento'. 3. Todavia, sobrelevando a questão de fundo sobre a questão da forma, a jurisprudência desta Casa Julgadora, como técnica de realização da justiça, tem imprimido interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Tal característica está assente na Súmula 84 do STJ: 'É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de

Mais recentemente, a par de toda discussão que ainda existia na doutrina, o STJ manteve o seu posicionamento no sentido de proteção do terceiro adquirente de boa-fé, mesmo na ausência de registro do ato constritivo ou do ajuizamento da ação. Impende ressaltar que houve alteração no entendimento daquela Corte, no sentido de que para a caracterização da fraude à execução não basta o ajuizamento da execução, exigindo para a sua configuração a existência de penhora registrada ou ao menos a citação na execução.[37]

Assim, podemos colacionar a ementa proferida no julgamento do AgRg no REsp 1.046.004/MT,[38] de relatoria do Min. Humberto Martins: "Processual civil e tributário – Embargos de terceiro – Alienação de imóvel sem registro no cartório – Fraude à execução fiscal não caracterizada – Precedentes. 1. Ausente o registro de penhora ou arresto efetuado sobre o imóvel, não se pode supor que as partes contratantes agiram em *consilium fraudis*. 2. Não demonstrado que o comprador tinha conhecimento da existência de execução fiscal contra o alienante ou agiu em conluio com o devedor-vendedor, sendo insuficiente

---

posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro'. 4. 'O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A pré-existência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus *erga omnes*, efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do *consilium fraudis* não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé, pressupõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos repersecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante' (EREsp 31321/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJ* 16.11.1999) 5. Não há que se falar em fraude contra credores se, quando da alienação do bem, não havia registro de penhora. Para tanto, teria que restar nos autos provado que o terceiro adquirente tinha conhecimento da demanda executória, o que não ocorreu no caso em apreço. Precedentes. 6. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 791.104/PR, 1.ª T., j. 06.12.2005, rel. Min. José Delgado, *DJ* 06.02.2006).

37. REsp 734.280/RJ, 2.ª T., j. 01.03.2007, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 15.03.2007. No mesmo sentido: "(...) 3. Não basta a citação válida do devedor para caracterizar a fraude à execução, sendo necessário o registro do gravame no Cartório de Registro de Imóveis-CRI ou no Departamento de Trânsito-Detran, dependendo do caso. 4. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 944.250/RS, 2.ª T., j. 07.08.2007, rel. Min. Castro Meira, *DJ* 20.08.2007, p. 264).

38. STJ, AgRg no REsp 1.046.004/MT, 2.ª T., j. 10.06.2008, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 23.06.2008.

o argumento de que a venda foi realizada após a citação do executado. Precedentes. Agravo regimental improvido".

Verifica-se, portanto, que para aquela Corte, não era suficiente o mero ajuizamento da ação ou a citação válida do executado para configuração da fraude na alienação do bem a terceiro. Torna-se imprescindível, por ser prova segura e apta a elidir a presunção de boa-fé, o registro, seja da ação, seja do ato constritivo, no cartório imobiliário. Na ausência do registro, o ônus de comprovação do conhecimento por parte do terceiro adquirente recai sobre o executado.[39]

Resta claro, diante de todos os julgado analisados, que o STJ, diante de todas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais existentes, pacificou o seu entendimento no sentido de que não basta apenas a ação promovida ou a citação válida para configurar a fraude à execução. Torna-se necessário, mais do que isso, que haja registro do ato de penhora, por configurar este, prova segura de conhecimento por parte de terceiro.

Essa evolução da jurisprudência acabou por consolidar o enunciado 375 do STJ, uma vez que como demonstrado, as três Turmas integrantes do STJ já firmaram o entendimento até aqui exposto, representando o pensamento da 1.ª T. o REsp 739.388/MG, de relatoria do Min. Luiz Fux, que passamos a transcrever:

"Processual civil. Embargos de terceiro. Penhora de bem alienado a terceiro de boa-fé. Ausência de transcrição do título no registro de imóveis. 1. Alienação de bem imóvel pendente execução fiscal. A novel exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra *prior in tempore prior in jure*, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma

39. Para a 4.ª T. do STJ, por exemplo, era unânime o entendimento de que para a configuração da fraude à execução tornava-se necessário a inscrição da penhora no cartório competente. Nesse sentido, cf. "Processual civil. Fraude à execução. Alienação na pendência de execução. CPC, art. 593, II, e 659, § 4.º. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida dos terceiros adquirentes. I. A 4.ª T. do STJ entende que não basta à automática configuração da fraude à execução a mera existência, anteriormente à venda de imóvel, de ação movida contra o alienante capaz de reduzi-lo à insolvência, somente admitindo tal situação quando já tivesse, então, havido a inscrição da penhora no cartório competente (art. 659, § 4º, do CPC). II. Recurso especial desprovido" (STJ, REsp 943.591/PR, 4.ª T., j. 19.06.2007, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 08.10.2007). Não era outro o entendimento preconizado pela 3.ª T. do STJ, como podemos observar no REsp 921.160/RS, 3.ª T., j. 08.02.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 10.03.2008, e pela 2.ª T. no julgamento do REsp 810.170/RS, 2.ª T., j. 12.08.2008, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 26.08.2008.

efeitos *erga omnes* para o fim de caracterizar a fraude à execução. 2. Deveras, à luz do art. 530 do CC/2002 sobressai claro que a lei reclama o registro dos títulos translativos da propriedade imóvel por ato *inter vivos*, onerosos ou gratuitos, posto que os negócios jurídicos em nosso ordenamento jurídico, não são hábeis a transferir o domínio do bem. Assim, titular do direito é aquele em cujo nome está transcrita a propriedade imobiliária. 3. Todavia, a jurisprudência do STJ, sobrepujando a questão de fundo sobre a questão da forma, como técnica de realização da justiça, vem conferindo interpretação finalística à Lei de Registros Públicos. Assim é que foi editada a Súmula 84, com a seguinte redação: 'É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro'. 4. 'O CTN nem o CPC, em face da execução, não estabelecem a indisponibilidade de bem alforriado de constrição judicial. A pré-existência de dívida inscrita ou de execução, por si, não constitui ônus *erga omnes*, efeito decorrente da publicidade do registro público. Para a demonstração do *consilium fraudis* não basta o ajuizamento da ação. A demonstração de má-fé, pressupõe ato de efetiva citação ou de constrição judicial ou de atos repersecutórios vinculados a imóvel, para que as modificações na ordem patrimonial configurem a fraude. Validade da alienação a terceiro que adquiriu o bem sem conhecimento de constrição já que nenhum ônus foi dado à publicidade. Os precedentes desta Corte não consideram fraude de execução a alienação ocorrida antes da citação do executado alienante' (EREsp 31.321/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJ* 16.11.1999). 5. Aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude *in re ipsa*, senão pelo conhecimento *erga omnes* produzido pelo registro da penhora. Sobre o tema, sustentamos: 'Hodiernamente, a lei exige o registro da penhora, quando imóvel o bem transcrito. A novel exigência visa à proteção do terceiro de boa-fé, e não é ato essencial à formalização da constrição judicial; por isso o registro não cria prioridade na fase de pagamento. Entretanto, a moderna exigência do registro altera a tradicional concepção da fraude de execução; razão pela qual, somente a alienação posterior ao registro é que caracteriza a figura em exame. Trata-se de uma execução criada pela própria lei, sem que se possa argumentar que a execução em si seja uma demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e, por isso, a hipótese estaria enquadrada no inc. II do art. 593 do CPC. A referida exegese esbarraria na inequívoca *ratio legis* que exsurgiu com o nítido objetivo de proteger terceiros adquirentes. Assim, não se pode mais afirmar que quem compra do penhorado o faz em fraude de execução. É preciso verificar se a aquisição precedeu ou sucedeu o registro da penhora. Neste passo, a reforma consagrou, no nosso sistema, aquilo que de

há muito se preconiza nos nossos matizes europeus' (Luiz Fux, *Curso de direito processual civil*, 2. ed., p. 1298-1299). 6. Precedentes: REsp 638664/PR, deste Relator, publicado no *DJ* 02.05.2005; REsp 791.104/PR, rel. Min. José Delgado, *DJ* 06.02.2006; REsp 665.451/CE, rel. Min. Castro Meira, *DJ* 07.11.2005, REsp 468.718, rel. Min. Eliana Calmon, *DJ* 15.04.2003; AGA 448.332/RS, rel. Min. José Delgado, *DJ* 21.10.2002; REsp 171.259/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, *DJ* 11.03.2002. 7. *In casu*, além de não ter sido registrada, a penhora efetivou-se em 05.11.1999, ou seja, após a alienação do imóvel pelos executados, realizada em 20.04.1999, devidamente registrada no Cartório de Imóveis (f.) data em que não havia qualquer ônus sobre a matrícula do imóvel. Deveras, a citação de um dos executados, ocorreu em 25.03.1999, sem contudo, ter ocorrido a convocação do outro executado. 8. Recurso especial provido."[40]

5. O registro nos termos da Súmula 375 do STJ e a questão da presunção absoluta

Nos termos do art. 659, § 4.º, à luz da alteração promovida pela Lei 11.382/2006, para presunção absoluta de conhecimento por parte de terceiro se faz necessário a averbação do ato constritivo, ao passo que pela Súmula 375 do STJ, para o reconhecimento da fraude à execução imperioso se faz o registro da penhora do bem alienado.

Cumpre-nos identificar a finalidade das disposições contidas no art. 659, § 4.º, do CPC e a letra da Súmula 375 do STJ.

De acordo com Wilson de Souza Campos Batalha, em seus comentários à Lei de Registros Públicos, "na expressão registro englobam-se a transcrição e a inscrição, a que aludem as leis civis (art. 168 da Lei 6.015/1973). (...). A averbação destina-se à menção de circunstâncias relevantes pertinentes a imóveis registrados".[41]

Da análise dos arts. 182 e ss. da Lei 6.015/1973 extraímos que o processo de registro é complexo e dispendioso. O art. 239 da Lei 6.015/1973 determina que o registro da penhora somente ocorrerá após o pagamento das custas e estabelece a presunção de fraude de qualquer transação posterior, ao passo que a averbação é procedimento mais simples, visto que, nos termos do art.

40. STJ, REsp 739.388/MG, 1.ª T., j. 28.03.2006, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 10.04.2006. No mesmo sentido, cf. STJ, REsp 865.974/RS, 1.ª T., j. 02.09.2008, rel. Min. Teori Albino Zavascki.

41. *Comentários à Lei de Registros Públicos*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 471.

13 da Lei 6.015/1973, as averbações poderão ser efetivadas de ofício, se não houverem sido requeridas; já os registros serão praticados por ordem judicial, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, quando a lei autorizar.

Assim, com a penhora, efetua-se uma alteração no registro do imóvel. Essa alteração é a averbação. À luz da Súmula 375 do STJ, deve-se interpretar o termo "registro" como "averbação", em nome do princípio da efetividade e celeridade processual. Não por outra razão, da análise dos precedentes que originaram o referido enunciado, conclui-se que o objetivo da exigência do registro da penhora é dar publicidade ao ato constritivo evitando, assim, as alegações, muitas vezes infundadas, de fraude à execução.

Antonio Macedo de Campos, em seus *Comentários à Lei de Registros Públicos*, afirmou que "a finalidade da averbação é levar ao conhecimento de terceiros a modificação havida no ato, mas sem influir na natureza ou causa que legitimou o registro".[42] Porém, essa também é a finalidade do registro, uma vez que ele gera publicidade *erga omnes* da constrição judicial e faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior, segundo o art. 240 da Lei 6.015/1973.

Podemos observar, a par dessas considerações, que o enunciado, ao expressar a palavra "registro", não pretendeu divisar registro de averbação, mas sim identificar a necessidade de inscrição do ato constritivo, com o objetivo de tornar público a todos, de modo mais célere. Não podemos deixar de mencionar que a atividade registral é regida pelo princípio da inscrição, segundo o qual a constituição, transmissão, modificação ou extinção dos direitos reais sobre imóveis só operam entre vivos, mediante sua inscrição no registro.[43]

Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, ao comentar o art. 615-A, afirmam que "(...) com registro da certidão de distribuição da execução, pode-se obter, perante terceiro, um efeito prático parecido ao da averbação da penhora (art. 659, § 4.º). É que não poderá o terceiro que adquire o bem, após a averbação a que se refere o art. 615-A alegar que desconhecia a existência da ação de execução".[44] Isso quer nos mostrar que devemos nos ater à finalidade do ato de transcrição, pois, seja pelo registro seja pela averbação, ambos fazem prova segura de conhecimento.

Por fim, atendendo a celeridade imprimida pelo procedimento de averbação, e sua função de apenas acrescentar circunstância relevante à matrícula do

---

42. Antonio Macedo de Campos, *Comentários à Lei de Registros Públicos*, São Paulo/Bauru: Javoli, 1977. vol. 3, p. 385.

43. Nessa linha, cf. Afrânio de Carvalho, *Registro de imóveis*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 137.

44. Cf. *Breves comentários à nova sistemática processual 3*. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 74.

ímovel, tornando-se assim, ato acessório, mas de grande importância, é de interpretar a expressão "registro" imprimida na Súmula 375 do STJ como "averbação". Não foi outra a intenção do legislador de 2006 que promoveu a alteração das expressões no art. 659, § 4.º, do CPC.

Não por outra razão, Cassio Scarpinella Bueno, a propósito da alteração promovida pela Lei 11.382/2006, que substituiu, no art. 659, § 4.º do CPC a palavra registro por averbação, afirma que "a finalidade da lei foi tornar ainda mais célere – porque já se dispensava, para a prática deste ato, qualquer formalidade ou mandado judicial, suficiente a certidão comprobatória da penhora – e menos onerosa a notícia da existência da penhora na matrícula do imóvel com vistas, vale repetir, a evitar ou reduzir a ocorrência de alienações fraudulentas. Não há mais necessidade, para este fim, do registro da penhora (art. 167, I, n. 5, da Lei 6.015/1973), suficiente a sua averbação, que passa a ser autorizada pelo dispositivo em comento, não obstante não ter havido nenhuma modificação na precitada Lei de Registros Públicos".[45]

No que toca à presunção absoluta prevista no art. 659, § 4.º, do CPC, já se levantaram vozes no sentido de sua inconstitucionalidade.

De acordo com Gelson Amaro de Souza, a norma supra referida "procurou ressucitar a velha, antiga e ultrapassada figura da presunção absoluta. A Constituição Federal de 1988, reconhecida por ser Constituição avançada, democrática e humanista, fazendo jus a esse reconhecimento, aboliu do meio jurídico a figura deplorável da presunção absoluta (...). Hoje, o direito de defesa e o direito à produção de provas são garantias constitucionais que não podem mais ser afastada pela legislação ordinária (art. 5,º, LIV e LV, da CF/1988)".[46]

Podemos observar que por muito tempo perdurou a discussão no sentido de prestigiar o direito real ou o direito pessoal do terceiro adquirente que não registrou o contrato preliminar ou o instrumento de aquisição do imóvel, sendo o tema central a boa-fé ou ma-fé por parte do adquirente. Em meados da década de 90 começou a firmar o entendimento no sentido de que o registro do ato constritivo era prova apta e segura a elidir a boa-fé do terceiro adquirente.

Walter Ceneviva, a propósito do disposto no art. 240 da Lei 6.015/1973, afirma que "a interpretação deste artigo tem sido objeto de discussão, a contar da exegese adotada pelo Conselho Superior da Magistratura, em São Paulo, de que penhora

45. Cf. op. cit., p.138.

46. Penhora e averbação – Inconstitucionalidade dos §§ 4.º e 5.º do art. 659 do CPC, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* 28/70.

anterior à alienação do bem pode ser registrada após o registro aquisitivo do adquirente e junto a este. Essa corrente aceita que, feito negócio pertinente ao imóvel, o adquirente tem o dever de obter prévias certidões forenses esclarecedoras da situação do alienante. Denunciada por elas a penhora – ainda não levada ao cartório imobiliário – e público que é o processo, aberto ao conhecimento de todos, o adquirente não se pode escusar, alegando boa-fé. Deve ser atingido pelo registro da penhora. Com esse caminho introduz-se uma quebra inaceitável do sistema: afasta-se a predominância do direito real e se dá realce ao pessoa, inerente à penhora não registrada. É interpretação contrária à letra do art. 240 da Lei 6.015/1973. Deste resulta a afirmação positiva de que só o registro da penhora faz prova, quanto à fraude, de transação posterior e que, a contrário, enquanto inexistente o registro, não se a pode alegar, por força da lei. Lançada a penhora nos assentamentos do cartório de imóveis só então será conhecível pelo outorgado comprador de modo apto a repercutir na esfera de seu direito".[47]

A intenção do disposto no art. 240 da Lei 6.015/1973 foi amenizar ou atenuar a grande discussão doutrinária e jurisprudencial que havia a respeito do tema.

Contudo, não se pode olvidar que a inscrição do ato constritivo, muitas vezes pode não corresponder à realidade. Tanto é que a própria lei prevê procedimentos relativos ao cancelamento, anulação e alteração de registros e averbações. Vale dizer, diante disso, não se pode afirmar que o ato registral goza de presunção absoluta de veracidade.

O registro tem por finalidade constituir ou declarar o direito real, através da inscrição do título respectivo, dotando as relações jurídicas de segurança e dando publicidade *erga omnes*. Nicolau Bueno Filho, ao analisar a função registral nos mostra que esta constitui em uma pretensão constante de que "o Registro seja uma fiel reprodução da realidade dos direitos imobiliários. A vida material dos direitos reais, bem como a sua vida tabular, deveriam-se desenvolver paralelamente, como se a segunda fosse espelho da primeira. Com efeito, esta é uma ambição difícil de se concretizar, mas em se tratando de um ideal, nada é impossível: basta preservar".[48]

A atividade registral, por outro lado, encontra-se calcada no princípio da boa-fé, que tem como fundamento o art. 1.231 do CC/2002, segundo o qual "a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário". Desta forma, presume-se que tudo o que estiver escrito no registro de imóveis tem

47. Walter Ceneviva, *Lei dos Registros Públicos comentada*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 523.

48. Nicolau Balbino Filho, *Direito imobiliário registral*, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35.

presunção de veracidade, até prova em contrário, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Não por outra razão, Walter Ceneviva nos mostra que a "autenticidade é qualidade do que é confirmado por ato de autoridade; de coisa, documento ou declaração verdadeiras. O registro cria presunção relativa de verdade. É ratificável, modificável e, por ser o oficial um receptor da declaração de terceiros, que examina segundo critérios predominantemente formais, não alcança o registro o fim que lhe é determinado pela definição legal: não dá autenticidade ao negócio causal ou ao fato jurídico de que se origina".[49]

Deste modo, a presunção que a inscrição do ato constritivo cria é relativa, vale dizer, até prova em contrário ela reproduz a inteira verdade. Não estamos aqui, discutindo a eficácia da inscrição, mas o que não podemos deixar de esquecer é a possibilidade de expedição de certidões negativas por engano ou erro, quando já existe penhora ou outro ônus averbado na matrícula.

Marcelo Augusto Santana de Melo, a propósito, nos explica que "o sistema registrário brasileiro possui apenas o princípio da legitimação, uma vez efetuada a inscrição, surge uma presunção *iuris tantum* de exatidão e veracidade, que opera enquanto não se comprove o contrário".[50]

Assim, devemos entender o enunciado da Súmula 375 do STJ no sentido de que o reconhecimento da fraude depende do registro da penhora. Uma vez registrada e não existindo prova em contrário, resta elidida a boa fé do adquirente caracterizando a fraude à execução. E, na ausência do registro, compete ao exequente provar a má-fé do terceiro adquirente.

A presunção, a que se refere o § 4.º do art. 659 do CPC, por força dos princípios norteadores do sistema registral, deve ser relativa, e não absoluta, conforme se verificou.

6. Conclusões

Em nossos estudos, focamos especialmente a redação da Súmula 375 do STJ, sem nos ater na análise das hipóteses de caracterização de fraude à execução.

Percebemos, ao longo de nossos estudos, que a doutrina e a jurisprudência, durante anos, debatiam sobre a proteção da boa-fé do terceiro adquirente que não registrou o título aquisitivo da propriedade.

---

49. Cf. op. cit., p. 4.

50. Marcelo Augusto Santana de Melo, O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral, *RDI* 63/63.

Entendemos, por fim, que a Súmula 375, nada mais fez do que prestigiar a proteção do terceiro de boa-fé, impondo ao exequente o ônus de comprovação da má-fé do adquirente, na hipótese de ausência de registro do ato constritivo.

Assim, afirmamos que o reconhecimento da fraude opera-se não apenas pelo ingresso em juízo, por parte do exequente ou ainda pela citação válida. Torna-se imprescindível o registro do ato constritivo para caracterização da fraude à execução.

Contudo, nos cumpriu observar que o registro opera presunção relativa, de modo que o interessado pode fazer prova no sentido de demonstrar a sua boa-fé ainda que diante da existência de registro.

Isso não quer significar que a demonstração do elemento subjetivo colocou a fraude à execução em pé de igualdade com a fraude contra credores, mesmo porque muitos elementos a distinguem, em especial o momento de sua ocorrência.

Desta forma, entendemos pertinente o entendimento sumulado pelo STJ, tendo em vista as discussões que se travaram ao longo do tempo, desde que compreendidas no contexto exposto por este estudo, sem deixar consignado, entretanto, que surgirão muitas outras questões a serem debatidas, não esgotando, aqui, todas as possibilidades existentes.

7. Referências

Arruda Alvim Wambier, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: O que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Ed. RT, 2001.

_____, Teresa; Wambier, Luiz Rodrigues; Medina, José Miguel. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____; _____; _____. *Breves comentários à nova sistemática processual 3*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Assis, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Balbino Filho, Nicolau. *Direito imobiliário registral*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Batalha, Wilson de Souza Campos. *Comentários à Lei de Registros Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Bueno, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 3.

Cahali, Yussef Said. *Fraude contra credores*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

Campos, Antonio Macedo de. *Comentários à Lei de Registros Públicos*. São Paulo/Bauru: Javoli, 1977. vol. 3.

Carvalho, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Ceneviva, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

Didier Junior, Fredie; Cunha, Leonardo José Carneiro da; Braga, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. *Curso de direito processual civil: execução*. Salvador: JusPodivm, 2009. vol. 5.

Dinamarco, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Ferreira, William Santos. *Aspectos polêmicos e práticos da nova reforma processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Fux, Luiz. *O novo processo de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Lima, Alvino. *A fraude no direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

Lisboa, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 1.

Martins-Costa, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: Tepedino, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*. vol. 680. p. 50-51. São Paulo: Ed. RT, jun. 1992.

Melo, Marcelo Augusto Santana. O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 63. p. 53-81. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2007.

Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

Souza, Gelson Amaro de. Penhora e averbação – Inconstitucionalidade dos §§ 4.º e 5.º do art. 659 do CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. n. 28. Porto Alegre: Magister, 2009.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A proteção conferida ao terceiro adquirente na fraude contra credores e na fraude à execução, de Natália Martins Pimenta – *RePro* 191/339; e
- A proteção do terceiro adquirente na fraude de execução e a edição da Súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, de Alexandre Junqueira Gomide – *RIASP* 25/11.

Veja também Jurisprudência

- Fraude à execução: *RT* 898/394 e *RT* 900/299.

A INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO E SUA QUALIFICAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS

2

Luciano Lopes Passarelli

Mestre e Doutorando em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Notarial e Registral. Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e de Registro Civil de Pessoas Jurídicas de Batatais/SP.

Área do Direito: Imobiliário e Registral; Processual; Civil

Resumo: Neste trabalho procuro sistematizar a matéria relativa à qualificação registral imobiliária em face das questões atinentes à incompetência absoluta do juízo.

Abstract: In this work I try to systematize the subject related to the analysis of the questions concerned with total incompetence of the Judge on the Real State Property Register.

Palavras-chave: Registro de imóveis – Incompetência absoluta do juízo.

Key words: Real State property register – Total incompetency of the Judge.

Sumário: 1. Pressuposto metodológico – 2. Aspectos gerais: a identificação do juízo competente – 3. Competência internacional – 4. Incompetência absoluta e relativa – 5. Jurisdição civil – 6. Princípio da *perpetuatio jurisdictionis* – 7. O art. 95 do CPC – 8. Inventário e partilha: o art. 96 do CPC – 9. Mandado de segurança – 10. Jurisdição trabalhista – 11. Justiça Federal – 12. Efeito da decisão proferida por juiz absolutamente incompetente: 12.1 Decisões proferidas em sede de jurisdição contenciosa; 12.2 Jurisdição voluntária; 12.3 Sentença meramente homologatória – 13. Referências bibliográficas.

1. PRESSUPOSTO METODOLÓGICO

Em diversas ocasiões, o Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo (CSM/SP) decidiu que cabe ao oficial registrador qualificar inclusive títulos judiciais, para apontar eventual hipótese de incompetência absoluta da autoridade judiciária, aferir a congruência do que se ordena, apurar a presença de formalidades documentais e, finalmente, analisar a existência de eventuais obstáculos registrais.[1]

Aqui se socorreu o CSM/SP da legislação alienígena, mas exatamente do art. 100 do Decreto regulamentador da Lei Hipotecária Espanhola (Reglamento Hipotecario RCL/1947/476), que dispõe, *verbis:*

"(...) La calificación por los registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro."

Dentre os critérios elencados, proponho-me a investigar, neste trabalho, o que trata da qualificação registral-imobiliária dos títulos judiciais e a incompetência do juízo do qual emanado o título.

Mas é importante deixar assentado um pressuposto metodológico importante, posto que este trabalho não é sobre direito processual civil "puro", por assim dizer. Na verdade, trata-se de uma abordagem sob a ótica do direito registral-imobiliário, que sempre parte de uma premissa fundamental: no atual estágio de desenvolvimento do direito registral-imobiliário no Brasil, cabe ao registrador "observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente", conforme se vê do art. 30, XIV, da Lei federal 8.935/1994.

Destarte, as decisões do CSM-SP produzem, então, normas técnicas que não podem ser desconsideradas pelos registradores.

Qualquer estudo, de qualquer ramo do direito, sob a ótica do registrador imobiliário, não pode perder de vista esta particularidade.

Cabe então ao cientista do direito – e nesta seara notadamente ao cientista do direito registral-imobiliário – a busca pela harmonização das disposições normativas e legais, em ordem a superar eventuais dificuldades e perplexidades em sua aplicação.

---

1. V.g., dentre tantos, conferir o r. acórdão proferido nos autos da ApCiv 79-6/1, Comarca da Capital, 8.º Oficial de Registro de Imóveis, *DOE* 07.11.2003.

É o que procurarei fazer na sequência deste trabalho, buscando verificar quais os contornos e os limites da atividade de qualificação registral-imobiliária, quando o registrador se deparar com um título expedido por autoridade judiciária incompetente (absolutamente) para tanto. Deverá devolvê-lo em qualquer hipótese? E se a sentença houver transitado em julgado? Há diferença em se tratando de jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa? E as decisões meramente homologatórias? Aplica-se o mesmo raciocínio ao processo de conhecimento, ao de execução e ao cautelar? E para as decisões interlocutórias? E a antecipação de tutela?

Fácil perceber que esta matéria é bastante ampla, razão pela qual importa aqui fixar seus contornos gerais e proceder a um corte metodológico para encontrar os aspectos que podem repercutir na qualificação registral-imobiliária.

2. Aspectos gerais: a identificação do juízo competente

Na obra clássica de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco sobre *Teoria geral do processo*, encontramos referência à clássica definição de Liebman sobre competência, no sentido de que trata-se da "quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos".[2]

É importante lembrar, como faz Athos Gusmão Carneiro,[3] que o Poder Judiciário não é nem federal nem estadual, mas sim nacional, tanto que a Constituição de 1988 elenca os Tribunais e juízes dos Estados entre os órgãos do Poder Judiciário (art. 92, VII).

Dentro dessa moldura, Arruda Alvim define o conceito de competência como sendo

"(...) a atribuição a um dado órgão do Poder Judiciário daquilo que lhe está afeto, em decorrência de sua atividade jurisdicional específica, dentro do Poder Judiciário, normalmente excluída a legitimidade simultânea de qualquer outro órgão do mesmo Poder (ou, *a fortiori*, de outro poder)."[4]

Como se sabe, a jurisdição é uma só. Não é fragmentada. Cada juiz e tribunal é plenamente investido dela, mas o exercício da jurisdição é distribuído

---

2. Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 229.
3. Carneiro, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.
4. Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. vol. 1, p. 262.

entre vários órgãos jurisdicionais, tanto pela própria Constituição quanto pelas leis ordinárias, e ainda pelas Constituições Estaduais e pelas leis de organização judiciária de cada Estado-membro. Nesse sentido, averbam Antonio Carlos de Araujo Cintra *et alii* que

"(...) assim a função jurisdicional, que é uma só e atribuída abstratamente a todos os órgãos do poder judiciário, passa por um processo gradativo de concretização, até chegar-se à determinação do juiz competente para determinado processo; através das regras legais que atribuem a cada órgão o exercício da jurisdição com referência a dada categoria de causas (regras de competência), excluem-se os demais órgãos jurisdicionais para que só aquele deva exercê-la ali, em concreto."[5]

No dizer de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

"(...) A lei fixa critérios que distribuem entre os diversos órgãos do Estado a órbita do poder jurisdicional de seus agentes. Fazendo isto a lei confere *competência* ao órgão estatal incumbido de exercer a jurisdição, nos exatos limites da linha que traça."[6]

Acrescenta Arruda Alvim que a "*competência* é a *jurisdição para o caso específico,* ou, por outras palavras, a concretização do poder jurisdicional num dado órgão, cujo juiz tem poder para processar a causa e julgá-la"[7] (os destaques são do texto).

Nesse sentido, o art. 86 do CPC é bastante elucidativo, quando prescreve que as causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, *nos limites de sua competência.* Noutro dizer, não podem os órgãos jurisdicionais processar e decidir causas que não estejam nos limites de sua competência.

Na estrutura do Poder Judiciário há órgãos judiciais isolados, que estão no topo da pirâmide, como o STF, e há também órgãos autônomos, as "Justiças", como a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral. Estas, por sua vez, dividem-se internamente em órgãos superiores e inferiores, constituindo o duplo grau de jurisdição, além de uma divisão geográfica, as comarcas e as seções judiciárias. Por fim, elas podem subdividir-se criando varas especializadas em determinada matéria. Para determinar-se, então, qual o juiz competente, primeiramente

5. Idem, ibidem.

6. Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado.* 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 322.

7. Arruda Alvim. Op. cit., p. 266.

deve questionar-se qual a "Justiça" competente, se se trata de competência originária de algum órgão superior dessa "Justiça", ou se o processo inicia-se no órgão inferior, qual o foro (comarca, seção judiciária) em que o processo deve iniciar-se, e se nesse local há algum juiz específico para conhecer a matéria.

A Constituição Federal traça os contornos da competência dos diversos órgãos jurisdicionais.

No art. 92 ela elenca quais são eles: o STF, o STJ, os Tribunais Regionais Federais e os juízes federais, os Tribunais e juízes do trabalho, os Tribunais e juízes eleitorais, os Tribunais e os juízes militares, os Tribunais e os juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Nesse artigo está elencado também o Conselho Nacional da Justiça, mas este órgão não exerce atividade jurisdicional, motivo pelo qual não é o caso de estudá-lo aqui, muito embora ele tenha relevante reflexo na atividade notarial e registral, mas do ponto de vista administrativo.

O § 2.º do mesmo preceptivo estabelece que o STF e demais tribunais superiores têm jurisdição em todo o Território Nacional.

No art. 102 temos a competência constitucional do STF, sendo que no inc. I temos a competência "originária", ou seja, a que oferece o critério para saber-se em qual órgão judiciário o processo deve ser iniciado.

Observando as várias alíneas deste inciso, encontramos na letra *e* que cabe ao STF julgar o "litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território".

É possível, então, que o litígio entre essas pessoas jurídicas versem sobre bem imóvel. Imagine-se que um organismo internacional e um Estado litiguem acerca da propriedade de certo bem imóvel em sede de ação reivindicatória. Esta ação deve ser manejada originariamente junto ao STF, e teremos um caso em que o título que vier a ingressar no registro, por exemplo determinando o cancelamento em nome de um e o registro em nome do outro, será expedido pela nossa Corte Maior.

Na alínea *f* encontramos a mesma ideia, e com campo de abrangência maior: é de competência originária do STF julgar "as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta".

Portanto, nas ações envolvendo os entes acima mencionados, que eventualmente tenham reflexos sobre bens imóveis e venham a desaguar no Registro Imobiliário, deverá o registrador qualificar negativamente qualquer título emanado de outro órgão judiciário que não o STF, lembrando também que cabe à Corte Maior "a execução de sentença nas causas de sua competência origi-

nária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais" (alínea *m*).

Quanto ao STJ, verificamos que, após as alterações introduzidas pela EC 45/2004, cabe a este tribunal superior a homologação de sentenças estrangeiras (art. 105, I, *i*, da CF/1988), o que reclama atenção na leitura do art. 221, III, da Lei de Registros Públicos, que ainda faz referência ao STF.

Depois, no art. 109, a Constituição elenca a competência dos juízes federais. No inc. I temos que cabe aos juízes federais processar e julgar "as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho".

Portanto, em princípio, o registrador deve desqualificar título oriundo, por exemplo, da Justiça Estadual, tendo por objeto controvérsia sobre direitos relativos a imóveis, se a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes (com as ressalvas apontadas pelo texto).

Não se olvide, contudo, que as ações em que forem parte instituição de previdência e segurado, se a comarca não for sede de vara do juízo federal, poderão ser processadas na Justiça Estadual, sendo possível também que a lei estenda essa possibilidade a outras matérias (§ 3.º do mesmo art. 109).

As hipóteses dos incs. II (causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e município ou pessoa domiciliada ou residente no país) e III (causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional) também podem, em tese, ter reflexo no registro imobiliário, que deverá atentar, então, se os títulos são oriundos da Justiça Federal, e não de nenhuma outra.

Já no inc. XI temos que cabe à Justiça Federal resolver "as disputas sobre direitos indígenas" o que, claramente, pode vir a ter repercussão no registro imobiliário.

No § 1.º temos uma previsão de incompetência territorial: o juízo federal competente para conhecer das causas em que a União for autora é o do domicílio do réu.

No art. 114 da CF/1988 disciplina a competência da Justiça do Trabalho, que tem grande abrangência no registro imobiliário. Cabe à Justiça do Trabalho processar e julgar "as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (inc. I), e ainda,

em outra previsão que certamente poderá desaguar no registro imobiliário, "as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho" (inc. VI).

O juiz laboral também tem competência para promover "a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir" (inc. VIII), o que pode culminar em atos de expropriação forçada de imóveis. Por derradeiro, há uma prescrição bastante aberta, contida no inc. IX, que atribui aos juízes do trabalho competência para processar e julgar "outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei".

Por fim, trata a Constituição da Justiça dos Estados, mas remete sua organização, inclusive a questão da competência, para a legislação estadual, notadamente a Constituição dos Estados-membros e suas respectivas leis de organização judiciária.

Dessa análise perfunctória da matéria na Constituição, aqui realizada nos estreitos limites que interessam mais diretamente ao estudioso do direito registral imobiliário, percebe-se que um critério de atribuição da competência é em razão da matéria objeto da lide. Daí falarmos em *competência comum* e *competência especial*. Trata-se da competência *ratione materiae*, de sorte que se a natureza da causa a ser decidida versar sobre matéria trabalhista, por exemplo, é competente a Justiça do Trabalho, e não a Justiça Estadual. Não versando a causa sobre matéria reservada a determinado órgão judicial, diz-se que a competência será da *Justiça comum,* Federal ou Estadual.

Fixe-se, então, o entendimento de que a competência dessas jurisdições especiais "(...) é aquela prevista taxativamente na Constituição da República; *por exclusão,* as demais causas são processadas e julgadas perante a Justiça Comum, ou Justiça ordinária, integrada pelos juízes e tribunais dos Estados e do Distrito Federal. Lei ordinária, ou mesmo lei complementar, não poderá ampliar nem restringir a competência das "jurisdições especiais".[8]

É que, conforme averba Leandro José Carneiro da Cunha, forte nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho,

"(...) Em matéria de competência, identificam-se dois importantes princípios, a saber: (a) o princípio da indisponibilidade de competências; e (b) o princípio da tipicidade de competências. Em razão do princípio da tipicidade, as competências dos órgãos constitucionais são apenas as expressamente

8. Carneiro, Athos Gusmão. Op. cit., p. 220.

previstas na Constituição. De acordo com o princípio da indisponibilidade, as competências constitucionalmente fixadas não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribuiu."[9]

Esse o entendimento esposado pelo STJ no REsp 28.848/SP,[10] assim ementado:

"*Constitucional e processual civil. Princípios da indisponibilidade de competências e da tipicidade de competências. Alçada (Lei 6.825/1980). Recurso especial não conhecido.*

I – A recorrente sucumbiu em primeira instância. Como sua causa não dava alçada, interpôs embargos infringentes (Lei 6.825/1980), os quais foram improvidos. Interpôs, então, recurso especial.

II – Pelo "princípio da indisponibilidade de competências", que se acha associado ao "princípio da tipicidade de competências", consagrados pela nossa Constituição, a competência dos órgãos constitucionais, entre eles os dos tribunais, não pode ser ampliada ou transferida. Qualquer tentativa de estabelecer-se tratamento analógico com o art. 102, III, da CF/1988, onde não se veda a apreciação pelo STF de recurso extraordinário interposto de causas de alçada, redundaria em violação de tais princípios.

III – Recurso especial não conhecido."

Mas, superado esse primeiro momento de verificação se o caso *sub judice* não é de competência de nenhuma *Justiça Especial,*[11] há que se investigar se a *Justiça comum* competente é a Federal ou a Estadual e, como já no referimos acima, que se notar que o discrímen também é feito *ratione materiae*, porque as matérias que cabem à Justiça Federal estão elencadas no art. 109 da CF/1988. A Justiça Federal também exerce competência em razão da pessoa do litigante (*ratione personae*), como também já apontei acima, relativamente aos incs. I, II e III do art. 109 da CF/1988.

A competência da Justiça comum Estadual, portanto, é residual. O que não for de competência da Justiça Federal será de competência da Justiça Estadual.

---

9. CUNHA, Leandro José Carneiro da. *Jurisdição e competência.* São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 47.

10. STJ, REsp 28.848/SP, 6.ª T., rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, rel. p/ acórdão Min. Adhemar Maciel, *DJ* 02.08.1993. Acórdão não unânime, p. 14.287.

11. Lembra Athos Gusmão Carneiro que "todas as causas não previstas *expressamente* na Constituição Federal como de competência das Justiças Especializadas cabem à Justiça comum, exercida pelos tribunais e juízes estaduais, e ainda pela Justiça local do Distrito Federal" (CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 97).

Por fim, necessário ter em mente que a jurisdição em regra também se divide em *civil* e *penal,* conforme tenha atribuição para conhecer e julgar apenas uma das referidas matérias.

José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier oferecem um "roteiro" para identificação do juiz competente:

"(...) Assim, para definir-se perante qual juízo deve ser intentada a ação, pode-se aplicar a seguinte fórmula, identificando-se se é caso: (1) competência funcional, originária de algum tribunal, cf. art. 93 do CPC (por exemplo, para julgamento de ação rescisória, cf. art. 493 do CPC); (2) competência de Justiça especializada (por exemplo, trabalhista); (3) em se tratando de Justiça comum, se federal, que é *ratione personae* (art. 109 da CF/1988) ou, residualmente, estadual. Uma vez tendo-se identificado se se trata de Justiça Estadual ou Federal, há, ainda, que se perquirir o seguinte: (4) qual o foro territorialmente competente (comarca ou seção judiciária, conforme se trate de Justiça Estadual ou Federal, cf. arts. 94 e ss. do CPC). Assim, por exemplo, dispõe o art. 109, § 1.º, da CF/1988 que "as causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte"; (5) se, no juízo competente territorialmente, há vara especializada (por exemplo, vara de família)."[12]

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery também nos oferecem seu "roteiro", ou, como eles denominam, "fórmula para encontrar-se o juízo competente":

"(...) I – verificar se a Justiça brasileira é competente para julgar a causa (art. 88 e 89 do CPC); II – em o sendo, investigar se o caso é de competência originária de tribunal ou de órgão jurisdicional atípico (Senado Federal: art. 52, I e II da CF/1988; Câmara dos Deputados: art. 51, I, da CF/1988; Assembleia Legislativa Estadual, para julgar governador do Estado: v.g., art. 49 da Constituição Estadual de São Paulo); III – não sendo caso de competência originária de tribunal ou de órgão especial, verificar se é afeto à Justiça especial (eleitoral, militar ou trabalhista) ou comum; IV – sendo da competência da Justiça comum, verificar se é da federal (art. 109 da CF/1988); V – não sendo da competência da Justiça Federal, será residualmente da Estadual; VI – sendo da competência da Justiça Comum Estadual, deve-se buscar o foro competente, segundo os critérios do CPC (absoluta e relativa, material, funcional, valor da causa e territorial); VII – determinado o foro competente, dentro dele deverá ser encontrado o juízo competente, de acordo com o sistema do CPC (preven-

12. Medina, José Miguel Garcia; Arruda Alvim Wambier, Teresa. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 2009. vol. 1. p. 104.

ção, distribuição, propositura da ação) e das normas estaduais de organização judiciária."[13]

3. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

A chamada "competência internacional" (arts. 88 a 90 da CF/1988), não é propriamente competência, mas limites à soberania jurisdicional brasileira e, no que concerne especificamente ao nosso tema de estudo, traz importantes reflexos no Registro Imobiliário, já que o art. 89 estabelece que:

"(...) Art. 89 Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional."

A regra processual está em linha com a prevista no direito material, constante do art. 12, § 1.º, da LICC (Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro):

"Art. 12 (...)

§ 1.º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil."

Perceba-se então que ações versando sobre bens imóveis, inclusive o inventário e partilha de bens situados no Brasil, são de competência exclusiva da Justiça brasileira. Essa circunstância deve inclusive ser lida em conjunto com o art. 221, III, da Lei de Registros Públicos, que trata do ingresso no Registro de Imóveis de "sentenças proferidas por tribunais estrangeiros", após homologação pelo STJ,[14] posto que não será admissível a homologação de julgado estrangeiro que fira as prescrições do art. 89 do CPC.[15]

Assim, o STF já se negou a homologar parcialmente sentença oriunda da Itália, na parte em que versava sobre divisão de bens imóveis, nos autos da SEC 7209/Itália, publicada no *DOU* 29.09.2006, com a seguinte ementa:

"*Sentença estrangeira – Tramitação de processo no Brasil – Homologação*. O fato de ter-se, no Brasil, o curso de processo concernente a conflito de inte-

13. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 330.

14. Embora no texto do art. 221 da Lei de Registros Públicos conste referência ao STF, a EC 45/2004 transferiu a competência para homologar sentença estrangeira para o STJ.

15. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 149.

resses dirimido em sentença estrangeira transitada em julgado não é óbice à homologação desta última. *Bens imóveis situados no Brasil – Divisão – Sentença estrangeira – Homologação.* A exclusividade de jurisdição relativamente a bens imóveis situados no Brasil – art. 89, I, do CPC – afasta a homologação de sentença estrangeira a versar a divisão."

Outra decisão bastante paradigmática foi proferida nos autos da SE no AgRg no AgRg 7101/PG – Paraguai, publicada do *DOU* 14.11.2003, assim ementada:

"*Ementa: Agravo regimental em agravo regimental na sentença estrangeira – Homologação – Limites – Bens imóveis situados em território nacional – Competência exclusiva da Justiça brasileira.* 1. Sentença proferida na República do Paraguai, em que se declara a nulidade de instrumento procuratório e a transferência de imóvel localizado no Brasil. 2. Recurso interposto contra decisão que limitou a homologação da sentença estrangeira à parte referente à outorga de mandato, não abrangendo os atos que, por força dele, foram praticados e que importaram na alteração subjetiva da matrícula do imóvel. 3. O Judiciário brasileiro tem competência exclusiva e absoluta para conhecer de ações nas quais estejam envolvidos bens imóveis que se encontrem em território pátrio (art. 89, I, do CPC). Agravo regimental em agravo regimental em sentença estrangeira a que se nega provimento."

No entanto, nossa Corte Maior já entendeu que a mera homologação, por tribunal estrangeiro, de acordo celebrado em sede de dissolução conjugal, partilhando seus bens situados no Brasil, não fere o art. 89 do CPC.

Esta é a ementa da SEC 7146/Estados Unidos do Brasil, publicada no *DOU* 02.08.2002:

"*Ementa: Homologação de sentença estrangeira – Partilha de imóveis situados no território brasileiro – Art. 89 do CPC – Soberania nacional.* Não viola a soberania nacional o provimento judicial estrangeiro que ratifica acordo, celebrado pelos antigos cônjuges, acerca de bens imóveis localizados no Brasil. Precedentes. Pedido formulado conforme o art. 216 do Regimento Interno do STF. Homologação deferida."

No mesmo sentido a SEC 4512/SI – Suíça, publicada no *DOU* 02.12.1994, em consideração à circunstância de que o Judiciário helvético aplicou a lei brasileira na solução de partilha em razão do divórcio do casal:

"*Ementa: Homologação de sentença estrangeira que dispõe sobre a partilha de bens da sociedade conjugal – Contestação.* 1. Casamento celebrado no Brasil e divórcio decretado pelo Poder Judiciário helvécio, já homologado pelo STF nos autos da SEC 3.862, *RTJ* 131/1.071. 2. Partilha de bens da sociedade conjugal processada posteriormente perante o Judiciário suíço, com aplicação

das leis brasileiras. 3. Não fere o art. 89, II, do CPC, que prevê a competência absoluta da Justiça brasileira para proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, a decisão de Tribunal estrangeiro que dispõe sobre a partilha de bens móveis e imóveis em decorrência da dissolução da sociedade conjugal, aplicando a lei brasileira. 4. Sentença estrangeira homologada."

Mas na hipótese de inventário e partilha, é mesmo longeva a jurisprudência do STF no sentido da impossibilidade da homologação, como se vê da SE 2293/EUA, publicada no *DOU* 03.09.1979:

"Ementa: – Sentença estrangeira – Competência absoluta da Justiça brasileira para proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro, ou tenha residido fora do território nacional – Art. 89, II do CPC – Pedido de homologação indeferido."

Com a superveniência da EC 45/2004, a competência para homologar sentença estrangeira foi transferida do STF para o STJ, conforme se vê do art. 105, I, *i*, da CF/1988. Esse Tribunal já decidiu que sentença estrangeira que meramente ratifica a vontade do testador, dando destino a seu patrimônio imobiliário dentro dos limites da lei brasileira, não ofende ao art. 89 do CPC, e tampouco ao art. 12, § 1.º da LICC (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).[16] Da mesma forma a sentença estrangeira que apenas ratifica acordo entre as partes.[17]

O STJ, contudo, manteve o entendimento do STF com relação aos inventários e partilhas, negando homologação a sentença estrangeira que decidiu atos relacionados a inventário e partilha de bens situados no Brasil.[18] Mas, ainda que se trate de inventário e partilha, é possível a homologação de sentença estrangeira se esta aplicou o direito brasileiro.[19]

4. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA E RELATIVA

Diz o *caput* do art. 111 do CPC:

"(...) Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes, mas estas podem modificar a competência

16. STJ, SEC 1304/US, Corte Especial, rel. Min. Gilson Dipp, *DJe* 03.03.2008.
17. Idem.
18. STJ, SEC 1032/GB, Corte Especial, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 13.03.2008.
19. STJ, SEC 878/PT, Corte Especial, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 27.06.2005, p. 203.

em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações."

São marcantes as diferenças entre a incompetência absoluta e a relativa, até porque a primeira é dita no interesse público, enquanto que a relativa é atribuída tendo em vista o interesse privado das partes.

Na competência absoluta, como se percebe da dicção do artigo acima transcrito, não é possível haver prorrogação ou derrogação por vontade das partes, o que é possível na competência relativa, conforme se vê do art. 114 do CPC. A prorrogação da competência é o instituto através do qual o juízo, originariamente incompetente, torna-se competente para o julgamento da causa. Como se afirmou, a incompetência absoluta não é prorrogável.

Na incompetência absoluta, o juiz deve manifestar-se *ex officio,* não havendo preclusão, nem para o juiz, nem para as partes (art. 113 do CPC), que também podem arguí-la a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Sendo reconhecida a incompetência absoluta, todos os atos decisórios até então praticados serão nulos (art. 113, § 2.º). Esta nulidade pode ser reconhecida inclusive em sede de ação rescisória (art. 485, II, do CPC).

Já a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício, devendo haver provocação da parte interessada, o que se faz por *exceção* (art. 112, *caput,* do CPC).

A Súmula 33 do STJ, aliás, fixa exatamente que "a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício".

Contudo, há exceção a essa regra no parágrafo único do art. 112 do CPC, mas facilmente explicável por tratar-se, ali, de contrato de adesão, onde a eleição do foro deve ser vista com as cautelas típicas dessa modalidade contratual.

A incompetência relativa, não arguida e reconhecida, não constituirá matéria passível de arguição em sede ação rescisória, isto porque, conforme ensinam José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, "a incompetência relativa é vício que, *se não reconhecido oportunamente, não enseja a nulidade do processo,* mas, sim, a *prorrogação da competência* (art. 114 do CPC). Estará presente o pressuposto processual da competência se o juiz for relativamente incompetente"[20] (os destaques são do texto).

Já a incompetência absoluta poderá ensejar o juízo rescisório, nos termos do art. 485, II, do CPC, conforme já apontado acima.

---

20. Medina, José Miguel Garcia; Arruda Alvim Wambier, Teresa. Op. cit., p. 121.

Não é diferente a lição de Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini:

"(...) Uma vez infringidas as regras de competência absoluta, está-se diante de um vício insanável, consistente, segundo alguns, numa nulidade absoluta a respeito da qual não se opera a preclusão, nem para as partes, nem para o juiz, devendo este, de ofício, decretar este vício. Interessante ressaltar ser de tamanha gravidade o vício consistente na incompetência absoluta que, mesmo depois de se ter formado a coisa julgada, a sentença continua passível de ser impugnada, dentro de dois anos, a partir do trânsito em julgado, por meio de ação rescisória."[21]

Outro ponto a ser evidenciado é que a competência absoluta é pressuposto processual de validade, não podendo ser modificada pela vontade das partes, como se nota da leitura a *contrario sensu* do art. 102 do CPC, ao passo que a competência relativa pode ser modificada por convenção entre as partes (eleição de foro). Outra hipótese de modificação é quando há inércia do réu que não arguiu exceção de incompetência no prazo legal, dando azo à prorrogação da competência, como veremos logo adiante.

A competência relativa pode ser modificada pela conexão ou continência, como prescreve expressamente o art. 102 do CPC. Já a competência absoluta não se modifica por esses institutos.[22]

Se houver incompetência absoluta, não ocorrerá a prevenção nem a litispendência. E mais: não haverá coisa litigiosa (art. 219 do CPC),[23] averbando Arruda Alvim que "se for alienada a coisa, objeto da ação, tal alienação será válida e eficaz".[24]

No entanto, se apresentar-se situação de dano irreversível e juridicamente irremediável, o juiz absolutamente incompetente pode conceder tutela de urgência, remetendo, em seguida, os autos ao juízo competente. Esse entendimento decorre do princípio constitucional segundo o qual a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário a ameaça a direito (art. 5.º, XXXV, da CF/1988).[25]

---

21. Wambier, Luiz Rodrigues; Almeida, Flávio Renato Correia de; Talamini, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 1. p. 92.
22. Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 359.
23. Esse enunciado normativo só ressalva a validade da citação para efeito de constituição em mora e interrupção da prescrição.
24. Arruda Alvim. Op. cit., p. 268.
25. Medina, José Miguel Garcia; Arruda Alvim Wambier, Teresa. Op. cit., p. 100.

No tema objeto do nosso estudo, como já referido alhures, a *incompetência absoluta deverá ser verificada pelo oficial registrador,* a quem caberá qualificar negativamente títulos oriundos de juiz absolutamente incompetente para expedir o título apresentado para registro.

Mas, não obstante no direito brasileiro a competência absoluta seja pressuposto processual,[26] conforme ensina Arruda Alvim, esse mesmo autor aduz que, se apesar da incompetência, vier a ser proferida uma sentença, não anulada na via recursal antes do trânsito em julgado, após decorrido o prazo da ação rescisória essa sentença passará a ter os predicados da validade e da eficácia. O vício terá desaparecido de vez.[27]

Mesmo antes do julgamento de procedência da ação rescisória, a sentença continuará a operar todos os seus efeitos, salvo se houver concessão de medida cautelar ou antecipatória da tutela, nos termos do art. 489 do CPC.

5. Jurisdição civil

Traçados os contornos gerais da matéria, de se questionar quais são os critérios para identificar os casos de incompetência absoluta, distinguindo-os dos de incompetência relativa.

O Código de Processo Civil divide a matéria "competência" no capítulo III do Título IV, tratando da "competência em razão do valor e da matéria" nos arts. 91 e 92; da competência funcional no art. 93, e da competência territorial nos arts. 94 a 101.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, fortes nas lições de Moacyr Amaral Santos, apontam que:

"(...) Três são os critérios: o *objetivo,* o *territorial* e o *funcional.* O primeiro engloba os critérios de fixação de competência segundo a *natureza da causa* (art. 111 do CPC, *absoluta*), *seu valor* (art. 111 do CPC, *relativa*), ou segundo a *condição das pessoas em lide* (art. 111 do CPC, *absoluta*). O segundo fixa a competência do juízo segundo os limites de suas circunscrições territoriais (art. 111 do CPC, *relativa*). O terceiro estabelece a competência de acordo com os poderes jurisdicionais de cada um dos órgãos julgadores, conforme sua função no processo (art. 111 do CPC, *absoluta*)."[28] Os destaques são do texto.

---

26. Arruda Alvim. Op. cit., p. 267.

27. Idem, p. 269.

28. Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 322.

Como regra, podemos afirmar que a competência material e a funcional são *absolutas,* enquanto que a territorial e a atinente ao valor da causa são *relativas.*

A *competência material* (*ratione materiae)* leva em consideração a matéria objeto da lide e, ressalvados casos expressos na Constituição, no próprio Código ou em lei federal, a competência material é regulada pelas leis estaduais de organização judiciária,[29] nos exatos termos do art. 91 do CPC, que prescreve:

"(...) Art. 91. Regem a competência em razão do valor e da matéria as normas de organização judiciária, ressalvados os casos expressos neste Código."

Quanto aos Estados-membros, esclarece Athos Gusmão Carneiro que:

"(...) Também à legislação estadual, nas comarcas providas de duas ou mais varas, cabe dispor sobre a criação de *juízos privativos,* incumbidos de conhecer determinadas causas conforme critérios ligados à matéria, ao valor da causa ou à pessoa do litigante. A lei estadual, destarte, pode criar *juízos privativos* das ações relativas a direitos de família, ou a falência etc.; pode criar juízos privativos de causas de pequeno valor, pode criar juízos privativos das causas em que um dos litigantes seja o Estado, ou Município da Capital, ou entidades de direito público estaduais ou municipais (Varas da Fazenda Pública)."[30]

O STJ já decidiu, por exemplo, que havendo *Vara de Registros Públicos,* sua competência prevalece sobre a vara cível comum, atraindo a discussão versando sobre anulação de escritura pública e do seu respectivo registro, em acórdão assim ementado:

"*Processual civil. Competência de juízo. Vara comum e vara especializada em razão da matéria. Caráter absoluto. Conexão. Recurso desacolhido.*

I – Existe conexão entre as ações anulatórias da escritura de compra e venda e do registro desta, mormente se ambas se fundam no dolo com que procederam os réus para a realização do negócio.

II – A competência de varas especializadas, determinada pelas leis de organização judiciária, em razão da matéria, é de caráter absoluto, atraindo o julgamento das causas conexas com as distribuídas a ela anteriormente."[31]

No mesmo sentido a lição de Athos Gusmão Carneiro, que esclarece que:

"(...) a competência de juízo *em razão da matéria* e, pois, a competência das varas especializadas é de *caráter absoluto,* atraindo o julgamento das causas

29. CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 74.

30. Idem, ibidem.

31. STJ, REsp 127.082/MG, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 17.05.1999, p. 207.

conexas com as a elas distribuídas. Assim, v.g., a competência *ratione materiae* de uma Vara dos Registros Públicos, determinada pela lei de organização judiciária, prevalece sobre a competência de uma vara cível comum (...)."[32]

Além disso, pode ser que as leis de organização judiciária dos Estados prevejam a existência dos chamados *foros regionais,* como há na cidade de São Paulo, sendo que, de acordo com o magistério de Arruda Alvim, trata-se aqui de hipótese de *competência absoluta*,[33] de sorte que não é possível, no caso, optar por outro foro na mesma comarca. Assim, a "eleição de foro" refere-se à eleição de comarca, mas a organização interna da comarca é matéria de ordem pública e não está na esfera de disponibilidade das partes.[34]

Deve-se aqui fazer referência também aos *juizados especiais,* que têm competência privativa em razão da matéria e do valor, já que lhes cabe conhecer apenas determinadas causas, e desde que o valor não exceda a 40 vezes o salário mínimo, como preceitua o art. 3.º, I, da Lei 9.099/1995, sendo que os *juizados especiais federais* têm alçada até 60 vezes o salário mínimo (art. 3.º, *caput,* da Lei 10.259/2001), tratando-se de hipótese de *competência absoluta* (§ 3.º do mesmo dispositivo).

Já a *competência funcional,* conforme ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, leva em consideração:

"(...) a função que o órgão jurisdicional exerce para que se o tenha como competente. A competência hierárquica é espécie da funcional. São exemplos de competência funcional: a) dos tribunais para a execução dos acórdãos das causas de sua competência originária (art. 475-P, I, do CPC); b) do foro da situação da coisa (*forum rei sitae)* para as ações que versem sobre propriedade, posse etc. (art. 95 do CPC, 2.ª parte, *a contrario sensu);* c) dos tribunais para o julgamento de apelação contra sentença de juiz singular. No sistema anterior, era funcional a competência do juízo que proferiu a sentença exequenda para processá-la e executá-la (art. 575, II, do CPC), execução que se fazia de acordo com o processo e procedimento do Livro II do CPC (Processo de Execução). Pela reforma empreendida pela Lei 11.232/2005 (*DOU* 23.12.2005), a sentença condenatória se executa pelo instituto do *cumprimento da sentença* (art. 475-I do CPC) e a competência para tanto é do juízo que a proferiu (art. 475-P, II, CPC), mas *concorrente* com a do juízo do lugar onde se localizam

32. Carneiro, Athos Gusmão. Op. cit., p. 99.

33. Arruda Alvim. Op. cit., p. 324.

34. Carneiro, Athos Gusmão. Op. cit., p. 134.

os bens sujeitos à execução ou do lugar do atual domicílio do executado (art. 475-P, parágrafo Único, do CPC). Essa competência, portanto, transmudou-se de *absoluta* (funcional) para *relativa* (concorrente e territorial)."[35]

Além disso, o critério funcional é o predominante (mas não o exclusivo) na fixação da competência recursal, averbando Arruda Alvim que:

"(...) determina-se a competência recursal, avultando de importância o critério da hierarquia, tendo-se em vista a função atribuída ao órgão (competência hierárquica, acima dos juízos do primeiro grau de jurisdição, com a função de rever, por via recursal, as decisões dos mesmos). Quer dizer, não se consideram mais, *em primeira linha,* os outros elementos: o território, a matéria e o valor da causa. Leva-se em conta predominantemente a *função* do órgão de segundo grau. E é por isso que se diz que função é critério-gênero, e hierarquia é critério-espécie."[36]

Nesse passo torna-se necessário pesquisar, também, o *regimento interno* dos tribunais, conforme o prescritivo constitucional constante do art. 96, I, *a*, da CF/1988:

"Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;"

Dispõe também o art. 123 do CPC o seguinte:

"Art. 123. No conflito entre turmas, seções, câmaras, Conselho Superior da Magistratura, juízes de segundo grau e desembargadores, observar-se-á o que dispuser a respeito o regimento interno do tribunal."

A *competência de foro e de juízo,* ou *competência territorial,* é fixada geralmente em face do domicílio do réu, conforme prescreve o art. 94 do CPC.

O art. 100 do CPC também traz hipóteses de competência territorial, que podemos chamar de *hipóteses especiais,* se adotarmos o critério de vermos no art. 94 a *hipótese geral* de competência territorial.

Assim, as regras do art. 94 e do art. 100 do CPC são de competência relativa.

Também trata de hipótese de incompetência relativa aquela atinente ao *valor da causa,* requisito obrigatório da inicial, conforme se vê do art. 259 do CPC.

---

35. Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 330.

36. Arruda Alvim. Op. cit., p. 282.

Há uma exceção: a Lei 9.099/1995 prevê a incompetência absoluta dos Juizados Especiais Cíveis para causas de valor superior a 40 salários mínimos, nos termos dos arts. 3.º, I, e 51, II, do referido diploma legal.

6. Princípio da *perpetuatio jurisdictionis*

Nos termos do art. 87 do CPC, "determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia".

Segundo aduz Leonardo José Carneiro da Cunha, o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* atua "imutabilizando as circunstâncias que definiram a competência do juízo".[37]

Esta regra visa proteger as partes, em ordem a evitar mudanças no lugar do processo se houver alterações supervenientes que pudessem, em tese, alterar a competência. Assim, a competência é fixada no momento da propositura da ação, mas não há estabilização da competência se o juízo for absolutamente incompetente.

É nesse sentido a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem "a regra da *perpetuatio iurisdictionis* somente se aplica às hipóteses de competência relativa. Em se tratando de competência absoluta (material e hierárquica), a regra não se aplica",[38] acrescentando logo em seguida, com relação à incompetência relativa, que:

"(...) quando o juízo para o qual foi dirigida a demanda for relativamente incompetente, o réu pode opor exceção de incompetência (art. 112 do CPC), desde que os motivos alegados sejam baseados em fatos ocorridos anteriormente à propositura da ação. Em virtude do art. 87 do CPC, não pode o réu opor exceção, alegando que houve posterior mudança de seu domicílio, por exemplo."[39]

A ressalva fica por conta da parte final do art. 87, relativamente à extinção do órgão judiciário aonde tramitava a ação, ou se houver alteração da competência em razão da matéria ou da hierarquia, como ocorreu com o deslocamento da competência para conhecer e julgar as ações relativas a acidentes de

37. Cunha, Leandro José Carneiro da. Op. cit., p. 265.

38. Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 323.

39. Idem, ibidem.

trabalho, antes a Justiça Estadual, para a Justiça Trabalhista, por força da nova redação do art. 114 da CF/1988, dada pela EC 45/2004. Nesse caso, por tratar-se de hipótese de incompetência absoluta, as ações em andamento devem ser encaminhadas para o novo órgão judiciário competente, salvo com relação aos processos já sentenciados.[40]

No mesmo sentido é a lição de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, que esclarecem que:

"(...) a competência, antes do ajuizamento da ação, é prevista abstratamente no sistema jurídico. Proposta a ação, no entanto, dá-se a *fixação* da competência, que não haverá de ser alterada, salvo em caso de modificação que diga respeito à competência em razão da matéria ou da hierarquia (art. 87 do CPC)."[41]

Acrescenta Leonardo José Carneiro da Cunha que:

"(...) Havendo, por lei superveniente, modificação em critério de competência absoluta, já se viu que o art. 87 do CPC afasta a aplicação da *perpetuatio jurisdictionis*. Nesse caso, a alteração atinge o processo em curso, que deve passar a tramitar perante o juízo que passou a ostentar a competência absoluta para processar e julgar a causa."[42]

Lembra Athos Gusmão Carneiro que:

"(...) uma nova exceção ao princípio da *perpetuatio* surgiu com o art. 475-P, parágrafo único, do CPC (Lei 11.232/2005), pelo qual o exequente pode requerer o deslocamento da execução do juízo onde proferida a sentença condenatória (portanto com competência funcional para os atos executórios) para o juízo do local onde se situem os bens objetos de penhora ou o atual domicílio do executado. Incidente essa nova norma, o processo será remetido ao novo juízo, que passa a ter competência integral para processar a causa e seus incidentes nesta etapa de cumprimento de sentença."[43]

7. O art. 95 do CPC

O art. 95 do CPC prevê expressamente, *verbis:*

"(...) Art. 95. Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do

40. Medina, José Miguel Garcia; Arruda Alvim Wambier, Teresa. Op. cit., p. 105.

41. Idem, ibidem.

42. Cunha, Leandro José Carneiro da. Op. cit., p. 278.

43. Carneiro, Athos Gusmão. Op. cit., p. 106.

domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova."

Para Athos Gusmão Carneiro, justifica-se haver foro especial nesse caso. Segundo ele,

"(...) o motivo desse foro especial, aproximando o juízo da coisa litigiosa, é facilitar a prova, especialmente prova pericial e inspeções judiciais, tão frequentes em tais demandas, e tornar mais expedita a execução de sentença condenatória."[44]

Para José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier, este artigo traz hipóteses de competência absoluta e de competência relativa. A competência absoluta refere-se aos casos nos quais o autor não pode optar pelo foro do domicílio ou de eleição, quais sejam: litígios versando sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova. Nas demais hipóteses, a competência relativa é do foro da situação da coisa, mas o autor pode fazer as opções acima referida.[45]

Nesse preceito normativo, então, segundo aduz Leonardo José Carneiro da Cunha, citando lição de Brunela Vieira de Vicenzi,

"(...) são levados em conta dois critérios para a definição da competência: o material em primeiro plano (o litígio deve dizer respeito a um direito de propriedade, vizinhança servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova, sendo um destes objeto do pedido principal da demanda), e o territorial em segundo plano."[46]

Dessa forma, o STJ já decidiu, por exemplo, no REsp 885.557/CE, julgado pela 1.º T. daquele sodalício, tendo por relator o Min. Luiz Fux,[47] forte nas lições de Moacyr Amaral dos Santos, que escreve:

"(...) A determinação da competência em razão da situação da coisa, ou, mais precisamente, em razão da situação do imóvel, cria o chamado *forum rei sitae*, herança romana, da época imperial. Justifica-se pela evidente conveniência do andamento do processo no foro da situação do imóvel sobre que versar a lide e que se manifesta na diminuição de despesas e de tempo na prática de certos atos e por possibilitar ao juiz da causa o exame direto das coisas sobre

44. Idem, p. 136.

45. Medina, José Miguel Garcia; Arruda Alvim Wambier, Teresa. Op. cit., p. 106.

46. Cunha, Leandro José Carneiro da. Op. cit., p. 204.

47. STJ, REsp 885.557/CE, 1.ª T., j. 11.12.2007, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 03.03.2008.

que incidir a sua decisão. Com efeito, em quase todas ações relativas a imóvel se produzem vistorias, que são provas de fatos ou circunstâncias inerentes a este, as quais não poucas vezes reclamam a presença do juiz. Demais, é aconselhar-se que, nessas ações, o juiz, 'a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa', se valha da chamada inspeção judicial e se locomova até o imóvel sempre que julgar isso necessário 'para melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar' (arts. 440 e 442, I do CPC). O Código de Processo Civil de 1939 instituía o *forum rei sitae* para as ações relativas a imóvel, isto é, para as ações ditas imobiliárias. Restringiu o Código atual a competência daquele foro para as ações reais imobiliárias."

Nessa linha, assentou o STJ, na ementa do acórdão supra referido, que "a competência para as ações fundadas em direito real sobre bem imóvel (CPC, art. 95, *in fine*) é absoluta e, portando, inderrogável, de modo a incindir o princípio do *forum rei sitae*, tornando-se inaplicável o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*".

Mas o STJ já decidiu, também, que, se houver instalação de nova comarca, e o imóvel objeto de ação reivindicatória encontrar-se no território da mesma, modifica-se a competência, devendo o processo ser remetido ao novo juízo.[48]

O mesmo raciocínio aplica-se se houver *desmembramento de comarca,* ou supressão da mesma, averbando Athos Gusmão Carneiro que:

"(...) a regra da *perpetuatio,* como já dissemos, não incide quando se trata de competência absoluta. Assim, Edson Ribas Malachini sustenta que nos casos de *competência absoluta* devem os processos ser remetidos de imediato à nova comarca, máxime dos casos em que incide o *forum rei sitae,* a competência em razão da 'situação do imóvel.'"[49]

Tal é a posição do STJ, conforme se vê do r. acórdão assim ementado:

"*Competência – Ação reivindicatória – Execução – Desmembramento de comarca. Competência funcional, absoluta – Remessa dos autos à novel comarca – Art. 87, parte final, do CPC.* – Tratando-se de competência funcional, absoluta, abre-se exceção ao pri*ncípio da perpetuatio jurisdictionis*. Precedente da 4.ª T. – Recurso especial não conhecido."[50]

Pois bem. Segundo o magistério de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,

---

48. STJ, REsp. 156.898/PR, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJe* 16.11.1998, p. 97.
49. Carneiro, Athos Gusmão. Op. cit., p. 106.
50. STJ, REsp 150.902-PR, 4.ª T., rel. Min. Barros Monteiro, *DJe* 28.09.1998, p. 65.

"(...) Para as ações fundadas em direito real sobre imóveis, é competente o foro da situação da coisa (*forum rei sitae),* tendo em vista que o juiz desse lugar, por exercer ali sua função, tem melhores condições de julgar essas ações, aliado ao fato de que as provas, normalmente, são colhidas mais direta e facilmente. Embora esteja topicamente no capítulo da competência territorial (relativa), trata-se de *competência funcional,* portanto, *absoluta*, não admitindo prorrogação nem derrogação por vontade das partes."[51]

Os mesmos autores[52] elaboram interessantíssimo quadro sinótico e prático das principais ações reais que estariam abarcadas pelo dispositivo ora sob comento. Farei referência apenas às ações reais desse quadro, porque as possessórias não têm reflexo no registro imobiliário. São elas:

1) A ação *ex empto* ou *ex vendito,* que tem por finalidade a entrega da parte faltante da coisa, complementando a área dada a menor nas vendas *ad mensuram;*

2) A ação confessória, que busca o reconhecimento de servidão, a respeito do seu exercício, perdas e danos decorrentes da mesma, demolição de eventual obra que impeça o seu exercício, ou caução de que não será novamente impedido de exercer o seu direito. É a ação do dono do prédio dominante, que tem uma servidão ativa, contra o dono do prédio serviente, que impede a sua utilização.

3) A ação demarcatória, que tem por fundamento a propriedade e o direito de vizinhança, visando resguardar o direito de demarcação de prédios confinantes e aviventar rumos apagados e renovar marcos destruídos ou arruinados. Os requisitos para que ela seja viável são a existência de direito real de ambas as partes sobre a coisa demarcante, haver contiguidade dos prédios, e haver confusão entre os limites dos prédios confinantes ou perigo de haver:

1. A ação demolitória, que tem por fundamento o direito de propriedade e o direito de vizinhança, visando a demolição de um prédio construído em desrespeito às regras de vizinhança, do direito de construir ou em ruínas, podendo ser utilizada como medida provisional pelo Poder Público.

2. A ação de depósito, que tem por objetivo a obrigação da devolução da coisa de cuja propriedade o autor é titular;

3. A ação discriminatória, utilizada para promover a discriminação de terras devolutas.

---

51. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 350.

52. Idem, p. 1.167 e ss.

4. A ação divisória, que busca resguardar o direito do condômino de exigir a divisão da coisa comum, pondo fim ao condomínio.

5. Os embargos de terceiro, quando movidos pelo proprietário, com vistas a livrar o bem de constrição judicial injustamente imposto em processo de que o proprietário não faz parte.

6. Ação negatória, que é uma ação do proprietário do prédio serviente, visando obstar a constituição de uma servidão injusta, que o titular do prédio dominante julga ter direito.

7. Nunciação de obra nova, que tem por fundamento a propriedade e o direito de vizinhança, com o fim de impedir o prosseguimento de obras prejudiciais dos vizinhos.

8. Ação de passagem forçada, que visa desencravar prédio que não tenha acesso à via pública, fonte ou porto.

9. Ação reivindicatória, que é ação real, muito embora busque em princípio a restituição da posse pelo proprietário. Mas em seu bojo poderão ser decididas questões atinentes a cancelamento do registro em nome do réu e confecção de novo registro em nome do autor.

10. Usucapião, que busca converter a posse *ad usucapionem* em propriedade.

Os autores não citam, mas devemos acrescentar aqui a *desapropriação*. Confira-se, a esse respeito, o acórdão proferido nos autos do REsp 7114/SP,[53] assim ementado:

"*Processo civil. Desapropriação indireta.*

I – Sendo a desapropriação indireta ação real imobiliária, a competência firma-se pela situação do imóvel. Precedentes.

II – Improvimento do recurso."

Sobre o tema, acrescenta Athos Gusmão Carneiro que:

"(...) Quando proposta pela União, o foro competente é o do Distrito Federal ou o da Capital do Estado onde for domiciliado o réu, perante a Justiça Federal; proposta por Estado, Município, suas respectivas autarquias (ou também por concessionários de serviços públicos), por sociedade de economia mista ou entidades outras autorizadas a promover desapropriações), a ação será da competência da Justiça comum, no foro da situação do bem expropriado, e, onde houver, no juízo privativo da Fazenda Pública (Dec.-lei 3.365/1941, arts. 11, 2.º e 3.º)."[54]

53. STJ, REsp 7114/SP, 1.ª T., rel. Min. Pedro Acioli. *DJ* 26.08.1991.

54. Carneiro, Athos Gusmão. Op. cit., p. 177.

A *adjudicação compulsória* também é ação real.[55] O TJSP já teve oportunidade de decidir, justamente em sede de um conflito de competência, que:

"(...) a ação de adjudicação compulsória é de natureza real, e, segundo o disposto no art. 95 do CPC, deve correr no foro da situação do imóvel. Saliente-se que em tais ações aplica-se o princípio *forum rei sitae,* tendo em vista que se trata de competência absoluta, que descumprida pode possibilitar a rescisória ou nulidade da sentença."[56]

Não destoa a jurisprudência do STJ, como se vê da ementa do acórdão proferido no AgRg no REsp 773.942-SP, reconhecendo a aplicação do princípio *forum rei sitae*:

"Agravo regimental – Recurso especial – Ação de adjudicação compulsória – Competência – Forum Rei Sitae *– Precedentes do STF e do STJ – Manutenção da decisão agravada – Necessidade – Agravo improvido."*

E a pretensão de *nulidade de registro* também é considerada ação real pelo STJ,[57] conforme acórdão proferido nos autos do CComp 26.293/SC, que teve como relatora a Min. Nancy Andrighi. Como o acórdão me parece bastante elucidativo quanto a este ponto, peço vênia ao leitor para transcrever um trecho um pouco mais longo do mesmo:

"(...) Segundo ensina Pontes de Miranda, '*a ação de retificação de registro do imóvel, ou de decretação de nulidade do registro, ou a ação para decretação de invalidade ou resolução do contrato de compra e venda e acordo de transmissão, se já se operou a transmissão, ou, pelo menos, houve a entrega da posse, são ligadas ao foro da situação*'" (Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. II, p. 252). No mesmo sentido, entende Ovídio Baptista que "Nas razões fundadas em direito real sobre imóveis, diz o art. 95, é competente o foro da situação da coisa, qualquer que seja a natureza da respectiva ação: tanto a ação de reivindicação, quanto a simplesmente declaratória, ou as ações que tenham por fim anular ou, por outra razão qualquer, desconstituir algum registro imobiliário constitutivo de direito real sobre imóvel;" (Silva, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 1.). No

55. Mas não assim a ação que visa apenas obter a outorga da escritura (STJ, REsp 195.236/SP, 4.ª T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, *DJ* 15.04.2002, p. 221).

56. TJSP, Câmara Especial, j. 18.08.2008, rel. Des. Moreira de Carvalho. Registro em: 01.09.2008. Disponível em: [www.tj.sp.gov.br]. Acesso em: 31.03.2009.

57. STJ, CComp 26.293/SC, 2.ª Seção, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 11.03.2002, p. 159.

caso *sub examen,* verifica-se que a ação ajuizada está entre as descritas no art. 95 do CPC, pois contém pedido de decretação de nulidade de registro imobiliário. Apesar de não se tratar, propriamente, de ação anulatória de escritura de compra e venda, como considerou o juízo suscitado, é de se aplicar o mesmo raciocínio, pois há também pedido no sentido de se anular o registro de escritura. Assim, é possível adotar-se o entendimento preconizado pelo E. STF, sobre a competência para ação anulatória de escritura, no sentido de que se trata de ação sobre direito real e, portanto, é competente o juízo do *forum rei sitae*. Nesse passo, denotam o RE 84.698/PI, rel. Min. Thompson Flores e o RE 99.395/SC, *DJ* 01.07.1983, rel. Min. Rafael Mayer, este último assim ementado:

"(...)

2. A ação anulatória de escritura de compra e venda de imóvel, transcrita no registro imobiliário, e na posse do adquirente, citado para a causa, tem como foro competente o da situação do imóvel, nos termos do art. 95 do CPC."

Aliás, o pedido de cancelamento de registro imobiliário deduzido por ente federal, como o Incra, é de competência da Justiça Estadual, se inexistir lide, o que o caracteriza como sendo de natureza administrativa, conforme decisão do STJ proferida no CComp 30.453/BA.[58]

Mais uma vez, pela relevância do tema, peço licença para transcrever trechos mais longos do acórdão:

"(...) Trata-se de conflito de competência instalado entre o Juízo Federal e o Juízo de Direito nos autos de cancelamento de matrículas e registros de imóveis, requerido pelo Incra. Nesta instância, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo conhecimento do conflito, para declarar competente a Justiça Comum Estadual. Acolho o parecer reiteradamente esta Corte tem decidido que compete ao Juízo de Direito, processar e julgar pedido de cancelamento de registro de imóveis, ainda que formulado por ente federal. Vejam-se, nesse sentido, as seguintes ementas:

'*Conflito de competência. Retificação de registro imobiliário. Procedimento administrativo. Competência da Justiça Estadual*. Segundo entendimento firmado pela 2.ª Seção (CComp 16.048/RJ), compete à Justiça Comum do Estado processar e julgar pedido de retificação de registro imobiliário, nos termos do art. 213 da Lei 6.015/1973. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da Vara de Registros Públicos de Joinvile/SC' (CComp 22.414/SC, rel. Min. Bueno de Souza, *DJ* 04.06.2001);

58. STJ, CComp 30.453/BA, 2.ª Seção, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro. Disponível em: [www.stj.jus.br] (andamento processual). Acesso em: 17.04.2009.

'*Competência. Conflito. Retificação de registro imobiliário. Autarquia federal. Precedente da seção. Competência da Justiça Estadual*. Enquanto de natureza meramente administrativa o requerimento, inexistindo lide, compete ao juiz de direito, corregedor dos registros públicos, processar e julgar pedido de retificação de registro imobiliário, ainda quando formulado por ente federal com prerrogativa de foro na Justiça Federal, em face da natureza administrativa do requerimento' (CComp 16.416/PE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 11.11.1996);

'*Competência. Registro de imóveis. Dúvida suscitada pelo oficial do registro imobiliário*. Em face de sua natureza administrativa, o procedimento de dúvida deve ser decidido pelo juízo estadual corregedor do cartório de registro de imóveis, que o formulou. Conflito conhecido, declarado competente o suscitado' (CComp 4.840, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 04.10.1993);

'*Conflito de competência. Retificação de registro imobiliário. Procedimento administrativo. Interesse da União Federal*. 1. Segundo entendimento firmado pela 2.ª Seção (CComp 16.048/RJ), compete a Justiça Comum do Estado processar e julgar requerimento administrativo formulado para retificar registro imobiliário, na forma do art. 213 da Lei 6.015/1973, não deslocando a competência para a Justiça Federal a manifestação de interesse por parte da União, eis que não há, de fato, uma "causa". 2. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Estadual' (CComp 19.836/PE, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 09.12.1997).

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito da Vara de Feitos Criminais, Júri, Menores, Fazenda Pública e Registros Públicos de Bom Jesus da Lapa/BA, suscitado."

Mas se a *anulação do registro* deve ser considerada ação real, não é assim com relação à pretensão de *anulação do ato jurídico,* ou pretensão de anulação do *título causal*. Esta ação, ainda que mediatamente também reivindique o imóvel, é considerada pelo STJ como sendo de natureza pessoal.

A respeito, o acórdão proferido no CComp 31.209/RJ[59] assim ementado:

"*Conflito de competência. Ação de anulação de ato jurídico. Espólio. Domicílio do réu. Precedentes.*

1. A ação de anulação do contrato de promessa de compra e venda, ainda que registrado no cartório competente, é de natureza pessoal. A reivindicação

59. STJ, CComp 31.209/RJ, 2.ª Seção, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 01.10.2001, p. 160.

do imóvel, no presente caso, é apenas consequência da pretendida anulação do instrumento particular de promessa de compra e venda. Nessa hipótese, ao presente caso a competência deve ser determinada em razão do domicílio da ré, nos termos do art. 94 do CPC.

2. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 27.ª Vara Cível do Rio de Janeiro/RJ."

Se a pretensão recair sobre *lote urbano,* disciplina o art. 48 da Lei federal 6.766/1979 que:

"Art. 48. O foro competente para os procedimentos judiciais previstos nesta Lei será sempre o da comarca da situação do lote."

Anote-se também que eventuais medidas cautelares relativas às ações acima referidas também deverão obedecer às regras de competência apontadas, já que o art. 800 do CPC dispõe que:

"Art. 800. As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal."

De se lembrar aqui o art. 107 do CPC, que traz regra para disciplinar a competência em se tratando de imóveis situados em mais de um Estado ou comarca. Nesse caso, esse preceptivo estabelece que "determinar-se-á o foro pela prevenção, estendendo-se a competência sobre a totalidade do imóvel".

Mas atenção: o art. 95 do CPC não estabelece que a *execução* tendo por objeto bem imóvel não possa ser promovida por outro juízo, que não o da situação do imóvel. Perceba-se que ele regula hipóteses de *ação de conhecimento*.

No novo regime do processo de execução judicial, a sentença condenatória é executada pelo instituto do *cumprimento de sentença,* regrado no art. 475-I do CPC. A competência para tanto é do juízo que proferiu a sentença condenatória (475-P, II do CPC), mas há competência concorrente com a do juízo do lugar onde se localizam os bens sujeitos à execução, ou ainda do lugar do atual domicílio do executado (art. 475-P, parágrafo único, do CPC). Vê-se então que, no sistema introduzido pela Lei 11.232/2005, a competência para o cumprimento da sentença é *relativa.*[60]

Já em se tratando de execução de título extrajudicial, o juízo competente é o do lugar do pagamento do título extrajudicial (art. 576, c/c o art. 100, IV, *d*, todos do CPC).

60. Antes da Lei 11.232/2005, a competência do juiz prolator da sentença era funcional e, portanto, absoluta.

Mesmo a *execução hipotecária,* muito embora tenha natureza real, pode ser ajuizada no foro do domicílio ou de eleição, porque não consta da proibição constante da segunda parte do art. 95.[61]

De se mencionar também a execução fiscal, que pode ser proposta no foro do domicílio do réu, ou, se não o tiver, no de sua residência ou no lugar onde for encontrado (art. 578 do CPC), ou ainda no lugar do ato ou do fato que deu origem ao débito (art. 5.º da Lei de Execução Fiscal).

Todas essas hipóteses versam, então, sobre casos de competência *relativa,* não interessando, desta forma, ao registrador imobiliário.

Com relação à Fazenda Estadual e seus *juízos privativos,* de se colacionar a precisa lição de Arruda Alvim, que pontifica que a Fazenda Estadual, "(...) sendo demandada, e sendo caso de ação real imobiliária, se sujeitará à norma comum: a competência será o juízo do local do imóvel, nos moldes do art. 95, pois só a Fazenda Federal goza do privilégio do chamado *foro privativo*. Na Capital do Estado de São Paulo, por exemplo, a Fazenda do Estado sempre teve apenas *juízo(s) privativo(s),* que são hoje as Varas da Fazenda Pública (...) Assim, se o imóvel for situado no interior do Estado, valerá o art. 95, para o fim de a ação dever ser ajuizada no interior; mas, estando o imóvel situado na capital do Estado, a competência será do juízo privativo, sediado na comarca da capital".[62]

Por derradeiro, uma questão: e no caso de falência?

Em princípio, para a decretação e processamento da recuperação judicial e da falência é competente o foro do lugar onde situa o principal estabelecimento do devedor, onde real e efetivamente mantenha a sede de seus negócios, ou o local da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil, conforme prescrevem os arts. 3.º, 6.º, § 8.º, da Lei 11.101/2005.

Mas o STJ já decidiu que o princípio da indivisibilidade do juízo falimentar não prevalece sobre o *forum rei sitae*. O acórdão proferido no CComp 2.137/SP[63] ficou assim ementado:

"*Ação de usucapião especial proposta contra massa falida. Foro competente: o da situação do imóvel ou o do juízo da falência.* No caso de foro privilegiado ou especial, como no da ação de usucapião especial, não prevalece o foro do juízo

61. No mesmo sentido: Carneiro, Athos Gusmão. Op. cit., p. 137.

62. Arruda Alvim. Op. cit., p. 296.

63. STJ, CComp 2.137/SP, 2.ª Seção, rel. Min. Nelson Naves, *DJ* 16.03.1993, p. 3074.

da falência – Lei 6.969/1981, art. 4.º, e Dec.-lei 7.661/1945, art. 7.º, §§ 2.º e 3.º – *Conflito conhecido e declarado competente o suscitado*."

8. INVENTÁRIO E PARTILHA: O ART. 96 DO CPC

O art. 96 do CPC disciplina que o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu,[64] devem ser processados e julgados no foro do domicílio do autor da herança no Brasil, regra que prevalece ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

Essa disposição normativa, contudo, é hipótese de *competência relativa,* não devendo, então, o registrador verificar a questão da competência atinente às ações acima referidas.

Nesse sentido o acórdão proferido pelo STJ no CComp 52.781/PR, assim ementado:

"*Conflito de competência – Art. 96 do CPC – Foro competente – Arrolamento de bens – Competência territorial – Natureza relativa – Declinação de ofício – Impossibilidade – Súmula 33 do STJ.* 1. Esta Corte já se manifestou no sentido de ser relativa a competência estabelecida no art. 96 do CPC. 2. Inviável, neste sentido, a declinação de ofício, pelo magistrado. Súmula 33 do STJ. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito de São Lourenço do Oeste/SC."

Porém, esta ideia só vale para as ações referidas no art. 96. Se tratar-se de ação real imobiliária, figurando o espólio em qualquer dos polos, aplica-se o art. 95, segunda parte, como já referido adredemente.

9. MANDADO DE SEGURANÇA

Na hipótese de ser impetrado mandado de segurança contra ato praticado pelo oficial registrador, ensina Athos Gusmão Carneiro que as regras de competência relativa ao *mandamus* assentam-se, "(...) fundamentalmente, não na natureza da lide ou da pretensão deduzida no *writ,* mas sim estão em função da *qualificação* da autoridade coatora, se autoridade de nível federal, ou de nível estadual ou municipal, e ainda em função da *hierarquia de tal autoridade*".[65]

---

64. Se o espólio for o autor, a competência deverá ser determinada pelas regras dos arts. 94 e ss. do CPC.

65. CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 198.

Assim, as regras de competência encontram-se na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais, nos Códigos de Organização Judiciária e mesmo nos Regimentos Internos dos tribunais. É bom lembrar aqui que a autoridade coatora é a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que editou as normas destinadas a regrar a execução de tais atos.[66]

Sendo assim, quando o registrador devolve um título, ainda que fundamentando em normatização emanada da Corregedoria Geral da Justiça ou decisão do Conselho Superior da Magistratura, para fins de mandado de segurança a autoridade coatora é o registrador, e não os órgãos referidos.

Por isso, é irrelevante a matéria que será discutida no *mandamus* para a fixação da competência. Exatamente nesse sentido a decisão do STJ proferida nos autos do CComp 6.284/SP,[67] assim ementada:

"*Processual Civil – Conflito negativo de competência – Mandado de segurança* – Irrelevante, para fixação de competência, a matéria a ser discutida em mandado de segurança, posto que e em razão da autoridade da qual emanou o ato, dito lesivo, que se determina qual o juízo a que deve ser submetida a causa."

Assim, aquele mesmo sodalício decidiu também que "a competência para julgamento de mandado de segurança é definida de acordo com a categoria e a sede funcional da autoridade impetrada, tratando-se, nestes termos, de competência absoluta e, como tal, improrrogável".[68]

Portanto, contra ato praticado pelo registrador, que são atos administrativos *lato sensu,* cabe mandado de segurança a ser impetrado perante o juiz estadual da respectiva comarca.

Mas se o impetrante for a União, entidade autárquica ou empresa pública federal, a competência será da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/1988.

A respeito, decidiu o STJ no CComp 45.709/SP[69] o seguinte:

"Conflito negativo de competência entre juízo estadual e federal. Mandado de segurança impetrado pela Caixa Econômica Federal contra ato de juiz de direito. Incidência do art. 109, I, da Carta Magna de 1988. Competência da Justiça Federal.

1. O art. 109, I, da Carta Magna de 1988, não faz qualquer distinção entre os diversos tipos de procedimento, de tal sorte a contemplar o mandado de segu-

66. Idem, p. 197.

67. STJ, CComp 6.284/SP, 3.ª Seção, rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 19.05.1997, p. 20.547.

68. STJ, REsp 257.556/PR, 5.ª T., rel. Min. Felix Fischer, *DJ* 08.10.2001, p. 239.

69. STJ, CComp 45.709/SP, 1.ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 18.09.2006, p. 247.

rança, bastando para a definição da competência da Justiça Federal a presença dos entes lá enumerados (*ratione personae*).

2. O inc. VIII do art. 109, da Lei Maior, por sua vez, dispõe que aos juízes federais compete processar e julgar *os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuando os casos de competência dos tribunais federais*, no sentido da fixação de competência hierárquica. Sob este enfoque, tem-se que o inc. VIII tutela o grau de hierarquia dentre as diversas autoridades federais.

3. *In casu*, tratando-se de mandado de segurança impetrado pela Caixa Econômica Federal, empresa pública federal, há que se aplicar a regra insculpida no art. 109, I, da CF/1988, a fim que seja determinada a competência da Justiça Federal. Ato contínuo, incide a regra do inc. VIII para indicar, conforme for a autoridade impetrada, o órgão competente na Justiça Federal (1.ª ou 2.ª instância). Precedente da Suprema Corte: RE 176.881/RS, Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão, *DJ* 06.03.1998 e CComp 46.512/RN."

Ainda quanto a este particular, a E. Primeira Seção deste STJ decidiu que:

"Conflito de competência – Mandado de segurança impetrado por autarquia federal contra ato de juiz estadual – Arts. 108, I, c, *e 109, I, da CF/1988 – Competência do Tribunal Regional Federal – Princípios da hierarquia e simetria – Orientação do Pretório Excelso.*

1. O art. 109, I, da CF/1988, que estabelece regra de competência *ratione personae*, atrai a competência para a Justiça Federal inclusive nas hipóteses de mandado de segurança impetrado pela União, entidade autárquica ou empresa pública federal contra entidade pública local, consoante a previsão do enunciado da Súmula 511 do STF: 'Compete à Justiça Federal, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas entre autarquias federais e entidades públicas locais, inclusive mandado de segurança, ressalvada a ação fiscal, nos termos da CF/1967, art. 119, § 3.º".

2. Apesar da existência de respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial em sentido contrário, o Tribunal Pleno do STF, quando do julgamento do RE 176.881/RS, rel. p/ acórdão o Min. Ilmar Galvão, publicado no *DJ* 06.03.1998, sufragou o entendimento de que o art. 109, I, da CF/1988, aplica-se inclusive aos casos de mandado de segurança impetrado por entidade federal contra ato de Juiz Estadual."

Por derradeiro, de se lembrar que nos termos do art. 114, IV, da CF/1988, com a redação dada pela EC 45/2004, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar os mandados de segurança, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.

10. Jurisdição trabalhista

Ensina Athos Gusmão Carneiro que:

"(...) À jurisdição trabalhista cabe processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, ainda que nela seja parte ente da administração pública direta e indireta da União, Estados e Municípios, bem como todas as demais causas elencadas no art. 114 da CF, e ainda 'outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei' (redação da EC 45/2004) (...) Esta jurisdição poderá ser, em caráter de exceção, exercida por juízes de direito, nas comarcas onde não houver Vara do Trabalho (art. 112 da CF, com a redação dada pela EC 45/2004)."[70]

A competência da Justiça do Trabalho está, portanto, disciplinada no art. 114 de Nossa Carta Maior, da seguinte forma:

"(...) Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II – as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*;

VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a*, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei."

Segundo aduz Carolina Tupinambá,[71] do texto constitucional decorre a competência *ex materiae* e *ex personae* da Justiça do Trabalho. Já na Conso-

70. Carneiro, Athos Gusmão. Op. cit., p. 33.

71. Tupinambá, Carolina. *Competência da Justiça do Trabalho à luz da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

lidação das Leis do Trabalho encontramos disposições sobre a competência funcional e a competência territorial da Justiça especializada.

Em geral, não ocorrem grandes dificuldades acerca da competência da justiça laboral relativamente ao registro imobiliário, já que em regra os títulos oriundos da mesma, com destino ao registro de imóveis, instrumentalizam penhoras e execuções forçadas realizadas em sede de reclamações trabalhistas.

11. Justiça Federal

Como já apontado, nos termos do art. 109, §§ 1.º e 2.º, da CF/1988, as causas em que a União, suas entidades autárquicas ou empresas públicas federais[72] forem autoras, rés, assistentes ou oponentes, são de competência da Justiça Federal. Excetuam-se as causas relativas à falência, acidentes de trabalho, e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Desta maneira, como pontifica Athos Gusmão Carneiro:

"(...) se a União intervier como assistente ou opoente (ou outra forma de intervenção de terceiro) em demanda que esteja correndo *em primeira instância* perante a Justiça comum, o processo passa à competência da Justiça Federal (competência absoluta, *ratione personae),* e os autos serão remetidos ao juiz federal respectivo (Súmula 250 do STF; art. 99, parágrafo único, do CPC), a quem compete decidir nos termos da Súmula 150 do STJ."[73]

Esclarece Vera Lucia Feil Ponciano que:

"(...) A definição da competência da Justiça Federal obedece primordialmente a dois critérios: a) em razão da matéria – *ratione materiae,* tanto qualitativa como quantitativamente; b) em razão das pessoas envolvidas no litígio – *ratione personae*. A distribuição e especificação das atribuições entre os juízes federais e os tribunais regionais federais, por sua vez, ocorrem funcionalmente. Trata-se da competência funcional."[74]

De interesse particular dos registradores imobiliários é o decidido no CComp 18.919, que estabelece que as causas vinculadas ao Sistema Financeiro de Habitação são de competência da Justiça Federal, assim ementado:

---

72. E também fundações federais, que se equiparam às autarquias (STF, RE 127.489-DF, rel. Min. Mauricio Correa, *DJU* 06.03.1998, p. 425).

73. Carneiro, Athos Gusmão. Op. cit., p. 219.

74. Ponciano, Vera Lucia Feil. *Justiça Federal: organização, competência, administração e funcionamento.* Curitiba: Juruá, 2009. p. 73.

"*Conflito de competência – Sistema Financeiro da Habitação.* Prevalece na E. 1.ª Seção o entendimento de que a Caixa Econômica Federal é litisconsorte necessária em todas as causas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação, bem assim de que sua integração no processo deve ser determinada na própria instância do conflito de competência, com o consequente deslocamento deste para a Justiça Federal, ou com a perpetuação nela se lá já estiver."[75]

Aliás, cabe ao Juiz Federal, e não ao juiz da causa, apreciar de forma conclusiva a legitimidade do pedido de intervenção ou de oposição da União e demais entidades referidas. Estes os termos da Súmula 150 do STJ:

"Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas."

A competência da Justiça Federal alcança inclusive a jurisdição voluntária.[76]

Acrescenta Arruda Alvim que a competência da Justiça Federal prevalece sobre a regra do art. 95 do CPC, porque esta competência está regulamentada na Constituição Federal, de sorte que ações reais imobiliárias em que houver participação da União ou qualquer de seus entes deve ser deslocada para a Justiça Federal,[77] no que é acompanhado por Athos Gusmão Carneiro.[78]

Mas em se tratando de usucapião especial, o STJ entende que a presença da União ou de qualquer de entes, não afasta a competência do foro da situação do imóvel.

Estes os termos da Súmula 11 daquele Sodalício: "a presença da União ou de qualquer de seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel".[79]

Este posicionamento decorre dos termos do art. 4.º da Lei 6.969/1981, que se entendeu recepcionado pelo art. 109, § 3.º, da CF/1988, de sorte que o juiz estadual age, aqui, *por delegação* do exercício da jurisdição federal, cabendo recurso de suas decisões ao Tribunal Regional Federal da respectiva região.

---

75. STJ, CComp 17.745/RS, 1.ª Seção, rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 16.09.1996, p. 33.654. No acórdão há ressalva da posição pessoal do relator.
76. Ponciano, Vera Lucia Feil. Op. cit., p. 73.
77. Arruda Alvim. Op. cit., p. 294.
78. Carneiro, Athos Gusmão. Op. cit., p. 139.
79. Mas a competência será da Justiça Federal se houver interesse da União em processo de usucapião versando sobre área destinada a aldeamento indígena (STJ, REsp 55319-9/SP, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, *DJ* 13.03.1995, p. 5.307).

No entanto, se houver a criação de vara federal no local da situação do imóvel, aí sim a competência se desloca para a Justiça Federal, conforme decidiu o STJ no REsp 1.033.980/CE, em caso concreto envolvendo desapropriação, mas cujo raciocínio aplica-se, evidentemente, às outras hipóteses de ações reais, encontrando-se o acórdão assim ementado:

"Processual civil – Recurso especial – Agravo de instrumento – Competência – Ação desapropriatória para fins de reforma agrária ajuizada na vara especializada em matéria agrária da capital – Redistribuição – Possibilidade – Competência do foro da situação do imóvel – Vulneração ao art. 535, II, CPC, não verificada.

1. (...)

2. Nos termos do posicionamento deste STJ, o foro competente para o julgamento de ação de desapropriação é o da situação da área desapropriada e a superveniente criação de vara federal, situada no local do imóvel, desloca a competência para esse juízo, na forma do art. 87 do CPC.

3. Recurso especial a que se nega provimento."

12. Efeito da decisão proferida por juiz absolutamente incompetente

Chego aqui ao ponto nuclear deste trabalho, e proponho investigar os efeitos da decisão proferida por juiz absolutamente incompetente, essencialmente no que diz respeito à qualificação registral-imobiliária, dividindo este tema em três tópicos: decisões proferidas em sede de jurisdição contenciosa, decisões proferidas em sede de jurisdição voluntária, e sentenças meramente homologatórias.

12.1 Decisões proferidas em sede de jurisdição contenciosa

Aponte-se aqui, em primeiro lugar, que, como regra geral os atos decisórios proferidos por juiz absolutamente incompetente são nulos, conforme dispõe o art. 113, § 2.º, do CPC.

Daí apontarem Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart que:

"(...) Verificando-se a incompetência absoluta, em qualquer estágio do processo, serão tidos como *nulos* (nulidade absoluta) os *atos decisórios* – tais como a sentença e as decisões cautelares ou antecipatórias, preservando-se, contudo, os demais atos do processo, encaminhando-se os autos ao juízo competente (...)."[80]

80. Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 45.

Mas não deve ser olvidada, conforme já referido adredemente, a lição de Arruda Alvim no sentido de que, não obstante no direito brasileiro a competência absoluta seja pressuposto processual,[81] se, apesar da incompetência, vier a ser proferida uma sentença, não anulada na via recursal antes do trânsito em julgado, após decorrido o prazo da ação rescisória essa sentença passará a ter os predicados da validade e da eficácia. O vício terá desaparecido de vez.[82]

Averbam também Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que:

"(...) um efeito especial da coisa julgada material é o substitutivo, decorrente da função substitutiva da jurisdição: a sentença de mérito transitada em julgado substitui todas as atividades da parte e do juiz praticadas no processo, de sorte que as nulidades e anulabilidades porventura ocorridas durante o procedimento terão sido substituídas pela sentença, que as abarca. Por exemplo, o processo simulado (nulo – art. 167 do CC/2002; art. 129 do CPC), a incompetência absoluta do juízo – sentença nula – art. 113, § 2.º, do CPC), entre outros casos, fazem com que haja vícios na sentença, que são absorvidos pela coisa julgada material, razão por que, ainda que ocorra nulidade (de direito processual ou material), esse vício só pode ser impugnado por ação rescisória, impugnação ao cumprimento da sentença (art. 475-L do CPC) ou embargos do devedor dos arts. 741 e 745 do CPC."[83]

Nessa mesma linha, ensina Leonardo José Carneiro da Cunha que:

"(...) proferida a sentença por juízo absolutamente incompetente, sua invalidade é manifesta, tal não sucedendo com a sentença proferida por juízo relativamente incompetente. Não invocada a incompetência relativa haverá sua prorrogação, estando o vício superado. Sendo inválida a sentença proferida por juízo absolutamente incompetente, pode ser atacada por apelação e, sucessivamente, pelos recursos previstos na lei processual. Sobrevindo o trânsito em julgado, a sentença viciada passa a ser, igualmente, rescindível, podendo ser desconstituída por ação rescisória no prazo de dois anos."[84]

Mas, esclarece esse mesmo autor, "a coisa julgada torna o comando da sentença imutável e indiscutível, ainda que proferida por juízo absolutamente incompetente",[85] de sorte que, decorrido *in albis* o prazo da rescisória, a sentença valerá e será eficaz como se tivesse sido proferida por juiz competente.

---

81. Arruda Alvim. Op. cit., p. 267.
82. Idem, p. 269.
83. Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 681.
84. Cunha, Leandro José Carneiro da. Op. cit., p. 135.
85. Idem, p. 135.

In litteris, assim se expressa Leonardo José Carneiro da Cunha sobre essa questão:

"(...) A sentença proferida por juízo absolutamente incompetente produz coisa julgada material, só podendo o vício de incompetência ser alegado por meio de ação rescisória, submetida ao prazo decadencial de dois anos. Passado esse prazo, não há mais como suscitar a incompetência do órgão. Somente se chega à fixação imutável da competência, após a sentença definitiva sobre o mérito, passada em julgado, sem mais qualquer possibilidade de impugnação. Se não impugnado o vício a tempo e modo, restando ultrapassado o prazo para a ação rescisória, o provimento final adquire plena e definitiva eficácia, como se tivesse sido pronunciado por um juízo competente."[86]

Manifesta-se também Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem, após decorrer o prazo da rescisória, as sentenças nulas serão "(...) invulneráveis, porque do único meio para desconstituí-las a parte não mais se poderá valer (...) depois de dois anos de trânsito em julgado da decisão *nada mais* contra ela poderá ser feito."[87]

Além disso, se a sentença transitou em julgado, mesmo antes do prazo da rescisória esvair-se, não é possível recusar cumprimento à sentença, razão pela qual a mesma autora afirma que:

"(...) Ainda que a sentença tenha sido proferida por juízo absolutamente incompetente, não se permite mais que tal incompetência possa ser discutida após o trânsito em julgado. Logo, não é possível invocar tal vício nos embargos à execução ou na impugnação ao cumprimento da sentença, sendo defeso ao juiz apreciar tal competência."[88]

Do mesmo sentir Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, que afirmam que "a sentença transitada em julgado presume-se, até prova em contrário, válida e eficaz".[89]

Este é o entendimento que decorre do art. 489 do CPC, que prescreve o seguinte:

"(...) O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis

86. Idem, p. 137.

87. Arruda Alvim Wambier, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença.* 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 442.

88. Idem, p. 139.

89. Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 664.

e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela."

Importante nesse momento conferir a lição emanada do acórdão proferido pelo STJ no REsp 919.308/PR.[90] Apesar de um pouco mais extenso, peço vênia ao leitor para transcrever o trecho abaixo por considerá-lo essencial para o correto deslinde da questão que estamos enfrentando:

"(...) Também não há que se falar em ofensa ao art. 113. Apesar de a incompetência absoluta poder ser reconhecida de ofício e em qualquer tempo ou grau de jurisdição, assim deve ocorrer durante o processo de conhecimento ou, em última hipótese, em sede de ação rescisória (art. 485, II). Como a União não procedeu da forma devida antes do trânsito em julgado da sentença, não pode querer alegar no feito executivo o vício do processo de conhecimento, uma vez que a questão já está acobertada pelo manto da coisa julgada. Sobre o tema, destaca-se a doutrina de Fredie Didier Junior (*Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2007. vol. II, p. 495.), citando Barbosa Moreira, quando analisa o efeito preclusivo da coisa julgada e expressamente se refere aos arts. 475-L e 741 do CPC, que tratam da defesa do devedor em relação à execução de título judicial: 'Qualquer mudança que porventura se busque fazer na decisão transita em julgado, em regra somente por rescisória será permitida. Perceba, inclusive, que as matérias de defesa na execução (art. 475-L e art. 741, ressalvados os respectivos incs. I, que permitem a *querela nullitatis*), *dizem respeito apenas a fatos posteriores ao trânsito em julgado da decisão*'. Também já o disse Barbosa Moreira: 'Quer isso dizer que não é lícito ao devedor opor-se à execução com base em supostos fatos extintivos ou modificativos do crédito do exequente, salvo no caso de superveniência. *A arguição dos que já antes existiam fica preclusa no processo de execução, pouco importando se foram ou não arguídos no de conhecimento, e também, quanto aos que não foram, o motivo da omissão*'" (destaquei). A impossibilidade de arguir em defesa de execução de título judicial a incompetência absoluta do juízo do conhecimento é a melhor solução de justiça a ser adotada em face do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido já se manifestou esta Corte:

"'*Conflito de competência. Execução de sentença proferida pelo juízo federal. Ausência dos entes elencados no art. 109, I, da CF/1988. Segurança jurídica e coisa julgada. Obediência ao art. 475, II, do CPC. Competência da Justiça Federal*. 1. Discute-se a competência para julgamento da execução de título judicial derivada de sentença de desapropriação, proferida pelo Juízo Federal em demanda

90. STJ, REsp 919.308/PR, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJ* 18.09.2007, p. 289.

na qual não figurou na relação processual nenhum dos entes elencados no art. 109, I, da CF/1988. 2. Não obstante a alegada ausência na lide das pessoas jurídicas de direito público que assegurariam a competência da Justiça Federal, certo é que o objeto do presente conflito de competência é a execução de sentença existente, válida e eficaz, efetivamente proferida pelo Juízo Federal, com trânsito em julgado e com o transcurso do prazo legal para a ação rescisória. *3. Na espécie, em razão dos princípios da segurança jurídica e da coisa julgada, é inoportuna a alegação*, ex officio*, do Magistrado Federal, em sede de execução de sentença, de sua incompetência absoluta em relação ao julgamento da ação de conhecimento.* 4. Conclui-se que, quanto à execução do julgado, deve ser respeitado o disposto no art. 575, II, do CPC, segundo o qual a execução fundada em título judicial processar-se-á perante 'o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição'. Precedentes. 5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 17.ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o suscitado' (CComp 45.159/RJ, rel. Min. Denise Arruda, *DJ* 27.03.2006). Destaquei.

'*Processual civil e administrativo. Servidor público federal. Contagem do tempo de serviço celetista para fins de anuênio. Competência absoluta da Justiça Federal*. 1. Compete à Justiça Federal processar e julgar as causas propostas por servidor público federal, buscando a contagem do tempo de serviço prestado anteriormente sob o regime celetista (antes do advento da Lei 8.112/1990) para fins de percepção do anuênio. Precedentes. *2. Ainda que não fosse, não obstante o comando do CPC, art. 113, determinando a declaração* ex officio *da incompetência absoluta em qualquer tempo e grau de jurisdição, fica limitada tal atuação ao trânsito em julgado da respectiva decisão; cabe à parte interessada, em ação rescisória, pedir expressamente o seu reconhecimento. Impropriedade dos embargos à execução.* 3. Recurso não conhecido' (REsp 258.604/PB, rel. Min. Edson Vidigal, *DJ* 18.12.2000). Destaquei.

'*Processual civil. Incompetência absoluta. Arguição na fase executória, em preliminar de apelação de sentença homologatória de calculo de liquidação. Hipótese de ação rescisória. Inexistência de violação ao art. 113 do CPC – Recurso não conhecido*' (REsp 288.32/SP, rel. Min. Américo Luz, *DJ* 18.05.1994).

Ante o exposto, não conheço do recurso do particular, conheço em parte do recurso da União e nego-lhe provimento."

Em razão do que acima ficou exposto tenho como inafastável a conclusão de que o *registrador não pode qualificar negativamente título judicial expedido em razão de decisão que, transitando em julgado, fez coisa julgada.*

Isto porque esta decisão, ainda que proferida por juiz absolutamente incompetente, é *válida e eficaz*, de sorte que nem mesmo o ajuizamento de ação rescisória obsta o seu cumprimento, salvo se concedida medida tutelar ou antecipatória.

Mas isso apenas nas hipóteses em que ocorrer *coisa julgada material*.

Conforme colhemos da lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,

"(...) Coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae)* é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário [art. 467 do CPC; art. 6.º, § 3.º da LICC (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)], nem à remessa necessária do art. 475 do CPC."[91]

Distingue-se, então, da coisa julgada chamada pela doutrina de *formal*. Conforme aduzem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

"(...) a chamada coisa julgada formal, em verdade, não se confunde com a verdadeira coisa julgada (ou seja, com a coisa julgada material). É, isto sim, uma modalidade de preclusão, a última do processo de conhecimento, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença proferida. A 'coisa julgada formal' opera-se em relação a qualquer sentença, a partir do momento em que precluir o direito do interessado em impugná-la internamente à relação processual."[92]

Acrescente-se o magistério de Alexandre Freitas Câmara, que pontifica que:

"(...) a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença ocorrem a partir do momento em que contra ela não cabe mais qualquer recurso. Este é o momento do trânsito em julgado da sentença. Qualquer que seja esta, tenha ela resolvido ou não o mérito da causa, tornar-se-á imutável e indiscutível. Isto é o que se chama *coisa julgada formal*. A coisa julgada formal, porém só é capaz de pôr termo ao processo, impedindo que se reabra a discussão acerca do objeto do processo no mesmo feito. A mera existência da coisa julgada formal é incapaz de impedir que tal discussão ressurja em outro processo. Por tal motivo, as sentenças definitivas, as quais contêm resolução do objeto do processo (*Streitgegenstand,* na linguagem dos doutrinadores alemães), devem alcançar também a *coisa julgada material* (ou substancial). Esta consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo (declaratório, constitutivo, condenatório) da sentença de mérito, e produz efeitos fora do processo. Formada esta, não

91. Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 680.

92. Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 643.

poderá a mesma matéria ser novamente discutida, em nenhum outro processo. Note-se que, instaurado novo processo cujo objeto já tenha sido apreciado por sentença definitiva que tenha alcançado a autoridade de coisa julgada material, deverá este novo feito ser extinto, sem resolução do mérito, em razão da existência da coisa julgada material (art. 267, V, do CPC)."[93]

O trânsito em julgado da sentença, gerando *coisa julgada material, sana o vício da incompetência,* de sorte que apenas em sede de ação rescisória a sentença poderá ser anulada. Se é assim, o registrador não pode, identificando vício de incompetência absoluta, negar o ingresso do título respectivo no álbum real.

Noutro dizer: em feito contencioso, havendo decisão com resolução do mérito na forma do art. 269 do CPC, o trânsito em julgado da sentença proferida por juiz incompetente sana o vício e constituirá comando jurisdicional não passível de qualificação negativa pelo registrador.

Perceba-se que isto não está em desacordo com as decisões do CSM-SP, que sempre se referem a "eventual" incompetência absoluta do juízo. Aqui, segundo penso, não há que se falar em incompetência absoluta do juízo porque este vício, insista-se, foi saneado pelo trânsito em julgado da sentença, e só poderá ser questionado em sede de ação rescisória. Não pode o registrador devolver o título emanado desta sentença, segundo penso, sob a potencial possibilidade de vir a ser ajuizada ação rescisória, e mais ainda: de que ela venha a ser julgada procedente.

Quando, então, poderá o registrador qualificar negativamente título emanado de juiz absolutamente competente, em sede de jurisdição contenciosa?

Lembremos os termos do art. 113, *caput,* do CPC:

"(...) Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção."

Como é cediço, a matéria relativa a *incompetência do juízo* é de ordem pública e pode ser declarada em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, de ofício, mas, como já demonstrei, *antes do trânsito em julgado da sentença que forme coisa julgada material*. A partir desse momento, o tema só poderá ser levantado novamente em sede de ação rescisória.

Resta-nos concluir que o registrador imobiliário só poderá apontar casos de incompetência absoluta do juiz *antes do trânsito em julgado da sentença ou acórdão que fiquem sob o manto da coisa julgada material*.

---

93. Câmara, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil.* 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. vol. 1. p. 489.

Aliás, é bom lembrar que mesmo decisões interlocutórias podem eventualmente produzir coisa julgada material, se decidirem matéria prevista nos arts. 267 e 269 do CPC, mas sem por fim à fase de conhecimento, só podendo também ser atacadas por ação rescisória.

Sendo assim, eventuais decisões proferidas no curso do processo que busquem adentrar no álbum imobiliário deverão ter seu acesso obstado pelo registrador imobiliário, se proferidas por juiz absolutamente incompetente.

Nas lides diárias do Registro de Imóveis várias possibilidades poderão ocorrer nessa linha de ideias. Vejamos algumas hipóteses:

(a) bloqueio: imaginemos que, por um motivo qualquer, entenda o juiz ser necessário bloquear uma matrícula, enquanto se discute determinada questão. Sendo o juiz, porém, absolutamente incompetente para conduzir aquele processo, deve o registrador devolver a ordem de bloqueio sem cumprimento.

(b) retificação de registro: pensemos que surja a necessidade de retificar um registro, fazendo constar uma descrição mais minudente, ou outro elemento qualquer referente ao imóvel, aos titulares de direito ou aos próprios direitos constantes do registro, e que tal retificação é determinada *incidenter tantum* em uma ação, digamos, reivindicatória, processada ao arrepio da norma disciplinada no art. 95 do CPC. Por certo deverá o registrador devolver o mandado de retificação, expedido por juiz absolutamente incompetente.

Há uma decisão assemelhada à hipótese acima referida, proferida pela 1.ª Vara de Registros Públicos de São Paulo (Processo 71/77, j. 21.12.1977), da lavra do saudoso juiz Gilberto Valente da Silva que, embora antiga, permanece elucidativa para o que aqui se está afirmando:

"(...) *Ementa não oficial*: Averbações determinadas por juiz incompetente, em processo inadequado e com infringência de norma legal, não pode ter acesso no Cartório de Registro de Imóveis.

(...)

Com efeito, o mandado determina ao Cartório que efetue retificações em duas transcrições, por via de averbações.

Entretanto, cumpre ponderar que essas retificações foram determinadas por juízo absolutamente incompetente, qual seja o de Vara de Família e Sucessões, em procedimento inadequado, e sem cumprimento do disposto no art. 21, Lei de Registros Públicos.

Em face do exposto, julgo procedente a dúvida.

Custas, na forma da lei.

São Paulo, 21 de dezembro de 1977.

Gilberto Valente da Silva."

c) cancelamento de registro: talvez no curso do processo sobrevenha uma ordem de cancelamento de algum registro. O art. 250 da Lei de Registros Públicos disciplina o seguinte:

"(...) Art. 250 – Far-se-á o cancelamento:

I – em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado (...)."

Aqui é preciso distinguir se a ordem é emanada de sentença transitada em julgado ou de decisão interlocutória, que também, é claro, transitam em julgado, mas em regra fazendo apenas coisa julgada formal, ou seja, trata-se na verdade de preclusão. Noutra forma de dizer, pode ser que no curso de processo haja decisão determinando o cancelamento de um registro ou de uma averbação por decisão interlocutória e, transcorrido o prazo para interposição de recurso, ela terá "transitado em julgado".

Sendo assim, se a decisão for oriunda de sentença que fez coisa julgada material, penso que o registrador deverá proceder ao cancelamento, mesmo em se tratando de ordem proferida por juiz absolutamente incompetente. Mas se tratar-se de decisão interlocutória, encontrando-se o processo ainda em trâmite, o registrador deverá qualificar negativamente o mandado, nos termos das decisões do CSM-SP.

d) Hipoteca judiciária: Preceitua o art. 466, *caput*, do CPC:

"(...) Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos."

Segundo colhemos do magistério de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a hipoteca judicial "(...) é efeito secundário e imediato da sentença que visa resguardar o interessado de eventual e futura fraude. Para ter eficácia contra terceiros, exige inscrição e especialização, considerando-se em fraude de execução toda e qualquer transação que lhe seja posterior (LRP 167, I, 2). Não importa a existência, ou não, de recurso contra a decisão, para considerá-la eficaz".[94]

Desta forma, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ela já produz um importante efeito, que é o de possibilitar o registro da hipoteca judicial. Mas e se a ação transcorreu perante juiz absolutamente incompetente? Neste caso, a meu aviso, deve o registrador negar o ingresso da Hipoteca Judiciária no fólio real.

94. Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 677.

Enfim, nas hipóteses em que houver um título judicial emanado de juízo absolutamente incompetente deve o registrador devolvê-lo apenas nas situações em que não houve formação de coisa julgada material.

12.2 Jurisdição voluntária

O art. 1.º do CPC disciplina que:

"Art. 1.º A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece."

Nossa legislação de regência admite, então, a existência da chamada "jurisdição voluntária", ao lado da jurisdição contenciosa. Enquanto esta última tem por escopo eliminar os conflitos intersubjetivos de interesses, a primeira reveste-se de uma atividade de índole administrativa, atribuída ao Poder Judiciário por razões de conveniência ou mesmo de tradição.

A jurisdição voluntária encerra, assim, a prática de *atos administrativos,* ainda que revestidos de forma processual.

É exatamente nesse sentido a lição de Athos Gusmão Carneiros, que averba que:

"(...) os juízes também praticam atos administrativos, quer sob a forma *processual,* no exercício da chamada 'jurisdição voluntária', 'graciosa' ou 'administrativa', quer praticando os atos de autogoverno da magistratura e de administração dos serviços judiciários."[95]

Assim, a doutrina tem mesmo dito que jurisdição voluntária não é nem jurisdição e nem voluntária.[96] Trata-se na verdade de um "instrumento de que se serve o Estado para resguardar, por ato do juiz, quando solicitado, bens reputados pelo legislador como de alta relevância social".[97]

Em expressão consagrada na doutrina, trata-se de "administração pública de interesses privados", que implica em uma restrição ao princípio da autonomia da vontade que rege as relações privadas.

Diz mais Cristina Ferraz que a jurisdição voluntária "corresponde a um negócio jurídico realizado entre os interessados, negócio este que requer como pressuposto de eficácia a integração da atividade judicial".[98]

---

95. Carneiro, Athos Gusmão. Op. cit., p. 27.
96. Arruda Alvim. Op. cit., p. 219.
97. Idem, ibidem.
98. Ferraz, Cristina. *Jurisdição voluntária no processo civil.* Curitiba: Juruá, 2008. p. 153.

São marcantes as diferenças entre a jurisdição contenciosa e a jurisdição voluntária: enquanto na primeira a atividade é propriamente jurisdicional, na segunda a atividade é administrativa; a contenciosa tem por objeto um conflito de interesses, uma lide, a administrativa tem por objeto um negócio ou ato jurídico; na contenciosa temos partes (em litígio), na voluntária temos *interessados*, que buscam a tutela de um mesmo interesse; a contenciosa é manejada por meio de uma ação proposta pelo autor contra o réu, e na voluntária há simples requerimento solicitando providência judicial que não é contra alguém, mas apenas em favor do requerente, mesmo que haja dissenso sobre essa providência; a contenciosa desenvolve-se no âmbito de um processo, sob o manto dos princípios do contraditório e da ampla defesa, enquanto a voluntária desenrola-se em simples procedimento administrativo, ainda que haja citação do Ministério Público ou de outros interessados; na contenciosa há formação de coisa julgada material, o que não ocorre na voluntária, podendo a decisão ser modificada em face de circunstâncias supervenientes (art. 1.111 do CPC).

Além disso, duas características bem marcantes da jurisdição voluntária são a possibilidade do juiz investigar livremente os fatos (art. 1.107), e a circunstância do juiz não estar adstrito a critérios de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que julgar mais conveniente ou oportuna (art. 1.109).

No que interessa mais de perto a este trabalho, ensina Athos Gusmão Carneiro que:

"(...) na jurisdição voluntária não temos *processo,* mas simples *procedimento;* não há *partes,* como na jurisdição contenciosa, mas simples *interessados;* e a decisão definitiva desses procedimentos não alcança a força de *coisa julgada material,* que apenas ocorre nas sentenças de mérito proferidas em causas de jurisdição contenciosa. De outra parte, na jurisdição voluntária predomina o princípio inquisitório, enquanto na jurisdição contenciosa prevalece o princípio dispositivo."

Enfatize-se: as decisões proferidas nestes procedimentos *não alcançam a força de coisa julgada material*. Isto está, de todo modo, bem expresso na própria lei, *in casu* o art. 1.111 do CPC, que prevê a possibilidade de modificação da "sentença" se ocorrerem circunstâncias supervenientes. Destaquei ao termo "sentença" porque parece de todo inapropriado referir-se à decisão proferida em sede de jurisdição voluntária como tal, notadamente em face da nova redação do art. 162, § 1.º, do CPC, introduzida pela Lei 11.232/2005, que definiu "sentença" como o "ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269" do mesmo *codex*.

E isto não deve causar perplexidade, porque o caderno processual civil expressamente admite que certos atos judiciais não dependem mesmo de "sentença" (art. 486).

E neste mesmo artigo temos, de todo modo, um autorizativo genérico para anulação de sentenças meramente homologatórias, ainda que ausentes as "circunstâncias supervenientes" referidas no art. 1.111. Noutros termos: se não for possível aplicar especificamente o art. 1.111 à falta de circunstâncias supervenientes, mesmo assim pode ser manejada uma ação anulatória de caráter genérico, conforme permitido pelo art. 486.

Cumpre deixar fixado, então, que as decisões em sede de jurisdição voluntária não fazem coisa julgada material, mas apenas *coisa julgada formal*. É possível assim que a decisão venha a ser revista no futuro, e até mesmo que outro procedimento tendo o mesmo objeto seja proposto novamente.

Mas deve-se observar a incompetência do juiz nas hipóteses de jurisdição voluntária?

Cristina Ferraz aponta que sim, devendo "ser aplicadas as regras de competência previstas no Livro I do Código de Processo Civil com as necessárias adaptações",[99] de sorte que caberá ao registrador observar as regras de competência já referidas neste trabalho também quando se tratar de procedimentos oriundos da jurisdição voluntária.

A título de exemplo, a mesma autora refere-se a hipóteses em que haja interesse da União, como "ocorre na herança jacente (arts. 1.142 a 1.158 do CPC) por instituir o Distrito Federal ou a União como eventuais herdeiros dos bens; assim também se surgirem coisas vagas (arts. 1.170 a 1.176 do CPC)".[100]

Portanto, nos títulos judiciais emanados da jurisdição voluntária, deve o registrador qualificar a questão atinente à incompetência absoluta do juízo.

12.3 Sentença meramente homologatória

Por fim, a última hipótese em que deve sim o registrador desqualificar títulos emanados de juiz absolutamente incompetente diz respeito às decisões "meramente homologatórias".

Conforme já assentado, "o julgamento de uma demanda reconhecendo a procedência ou improcedência do pedido do autor, ou seja, resolvendo o

99. Idem, p. 195.

100. Idem, p. 196.

mérito, é uma sentença que, após o trânsito em julgado, faz coisa julgada material".[101]

Mas há sentenças que, no dizer da lei, são "meramente homologatórias", referidas no art. 486 do CPC:

"(...) Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil."

Para esclarecer esse tema, vou valer-me de um didático acórdão do STJ, proferido no REsp 450.431/PR, j. 20.10.2003, com voto condutor do Min. Luiz Fux, que cita no corpo do acórdão obra doutrinária de sua autoria tratando exatamente desse tema.

Neste aresto ficou estabelecido que a sentença que limita-se a homologar o acordo entre as partes, adstrita aos aspectos formais da transação, não fazem coisa julgada material, e podem ser desconstituídas através de ação anulatória manejada em face dos defeitos dos atos jurídicos em geral, fulcrada no art. 486 do CPC.

Qual é o discrímen com a sentença materialmente transitada em julgado, que se fundamentou em transação, e que pode ser rescindida nos termos do art. 485, VIII, do CPC?

Na sentença que se fundamenta na existência de transação, existe um *julgamento*, ou, noutros termos, o juiz julga o mérito da causa baseando-se exatamente na existência de uma transação. Há enfrentamento do mérito, e decide-se em um ou outro sentido em face da existência de uma transação.

Nas sentenças meramente homologatórias o juiz nada julga; limita-se a chancelar um ato praticado pelas partes (uma transação) e abstém-se de julgar.

Na primeira hipótese, malgrado a existência de uma transação, na verdade as partes continuam litigando. Uma das partes pode, por exemplo, ignorar a transação ou alegar que a correta interpretação da mesma é esta e não aquela outra. Isto exige que o juiz enfrente o litígio e decida-o.

Na segunda hipótese as partes litigantes se compõem, e pedem ao juiz que chancele a transação por eles realizada. O juiz, como já dito, não mais enfrentará o *meritum causae* debatido na ação, mas apenas homologará o acordo, que poderá, contudo, ser desconstituído no futuro, posto tratar-se um negócio jurídico sujeito ao regramento genérico do direito civil.

---

101. SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada inconstitucional*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 118.

Há também as sentenças homologatórias "necessárias", que são aquelas exigidas pela lei em determinados casos específicos, como partilhas em separações e divórcios.

Transcrevo o trecho do acórdão (STJ, REsp 450.431/PR, j. 20.10.2003, rel. Min Luiz Fux) que interessa a este trabalho. Embora extenso, reputo que sua leitura atenta é preciosa e suficientemente esclarecedora do ponto ora sob exame, o que justifica a transcrição:

"(...) No que pertine ao *meritum causae*, onde aponta a recorrente a violação aos arts. 485, VIII e 486, do CPC, atendido que foi o requisito do prequestionamento, bem como, demonstrado o dissídio jurisprudencial, nos termos exigidos pelo art. 255, do RISTJ, impõe-se o conhecimento do recurso especial interposto. Assim, dispõe referidos dispositivos do Código de Processo Civil:

'Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;'

'Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.'

Muito embora seja tênue a diferença entre os dois preceitos supratranscritos, o que, inclusive, justifica a inquietude da doutrina sobre o tema, é certo que a distinção diz respeito ao que se pretende atacar. Importa ressaltar, *ab initio*, a impropriedade da expressão 'atos judiciais' do art. 486 do CPC, porquanto a lei se refere aos atos praticados pelas partes em juízo, ou que praticados extrajudicialmente, restaram judicializados pela homologação, motivo pelo qual, o mais correto seria aduzir-se a atos processuais.

A *ação anulatória* tem por finalidade desconstituir o *ato processual*, homologado judicialmente, enquanto que o alvo da *ação rescisória* é a *sentença transitada em julgado*, que fez coisa julgada material. Em outras palavras o efeito pretendido pela primeira é a anulação do ato enquanto que na rescisória é a prolação de nova sentença no lugar da rescindenda, na etapa que se cognomina *judicium rescisorium*.

Por conseguinte, somente se admite a ação rescisória quando houver sentença de mérito propriamente dita, ou seja, quando o magistrado puser fim à lide analisando os argumentos suscitados pelas partes litigantes.

Em se tratando de sentença que homologa a transação em havendo pronunciamento judicial quanto ao conteúdo da transação de forma a embasar a sentença, aplica-se o art. 485, VIII, do CPC.

Não obstante, em sendo a sentença meramente homologatória do acordo, adstrita ao aspecto formal da transação, não há que se falar julgado e, portanto, incabível a ação rescisória do art. 485, VIII, do CPC, posto faltante o requisito primordial da rescindibilidade do julgado, qual seja, *o julgamento do mérito*. Assim, para anular a avença, cabível é a ação anulatória dos atos processuais prevista no art. 486 do CPC.

Sobre o tema, tivemos a oportunidade de assentar, em *Curso de direito processual civil*, Forense, 2001:

'Instituto de origem lusa, que serviu de inspiração ao nosso legislador, a ação anulatória dos atos judiciais não se dirige às sentenças de mérito como a rescisória, mas aos atos de disponibilidade das partes que implicam encerramento do processo em face das sentenças que os homologam. É por essa razão que o art. 486 do CPC dispõe caber "ação anulatória para rescindir atos judiciais que não dependem de sentença ou quando esta for meramente homologatória".

Em primeiro lugar, há de se considerar que os atos judiciais que não dependem de sentença são aqueles que, independentemente de manifestação do juiz, produzem imediatamente seus efeitos, nos precisos termos do art. 158 do CPC de seguinte teor: 'Os atos das partes, consistentes em manifestações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição , a modificação ou a extinção de direitos processuais' (*verbis*).

Assim, se esses atos produzem logo os seus efeitos, a decisão que põe fim ao processo calcada apenas neles nada dispõe, apenas consolida o fim do processo. É ato formal atestador do fim da controvérsia. A sentença nele não se funda porque não há julgamento. Nesse caso, a desconstituição desse ato perfaz-se por ação anulatória. O objetivo da parte dirige-se ao ato em si, nunca à sentença que se limita a reconhecer a aptidão daquela manifestação para fazer cessar a atividade jurisdicional de composição do litígio.Entretanto, há casos em que, não obstante a manifestação de liberalidade processual, a lei exige a integração da vontade jurisdicional. Essa concessão de eficácia ao ato de disponibilidade para que ele tenha eficácia processual decorre da homologação. Sob esse ângulo é que o art. 158 do CPC após conferir eficácia própria a determinados atos ressalva: 'a desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença' (*verbis*). Insta acrescentar que outros atos processuais de disponibilidade tidos como especiais também não produzem efeitos, senão depois de homologados pelo juiz. Nessas hipóteses, diz-se que as 'sentenças são meramente homologatórias', como, v.g., a que homologa a separação consensual, a partilha amigável etc. Atentando-se para o sistema, é forçoso concluir que os atos de disponibilidade processual referentes aos direitos em conflito

produzem imediatamente os seus efeitos, reclamando sentença homologatória apenas quando a lei o exigir por motivos especiais, como, v.g., ocorre com a separação consensual em face de sua relevância.

Como consectário, o reconhecimento da procedência de um pedido de despejo, ou a renúncia a um crédito, produzem os seus efeitos de imediato e não demandam sentença de homologação senão de encerramento do processo.

Assim sendo, esses atos, se viciados, devem ser atacados como os atos jurídicos em geral, como faz ver o art. 486 do CPC acerca da ação anulatória. Por outro lado, o dispositivo destina-se, como evidente, às sentenças homologatórias necessárias a conferir eficácia aos atos de disponibilidade especais, como a que provê sobre a partilha ou sobre o distrato amigável do casamento.

Esta assertiva arrasta duas conclusões: em primeiro lugar, onde há julgamento como ato intelectivo e de soberania do Judiciário não cabe ação anulatória; em segundo, somente os atos de disponibilidade das partes que impliquem encerramento do processo com a composição da lide é que se sujeitam à anulação.

No que pertine à primeira conclusão, serve ela para afastar a perplexidade gerada pelo inc. VIII do art. 485 do CPC que prevê ação rescisória para sentença de mérito que se funda em ato de disponibilidade processual. Ora, sentença é julgamento e, de regra, quando engendrada a manifestação de liberalidade, o juiz simplesmente chancela o ato e dispensa-se de *julgar*.

Entretanto, não se pode olvidar a hipótese em que várias atitudes processuais são praticadas no processo e o juiz, para decidir, considera apenas o ato de disponibilidade. Nessa hipótese, o juiz que poderia basear-se em vários fundamentos, fixa-se na conduta da renúncia ou do reconhecimento, mercê de a parte enfrentar a pretensão adversa com outros argumentos. É para esses casos que a lei prevê a ação rescisória; vale dizer: quando o juiz, podendo valer-se para julgar de todo o contexto da atuação das partes, funda-se apenas no ato de liberalidade expresso ou inferido. Assim agindo, estará fundando a sua sentença no negócio processual em si, exsurgindo, então, para a parte, o interesse em desconstituir a sentença por defeito do ato em que se baseou. Mas, repita-se: nesta hipótese, há julgamento, e como a parte não pode voltar-se contra a motivação da decisão (art. 469, I, do CPC) cumpre-lhe impugnar a sentença por vício do ato que a fundamenta, a despeito das demais manifestações dos autos e que poderiam ensejar uma decisão do juiz noutro sentido.

Destarte, se houver, v.g., reconhecimento integral do pedido, julgamento não haverá senão encerramento, devendo a parte, se for o caso, impugnar o ato em si, através de anulação. Essa anulação pode dar-se antes do trânsito em

julgado ou depois do mesmo. A diferença é que, antes de passar em julgado a sentença de encerramento, como o ato já produziu os seus efeitos (art. 158 do CPC) é impossível a revogação inteira, devendo promover-se a ação anulatória prejudicial que suspende o processo principal impedindo o seu encerramento. Passado esse momento e transitando em julgado o ato de encerramento, a ação anulatória será proposta perante o mesmo juízo, posto acessória (art. 108 do CPC) e seu provimento eliminará do mundo jurídico a autocomposição realizada.

Mister, contudo, asseverar que não há paz na doutrina e na jurisprudência acerca do tema, porquanto o art. 485, VIII, do CPC que prevê a ação rescisória para a sentença de mérito que se fundar nesses atos de disponibilidade, é fonte de inúmeras controvérsias. Ora, praticado o ato de disponibilidade processual, assim considerados a transação, a renúncia, o reconhecimento da procedência do pedido, em princípio, extingue-se o processo, como prevê o art. 269 do CPC. Outra não poderia ser mesmo a solução legal, porquanto a autocomposição faz cessar a atividade especulativa do juiz.

Não obstante, a lei encarta esses negócios jurídicos processuais no âmbito das duas ações: da rescisória e da anulatória.

Numa primeira análise, poder-se-ia imaginar ter o legislador estabelecido um *concurso de ações*, sinalizando com a anulatória antes do trânsito da sentença e a rescisória após este momento, como, aliás, preconiza autorizada doutrina. Entretanto, os atos que ensejam as 'sentenças homologatórias necessárias' também reclamam rescindibilidade. Isto quer dizer que nos casos de homologação, os atos podem ser atacados pelos vícios dos negócios em geral e a sentença que os chancela, pelos vícios formais do art. 485 do CPC.

Assim, v.g., se a renúncia foi procedida com erro ou dolo, o meio de impugná-la é a ação anulatória, cuja procedência esvazia a sentença que lhe serviu de tegumento protetor. Entretanto, se a homologação foi levada a efeito por juiz impedido, corrupto ou ofendeu a coisa julgada, o remédio é a rescisória. No primeiro caso, o meio incide sobre o ato da parte em si, ao passo que no segundo, a investida dirige-se contra ato do juiz, admitindo-se a irresignação na medida em que se dispôs sobre o mérito, na forma dos arts. 269 e 485, *caput*, do CPC. Em resumo, 'tratando-se de ato de disponibilidade processual o meio de atacá-lo é a ação anulatória, haja vista que o mesmo, por si só, produz os seus efeitos pretendidos, independentemente de homologação' (art. 158 do CPC).

'Nas hipóteses em que se faz necessária a homologação, assim exigida pela lei, o ato em si pode ser anulado pelos motivos previstos pela lei material e a

sentença homologatória, rescindida, pelas causas enumeradas no art. 485 do CPC' (...).

É preciso, contudo, atentar-se para que não se promiscua o instituto da ação anulatória, como ocorre em alguns casos da prática judiciária em que se provem ações anulatórias de atos processuais passíveis de desconstituição no próprio bojo do processo em que foram praticados, como, v.g., ação de anulação de citação, ação de anulação de penhora etc. Somente os atos que encerram o processo, decorrentes da vontade das partes, é que são anuláveis, como os atos jurídicos volitivos em geral. Do contrário, a ação anulatória transmuda-se em meio de superação de preclusões, camuflando expedientes capazes de eternizar os processos.

(...)."

Muito embora as sentenças meramente homologatórias de transação provoquem a extinção do processo, com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, III, do CPC, isto significa que produz efeitos similares às sentenças definitivas. A *ratio essendi* de referido preceito é a de que homologada a transação fica vedado às partes, ajuizarem nova ação com o mesmo objeto. Não significa, porém, que o acordo homologado, cuja sentença não foi objeto de julgamento, deve ser anulado por meio de ação rescisória. Inexiste identidade de substância com a sentença de mérito. Há, tão somente uma equiparação de efeitos com este ato jurisdicional.

Nesse mesmo sentido, assim se posicionou o STF, no julgamento do RE 100466/SP, da relatoria do e. Min. Djaci Falcão, publicado no *DJ* 28.02.1986, cujo seguinte excerto de seu voto-condutor, merece transcrição:

'No caso, a sentença foi simplesmente homologatória de transação, apenas formalizando o ato resultante da vontade das partes. Jamais apreciou controvérsia a respeito de viabilidade da homologação requerida pelos interessados. Se tivesse decidido sobre tal assunto, em face de controvérsia suscitada, haveria aí uma prestação jurisdicional suscetível de ação rescisória para a sua desconstituição. Como não houve isso, a ação adequada é a ordinária de anulação. A ação própria para anular ato judicial que independe de sentença definitiva, no caso – transação, – é a ordinária, e não a rescisória. *Aí a ação não é contra a sentença, que se restringe STJ a homologar ato de vontade das partes, e que não há um conteúdo decisório próprio do juiz. Mas, sim, contra o que foi objeto da manifestação de vontade de vontade das partes, a própria transação (f.). A autora ataca atos jurídicos, alegando o vício da coação.* (...)

Na espécie, *o que se objetiva rescindir, o melhor, anular, não é a sentença homologatória, que não faz coisa julgada material, mas a transação celebrada pelos*

litigantes, a relação jurídico-material efetuada pelas partes. A sentença, simplesmente homologatória, não apreciou, é bom frisar, o mérito do negócio jurídico de direito material. Somente a sentença que haja, realmente, enfrentado o mérito, a envolver a validade da transação anterior, acolhida como fato extintivo do direito do autor é que se torna passível de ação rescisória. Apenas para efeito processual é que a homologação judicial se torna indispensável. O Prof. Galeno Lacerda, hoje eminente Des. do TJRS, em trabalho, intitulado *Ação rescisória e homologação*, afirma com propriedade:

"(...) o que constitui objeto da rescisória é a sentença, jurisdicional proferida *inter nolentes*, com base em transação ou desistência inválidas, e não a mera homologação *inter volentes*, que não transita materialmente em julgado. Quando, pois, não houver reiteração de lide já transigida, mas tão só homologação voluntária de acordo das partes, não tem sentido emprego da rescisória para desconstituí-lo. A hipótese se enquadra de modo cabal e indiscutível no art. 486 do CPC, isto é, na ação de rescisão, ou anulatória, do ato homologado, a ser movida em primeira instância pelas vias comuns, sem as galas da instância única da rescisória no Tribunal superior, eis que inexiste, na espécie, a coisa julgada material, própria da verdadeira jurisdição. Mas, dir-se-á, o Código, no art. 269, III, afirma que o processo se extingue com julgamento de mérito quando as partes transigirem. Então, haverá julgamento de mérito na transação? Não, a toda evidência. Trata-se de impropriedade do Código que deve ser interpretada com inteligência e bom senso. Se as partes transigirem, a homologação consequente, como se viu, não julga a lide, porque esta não mais existe, eliminada como foi pelo acordo dos litigantes. Como interpretar, pois, o dispositivo citado, para evitar-se o absurdo de *criar-se* um julgamento de mérito onde ele não existe, nem pode mais existir?

A solução é fácil e se ajusta ao sistema legal. Note-se que o Código, no art. 584, III, considerou a sentença homologatória da transação título executivo judicial.

Equiparou-a, portanto, quanto aos efeitos, à sentença de mérito transitada em julgado, equiparação que já constava no CC/2002, art. 1.030, quanto atribuiu à transação efeito idêntico ao da coisa julgada.

Nesta mesma linha, pois, deve se interpretado o art. 269, III, do CPC. Quando nele se afirma que na transação se extingue o processo 'com julgamento de mérito', o que se visa na verdade significar é que na transação há uma equiparação de efeitos com a sentença de mérito; não que haja identidade de substância com este ato jurisdicional' (*Ajuris*, 14, p. 39). A transação decorre de composição entre as partes, afastando, em consequência, uma solução jurisdicional. Em conclusão (*sic*), a ação para se desconstituir transação homolo-

gada judicialmente é a comum, de nulidade ou anulatória (art. 486 do CPC) e não a rescisória, adequada às sentenças que guardam a imutabilidade da coisa julgada material (...)."

Assim restou ementado referido julgamento: "Ementa: Ação objetivando a anulação de transação homologada judicialmente – Aplicação do art. 486 do CPC. Não vinga a alegação de afronta aos arts. 269, III e 485, VIII, do invocado diploma. A sentença simplesmente homologatória de transação apenas formaliza o ato resultante da vontade das partes. Na espécie, a ação não é contra a sentença, que se restringe (*sic*) à homologação, em que não há um conteúdo decisório próprio do Juiz. Insurge-se a autora contra o que foi objeto da manifestação de vontade das partes, a própria transação, alegando vício de coação. Quando a sentença não aprecia o mérito do negócio jurídico de direito material, é simplesmente homologatória, não ensejando a ação rescisória. A ação para desconstituir-se a transação homologada é a comum, de nulidade ou anulatória (art. 486 do CPC). Dissídio jurisprudencial não comprovado, nos termos da Súmula 291. Recurso extraordinário não conhecido." Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, vol. 1, p. 613-614, muito embora considere a ação rescisória o instrumento processual cabível para a anulação de transação, adverte com as seguintes passagens doutrinárias:

"A ação prevista no art. 486 funda-se em vício no direito material das partes e nas causas de anulabilidade comuns dos negócios jurídicos. Já na ação rescisória o que se julga é o próprio 'julgamento anterior', como ato jurisdicional imperfeito. Assim, nas sentenças 'meramente homologatórias', a ação do art. 486 vai atingir diretamente o ato das partes homologado pelo juiz, e não propriamente o decisório judicial. Na separação consensual, que é caso típico de jurisdição voluntária, o que se anula é o acordo de vontades dos cônjuges. Na realidade, somente em procedimento de jurisdição voluntária é possível divisar a sentença meramente homologatória, porque só aí é que o ato jurisdicional não fará coisa julgada material.

Quando, porém, o acordo de vontades dos litigantes (transação) importa solução de uma lide que já é objeto de um feito contencioso em andamento na Justiça, a sentença que o homologa não pode ser havida como 'meramente homologatória', visto que importa encerramento do processo com julgamento do mérito (art. 269, III), e, consequentemente, produz a coisa julgada material (art. 467 e 468).

A autocomposição da lide é jurisdicionada, *in casu*, pela homologação do juiz, que a encampa e chancela como se fora uma solução dada pela própria sentença. Daí exigir a lei, na hipótese, que o ataque à *res judicata* gerada pela sentença que homologa a transação seja feito somente pela via da ação rescisó-

ria (art. 485, VIII). Nada obstante, é forçoso reconhecer que a jurisprudência, com o passar do tempo, inclinou-se, majoritariamente para a tese que admite o cabimento da ação comum de anulação de negócio jurídico para a hipótese de transação homologada em juízo, aplicando-se, portanto, à espécie, o art. 486 e não o art. 485, VIII, do CPC. Segundo a mesma tese, não há contradição entre o art. 485, VIII, e o art. 486, pois o primeiro deles apenas autorizaria a ação rescisória quando a transação servir de base a alguma decisão realmente de mérito, adotada pelo juiz. Se, todavia, nenhum julgamento sobre o conteúdo da lide for proferido e a atividade do magistrado resumir-se à homologação do acordo, a eventual rescisão seria do negócio jurídico e não da sentença homologatória. Daí caber a ação comum do art. 486 e não a rescisória do art. 485, VIII." A jurisprudência deste STJ não destoa de referido posicionamento, consoante se extrai dos seguintes julgados ora colacionados:

"Processual civil – Sentença homologatória de transação com o Estado – Desconstituição após o trânsito em julgado – Possibilidade – Coisa julgada formal.

– A sentença que homologa transação realizada entre o Estado e o particular, com o objetivo de abreviar liquidação de sentença, não faz coisa julgada material, podendo ser desconstituída por ação diversa da que foi extinta.

– A pretensão intentada pelo Estado, através de ação civil pública, objetivando a anulação de transação de caráter eminentemente privado, tem a incidência do art. 177, caput, do CC/2002, sobrevindo prescrição vintenária, ao contrário da pretendida prescrição quinquenal.

– Recurso especial improvido" (REsp 285651/MT, rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* 03.02.2003).

"*Ação anulatória – Transação – Sentença meramente homologatória – Arts. 485, VIII, e 486 do CPC*. O avençado pelas partes em acordo judicial, homologado pelo juiz sem nenhum conteúdo decisório, é desconstituível como os atos jurídicos em geral, na forma do art. 486 do CPC. Recurso especial não conhecido" (REsp 143059/SP, rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* 03.11.1997).

"*Sentença homologatória – Coisa julgada*. A sentença homologatória pode ser desfeita pela ação prevista no art. 486, não a obstando a alegação de coisa julgada. Divergência não demonstrada quanto à ilegitimidade passiva do réu, que participara da transação homologatória em juízo. Recurso não conhecido" (REsp 112049/RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 28.04.1997).

"Sentença homologatória de transação – Ação para desconstituí-la – CPC, arts. 269, III, 485, VIII e 486.

– A sentença meramente homologatória de acordo entre as partes é rescindível como os atos jurídicos em geral, nos termos do art. 486 do CPC.

– A ação rescisória a que alude o art. 485, VIII, do CPC somente é cabível na hipótese em que a sentença, apreciando exceção oposta pelo réu, decide matéria já transigida, quando tem natureza nitidamente jurisdicional, ou na hipótese em que, antes de homologada a transação, ressurgir conflito entre as partes.

– O art. 269, III, do CPC apenas equipara a sentença homologatória em seus efeitos, a sentença de mérito, não lhe conferindo, porém, a autoridade de coisa julgada material.

– Recurso não conhecido" (REsp 38434/SP, rel. Min. Antonio Torreão Braz, *DJ* 18.04.1994).

"*Ação anulatória de reconhecimento do pedido, homologado por sentença art. 486 do CPC – Não incidência do art. 485, VIII, do CPC.*

Tratando de sentença simplesmente homologatória da vontade das partes, que extinguem a lide por ato de disposição daqueles direitos no processo controvertidos, cabível e a ação anulatória do art. 486 do CPC, pois parte se insurge contra o próprio ato de disposição alegando vícios que invalidaram 'os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

A ação rescisória, do art. 485, VIII, do CPC, é admissível contra sentença proferida em jurisdição contenciosa, em que a transação, o reconhecimento do pedido, a renuncia ou a confissão servem como 'fundamento' do *decisum* influindo no conteúdo do comando judicial.

Recurso especial conhecido e provido" (REsp 13102/SP, rel. Min. Athos Carneiro, *DJ* 08.03.1993).

"*Pessoa jurídica – Representação – Prova – Sentença homologatória – Transação. Ação anulatória – Ação rescisória.* Não exige a lei processual que a pessoa jurídica para estar em juízo apresente, de logo, seus atos constitutivos, de molde a comprovar sua regular representação.

A ação cabível para atacar sentença homologatória de transação é a ação anulatória e não a rescisória" (REsp 9651/SP, rel. Min. Cláudio Santos, *DJ* 23.09.1991).

"*Desapropriação de sentença homologatória de acordo – Aplicação do art. 486 do CPC – Súmula 400 do STF.*

Os atos processuais que independem de sentença ou em que esta for meramente homologatória, sem julgamento do mérito, podem ser anulados como os atos jurídicos em geral, nos termos do direito material.

Hipótese em que a ação anulatória é o meio hábil para desconstituir transação homologada em juízo, de acordo com o disposto pelo art. 486 do CPC.

Decisão que deu razoável interpretação a espécie, ainda que não seja a melhor – Súmula 400 do STF.

Dissídio jurisprudencial não comprovado. Recurso não conhecido (REsp 281/SP, rel. Min. Miguel Ferrante, *DJ* 02.10.1989).

Realizadas referidas considerações, impõe-se a análise do caso concreto.

O Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou ação civil pública com a finalidade de obter a reparação dos danos causados pela Cohab-Londrina aos seus mutuários e a reconstrução das casas populares, utilizando-se material apropriado, cujo pedido foi deduzido nos seguintes termos:

(...)"

A condenação da requerida:

a) em obrigação de fazer, consistente na reconstrução das casas populares dos Conjuntos Habitacionais supramencionados, substituindo-se as placas de ardósia por alvenaria, com a utilização de materiais e técnicas adequadas, tornando as referidas habitações salubres e seguras para seres humanos, obrigação essa a ser executada na forma dos arts. 97 e 98 do CDC;

b) em pagamento de indenização decorrente de danos materiais e morais sofridos pelos moradores das referidas casas em decorrência dos problemas de materiais e construção, a serem apurados em liquidação de sentença e executados na forma dos arts. 97 e 98 do CDC." (f.).

Deveras, formalizado acordos extrajudiciais entre a Cohab-Londrina e os mutuários, o r. juízo monocrático intimou o *Parquet* que se manifestou favorável à homologação das avenças tendo em vista o seu cabimento e sua regularidade formal, nos seguintes termos:

"Trata-se na espécie de ação civil coletiva movida pelo Ministério Público em favor de consumidores mutuários da Cohab-LD, com o escopo de restauração de suas casas populares e composição de perdas e danos decorrentes da impropriedade das referidas casas para habitação humana.

No curso do processo a requerida celebrou acordos individuais com parcela considerável dos consumidores, em situação que os excluirá dos benefícios oriundos do presente processo. Cabe, pois, manifestação do Ministério Púbico sobre tais acordos, o que faremos em anexo.

(...)

Especificamente em relação aos acordos, afigura-se-nos que duas questões deverão ser examinadas: a) o cabimento dos acordos; b) a regularidade formal dos acordos.

(...)

Em tese, pois, parece-nos que os acordos individuais são admissíveis, devendo ser analisada a questão de sua regularidade formal, que permita a homologação.

No atinente à regularidade formal dos acordos, deve ser observado que o exame por parte do Judiciário, em se tratando na espécie de entidade da Administração indireta (sociedade de economia mista) deve ficar restrito aos aspectos da legalidade e legitimidade do ato, não podendo adentrar o seu mérito.

(...)

Assim, na hipótese examinada o ato fica sujeito apenas às normas próprias de seu estatuto, respeitados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

E, não havendo disposição específica em seus estatutos sobre transação, a questão deve ser colocada dentro das atribuições da Assembleia Geral, na forma do art. 9.º de referidos estatutos.

Tal formalidade, conforme se observa de f., foi cumprida, o que caracteriza a observância ao princípio da legalidade. De outro lado, entendemos que o ato também atende ao princípio da moralidade administrativa.

A nosso ver, deve ela ser entendida como o agir honesto e probo do administrador público, ciberneticamente dirigido à concretização dos interesses públicos primários da sociedade. (...)

(...)

Assim, na sua conduta em transacionar com os moradores (...) atende a moralidade administrativa, pois deriva de sua intenção declarada de promover o bem estar de inúmeros de seus mutuários, que foram lesados por atos por ela praticados e que reconheceu em procedimento administrativo próprio.

(...)

Também entendemos que o ato atende o princípio da impessoalidade, ou finalidade, (...)

(...)

Por fim, também foi atendido o princípio da publicidade, tendo em vista a notória divulgação dos acordos pelos meios de comunicação.

(...)

Nestes termos, digno julgados, é nosso entendimento que as transações são formalmente perfeitas, podendo ser homologadas." Ante a concordância expressa das partes litigantes da ação civil pública, e a consequente ausência de conflito de interesses, o juiz proferiu sentença homologatória, que transitou

em julgado em 17.05.1994 (certidão de f.), cujo dispositivo tem o seguinte teor: "Pelo exposto, e pelo mais que dos autos consta, considerando o acordo entre os mutuários e a Cohab-Ld, hei por bem, por falta de conflito de interesses, que o Ministério Público quis tutelar e a Companhia Municipal de Londrina: 1) homologar os acordos de f.; 2) e declarar extinto o presente processo em relação aos que transigiram, devendo ter continuidade em relação aos demais."

A ação popular, de que trata os presentes autos, ajuizada em 23.03.1994, e que ora se analisa o recurso especial, foi ajuizada com fulcro no art. 4.º, da Lei 4.717/1965, com o objetivo de anular os acordos porquanto firmados sem a observância dos princípios da publicidade, da impessoalidade e da finalidade dos atos administrativos, constitucionalmente assegurados, com fins eleitoreiros, em flagrante lesividade ao erário público. O pedido foi deduzido nos seguintes termos:

(...)'

'(...) após tramitação adequada, que esta ação seja julgada procedente, *para anular a totalidade dos acordos* celebrados pela Companhia de Habitação de Londrina – Cohab-LD com todos os beneficiários relacionados no preâmbulo desta petição, determinando o retorno da situação ao *status quo ante*, na forma do disposto no art. 158, do CC/2002, e que ainda condene os responsáveis e os beneficiários a indenizar todos os prejuízos causados, por via indireta à Cohab-LD e por via oblíqua ao município de Londrina, prejuízos esses a apurar em liquidação de sentença, mas que deverão necessariamente, além de outros compreender:

a) os pagamentos feitos à Caixa Econômica Federal por conta dos débitos próprios dos beneficiários, que lhes foram remitidos, sejam eles de prestações, juros, multas, correção monetária, encargos com seguros, e, enfim, todos os dispêndios feitos em consequência do acordo;

b) o valor de mercado das partes das construções que foram doadas aos beneficiários, em especial as que não puderem ser recuperadas;

c) o material de ardósia que, por qualquer causa, deixar de ser devolvido à Cohab-LD, ou que venha a ser restituído sem condições de reaproveitamento, sem excluir os danos que se verificarem com a comercialização das peças que forem devolvidas, que certamente serão lançadas no mercado desvalorizadas em relação ao seu custo real, mesmo porque estarão usadas, abrangendo-se nas perdas e danos as peças de ardósia que a companhia não conseguir comercializar;

d) os juros moratórios, à taxa legal, e a correção monetária, de acordo com os índices oficiais, para atualizar os valores que correspondam às perdas e da-

nos, e, e) as custas processuais e os honorários de advogado, na base que esse honrado juízo, com apoio nos critérios da lei, arbitrará;'

'(...)

De tudo quanto foi exposto, infere-se o seguinte: a) a sentença que homologou o acordo firmado extrajudicialmente, verificou, tão somente, seus aspectos formais, não tendo proferido qualquer juízo quanto ao mérito da ação civil pública;

b) a ação popular, que tem como fundamento nulidade de atos que causem dano ao erário público, que, *in casu*, assumiu cunho declaratório porquanto o ato lesivo o foi subjetivamente complexo, passando pelo crivo do *Parquet* e do juízo, foi ajuizada com a finalidade da desconstituir os acordos firmados entre a Cohab-Londrina e os mutuários visando desconstituir um acordo e não uma sentença de mérito, ante a alegada, e ainda suposta, violação aos princípios da publicidade, da impessoalidade e da finalidade, constitucionalmente assegurados, como norteadores da prática de atos administrativos.

c) as hipóteses de ajuizamento de ação rescisória são taxativas e exigem sentença de mérito transitada em julgado, motivo pelo qual não pode ser utilizada para desconstituir os atos jurídicos em geral por alegada nulidade. Por conseguinte, é juridicamente possível o pedido formulado na ação popular anulatória, e não a ação rescisória, para anular as transações firmadas em prejuízo do erário público, o que não implica o acolhimento do pedido.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial interposto.

É como voto.'"

13. Referências bibliográficas

Arruda Alvim. *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. vol. 1.

Arruda Alvim Wambier, Teresa. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Câmara, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. vol. 1.

Carneiro, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Cunha, Leandro José Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Ferraz, Cristina. *Jurisdição voluntária no processo civil.* Curitiba: Juruá, 2008.

Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento.* 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Medina, José Miguel Garcia; Arruda Alvim Wambier, Teresa. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento.* São Paulo: Ed. RT, 2009. vol. 1.

Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado.* 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

Ponciano, Vera Lucia Feil. *Justiça Federal: organização, competência, administração e funcionamento.* Curitiba: Juruá, 2009.

Soares, Carlos Henrique. *Coisa julgada inconstitucional.* Coimbra: Almedina, 2009.

Tupinambá, Carolina. *Competência da Justiça do Trabalho à luz da reforma constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Wambier, Luiz Rodrigues; Almeida, Flávio Renato Correia de; Talamini, Eduardo. *Curso avançado de processo civil.* 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 1.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A qualificação registral na retificação de registro e no georreferenciamento, de Eduardo Agostinho Arruda Augusto – *RDI* 64/215.

Veja também Jurisprudência

- Retificação de registro civil (procedimento de jurisdição voluntária – *RT* 901/233; e
- Registro de penhora em processo de execução promovido pela Caixa Econômica Federal – *RDI* 55/300.

Qualificação Registral

HERMENÊUTICA REGISTRAL 1

FRANCISCO JOSÉ DE ALMEIDA PRADO FERRAZ COSTA JUNIOR

Pós-Graduando em Direito Notarial e Registral pela PUC-SP. Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de São Bento do Sapucaí/SP.

ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

RESUMO: O artigo pretende indagar as consequências hermenêuticas de uma concepção finalística dos registros públicos, afinada à sua natureza de serviço prestado à sociedade como um todo, superadora das categorias privadas.

PALAVRAS-CHAVE: Registros públicos – Publicidade – Qualificação.

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo investigar las consecuencias hermenéuticas de una concepción teleológica de los registros públicos, atento a la naturaleza de servicio prestado a la comunidad en su conjunto, que excede las categorías privadas.

PALABRAS CLABVE: Registros públicos – Publicidad – Calificación.

Imaginemos um mundo bastante liberal, em que houvesse a mais absoluta liberdade de contratação, e o Estado, cioso de não molestar os súditos em sua intimidade, em nada interviesse nas coisas que se possam chamar "assuntos particulares". Neste mundo hipotético, que proponho para reflexão inicial, certamente não haveria um sistema público de oferta de informações relativas às pessoas. A contratação de garantia real imobiliária, para ter um mínimo

de efetividade, por certo teria de adotar uma forma assemelhada à do penhor comum, com a entrega efetiva da coisa ao credor (tal qual se dava com a alienação fiduciária no direito romano), encarecendo, ou, vez por outra, inviabilizando sua adoção. As vendas a *non domino* seriam corriqueiras; os credores não teriam muito remédio para satisfação de seu direito, porque desprovidos de acesso a um sistema que concentrasse informações acerca do patrimônio do devedor. Os prejuízos alcançariam até mesmo a fase pré-contratual, porque uma sociedade sem publicidade não oferece aos agentes econômicos certidões de distribuidores da justiça ou cadastro de maus pagadores, que teriam de fiar-se (e fiar-se aqui em seu sentido etimológico, de *fides*, fé, confiança) quase que só em seu instinto empresarial para alçar seu desconhecido à posição de pactante.

Felizes seriam somente os estelionatários e bígamos (se se resolvesse também extinguir o registro civil das pessoas naturais), que encontrariam largo espaço para suas estripulias.

A inconveniência é manifesta. Há de existir uma máquina que, num momento preventivo, extirpe incertezas e, no conflito, municie as partes das informações que reputem necessárias. Vê-se aqui que a autarquia qualitativa da economia, como a de qualquer outro sistema social, não resulta na prescindência de elementos externos, orientados a municiar a "mão invisível" de ferramentas que construam a harmonia coletiva. A publicidade é, portanto, um momento de diálogo entre o direito e outros sistemas sociais (em especial a economia), adotada, em diversos figurinos, em todos os países (mesmo nos EUA, ainda que timidamente), reflexo de uma aspiração (poder-se-ia arriscar conatural ao homem) a uma maior previsibilidade das relações econômicas e sociais, num mundo repleto de contingências. Mesmo os bens imateriais (v.g., propriedades industrial e literária, científica e artística) e móveis de maior expressão econômica (v.g., automóveis) ou que despertam especial interesse (v.g., armas) vêm sendo progressivamente trazidos a arquivos públicos, sinal insofismável do reconhecimento de terem sido sazonados os frutos anteriormente colhidos do registro de pessoas e imóveis.

No Brasil, assim como em muitos países, preferiu-se ir além da mera publicidade, isto é, a mera disponibilização de uma informação. Quis-se dotar a notícia de uma especial qualidade. Optou-se por um procedimento prévio de verificação da pertinência da informação orientada para a publicização, a que se chamou qualificação registral. Esta atividade, em última análise, confere à publicidade maior dignidade, eis que a notícia, para além de uma autenticação da constância do dado no acervo público, autentica o próprio dado publicizado, como sendo verdadeiro e jurídico, com o que as proposições registrais

passam a produzir presunções norteadoras do comportamento dos agentes sociais.

Aqui se dá um passo e se vai da mera publicidade para chegar ao registro. O primeiro restringe-se a ser um acervo, produto de coleta de dados que se oferece à consulta pública; o segundo é um repositório de informações que passaram por um exame de aptidão ao ingresso no acervo do órgão publicizador, seja por sua licitude intrínseca, seja por sua compatibilidade com dados que ali acederam num momento anterior.[1]

No Brasil, desde a Lei de Terras, n. 601/1850, que inaugurou a propriedade privada imobiliária entre nós, verifica-se do cotejo entre os regulamentos e leis que se sucederam no tempo uma tendência de adesão, cada vez mais explícita, a um sistema de registro (e, portanto, de qualificação jurídica), assentado sobre um cadastro que, aos poucos, vai-se identificando com aqueles a cargo de órgãos administrativos.[2] A partir daquela lei, ainda acoplada à velha regra, haurida do Direito Romano e constante das Ordenações Filipinas (Livro IV, Título V, § 1.º), da aquisição do domínio pela tradição (*traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferentur*), evoluímos, na Lei 1.237, de 24.09.1864, para a exigência da transcrição do título aquisitivo para produção de efeitos perante terceiros, no caso de ato translativo de propriedade ou constitutivo de outro direito real *inter vivos*, até alcançarmos um novo marco paradigmático no Código Civil de 1916, com a aquisição de propriedade imóvel somente mediante a transcrição do título de transferência (ressalvado o caráter declarativo do registro de transmissão *causa mortis*).[3] Confirmado o bom sucesso das mudanças procedimentais adotadas pela atual Lei de Regis-

1. A propósito, Marcelo Augusto Santana de Melo: "A qualificação registral está para o Registro de Imóveis como o '*Cogito, ergo sum*', ou penso, logo existo, de René Descartes está para a filosofia moderna. Se o Registrador qualifica, o Registro de Imóveis existe no mundo jurídico, já que se trata do eixo principal do sistema de transmissão de propriedade brasileiro", em: A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos. *RDI* 38/64.
2. Sobre a distinção entre registro e cadastro, olimpicamente ignorado por muitos dos críticos da atividade registral, cf. Nicolau Balbino Filho, Direito imobiliário registral. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53. À frente de seu tempo, preconizando o saneamento do deficiente sistema cadastral brasileiro através do registro imobiliário, antecipando iniciativas legislativas de um momento bastante posterior, cf. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Tratado dos registros públicos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. vol. 1, p. 72.
3. Para maior aprofundamento da pesquisa histórica, cf. Miguel Maria de Serpa Lopes, op. cit., vol. 1, p. 55 e ss. e 72.

tros Públicos, vieram, sempre em sintonia com o desenvolvimento histórico do registro imobiliário, leis que robusteceram a atividade do registrador, agora reconhecido explicitamente como profissional do Direito pela Lei 8.935/1994, tais como a ampliação das hipóteses de retificação sob sua presidência, a insuscetibilidadade de anulação do registro em detrimento do terceiro de boa-fé que já tiver preenchido os requisitos de usucapião e mesmo, ainda que por ora somente no caso de regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, a pronúncia da própria prescrição aquisitiva, disciplinada pela Lei 11.977/2009.

Para fazer face a essas graves atribuições, foi desenvolvido ao longo da história um conjunto de princípios orientadores da atividade do registrador, princípios técnicos destinados a dar uma roupagem à legalidade *lato sensu* do título causal que permitisse um ingresso nos livros da serventia que se mostre harmonioso com os demais assentamentos. Assim, há de haver uma precisa individualização do prédio sobre o qual deve incidir a inscrição (especialidade objetiva), da mesma forma como as partes do negócio devem ser minudentemente qualificadas (especialidade subjetiva), e, em homenagem à velha regra segundo a qual ninguém pode dispor de direito maior do que se acha investido, não se procede a uma inscrição sem que o título causal do disponente esteja previamente registrado (princípio da continuidade ou trato sucessivo), aos quais se agregam diversos subprincípios, dedutivamente extraídos. Nos predicados de verificação da legalidade *lato sensu* e exigência de observância de princípios técnicos inscritivos, é fácil ver, residem a diferença entre uma publicidade pura e simples e uma publicidade propriamente registrária. De um lado, um mero depósito de documentos; de outro, a articulação concatenada de assentamentos que, a par de meramente publicizar determinado ato, são frequentemente constitutivos, extintivos ou modificativos de direito da pessoa vinculada à inscrição, além de revestidos de presunção de veracidade e juridicidade.

Certamente, o esforço do registro de bem refletir a realidade não se dá sem consequências factuais e acaba por também transformar a própria realidade, uma vez que os atos e negócios jurídicos passam a ter de observar uma série de solenidades para alcançar o acolhimento registral e fruir da proteção por ele dispensada, sob pena de cair na nebulosa e incerta clandestinidade, com todas as sanções indiretas que daí dimanam (v.g., aquisição da propriedade somente pela usucapião). Não são incomuns casos de negócios jurídicos que se mostram simples em sua dimensão material, mas que se revelam extremamente complexos em sua dimensão registral (muitas vezes sem que o usuário do serviço tenha concorrido para tanto), exigindo dispêndio de tempo e recursos.

Existe assim uma tensão dialética entre qualificação e publicidade. Enquanto a primeira busca ofertar a notícia do fato, a segunda, mediante a qualificação registral, verifica, em primeiro lugar, se é pertinente noticiar o fato e, em caso positivo, se este se formalizou de acordo com as regras que estruturam o registro. Se por um lado a publicidade despida de qualificação é mero depósito de dados em que de antemão não se deposita a menor confiança, por outro não se pode negar que a qualificação excessivamente rigorosa é forte incentivo ao encaminhamento dos fatos sociais à clandestinidade, o que frustra o propósito do sistema, já que a qualificação registral não teria razão de ser sem a publicidade. Na verdade, se o registro buscasse a garantia de uma segurança meramente individual, representaria ele uma indevida substituição pelo agente público de um cuidado que deve tocar antes de tudo ao particular.

A doutrina – pelo menos a nacional – aparentemente não tem tratado dessa candente questão, preferindo desenvolver seus conceitos internos, alguns ainda carecedores de lapidação, e enfrentar os prementes problemas advindos das inúmeras e sucessivas inovações legislativas. Pouco tempo sobra para, dentro de uma teoria geral, cuidar da articulação interna dos princípios registrários, problema que acaba sendo deixado para o trato casuístico, que, embora seja no mais das vezes satisfatoriamente resolvido por um profissional de espírito inspirado, nem por isso se mostra insuscetível de aprimoramento pelas contribuições que se possam extrair de um aprofundamento teórico.

Penso que a identificação da bússola que nos possa guiar nesse mar revoltoso passa, primeiramente, pela fixação da finalidade do registro, direito instrumental, assim como o é o direito processual. E, assim como o direito processual, instrumento da jurisdição pelo qual se realiza o direito material, os registros públicos se apresentam como instrumento de concretização de institutos de outros ramos do Direito, em especial o direito privado, sem perder de vista uma certa adjetividade, vez por outra, em relação a ramos outros do Direito – o processual inclusive, como, v.g., ocorre com a inscrição de penhora para gerar a presunção de fraude à execução no caso de alienação de bem (Súmula 375 do STJ). O reconhecimento da adjetividade do direito registral, sem prejuízo da autonomia científica, leva à negação de uma autorreferência potencialmente engessadora e aponta para uma finalidade que lhe é externa. A tomada de consciência deste aspecto teleológico, fator de uma bem-vinda renovação dos estudos de direito processual, deverá produzir aqui os mesmos resultados.

Em que pese a referibilidade externa, os registros públicos não se restringem a apenas recolher institutos dos demais ramos do Direito para, por meio do procedimento que lhe é próprio, realizá-los mediante publicação. Há que se ter presente que, ao efetivar institutos que lhe são apresentados, fazem-no

os registros acrescendo-lhes um *quid* próprio, no que reside sua diferença das demais formas de publicidade existentes.

Mas qual seria o *quid*?

Parece tratar-se de uma instituição publicitária vocacionada à asseguração de segurança, ou, melhor dizendo, vocacionada à asseguração de previsibilidade, à redução da contingência. É na teleologia da publicidade que reside a nota distintiva entre os registros públicos e outros mecanismos publicitários, tais como a publicidade processual. A redução da contingência é a razão da qualificação registrária, que se dirige a propiciar uma maior previsibilidade nas relações sociais e aumentar a segurança do comércio (segurança dinâmica), o que repercute mediatamente na segurança pessoal de cada um quanto à situação jurídica de seu patrimônio (segurança estática). Importante aqui enfatizar que o que há de mais próprio numa função pública, de que os registros públicos são espécie, é perseguir em primeiro lugar o bem comum da sociedade como um todo e indiretamente o interesse particular. Dizer que o registrador dá segurança às pessoas e não às relações e à sociedade enquanto conjunto de relações (a fluidez é proposital) é tomar uma postura condizente apenas com o antigo Estado Liberal, que reduzia o interesse público a uma mera soma dos interesses individuais. No atual quadrante do constitucionalismo, para além de enunciar vetos e propor um absenteísmo estático, as funções públicas hão de ser entendidas sob uma outra ótica, de agir concreto, afinadas a uma verdadeira tutela de ordem coletiva.

Nessa nova perspectiva de revalorização do espaço público como *locus* de transformação (e não mera asseguração), a classificação da atividade registrária sob o ponto de vista epistemológico deve ser a de agir produtivo/criativo e não mera *scientia*, o que reclama uma posição de primazia da interpretação teleológica em relação a uma hermenêutica meramente sistemática, que cogita da coerência interna do sistema jurídico enquanto ordem lógica sem cogitar dos efeitos concretos decorrentes de sua aplicação.[4]

O próprio termo publicização pode ter o seu sentido trazido para essas novas acepções de teoria do Direito, o que permite pensar a qualificação registrária como uma atividade de polícia jurídica que visa à produção de uma segurança dirigida a uma coletividade difusa que transcende as pessoas constan-

4. Sobre o *status* epistemológico do saber registral, embora recorrendo a um instrumental filosófico diverso, confira-se o consagrado estudo de Ricardo Dip, Sobre a qualificação no registro de imóveis. Disponível em: [http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/007-dip-qualificacao-registral.pdf]. Acesso em: 03.01.2011.

tes dos títulos apresentados a registro. Assim, muito embora tenha obrigações para com as pessoas que o procuram, o registrador desempenha uma atividade que não se volta a elas diretamente,[5] mas sim à sociedade como um todo, horizonte em que se desenha o registro imobiliário como uma *longa manus* da função social da propriedade.[6]

Dessa forma, deve o interesse da sociedade, a que se dirigem os efeitos da atividade do agente público, especialmente aqueles de produção de estabilidade das relações jurídicas, ser a exata medida do rigor da qualificação registrária. Se aceita, a sentença implica a manutenção de uma postura mais rigorosa quando do trato de títulos naturalmente orientados a envolver um maior e indeterminado número de pessoas, tais como os que dizem respeito a condomínio especial e parcelamento do solo, do que aqueles que encerram um conjunto menor de interessados diretos. Assim, ao passo que os atos registrários dirigidos a um expressivo número de destinatários imediatos reclamam juízo formalmente rígido, em atenção a uma demanda pública de que haja maior estabilidade em situações intrinsecamente qualificadas, o registro de títulos de natureza eminentemente privada comportariam vez por outra a mitigação de rigorismos técnicos, a fim de que a publicidade seja também um retrato fiel da realidade tal como ela se apresenta no plano factual. No assentamento do título, mais do que na declaração de irregistrabilidade, é que se alcança a finalidade da instituição registrária, cujo fim consiste na obtenção de enunciações jurídicas que se mantenham tanto quanto possível em sintonia com a realidade que lhe serve de matéria-prima.

Não se perca de vista que a negação do registro implica sanções jurídicas de graves consequências, decorrentes de um ordenamento jurídico que prestigia o registro e sanciona a sua ausência, devendo-se ter presente que o excessivo rigor formal, ao irrefletidamente encaminhar situações para informalidade, concorre para um resultado sociológico diametralmente oposto ao perseguido, de insciência e ocultação das situações jurídicas. A dialeticidade entre a finalidade publicizadora do registro e a exigência de enunciação da *res certa,* isto é, a exigência de corresponder às legítimas expectativas decorrentes das presunções de veracidade

5. Creio que, dentro desse horizonte, podemos extrair uma lição ainda mais rica da seguinte passagem de Miguel Maria de Serpa Lopes: "O interesse dos terceiros deve preponderar, porque incontestavelmente se confunde com o interesse do crédito e da estabilidade das transações" (op. cit., vol. 2, p. 139).

6. Sobre os registros públicos como *longa manus* da função social da propriedade: Passarelli, Luciano Lopes. *As retificações no registro de imóveis*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 222 e ss.

e legalidade que lhe são outorgadas, impõe ao registrador o desafio de caminhar no fio estreito da navalha, evitando os dois extremos, ambos condenáveis: reduzir-se a um mero depósito de documentos ou constituir um apanhado de umas poucas inscrições tecnicamente impecáveis, mas de muito difícil acesso. O primeiro frustra a juridicidade do registro; o segundo amesquinha a publicidade.

Nesse mister de conciliar exigências que vez por outra se mostram incompossíveis, parece alvissareira a recepção do princípio da proporcionalidade.[7] Também conhecido como princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*), a proporcionalidade remonta, numa acepção intuitiva, à própria noção de direito,[8] em sua dimensão instrumental e utilitária de provisão do bem comum. Segundo essa ideia, muito afinada à de equitatividade, equilíbrio, justa medida, deve haver uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que, acaso represente restrição a direito ou imposição de obrigação, deverá limitar-se ao necessário para a salvaguarda do interesse visado. A proporcionalidade importa na correspondência entre meio e fim, isto é, a vedação da imposição de ônus desnecessários para a consecução de uma finalidade buscada. Assim, a medida somente se mostrará adequada (proporcional) se, para alcançar a finalidade desejada, causar o menor prejuízo possível e se houver auferição de vantagem no sopesamento entre os benefícios obtidos e os sacrifícios impostos. O princípio da proporcionalidade é, pois, um verdadeiro pressuposto epistemológico para uma elaboração racional do Direito, filtro pelo qual devem passar não somente as leis, mas também a sua aplicação pelos juristas, iterativamente conclamados a realizar o ótimo concreto, para além de um saber meramente literário ou científico, não se podendo perder de vista que a racionalidade jurídica não é puramente cognitiva, mas voltada, pragmaticamente, para a orientação da conduta, pois para ela o que importa não é a "verdade", mas sim que se faça o "certo".[9]

---

7. Sobre a distinção entre o princípio da proporcionalidade, desenvolvido entre os alemães, a partir da tensão dialética entre democracia e Estado de Direito, e o princípio da razoabilidade, desenvolvida entre os anglo-saxões, a partir da cláusula do devido processo legal em sua acepção substantiva, cf. Guerra Filho, Willis Santiago, *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007. p. 182 e ss.; e Moura, Elizabeth Maria de. *O devido processo legal na Constituição brasileira de 1998 e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 75

8. Expressão usada por Willis Santiago Guerra Filho, trazendo-a do alemão *Rechtsidee*, em: *Teoria processual*... cit., 2007, p. 159

9. Tratando do retorno à perspectiva pragmática do Direito, Willis Santiago Guerra Filho aponta também a retomada dos estudos da retórica e a tópica de Theodor Viehweg, em: *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 137 e ss.

Tudo o que aqui se afirma, muito ao contrário de um sentimento de superficialidade, inspira a necessidade de uma qualificação registral profunda, uma verdadeira investigação das peculiaridades das circunstâncias da relação jurídica inscritível, que afasta de cena o técnico, aplicador rigoroso de regras, que não indaga de sua origem nem tampouco de suas consequências, para dar lugar a um profissional de mais elevada estatura. Dentro desta ótica, a mitigação formal, quando houver, longe de representar exemplo de agente displicente, argentário ou prevaricador, inspira o sentimento de verdadeira juridicidade, ajustadora dos meios aos fins, cônscia de que o direito consiste num conhecimento prático/teórico, em que o saber e o agir estão umbilicalmente entrelaçados.

Muito embora seja relativamente velha na academia a superação do positivismo intransigente, só agora ela começa a ensaiar incursões na prática cotidiana do Direito, no mais das vezes através do princípio da proporcionalidade, cujo estudo entre nós ganhou fôlego somente após o processo de redemocratização, momento em que também se deu a atual arquitetura institucional dos registros públicos. É hora de usar da permeabilidade, própria do que é novo ou renovado, para pôr-se a par – e ao lado – das novas tendências e escolas, o que muito concorrerá para o desenvolvimento científico e a própria legitimação social do serviço. Somente assim será possível demonstrar que o reconhecimento da condição de verdadeiro profissional do Direito trouxe consigo muito mais do que a figura de um cientista; trouxe, isto sim, um agente público que opera criativamente o Direito, e que não desconhece que, ao operá-lo, opera também a realidade social.

Bibliografia

Balbino Filho, Nicolau. *Direito imobiliário registral*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Dip, Ricardo Henry Marques. *Direito administrativo registral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Sobre a qualificação no registro de imóveis. Disponível em: [http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/007-dip-qualificacao-registral.pdf]. Acesso em: 03.01.2011.

Guerra Filho, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

Lopes, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. 4 vol.

Melo, Marcelo Augusto Santana. A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 68. p. 62. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2010.

Moura, Elizabeth Maria de. *O devido processo legal na Constituição brasileira de 1998 e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Celso Bastos Ed., 2000.

Passarelli, Luciano Lopes. *As retificações no registro de imóveis*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

Tanaka, Sonia Yuriko Kanashiro et alli. *Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- A função econômica da publicidade registral, de Fernando P. Méndez González – *RDI* 55/133;
- A qualificação registral na retificação de registro e no georreferenciamento, de Eduardo Agostinho Arruda Augusto – *RDI* 64/215;
- O registro de imóveis e o princípio da fé-pública registral, de Marcelo Augusto Santana de Melo – *RDI* 63/53; e
- Os efeitos substantivos da inscrição e o papel do registro na proteção do tráfego jurídico imobiliário, de Luis Alberto Aliaga Huaripata – *RDI* 54/84.

Direito de Família e Registro Imobiliário

Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável

1

Walsir Edson Rodrigues Júnior

Doutor e Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Especialista em Direito Notarial e Registral pelas Faculdades Milton Campos. Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-MG, de Direito Civil na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, na Escola Superior de Notários e Registradores e na Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG. Advogado.

Área do Direito: Civil; Imobiliário e Registral

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar os principais efeitos do regime de bens no casamento e na união estável. Defende-se que, internamente, nas relações travadas entre os cônjuges e entre os companheiros, não deve haver nenhuma diferença de direitos e deveres, pois tais entidades familiares prestam-se ao mesmo objetivo, qual seja: servem de recurso para o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros. Contudo, tendo em vista, principalmente, a distinção existente na forma de constituição das duas entidades familiares, procura-se demonstrar que, externamente, nas relações dos cônjuges e dos companheiros com terceiros, por força da formalidade que existe no casamento e inexiste na união estável, os efeitos poderão ser diferentes.

Palavras-chave: Regime de bens – Pacto antenupcial – Contrato de convivência.

Abstract: The present study aims at analyzing the main effects of marital property systems in marriage as well as in cohabitation partnership. One defends that, internally, in the relations established between spouses and between partners there must be no differences of rights and duties, since these two family entities have the same goal: to provide conditions for the free development of its members. However, because of the distinction in the way these two family entities are constituted, the study tries to demonstrate that, externally, in the relations established among spouses and partners with other people, mainly due to the formality existing in marriage but inexistent in cohabitation partnership, the effects can be different.

Keywords: Marital property systems – Pre-nuptial agreement – Cohabitation agreement.

Sumário: 1. Introdução – 2. Casamento e união estável: similitudes e diferenças: 2.1 A informalidade como justificativa de efeitos sociais distintos entre casamento e união estável: 2.1.1 Constituição da família; 2.1.2 Estado civil – 3. Efeitos patrimoniais: regime de bens no casamento e na união estável: 3.1 Regime de bens no casamento: 3.1.1 Pacto antenupcial; 3.1.2 Vênia conjugal; 3.2 Regime de bens na união estável: 3.2.1 Contrato de convivência; 3.2.2 (Des)necessidade de autorização do companheiro para a prática dos atos descritos no art. 1.647 do CC/2002 – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. Introdução

A família como fenômeno social,[1] no mundo inteiro e em todas as épocas, sempre foi plural. No entanto, juridicamente, a ampliação do seu conceito é fato recente. No Brasil, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que a família deixou de ser sinônimo de casamento e vice-versa. Expressamente, para além do casamento, foram reconhecidas como entidades familiares duas formações outrora ignoradas: a união estável e a família monoparental. Contudo, não se pode dizer que o ordenamento somente destina tutela a tais entidades familiares.

O que o sistema jurídico – instaurado pela Carta Magna de 1988 – quer proteger, no que diz respeito à família, é a comunhão afetiva que promove a formação pessoal de seus componentes, seja sob qual forma for que esta se apresente, tenha que origem for.[2] Portanto, a família reconhecida constitucionalmente é plural, pois nenhum elenco de modelos familiares é esgotável em si mesmo.[3] Daí a possibilidade de se discutir e se reconhecer, atualmente, as famílias homoafetivas, paralelas, recompostas, anaparentais, entre outras.

---

1. Artigo desenvolvido a partir da monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Notarial e Registral das Faculdades Milton Campos, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Notarial e Registral, sob a orientação do ilustre Prof. Me. Francisco José Rezende dos Santos.
2. Almeida, Renata Barbosa de; Rodrigues Júnior, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 51-54.
3. Orlando Gomes, utilizando a locução *polimorfismo familiar*, já no ano de 1983, defendia a pluralidade de entidades familiares.
   Segundo o autor, "(...) o regime legal da família não deve se restringir à família constituída pelo *casamento*, muito menos ainda a seu modelo antigo de uma sociedade fechada sobre si mesma, na qual se sucedem as mortes, os matrimônios e os nascimentos, assegurando entre as gerações uma continuidade biológica, social e econômica. Igual tutela deve ser dispensada, na medida do possível, a toda sociedade aberta de *convivência* íntima entre seus componentes (...)." Gomes, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 176.

Ocorre que as diversas entidades familiares existentes podem produzir efeitos jurídicos diferentes – emancipação, estado civil e regime de bens – por exemplo, podem existir ou não em algumas entidades familiares. Assim, o fato de um relacionamento enquadrar-se no gênero família não significa dizer que irá receber o mesmo tratamento dispensado às várias espécies existentes, pois cada família possui suas peculiaridades e, por isso, a necessidade de regras próprias.

Evidentemente, diante da pluralidade de entidades familiares geradoras de efeitos jurídicos diversos, duas premissas devem ser assentadas: não há hierarquia entre elas, visto que todas servem de recurso para o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros; o sujeito possui a liberdade de escolha entre formar ou não uma família e, mais do que isso, de definir qual o tipo de família irá adotar.

O casamento e a união estável talvez sejam as entidades familiares que melhor evidenciam essa liberdade de escolha. Por isso, considerando a semelhança na composição interna dessas famílias e o grande número, no Brasil, de pessoas que optam pelo casamento e outro tanto pela união estável, é de suma importância estabelecer suas semelhanças e diferenças. Afinal, a escolha por uma ou outra entidade familiar poderá significar direitos e deveres diferentes entre os seus componentes e, também, em relação a terceiros.

Vários são os aspectos passíveis de discussão e de comparação quanto aos efeitos jurídicos do casamento e da união estável. Um dos mais polêmicos é, sem dúvida, o patrimonial, principalmente no que diz respeito ao regime de bens. Assim, busca-se no presente trabalho estabelecer uma possível diferenciação entre casamento e união estável a partir dos efeitos do regime de bens entre os cônjuges e os companheiros, internamente; e entre eles e terceiros, externamente.

2. Casamento e união estável: similitudes e diferenças

O conceito e a extensão da família sofreram várias alterações ao longo da história. Contemporaneamente, a família não é mais encarada como uma unidade de produção, estruturada apenas para atender a fins econômicos, políticos, religiosos e culturais, como outrora. Nesse sentido, a família deixou de ser objeto de proteção autônoma – colocada como uma realidade baseada em si mesma – e tornou-se funcional, ou seja, instrumento de promoção e desenvolvimento dos seus membros, realçando a dignidade da pessoa humana em suas relações.[4] É a pessoa que deve ser protegida e colocada no centro do or-

4. Tepedino, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 352.

denamento jurídico.[5] É na família que o indivíduo vivencia boa parte das suas experiências e desenvolve aspectos psicológicos, sociais e políticos. Não é à toa que novas entidades familiares são reconhecidas e protegidas pelo Estado.

O casamento por muito tempo reinou como sinônimo único de família. No período histórico moderno, a defesa do patrimônio e de uma moral religiosa determinou que a formação familiar se estabelecesse, necessariamente, por meio de uma solenidade constitutiva sob controle jurídico.

Contudo, diante da pluralidade reconhecida a partir da Constituição de 1988, o casamento deixou de ser sinônimo de família e passou a ser apenas uma das espécies familiares possíveis. Portanto, a família é gênero do qual uma das espécies é o casamento. Este continua merecendo proteção do Estado; mas, a partir da Constituição de 1988, não detém mais nem a mesma tutela, nem a tutela exclusiva.

O casamento é a única entidade familiar que depende da participação prévia do Estado – por meio do processo de habilitação e da celebração – para a sua constituição, sob pena de inexistência. Ele se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados; é o que estabelece o art. 1.514 do CC/2002.[6]

Todas as outras espécies de família – tais como, a união estável e a família monoparental – exigem do ordenamento jurídico mero reconhecimento tão logo se apresentem instituídas, de fato. A interferência estatal, quando necessária, dá-se posteriormente e para simplesmente verificar a existência dos elementos caracterizadores da entidade familiar.[7]

A união estável, portanto, é uma família desprovida de solenidade constitutiva. Reúne um casal que vive como se casados fossem, de maneira pública e contínua, com o objetivo de constituição de família. É uma situação que se cria

5. Para essa mudança, Paulo Luiz Netto Lôbo utiliza a expressão *repersonalização*. Lôbo Netto, Paulo Luiz. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*, vol. 6, n. 24, p. 151.

6. Apesar dessa disposição legal, entende-se que o casamento efetivamente se realiza logo após a manifestação de vontade dos nubentes. A leitura da fórmula sacramental não tem natureza constitutiva, apenas declara o casamento.

7. Afetividade, publicidade e estabilidade são os elementos caracterizadores das várias entidades familiares existentes (Netto Lôbo, Paulo Luiz. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família* 12/40-55).

naturalmente, isenta de iniciativas jurídico-formais. Não é pressuposto para a sua caracterização a chancela prévia do Estado, como ocorre no casamento.

A despeito dessa aparente simplicidade e do atual reconhecimento e disciplinamento legal que recebe, a união estável ainda é fonte fértil de dúvidas. E isso basicamente porque, internamente – na relação afetiva estabelecida entre os companheiros –, é muito semelhante ao casamento. Contudo, na mesma medida, externamente – nas relações estabelecidas com terceiros –, distancia-se daquele quanto aos efeitos.

Fica fácil constatar, então, que, internamente, tendo em vista as semelhanças entre casamento e união estável, não faz sentido tratamento legislativo diferente entre as duas entidades familiares. Assim, as regras do regime de bens, do direito a alimentos, da assistência social e do direito sucessório,[8] por exemplo, devem ser estabelecidas da mesma maneira para os cônjuges e para os companheiros em suas relações internas, pois, caso contrário, abrir-se-ia espaço para a existência, no Brasil, de famílias de primeira e segunda classe.

Qualquer tratamento desigual só deve ser admitido externamente e, assim mesmo, por força da substancial diferença entre casamento e união estável, qual seja: a prova pré-constituída do fato jurídico presente no casamento e inexistente na união estável.

2.1 A informalidade como justificativa de efeitos sociais distintos entre casamento e união estável

Quando se afirma que externamente os efeitos jurídicos gerados pela união estável distinguem-se dos gerados pelo casamento significa que, socialmente, ou seja, perante terceiros, as duas entidades familiares irradiam efeitos jurídicos distintos.

O fato de o casamento ser uma união formal e a união estável, informal, interfere sobremaneira no momento da constituição da entidade familiar e na geração ou não de um novo estado civil para os seus integrantes, como se constatará a seguir. Tais fatos justificam o tratamento desigual entre as duas entidades familiares perante terceiros.

8. Defende-se que é completamente inapropriado o tratamento sucessório desigual entre cônjuges e companheiros estabelecido pelo Código Civil de 2002, já que não há diferença interna entre as duas entidades familiares que justifique ordem de vocação hereditária desigual entre cônjuge e companheiro. Contudo, considerando os limites deste trabalho, tal discussão não será aprofundada.

2.1.1 Constituição da família

O casamento, automaticamente e imediatamente, institui a família. Tão logo cumpridas as formalidades constitutivas, a entidade familiar já existe. Percebe-se, então, uma importante diferença entre a união estável e o casamento quanto à forma de instituição. Por ser uma união formal, o casamento, uma vez realizado, por si só, institui a família. Já a união estável – união informal – necessita preencher alguns requisitos substanciais estabelecidos em lei (art. 1.723 do CC/2002) tendo, assim, existência precedente ao seu reconhecimento jurídico como entidade familiar.

Mesmo na hipótese de um contrato de convivência, não é certo afirmar que a união estável já esteja configurada. O contrato de convivência por si só não tem o condão de criar a união estável, pois o decurso do tempo, aliado aos outros elementos caracterizadores estabelecidos no art. 1.723 do CC/2002, é indispensável para o reconhecimento dessa espécie de família.

Tem-se, portanto, que a eficácia do contrato de convivência, diferentemente do que ocorre com o ato instituidor do casamento, ficará condicionada à caracterização da união estável por meio da presença dos seus elementos constitutivos.

2.1.2 Estado civil

Segundo lição de Francisco Amaral, estado civil é a qualificação jurídica da pessoa conforme sua situação social.[9] Trata-se, dessa maneira, de um identificador pessoal do qual o Direito se vale para definir, em geral, os direitos e deveres daquele sujeito específico, ou seja, sua seara de legitimidade para realização de atos jurídicos.[10]

Em termos legais, há cinco estados possíveis: casado(a); solteiro(a); viúvo(a); separado(a); divorciado(a). Ao se realizar o casamento, os cônjuges alteram o seu estado civil, em matéria familiar. Se até então eram solteiros, viúvos ou divorciados, tornam-se casados. As núpcias lhes conferem esta condição e, com elas, um novo grupo de posições jurídicas, de direitos e deveres.

É perceptível que todos os tipos de estado familiar se relacionam com o casamento;[11] o que muito bem se adequava ao entendimento da sinonímia re-

9. Amaral, Francisco. *Direito civil: introdução.* 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 238.

10. Idem, p. 239.

11. É casado(a) aquele(a) que se casou; solteiro(a), aquele(a) que nunca se casou; viúvo(a), o(a) que se casou, mas teve seu casamento findado – sociedade con-

duzida entre família e matrimônio. Contudo, ampliada a significação daquela, talvez se devesse ampliar, por conseguinte, os estados familiares possíveis. Nesse sentido, há o PL 1.779/2003, ainda pendente de conclusão no Congresso Nacional, para acrescentar ao art. 1.723 do CC/2002 a seguinte determinação:

"§ 3.º Os companheiros adotarão o estado civil de conviventes."

Embora a proposta se apresente plausível em face da compreensão jurídica de família hoje, ela traz consigo um problema de difícil solução. A união estável, por si só, é uma situação instalada sem qualquer intervenção jurídica. O Direito é incapaz de acompanhar sua criação. Assim, resumindo-se a sua mera declaração; intervém apenas depois de já decorrido tempo de sua constituição. Daí a dúvida quanto ao estabelecimento do estado civil de convivente: poderia ser ele retroativo à data de surgimento da união estável, que sempre equivale a um momento pretérito ao seu reconhecimento jurídico? E a geração de efeitos *erga omnes*, caso possível fosse, se daria a partir de quando?

Em suma, não há, no ordenamento jurídico brasileiro atual, o estado civil de convivente.[12] Sua instituição, por sua vez, mesmo já tendo sido proposta, ainda requer discussão jurídica mais ampliada, especialmente, quanto ao seu procedimento de concretização e eficácia *erga omnes*, o que talvez requeira, inclusive, uma apurada formulação legislativa.

Assim, conclui-se que o casamento representa um estado imposto a terceiros, por meio de sua eficácia *erga omnes* obtida a partir do registro civil. Apresentada a certidão do registro, o estado civil de casado não pode ser desprezado. Diferentemente, na união estável, nem mesmo um contrato de convivência, ainda que feito por escritura pública ou registrado no Registro de Títulos e Documentos, é capaz de impor a entidade familiar em relação a terceiros, pois, além de não gerar efeitos *erga omnes*, pode ser questionada a qualquer momento por aqueles que dela tomarem conhecimento. Ninguém é obrigado a aceitar o contrato de convivência como prova bastante da união estável.

Eis, então, a grande diferença entre casamento e união estável: a existência e a inexistência, respectivamente, da prova pré-constituída da entidade família. Este fato, portanto, é que determinará a produção de alguns efeitos jurídicos

---

jugal e vínculo matrimonial – pela morte do cônjuge; separado(a), o(a) que se casou, mas teve a sociedade conjugal desfeita *inter vivos*; divorciado(a), por fim, o(a) que se casou, mas teve tanto a sociedade conjugal como o vínculo matrimonial extintos *inter vivos*.

12. Defendendo o mesmo posicionamento encontra-se: Azevedo, Fábio de Oliveira. *Direito civil: introdução e teoria geral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 184-185.

patrimoniais distintos entre as duas famílias, especialmente em relação a terceiros.

3. Efeitos patrimoniais: regime de bens no casamento e na união estável

Com a realização do casamento ou a constituição da união estável, a propriedade, a administração e a disponibilidade dos bens, presentes e futuros, bem como as responsabilidades de cada cônjuge ou companheiro entre si e perante terceiros, ficam submetidas às regras de um regime de bens, conforme a opção feita pelo casal, por meio de pacto antenupcial ou contrato de convivência ou, ainda, por disposição legal.

Pode-se afirmar que o regime de bens é uma consequência inevitável do casamento[13] e da união estável, pois não há matrimônio ou união estável sem regime patrimonial.

Contudo, considerando, principalmente, os efeitos sociais diferentes entre casamento e união estável, o regime de bens nessas entidades familiares também poderá produzir efeitos distintos, principalmente em relação a terceiros.

3.1 Regime de bens no casamento

Atualmente, há quatro regimes de bens tipificados no Código Civil: comunhão universal, comunhão parcial, separação de bens e participação final nos aquestos. O Código Civil de 2002 suprimiu o regime dotal, previsto no Código Civil anterior e que vinha sendo pouquíssimo utilizado, e acrescentou o regime de participação final nos aquestos.

Os regimes de bens descritos no Código Civil não representam *numerus clausus*; portanto, a enumeração do Código Civil não é taxativa como em alguns países,[14] mas meramente exemplificativa. Podem os contraentes escolher um dos quatro regimes tipificados ou criar um regime novo, um regime misto ou híbrido, ou seja, *personalizar* as regras patrimoniais do casamento (art. 1.639 do CC/2002). Por meio de pacto antenupcial podem, por exemplo, combinar as regras de dois ou mais regimes.

---

13. Veloso, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 82.

14. Na Alemanha, na Itália e na Suíça vigora o princípio da tipicidade, ou seja, os nubentes só podem escolher um dos regimes estabelecidos em lei (Veloso, Zeno. Op. cit., p. 83).

A única limitação que sofrem os contraentes diz respeito à proibição de contrariar disposição absoluta de lei (art. 1.655 do CC/2002), ou seja, norma de ordem pública, norma cogente, norma que não admite negociação entre as partes. Não podem, por exemplo, por meio de pacto antenupcial estabelecer que, na falta de um dos cônjuges, o sobrevivente herdará antes dos filhos, pois estariam contrariando a ordem de vocação hereditária (art. 1.829 do CC/2002); ou ainda, que, no regime da comunhão parcial de bens, um cônjuge poderá alienar bem imóvel sem a autorização do outro (art. 1.647 do CC/2002).

Conforme já exposto, toda sociedade conjugal, obrigatoriamente, será regida por um regime de bens, escolhido pelas próprias partes ou determinado por lei. Portanto, o regime de bens de um casamento será convencional, se escolhido pelos nubentes por meio de pacto antenupcial, ou legal, se determinado pela lei.

O regime legal, como o próprio nome indica, é o que decorre exclusivamente da lei, podendo ser *supletivo (dispositivo)* ou *cogente (obrigatório)*.

Até a Lei do Divórcio (Lei 6.515, de 26.12.1977), o regime legal supletivo ou dispositivo, ou seja, aquele estabelecido pela lei na ausência de pacto antenupcial ou diante de pacto inválido, era o da comunhão universal. Com o advento da Lei do Divórcio, o regime legal supletivo ou dispositivo passou a ser o da comunhão parcial. Portanto, desde o dia 27.12.1977, no Brasil, na ausência de pacto antenupcial ou diante de pacto inválido, prevalece o regime legal supletivo de comunhão parcial de bens.[15]

Assim, para a adoção do regime de comunhão parcial de bens, desde a referida legislação, não há necessidade de nenhum ato solene, basta que seja reduzida a termo, no processo de habilitação do casamento, a vontade dos nubentes. Entretanto, para a adoção de outro regime que não seja o da comunhão parcial de bens, obrigatoriamente, deverá ser feito o pacto antenupcial em Cartório de Notas por meio de escritura pública (art. 1.640, parágrafo único, do CC/2002). Daí a importância da atuação do oficial do Registro Civil, já que, de acordo com o art. 1.528 do CC/2002, é seu dever esclarecer aos nubentes sobre os diversos regimes de bens.

O regime legal cogente ou obrigatório é aquele imposto por lei a certas pessoas. Em algumas situações específicas, a lei não lhes autoriza a escolha do

15. O regime de comunhão parcial de bens é, também, o regime legal supletivo em vários países: França, Itália, Portugal e Espanha. Na Alemanha, desde a Lei de 18.06.1957, que substituiu os arts. 1.363 a 1.390 do BGB, o regime legal supletivo é o de participação final nos aquestos.

regime que será, obrigatoriamente, o da separação de bens. O regime de separação legal cogente ou obrigatório, de acordo com o art. 1.641 do CC/2002, é imposto nas seguintes hipóteses de casamento:

"I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 anos;[16]

III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial."

3.1.1 Pacto antenupcial

O pacto antenupcial é um negócio jurídico solene, pois para ser válido deve ser feito em Cartório de Notas por meio de escritura pública. Serve para disciplinar as questões patrimoniais e não patrimoniais entre os cônjuges, bem como as responsabilidades dos cônjuges perante terceiros.

O pacto antenupcial feito por instrumento particular é considerado nulo e, consequentemente, os cônjuges serão considerados casados sob o regime de comunhão parcial de bens, que é o regime legal supletivo desde a Lei do Divórcio de 1977.

No Brasil, não há prazo determinado para que, após a feitura do pacto antenupcial, o casamento se realize.[17] Um pacto antenupcial feito há 10 anos poderá produzir efeitos; para isso, basta que o casamento se realize. Portanto, importante é não confundir a validade com a eficácia do pacto antenupcial. O pacto antenupcial para ser válido depende tão somente de escritura pública e, para produzir efeitos, da realização do casamento.

Cabe ressaltar que, feito o pacto antenupcial e, se no lugar do casamento os contraentes constituírem uma união estável, aplicar-se-á a regra do art. 1.725 do CC/2002 e o regime de bens será o da comunhão parcial, mesmo que no referido pacto tenha sido estabelecido outro regime, pois a eficácia do pacto antenupcial, por disposição expressa em lei (art. 1.653 do CC/2002), depende da realização de casamento e não de união estável.

É importante destacar, conforme alerta Zeno Veloso,[18] que a eficácia do pacto antenupcial descrita em lei (art. 1.653 do CC/2002) diz respeito às questões

16. Idade alterada de 60 para 70 anos pela Lei 12.344, de 09.12.2010.

17. Em Portugal, por exemplo, de acordo com o art. 1.716 do CC Português, "A convenção caduca, se o casamento não for celebrado dentro de um ano, ou se, tendo-o sido, vier a ser declarado nulo ou anulado, salvo o disposto em matéria de casamento putativo".

18. Veloso, Zeno. Op. cit., p. 85.

patrimoniais do casamento apenas (escolha do regime de bens, forma de administração dos bens, percepção de frutos, doações em razão do casamento etc.). Nada impede que outras questões, que tenham sido tratadas no pacto antenupcial e que não tenham ligação direta com o casamento, produzam efeito mesmo sem a realização do enlace matrimonial.

Como exemplo, é possível citar a possibilidade de os pais nomearem tutor para os filhos menores por meio de documento autêntico (art. 1.729, parágrafo único, do CC/2002). Nomeado o tutor para o filho menor em pacto antenupcial feito por escritura pública, mesmo que o casamento não se realize, o pacto, quanto à nomeação do tutor, será eficaz, pois não deixa de ser um documento autêntico.

A escritura pública de pacto antenupcial deve ser encaminhada ao Serviço Registral das Pessoas Naturais onde a habilitação de casamento foi iniciada, antes da celebração do matrimônio, para que possa constar do termo de casamento o regime de bens escolhido pelos contraentes.

Entre os cônjuges e os seus herdeiros, para que o pacto antenupcial produza efeitos, basta que se realize o casamento e a sociedade conjugal efetivamente exista.

Quanto aos terceiros, as convenções antenupciais não terão efeito senão depois de *registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges*; é o que determina o art. 1.657 do CC/2002.

A grande questão é não confundir publicidade, que "é a alma dos registros públicos",[19] com eficácia *erga omnes*. Todo pacto antenupcial válido é público, porque foi feito por escritura pública e, qualquer pessoa que tenha interesse poderá se dirigir ao Cartório de Notas onde o pacto foi elaborado e ter acesso ao seu conteúdo. O problema é que o pacto pode ter sido elaborado em qualquer Cartório de Notas do país e, por isso, não é razoável que se exija de qualquer contratante tão ampla pesquisa. Assim, nem todo pacto antenupcial válido e, portanto, público, terá o poder de produzir efeitos *erga omnes*. Para a produção de tais efeitos, necessário será o registro do pacto antenupcial, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

O problema *aparente* que surge é o seguinte: como fazer o registro do pacto antenupcial no Registro de Imóveis se os cônjuges não possuem tais bens?

Para resolver esse problema, a Lei 6.015/1973 estabelece que, *independentemente da existência de bens imóveis em nome dos cônjuges*, o pacto antenupcial

19. Balbino Filho, Nicolau. *Registros de Imóveis: doutrina, prática e jurisprudência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 10.

deverá ser *registrado* no Livro 3 – Registro Auxiliar – que é destinado ao registro dos atos que, sendo atribuídos ao Registro de Imóveis por disposição legal, *não digam respeito diretamente a imóvel matriculado*. Assim, feito um pacto antenupcial, mesmo que os cônjuges ainda não possuam bens imóveis, devem solicitar ao oficial do Registro de Imóveis do seu domicílio, o *registro* da convenção no Livro 3 – Registro Auxiliar. Só assim o pacto irá produzir efeitos *erga omnes*.

Cabe destacar que, mesmo diante da inexistência de bens imóveis, o regime de bens será importante para determinar a responsabilidade do cônjuge que não participou da relação jurídica perante terceiros, como por exemplo, nos contratos de fiança e aval (art. 1.647, III, do CC/2002). Portanto, com ou sem bens imóveis, no Livro 3 – Registro Auxiliar, deverá ser feito o registro do pacto antenupcial para a produção de efeitos *erga omnes*.

Além disso, na hipótese de existência de bens imóveis, seja porque os possuíam antes do casamento ou os adquiriram no curso da sociedade conjugal, além do *registro* do pacto no Livro 3 – Registro Auxiliar – do domicílio dos cônjuges, outra providência é estabelecida pela Lei 6.015/1973, qual seja, a *averbação*.[20] De acordo com o art. 167, II, 1, da Lei 6.015/1973, deve ser feita a *averbação* do pacto antenupcial no lugar da situação dos imóveis de propriedade de cada um dos cônjuges, bem como dos imóveis de propriedade do casal, presentes e futuros, com a declaração das respectivas cláusulas.

Só assim será possível que terceiros interessados na aquisição de algum bem imóvel registrado em nome de um dos cônjuges apenas, tenham ciência efetiva a respeito das regras patrimoniais estabelecidas no pacto antenupcial. Portanto, conjugando o *registro* com a *averbação* do pacto antenupcial tem-se a verdadeira segurança jurídica indispensável às relações negociais que serão travadas pelos cônjuges com terceiros na vigência da sociedade conjugal.

Na hipótese de não ser feito o registro do pacto antenupcial, as regras do regime legal, ou seja, da comunhão parcial de bens, serão aplicadas às relações dos cônjuges com terceiros, já que, por determinação legal, tal pacto não irá produzir efeitos externos, perante aqueles sujeitos (art. 1.657 do CC/2002).

Até mesmo o regime de separação de bens cogente ou obrigatório deve ser levado ao Registro Imobiliário, conforme determina o art. 245 da Lei 6.015/1973, pois só assim será possível a produção de efeitos *erga omnes*.

---

20. A averbação é de suma importância para ressalvar direitos e tem como objetivo informar terceiros da existência de determinado fato superveniente, que, não sendo constitutivo de domínio ou de ônus reais, venha a atingir o direito real ou às pessoas nele interessadas. Trata-se, portanto, de um elemento acessório ao registro ou à matrícula do imóvel.

Evidencia-se, portanto, que o regime legal de comunhão parcial não necessita da publicidade registral geradora de efeitos *erga omnes*, pois goza da presunção de conhecimento universal da lei.[21] Contudo, os regimes matrimoniais escolhidos por meio de pacto antenupcial e o regime de separação obrigatória de bens, com vistas à segurança jurídica, necessitam de toda a publicidade possível para a geração de efeitos *erga omnes*. Daí a necessidade do registro e da averbação de qualquer regime que difere da comunhão parcial no Registro de Imóveis para produção de efeitos contra terceiros.

3.1.2 Vênia conjugal

Alguns atos, a depender do regime de bens adotado, só podem ser praticados, sob pena de anulação, com a autorização do outro cônjuge, ou seja, necessitam da vênia conjugal. Tais atos estão descritos taxativamente no art. 1.647 do CC/2002 e, por se tratar de norma restritiva de direitos, sua interpretação deve ser também restritiva.

Os bens imóveis ainda representam um porto seguro para a família, representam a materialização do direito à moradia. Como fator de garantia e segurança familiar, para se alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ao contrário dos bens móveis, exige-se a outorga do outro cônjuge, salvo se casados no regime de separação absoluta[22] ou se, no regime de participação final nos aquestos, for convencionado, no pacto antenupcial, a livre disposição desses bens, desde que particulares (art. 1.656 do CC/2002).

Portanto, é um equívoco concluir que a vênia conjugal só é exigida nas hipóteses de alienação dos bens imóveis comuns ou que integrarão futura meação. Na verdade, trata-se de uma opção legislativa, refletindo a visão tradicional da sociedade, que considera os bens imóveis, pela segurança que representam e pelo alto valor econômico, fontes de renda familiar. Por isso, o objetivo de tal regra é, em última análise, proteger a família.

A partir do Código Civil de 2002, de acordo com o art. 1.647, somente no regime de separação absoluta de bens, os cônjuges, *automaticamente,* passaram

---

21. Melo Jr., Regnoberto Marques de. *Lei de Registros Públicos comentada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003. p. 395.

22. Considera-se separação absoluta apenas o regime de separação de bens *convencional* (regime escolhido por meio de pacto antenupcial), já que o regime da separação *legal* de bens não é um regime de separação absoluta, mas relativa, pois se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento, conforme orientação da Súmula 377 do STF.

a ter liberdade total para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; prestar fiança[23] ou aval[24] e fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Assim, para a realização de um casamento com liberdade total de disposição patrimonial, deve ser feito o pacto antenupcial e escolhido o regime de separação de bens,[25] pois nos demais regimes, indispensável será a autorização do outro cônjuge para a prática dos atos previstos no art. 1.647 do CC/2002. Quanto ao regime de participação final nos aquestos, até é possível alienar bem imóvel sem a autorização do outro cônjuge, mas para isso, no pacto antenupcial que adotar tal regime, deverá ser convencionada a livre disposição dos bens imóveis e, ainda assim, só será possível alienar os bens imóveis particulares, de acordo com o art. 1.656 do CC/2002.

Dessa forma, para alienar bem imóvel sem a autorização do outro cônjuge no regime de participação final nos aquestos, não basta adotar tal regime, indispensável será fazer constar no pacto a possibilidade de disposição patrimonial sem a autorização do outro cônjuge e, além disso, nem todos os bens imóveis poderão ser alienados, somente os bens particulares.

---

23. Súmula 332 do STJ:
"A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia."
Portanto, de acordo com o posicionamento adotado pelo STJ, a fiança sem a outorga de um dos cônjuges, em contrato de locação, é nula de pleno direito, invalidando inclusive, a penhora efetivada sobre a meação marital.

24. Enunciado 114 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.647: o aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu".

25. "*Locação. Fiança prestada sem o consentimento da mulher. Casamento sob o regime de separação absoluta de bens. Desnecessidade de autorização do cônjuge. Nova regra do art. 1.647 do CC/2002, aplicável à espécie por força do art. 2.035 do mesmo diploma legal. Recurso especial desprovido.*
I – (...).
II – (...).
III – Não é necessário o consentimento do cônjuge para prestar fiança quando o casamento se sujeita ao regime de separação absoluta de bens, consoante reza o art. 1.647 do CC/2002. A regra é aplicável mesmo quanto ao pacto celebrado antes da vigência do novo diploma, de acordo com a regra de transição prevista no art. 2.035.
IV – Recurso especial desprovido" (STJ, REsp 1.088.994/PR, 5.ª T., j. 04.12.2008, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 02.02.2009).

Nos demais regimes de bens (comunhão universal, comunhão parcial ou qualquer regime híbrido criado pelos cônjuges por meio de pacto antenupcial), para um cônjuge dispor de bem imóvel tem de haver a autorização do outro cônjuge, mesmo que tal bem seja particular e não integre futura meação.

Nesse sentido, o Enunciado 340, aprovado na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, estabelece que:

"No regime da comunhão parcial de bens é sempre indispensável a autorização do cônjuge, ou seu suprimento judicial, para atos de disposição sobre bens imóveis."

Cabe ao juiz suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la. Portanto, as vedações para a prática dos atos descritos no art. 1.647 do CC/2002 não são insuperáveis ou absolutas. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária, tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

Percebe-se que toda a formalidade que gravita em torno do casamento contribui para que o regime de bens produza efeitos *erga omnes*. Resta, então, verificar a possibilidade de tais efeitos na união estável.

3.2 Regime de bens na união estável

Em 1988, por meio da Constituição Federal, a união estável alcançou *status* de família e passou a ser compreendida como um núcleo afetivo propiciador da formação pessoal dos seus membros, geradora de efeitos jurídicos de natureza tipicamente familiar, sendo, assim, protegida pelo Estado.

Após esta arrancada normativa propiciada pela Constituição Federal, a união estável apenas recebeu específica regulamentação normativa em 1994, pela Lei 8.971. Por meio dessa legislação, foi reservado aos companheiros, entre si, o direito de alimentos[26] e ao companheiro sobrevivente – caso a extinção

26. Art. 1.º da Lei 8.971/1994:
"A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.
Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva."

da união estável se tivesse dado pela morte do outro – o direito sucessório[27] relativo à herança do falecido e o direito à meação[28] do patrimônio obtido pela comum colaboração. Para além do reconhecimento de direitos, referida normatização chegou a indicar os requisitos constitutivos desta modalidade familiar.[29]

Dois anos após, adveio uma segunda legislação sob o mesmo propósito. A Lei 9.278, de 10.05.1996, além de alterar os pressupostos de formação, tornando-os mais fluidos, acrescentou direitos e deveres ao casal.

A constituição da união estável passou a dispensar tempo mínimo de convivência ou filhos. Bastante, a partir de então, é que tal convivência seja contínua e pública, sob o objetivo de formar família. Os companheiros têm o dever de respeito e consideração mútuos e, ainda, o dever de assistência recíproca, de cunho material – que poderá ser convertida em alimentos ao fim da convivência – e moral.[30] Em matéria sucessória, somou-se aos benefícios, já previstos na norma de 1994, o direito real de habitação[31] em favor do companheiro su-

27. Art. 2.º da Lei 8.971/1994:
"As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:
I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujos*, se houver filhos deste ou comuns;
II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujos*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;
III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança."

28. Art. 3.º da Lei 8.971/1994:
"Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens."

29. Art. 1.º, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.971/1994.

30. Art. 2.º da Lei 9.278/1996:
"São direitos e deveres iguais dos conviventes:
I – respeito e consideração mútuos;
II – assistência moral e material recíproca;
III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns."

31. Parágrafo único do art. 7.º da Lei 9.278/1996:
"Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família."

pérstite relativo ao imóvel residencial da família. De forma similar, para fins de meação, foi instituída a presunção relativa de esforço de ambos os companheiros na aquisição do patrimônio comum,[32] se onerosa; e foi também reforçado – sem se regulamentar, contudo, o dispositivo constitucional – o direito de conversão familiar, transformando em casamento a união estável.

A finalizar esta cadeia normativa, advém o Código Civil de 2002. Por intermédio de apenas cinco dispositivos específicos – arts. 1.723 a 1.727 – o diploma ora se resume a repetir algumas definições dos regulamentos que lhe antecederam; ora serve a completá-las.

Diante desse panorama legislativo, propõe-se, a partir de agora, discutir os efeitos patrimoniais da união estável considerando a sua peculiaridade como situação de fato e, principalmente, considerando que a Constituição atribui a todas as entidades familiares a mesma dignidade e igual merecimento de tutela, sem hierarquizá-las. Portanto, qualquer tratamento desigual entre casamento e união estável deve ser legitimamente fundamentado.

Ainda que este não seja o objetivo precípuo de qualquer uma delas, toda entidade familiar é fonte geradora de consequências patrimoniais. Para entender essa lógica, basta relembrar que a família serve a promover o livre e pleno desenvolvimento pessoal dos seus membros, para o que se torna indispensável, antes de qualquer coisa, o oferecimento de certa infraestrutura subsistencial. É próprio da existência familiar que as pessoas que a compõem satisfaçam encargos financeiros e, também, adquiram benefícios econômicos.

São variados os efeitos familiares patrimoniais, podendo ser amplamente separados entre *inter vivos* e *causa mortis*. Desses últimos não se tratará neste estudo. Acerca dos primeiros, por sua vez, podem-se elencar: alimentos, bem de família e regime de bens. Os alimentos e o bem de família, uma vez caracterizada a união estável, recebem o mesmo tratamento dispensado ao casamento. Por isso, neste momento, reservar-se-á à análise do regime de bens na união estável.

---

32. Art. 5.º da Lei 9.278/1996:
"Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.
§ 1.º Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.
§ 2.º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito."

Como já explicado anteriormente, regime de bens é o conjunto de normas que disciplina as relações patrimoniais entre os companheiros, derivadas da existência familiar, e seus reflexos perante terceiros.

O enunciado 380 da Súmula do STF foi a primeira orientação jurídica sobre essa matéria aplicada à relação de companheirismo. Já em 1964, instituiu-se a regra de que o patrimônio obtido a título oneroso, pelos companheiros, durante a união estável, desde que fruto do esforço comum, era de propriedade de ambos, gerando direito de meação.

Nesse contexto, porém, era necessária a devida *comprovação* dessa colaboração, a qual, no princípio, defendia-se que deveria ter natureza financeira propriamente dita. Contudo, posteriormente, admitiu-se que fosse indireta – não financeira – como a realização de atividades domésticas, por exemplo.

Com o advento da Lei 9.278/1996 criou-se, em favor dos companheiros, uma *presunção legal* de contribuição.[33] Os bens onerosamente adquiridos por qualquer deles, na constância da união estável, presumiam-se resultado do esforço de ambos. Ocorre que esta presunção era meramente relativa, *admitindo-se prova em contrário* a prejudicar o direito de meação.

Seguindo esta trajetória pretensamente evolutiva, o Código Civil atual mantém a regra da comunicação das obtenções patrimoniais onerosas, advindas na constância da união estável, e, enfim, impõe a presunção absoluta de mútua colaboração.

Isso é o que se deduz da redação do art. 1.725, quando determina a aplicação subsidiária do regime da comunhão parcial de bens à união estável. A essência de tal regime de bens é, exatamente, fazer comunicar todos os acréscimos não gratuitos, dispensada qualquer verificação de auxílio. Assim ficou estabelecido no Enunciado 115 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "há presunção de comunhão de aquestos na constância da união extramatrimonial mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se verificar a comunhão de bens".

Os companheiros também têm a liberdade de escolha de qualquer outro regime de bens. Para tanto, no lugar do pacto antenupcial, devem elaborar um contrato de convivência, conforme disposto no art. 1.725 do CC/2002.

---

33. "Art. 5.º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito."

Entende-se que não se aplica à relação de companheirismo a imposição da separação de bens, nos casos do art. 1.641 do CC/2002. Sendo esta uma norma restritiva do direito à liberdade de eleição do regime de bens, há de ser restritivamente interpretada.[34]

Contudo, contrariando essa regra de hermenêutica e o posicionamento majoritário na doutrina, recentemente, o STJ, em dois casos, decidiu pela aplicação do regime de separação legal de bens, também na união estável:

"*Direito de família. União estável. Companheiro sexagenário. Separação obrigatória de bens. Art. 258, parágrafo único, II, do CC/1916.*

1. Por força do art. 258, parágrafo único, II, do CC/1916 (equivalente, em parte, ao art. 1.641, II, do CC/2002), ao casamento de sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, é imposto o regime de separação obrigatória de bens. Por esse motivo, às uniões estáveis é aplicável a mesma regra, impondo-se seja observado o regime de separação obrigatória, sendo o homem maior de 60 anos ou mulher maior de 50.

2. Nesse passo, apenas os bens adquiridos na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum, devem ser amealhados pela companheira, nos termos da Súmula 377 do STF.

3. Recurso especial provido" (REsp 646.259/RS, 4.ª T., j. 22.06.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 24.08.2010).

"*Recurso especial – União estável – Aplicação do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade de um dos consortes, constante do art. 1.641, II, do CC/2002, à união estável – Necessidade – Companheiro supérstite – Participação na sucessão do companheiro falecido quanto aos bens adquiridos na constância da união estável – Observância – Inteligência do art. 1790, CC/2002 – Recurso parcialmente provido.*

I – O art. 1.725 do CC/2002 preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ('no que couber'), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa;

II – A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do *de cujus*, constante do art. 1.641, II, do CC/2002, à união

34. Adotando a mesma posição: Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 412; Lôbo, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161; Dias, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 166.

estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário;

IV – Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência;

V – Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inc. III do art. 1.790 do CC/2002).

VI – Recurso parcialmente provido" (REsp 1.090.722/SP, 3.ª T., j. 02.03.2010, rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 30.08.2010).

Considerando que um direito patrimonial, essencialmente disponível, é o que de fato está em jogo na escolha do regime de bens, entende-se que é completamente descabida e injustificável a interferência do Estado nesse tipo de relação privada, seja no casamento ou na união estável. Por isso, a imposição do regime de separação legal de bens às duas entidades familiares, suprimindo a autonomia de eleição dos sujeitos, sem justificação adequada, contraria o direito fundamental à liberdade e os ditames do Estado Democrático de Direito.

Para além da discussão a respeito da constitucionalidade ou não do regime de separação obrigatória de bens no casamento e na união estável, o art. 1.725 do CC/2002 assenta, em termos legais, o que a jurisprudência já vinha aplicando: da mesma forma que os cônjuges, os companheiros têm o direito de escolher o conjunto de normas a reger os efeitos patrimoniais de sua relação familiar; o regime de bens da união estável é de livre eleição. Pode o casal, nesse sentido, optar por qualquer dos quatro regimes de bens tipificados ou, ainda, criar um regime próprio, nos limites legais – como explicado anteriormente.

Nesse ponto, *mutatis mutandis,* em geral, o que se afirmou sobre os regimes de bens no casamento pode ser transposto para a união estável, desde que feitas duas importantes ressalvas que distinguem as duas entidades familiares: a forma de escolha do regime de bens e os seus efeitos perante terceiros; e a possibilidade de alienação de bens imóveis, bem como da prática dos atos previstos no art. 1.647 do CC/2002, sem autorização do(a) companheiro(a).

3.2.1 Contrato de convivência

Da mesma maneira que se dá no casamento, permite-se que os companheiros indiquem o regime de bens presumida ou expressamente. No silêncio deles, a lei entende que escolheram o regime de comunhão parcial de bens. Caso pretendam outro regime, porém, terão de fazê-lo declaradamente.

O art. 1.725 do CC/2002 estabelece que os companheiros podem escolher o regime que lhes aprouver por *contrato escrito*. Sem qualquer especificação sobre o contrato de convivência, o Código Civil instala, dessa forma, uma caríssima discussão doutrinária e jurisprudencial de grandes reflexos práticos: quais são as características que tal contrato escrito deve abranger para garantir validade e eficácia à opção dos companheiros?

Pode-se definir o contrato de convivência como o acordo escrito por meio do qual os companheiros selecionam o regime de bens que vai disciplinar os efeitos patrimoniais e não patrimoniais[35] derivados da família por eles constituída.[36]

Como a lei apenas especifica a forma escrita como formalidade que deve satisfazer o contrato de convivência, este pode ser feito por instrumento particular ou por instrumento público, registrado ou não em cartório de Registro de Títulos e Documentos. Sequer há necessidade de testemunha, pois como a lei não exige forma especial para a validade da declaração de vontade expressa por meio do contrato de convivência, vige o princípio da liberdade de forma, disposto no art. 107 do CC/2002.

Contudo, deve-se admitir que é uma opção dos contratantes, com fulcro na autonomia privada, formalizar o contrato escrito por meio da escritura pública, ou ainda, registrá-lo no Registro de Títulos e Documentos.

---

35. Vários são os autores que defendem a possibilidade de o contrato de convivência também ter por conteúdo outras questões de ordem não patrimonial: Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Op. cit., p. 417; Dias, Maria Berenice. Op. cit., p. 170; Madaleno, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 799-800; Cahali, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 214 e ss.).

36. Sobre esse aspecto, muito bem lembrado por Rolf Madaleno é o fato de o contrato de convivência ter, ainda, a utilidade – mesmo que esta não seja sua função – de atestar a relação de companheirismo havida entre os acordantes. Nas suas palavras:
"Na união estável, o contrato de convivência pode servir para celebrar e noticiar o próprio relacionamento, pois dá cunho oficial à união informal e, igualmente, regula regime de bens, eleito de livre escolha pelos conviventes (art. 1.725)" (Madaleno, Rolf. Op. cit., p. 799).

Nada impede que o contrato de convivência seja registrado no Registro de Títulos e Documentos, pois nenhuma legislação atribui o registro do contrato de convivência a outro ofício. Portanto, considerando a atribuição supletiva do parágrafo único do art. 127 da Lei. 6.015/1973 (Lei de Registro Públicos), pode-se afirmar que o registro do contrato de convivência no Registro de Títulos e Documentos é facultativo para sua conservação (art. 127, VII, da Lei 6.015/1973). Contudo, mesmo diante desse Registro não surtirá efeitos em relação a terceiros, pois o contrato de convivência não está descrito no rol do art. 129 da Lei 6.015/1973, que trata justamente da eficácia *erga omnes*.

Assim, apesar da possibilidade de registro do contrato de convivência no Registro de Títulos e Documentos, bem como da utilização da escritura pública como forma para a sua elaboração, não se pode afirmar que esse contrato produz efeitos *erga omnes*. Cabe ressaltar que a produção de efeitos entre os próprios companheiros, publicidade e efeitos *erga omnes* são atributos diferentes que podem ou não estar reunidos no contrato de convivência.

Para os companheiros, entre si considerados, a produção de efeitos do contrato de convivência não enseja maiores questionamentos. Afinal, desde que concordem com o conteúdo da avença, vinculam-se a ela. De fato, vale aqui a regra de que as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários (art. 219 do CC/2002).

Quanto à publicidade, conforme já exposto, esta não se confunde com a eficácia *erga omnes*. Todo contrato de convivência feito por escritura pública ou registrado no Registro de Títulos e Documentos é público, pois qualquer pessoa que tenha interesse poderá se dirigir ao Cartório de Notas onde o contrato foi elaborado ou ao Cartório de Títulos e Documentos onde foi feito o registro e ter acesso ao seu conteúdo. Reitera-se que a questão que se apresenta é que o contrato de convivência pode ter sido elaborado em qualquer Cartório de Notas do país e, por isso, não é razoável que se exija de qualquer contratante tão ampla pesquisa.

Mesmo considerando que o registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos deva ser feito no cartório de domicílio dos contratantes, conforme o disposto no art. 130 da Lei 6.015/1973, a possibilidade e a facilidade de mudança de domicílio colocam em xeque a produção de efeitos *erga omnes*. Além disso, pelo fato de o contrato de convivência não constar no rol do art. 129 da Lei 6.015/1973, não se pode impor a todas as pessoas a sua eficácia. Por isso, nem todo contrato de convivência público ou registrado no Registro de Títulos e Documentos, terá o poder de produzir efeitos *erga omnes*. Para a produção de tais efeitos, necessário seria o registro do contrato de convivência,

em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos companheiros ou, ainda, previsão expressa no art. 129 da Lei 6.015/1973.

Verificou-se uma tentativa de regulamentação da eficácia *erga omnes* do contrato de convivência perante terceiros, conforme redação do PL 1.888-F/1991.[37] Contudo, os arts. 3.º, 4.º e 6.º do referido Projeto de Lei, que tinham por objeto a regulação do contrato de convivência e sua eficácia contra terceiros, por meio da Mensagem 420, de 10.05.1996, foram vetados pelo Presidente da República por considerá-los contrários ao interesse público. Eis as razões de veto:

"Em primeiro lugar, o texto é vago em vários dos seus artigos e não corrige as eventuais falhas da Lei 8.971. Por outro lado, a amplitude que se dá ao contrato de criação da união estável importa em admitir um verdadeiro casamento de segundo grau, quando não era esta a intenção do legislador, que pretendia garantir determinados efeitos *a posteriori* a determinadas situações nas quais tinha havido formação de uma entidade familiar. Acresce que o regime contratual e as presunções constantes no projeto não mantiveram algumas das condicionantes que constavam no projeto inicial."[38]

Realmente, parece um contrassenso regulamentar as uniões estáveis, ou seja, estabelecer direitos e deveres entre os companheiros, já que é da essência

37. Arts. 3.º, 4.º e 6.º do PL 1.888/1991:
"Art. 3.º Os conviventes poderão, por meio de contrato escrito, regular seus direitos e deveres, observados os preceitos desta Lei, as normas de ordem pública atinentes ao casamento, os bons costumes e os princípios gerais do direito.
Art. 4.º Para ter eficácia contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá ser registrado no Cartório de Registro Civil de residência de qualquer dos contratantes, efetuando-se, se for o caso, comunicação ao Cartório de Registro de Imóveis, para averbação.
(...)
Art. 6.º A união estável dissolver-se-á por vontade das partes, morte de um dos conviventes, rescisão ou denúncia do contrato por um dos conviventes.
§ 1.º Pela vontade das partes, os conviventes põem termo à união estável, amigavelmente e por escrito, valendo entre os mesmos o que for estipulado no acordo, desde que não contrarie o estatuído nesta Lei.
§ 2.º Havendo contrato escrito e averbado em cartório, qualquer dos conviventes deverá requerer a averbação do acordo de dissolução da união estável.
§ 3.º Ocorre a rescisão quando houver ruptura da união estável por quebra dos deveres constantes desta Lei e do contrato escrito, se existente.
§ 4.º A separação de fato dos conviventes implica denúncia do contrato, escrito ou verbal."

38. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/anterior_98/VEP-LEI-9278-1996.pdf]. Acesso em: 03.12.2010.

desses relacionamentos informais não querer a intervenção do Estado. Conforme alerta Rodrigo da Cunha Pereira:

"A questão da regulamentação ou não das uniões estáveis não é simples. Pode-se dizer que é mesmo paradoxal: por um lado significa a interferência excessiva no campo do privado, com risco até mesmo de acabar com ele. Por outro lado, a falta de normas pode ocasionar injustiças, uma vez que da comunhão de vida entre duas pessoas nascem efeitos e consequências que merecem, de um forma ou de outra, regulamentação."[39]

Contrário às razões do veto e com fulcro na autonomia privada, assim se posicionou Francisco Pizzolante:

"Não fere o casamento a simples possibilidade de estabelecimento de contrato de união estável, assim como o fato de tal convivência poder dar-se por meio de formalização em instrumento contratual não tem o condão de torná-la casamento de segunda classe, muito menos evento atentatório ao direito; nada mais representa senão a reverberação da liberdade contratual de que dispõe o cidadão na esfera de suas relações públicas e privadas, tendo como natureza a constituição de entidade familiar, até porque o casamento, consoante nosso atual sistema de Direito, não é a única forma de constituição familiar (...)."[40]

Apesar das críticas, a Lei 9.278/1996 entrou em vigor sem regulamentar os efeitos do contrato de convivência em relação a terceiros. A mesma omissão é verificada no Código Civil de 2002.

O problema da falta de regulamentação quanto à solenidade do contrato de convivência atina tão somente aos reflexos do estipulado perante terceiros, pois nas relações internas, entre os companheiros, conforme já exposto, o contrato irá produzir todos os efeitos tão logo esteja caracterizada a união estável.

A questão que se propõe, então, é a seguinte: seria possível opor a outrem um contrato particular ou público do qual não é parte integrante e do qual, em termos jurídicos, não teve prévia ciência? Defende-se que não.

Nesse sentido, também se manifesta Nicolau Eládio Bassalo Crispino:

"(...) se o terceiro, no momento da realização do negócio, não sabia da existência da convivência entre os companheiros, nem sequer do contrato escrito, devidamente registrado no cartório de títulos e documentos, ainda mais sem

39. Pereira, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 45.

40. Pizzolante, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 94.

a averbação no Registro de Imóveis, não há como impor a ele a perda do bem imóvel que negociara com determinada pessoa, pela ausência de seu companheiro, se o alienante nada falou acerca da união."[41]

Diante do exposto, entende-se que, para o contrato de convivência produzir efeitos *erga omnes*, assim como ocorre em relação ao pacto antenupcial, necessário seria o seu registro no Livro 3 do cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos companheiros, e a sua averbação no lugar da situação dos imóveis de propriedade de cada um dos companheiros, bem como dos imóveis de propriedade do casal, presentes e futuros, com a declaração das respectivas cláusulas. Só assim seria possível que terceiros tivessem ciência efetiva a respeito das regras patrimoniais estabelecidas no contrato de convivência.

Com isso, qualquer pessoa que tivesse interesse em adquirir determinado bem do casal ou de um dos companheiros, registrado no Livro 3[42] do cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos companheiros, e averbado na matrícula do imóvel, perante o Cartório de Registro de Imóveis competente, estariam todas as informações referentes ao regime de bens adotado pelo casal. É nesse ponto que se encontraria a verdadeira segurança jurídica, indispensável aos negócios jurídicos travados pelos companheiros com terceiros.

O problema que se apresenta, contudo, diz respeito à possibilidade do registro do contrato de convivência diante da *omissão* da Lei 6.015/1973 e das leis posteriores que regulamentaram a união estável.

Podem os companheiros requerer validamente ao registrador que faça constar da matrícula do imóvel a existência da união estável, bem como do respectivo regime de bens escolhido por meio de contrato de convivência?

Doutrina majoritária defende que os direitos registráveis devem ser *taxativamente* fixados pela lei, por isso, inviável seria o registro no Livro 3 do cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos companheiros do contrato de convivência.

De acordo com Afrânio de Carvalho,[43] a relação dos atos contidos no art. 167 da Lei 6.015/1973 constitui *numerus clausus*, ou seja, os atos a serem pra-

41. Crispino, Nicolau Eládio Bassalo. Os negócios jurídicos na união estável e terceiros de boa-fé. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 370.

42. O Livro 3 – Registro Auxiliar – é destinado ao registro de atos que, sendo atribuídos ao Registro de Imóveis por disposição legal, não digam respeito diretamente a imóvel matriculado (art. 177 da Lei 6.015/1973).

43. Carvalho, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 84.

ticados pelos registradores imobiliários são aqueles elencados *exaustivamente* pelo art. 167 da Lei 6.015/1973, além de outros definidos em legislação específica. Tal entendimento é reforçado pelo parágrafo único do art. 127 da Lei 6.015/1973.

Na mesma direção, Walter Ceneviva defende que o enunciado do art. 167, I, da Lei 6.015/1973 não esgota as hipóteses possíveis de registro e, dessa forma, "nada obsta a que registros outros, além dos alinhados, possam ser feitos quando previstos em outras leis".[44]

Portanto, predomina o entendimento segundo o qual o registro deve ser feito apenas se e quando previsto em lei, mas não exclusivamente na Lei 6.015/1973.[45] Tem-se como exemplo o disposto no art. 1.275, parágrafo único, do CC/2002.

Tal entendimento deriva do fato de os notários e os registradores serem delegatários de função pública ou atividade pública, embora exercida estritamente em caráter privado. São remunerados por meio de emolumentos fixados por lei. Por isso, ficam submetidos à permanente fiscalização do Estado. Outrossim, a relação existente entre o serventuário e o particular não é de clientela, mas informada pelo caráter de autoridade, revestida pelo Estado de fé pública. Por isso, o oficial do Registro de Imóveis, delegatário de função pública, fica impedido de interpretar ou usar de analogia para excepcionar a regra em questão, pois na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Em suma, para o notário e o registrador, vige o princípio da estrita legalidade. Significa, então, que "não só deve fazer ou deixar de fazer apenas o que a lei obriga, mas também que só pode fazer o que a lei permite".[46] E, efetivamente, não há no ordenamento jurídico brasileiro nenhum permissivo legal que autorize o registro do contrato de convivência no Livro 3 – Registro Auxiliar.

Cabe reforçar que o Livro 3 – Registro Auxiliar – é destinado ao registro dos atos que, *sendo atribuídos ao Registro de Imóveis por disposição legal*, não digam respeito diretamente a imóvel matriculado. Evidencia-se, portanto, a impossibilidade, diante do ordenamento jurídico vigente, do registro do contrato de convivência pelo oficial do Registro Imobiliário.

---

44. Ceneviva, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 366.

45. Nesse sentido: Diniz, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 68.

46. Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 140.

Contudo, mesmo diante desse entendimento, que inviabiliza o *registro*, defende-se a possibilidade de *averbação* do contrato de convivência,[47] porque, por força de lei, as averbações são *numerus apertus*. Não se limitam às hipóteses descritas no art. 167, II, da Lei 6.015/1973. O próprio art. 246 da Lei 6.015/1973 autoriza outros lançamentos na condição de averbação, pois estabelece que, além dos casos expressamente indicados no item II do art. 167, "serão averbadas na matrícula as sub-rogações e outras ocorrências que, por qualquer modo, alterem o registro".

Conforme esclarece Francisco José Rezende dos Santos, "podem ser 'averbados' todos os atos que alterem elementos não essenciais das matrículas, registros ou mesmo averbações, no sentido de dar publicidade a atos jurídicos e administrativos".[48] E, de acordo com Serpa Lopes, "a averbação serve, em princípio, para tornar conhecida uma situação jurídica de fato, seja em relação à coisa, seja em relação ao titular do direito real".[49]

A averbação é de suma importância para ressalvar direitos e tem como objetivo informar a terceiros da existência de determinado fato superveniente, que, não sendo constitutivo de domínio ou de ônus reais, venha a atingir o direito real ou às pessoas nele interessadas. Trata-se, portanto, de um elemento acessório ao registro ou à matrícula do imóvel. Por isso, soa razoável crer na possibilidade de averbação do contrato de convivência na matrícula dos imóveis pertencentes a um dos companheiros ou a ambos, a fim de garantir-lhe oponibilidade *erga omnes* em todas as tratativas relativas a tais bens.

Diante do exposto, evidencia-se a possibilidade de se proceder a averbação no Fólio Real, noticiando a situação jurídica de companheirismo do proprietário do imóvel. Essa averbação, fundada no princípio da concentração, previsto no art. 167, II, item 5 e no art. 246, § 1.º, da Lei 6.015/1973, servirá de corolário para a segurança jurídica de terceiros adquirentes que contratam com pessoas aparentemente solteiras, mas que mantém uma relação de união estável capaz de interferir na titularidade dos bens.

---

47. No mesmo sentido: Lima, Frederico Henrique de. E por que não casar? (Um aspecto registral do estatuto dos concubinos). In: Jacomino, Sérgio. *Registro de imóveis: estudos de direito registral imobiliário – XXIII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997. p. 128.

48. Santos, Francisco José Rezende dos. *Direito registral imobiliário: a transmissão de imóveis nas fusões, cisões e incorporações de sociedade anônimas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 70.

49. Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 196.

A averbação, assim como o registro, produzirá efeitos *erga omnes* pela publicidade incontestável que gerará e pelo fato de qualquer pessoa poder obter certidões ou informações a respeito do bem registrado, bem como de todas as mutações pelas quais passou o imóvel matriculado quanto à titularidade.

Evidentemente que a eficácia da averbação fica restrita ao imóvel objeto da matrícula, ou seja, qualquer pessoa que porventura tenha algum interesse relativo ao bem ficará sabendo que o proprietário ou os proprietários vivem em união estável. Contudo, a averbação não servirá para a produção de efeitos *erga omnes* para os atos alheios ao imóvel registrado, bem como não será possível na hipótese de inexistência de bem imóvel. Nesse ponto, o *registro* do contrato de convivência no Livro 3 – Registro Auxiliar seria a única solução possível. No entanto, conforme já exposto, por falta de previsão legal, tal registro não é permitido.

3.2.2 (Des)necessidade de autorização do companheiro para a prática dos atos descritos no art. 1.647 do CC/2002

Adotado qualquer regime de bens na união estável, crê-se que não se pode impor aos companheiros a exigibilidade de outorga para disposição de bens que constem em nome de apenas um deles – sejam particulares ou mesmo comuns – ou para prestação de aval ou fiança ou, ainda, para a prática de quaisquer dos atos descritos no art. 1.647 do CC/2002. É assim porque, como a união estável, geralmente, não compreende formalização constitutiva e consequente publicidade jurídica com efeitos *erga omnes*, não é razoável exigir que terceiros conheçam sua existência e a respectiva necessidade de providenciar a autorização do consorte, sob pena de invalidade contratual.[50] Portanto, entende-se que negócio jurídico, de qualquer desses conteúdos, formulado sem outorga é válido, restando ao companheiro prejudicado o direito de exigir do outro o reembolso pelo prejuízo sofrido.[51]

---

50. No mesmo sentido, assim se manifesta Rodrigo Toscano de Brito:
"De fato, diferentemente do que ocorre com o casamento – que é um ato formal por excelência, gozando de toda a publicidade –, a união estável, por ser um fato social ao qual a norma dá guarida, reconhecendo-o, de maneira acertada, não goza da mesma formalidade e publicidade que gera a discussão aqui estudada. Ora, se o terceiro que se relaciona juridicamente com o unido estavelmente não sabe, nem tem como saber, em regra, da existência da união estável, como, então, exigir, por exemplo, a outorga do companheiro?" (Brito, Rodrigo Toscano de. Alienação de bens na união estável e embargos de terceiro. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 547).

51. Adotando a mesma posição: Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. Op. cit., p. 413; Dias, Maria Berenice. Op. cit., p. 167. Já em sentido inverso: Lôbo, Paulo. Op. cit., p. 160.

A título de exemplo, cita-se a união estável entre João e Maria. João, na constância da convivência, adquiriu, a título oneroso, uma valiosa casa, registrando a propriedade exclusivamente em seu nome, não tendo sido feita qualquer referência a Maria no Registro de Imóveis. Perto de completarem 10 anos de convivência, João vendeu a referida casa para Antônio, sem a autorização de Maria. Logo em seguida, João terminou o relacionamento amoroso com Maria. Nesse caso, Maria terá direito à metade do valor obtido por João na venda da casa, entretanto, não poderá pedir a anulação do negócio e reivindicar o imóvel de Antônio. Vale ressaltar que Antônio realizou o negócio de boa-fé, não sabia e nem era obrigado a saber – já que a união estável é um relacionamento informal – que João e Maria viviam em união estável.

A possibilidade de anulação do negócio jurídico em detrimento do terceiro de boa-fé é inconveniente para toda a sociedade, pois acabaria gerando um sentimento de insegurança capaz de dificultar ou até mesmo inviabilizar novos negócios jurídicos.

Contudo, feita a averbação do contrato de convivência no Registro Imobiliário, conforme defendido anteriormente, ou tendo o terceiro, por qualquer meio, conhecimento da união estável, defende-se a necessidade de autorização para a prática dos atos elencados no art. 1.647 do CC/2002, sob pena de anulação dos negócios praticados. É que diante da evidência da união estável, a boa-fé que até então protegia o terceiro, ficará abalada.

4. Conclusão

Casamento e união estável são entidades familiares protegidas constitucionalmente. Não há hierarquia entre essas entidades familiares, no entanto, observam-se diferenças relevantes, ora porque o próprio legislador as trata de forma diferente, ora porque, tendo em vista a forma de constituição – uma formal e a outra informal –, o tratamento desigual se impõe.

Como conciliar a proteção que deve existir à união estável que é uma entidade familiar e a liberdade que as pessoas têm de não realizar um casamento e preferir uma união informal não é tarefa fácil. A regulamentação excessiva poderá transformar a união estável em um casamento. Por outro lado, a falta de regulamentação poderá gerar injustiças.

A dificuldade está em identificar até onde é possível o tratamento desigual na regulamentação da união estável e do casamento, tendo em vista a desigualdade substancial na forma de constituição das duas entidades familiares, e a partir de quando o tratamento desigual passa a representar uma forma de discriminação.

Defende-se que, internamente, nas relações travadas entre os cônjuges e entre os companheiros, não deve haver nenhuma diferença de direitos e deveres,

pois tais entidades familiares prestam-se ao mesmo objetivo, qual seja: servem de recurso para o livre desenvolvimento da personalidade de seus membros. Contudo, tendo em vista, principalmente, a distinção existente na forma de constituição das duas entidades familiares, os efeitos do regime de bens, externamente, nas relações dos cônjuges e dos companheiros com terceiros, por força da formalidade que existe no casamento e inexiste na união estável, poderão ser diferentes.

Assim, apesar da possibilidade de registro do contrato de convivência no Registro de Títulos e Documentos, bem como da utilização da escritura pública como forma para a sua elaboração, não se pode afirmar que esse contrato produz efeitos *erga omnes*, diferentemente do que ocorre com o casamento após o seu registro no Cartório de Registro de Pessoas Naturais, bem como do registro e averbação do pacto antenupcial no Fólio Real.

Para o contrato de convivência produzir efeitos *erga omnes*, assim como ocorre em relação ao pacto antenupcial, necessário seria o seu registro no Livro 3 do cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos companheiros, a sua averbação no lugar da situação dos imóveis de propriedade de cada um dos companheiros, bem como, dos imóveis de propriedade do casal, presentes e futuros, com a declaração das respectivas cláusulas. Contudo, tendo em vista a ausência de regulamentação a respeito do registro do contrato de convivência e do princípio da estrita legalidade vigente na atividade notarial e registral, tal registro mostra-se juridicamente impossível.

No entanto, diante do permissivo legal (art. 167, II, item 5 e art. 246, § 1.º, da Lei 6.015/1973), há possibilidade de se proceder a averbação do contrato de convivência no Fólio Real, noticiando a situação jurídica de companheirismo do proprietário do imóvel.

Essa averbação, pelo menos em relação aos atos relacionados ao imóvel objeto da matrícula, será fundamental para a segurança jurídica de terceiros que contratam com pessoas aparentemente solteiras, mas que mantém uma relação de união estável capaz de interferir na titularidade dos bens.

Assim, defende-se que os companheiros, no exercício da autonomia privada, poderão solicitar a averbação do contrato de convivência no registro imobiliário e, consequentemente, nos negócios que envolvam o imóvel matriculado, o contrato irá produzir efeitos perante terceiros.

5. Referências

Almeida, Renata Barbosa de; Rodrigues Júnior, Walsir Edson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Amaral, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Azevedo, Fábio de Oliveira. *Direito civil: introdução e teoria geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Balbino Filho, Nicolau. *Registros de imóveis: doutrina, prática e jurisprudência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Brito, Rodrigo Toscano de. Alienação de bens na união estável e embargos de terceiro. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Cahali, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Carvalho, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Ceneviva, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Crispino, Nicolau Eládio Bassalo. Os negócios jurídicos na união estável e terceiros de boa-fé. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e solidariedade: teoria e prática do direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Dias, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

Diniz, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

Gomes, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Lima, Frederico Henrique de. E por que não casar? (Um aspecto registral do estatuto dos concubinos). In: Jacomino, Sérgio. *Registro de imóveis: estudos de direito registral imobiliário – XXIII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997.

Lôbo, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Madaleno, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Melo Jr., Regnoberto Marques de. *Lei de Registros Públicos comentada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

Netto Lôbo, Paulo Luiz. A repersonalização das famílias. *Revista Brasileira de Direito de Família*. vol. 6. n. 24. Porto Alegre, jun.-jul. 2004.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. n. 12. p. 40-55. Porto Alegre, jan.-mar. 2002.

Pereira, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Pizzolante, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.

Santos, Francisco José Rezende dos. *Direito registral imobiliário: a transmissão de imóveis nas fusões, cisões e incorporações de sociedade anônimas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Serpa Lopes, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

Tepedino, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: _____. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Veloso, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrina

- Apontamentos sobre a união estável, de Tiago Bana Franco – *RIASP* 26/205;
- União estável como direito fundamental e lacunas em nosso ordenamento, de Sergio Luiz Monteiro Salles – *RDPriv* 21/235; e
- União estável e casamento: adequação da disciplina da união estável no Código Civil à Constituição Federal, de Wilson J. Comel e Denise Damo Comel – *RT* 832/37.

Veja também Jurisprudência

- Aplicação do regime da comunhão parcial de bens à união estável: *RT* 864/305 e *RT* 898/299.

Trabalhos Forenses

Processo de dúvida inversa. Qualificação judicial. Negócio jurídico celebrado em Juízo

1

Antonio Reynaldo Filho

2.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Piracicaba/SP.

1.ª Vara Cível de Piracicaba – Corregedoria Permanente das Serventias de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas

Processo n. 451.01.2010.034631-1/000000-000

Ordem n. 01.01.2010/002053

Requerente: D. M. R. G.

Requerido: 2.º Oficial de Registro de Imóveis e Anexos de Piracicaba

Recebimento

MM. Juiz,

Recebi, nesta data, os autos.

Piracicaba/SP, 10.01.2011.

Antonio Reynaldo Filho

Oficial

Remessa

MM. Juiz,

Informações em apartado em quatorze (14) páginas impressas apenas no anverso.

Piracicaba/SP, 14.01.2011.

Antonio Reynaldo Filho
Oficial

Excelentíssimo Senhor Doutor Eduardo Velho Neto

Digníssimo Juiz de Direito da 1.ª Vara Cível da Comarca de Piracicaba e Corregedor Permanente das Serventias de Registros de Imóveis

Processo de Dúvida Inversa (art. 198 da Lei 6.015/1973)

Requerente: D. M. R. G.

Requerido: 2.º Oficial do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Piracicaba/SP

Antonio Reynaldo Filho, 2.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Piracicaba, Estado de São Paulo, vem, mui respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro no art. 198 e ss. da Lei 6.015/1973, em atendimento ao despacho de f. para declinar as razões da dúvida, conforme segue.

Trata-se de suscitação de dúvida formulada diretamente ao MM. Juiz Corregedor Permanente ("dúvida inversa"), em razão das exigências formuladas em 01.12.2010, conforme nota de devolução de n. 10.590, no protocolo de n. 160.511 de 17.11.2010 (f.).

Teve por objeto a sobredita prenotação a carta de adjudicação extraída do processo de "extinção de condomínio" que recebeu o n. de ordem 251/2008 da 2.ª Vara Cível local.

Referido título foi devidamente prenotado e devolvido conforme já consignado, pelos motivos constantes da nota de devolução de f.

Antes de adentrarmos ao mérito, traçaremos algumas linhas acerca do procedimento, demonstrando, inclusive, o descumprimento de pressupostos objetivos que demandam a determinação da extinção do processo.

1. Do procedimento de dúvida

1.1 Da prenotação

Em atenção ao que dispõe o item 30.1 do Capítulo XX do Prov. 58/1989 da E. Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, promoveu-se a pre-

notação dos documentos, nesta data, sob n. 162.595, anotando-se a suscitação da presente, na coluna de "atos formalizados" no livro de n. 1 – Protocolo.

1.2 Da não apresentação do título no original

Conforme se verifica das f. e ss., foram juntadas cópias reprográficas da carta de adjudicação objeto do dissenso, o que não se admite.

É pacífico o entendimento do C. Conselho Superior da Magistratura no sentido de que a apresentação do título no seu original é pressuposto inarredável do conhecimento da dúvida.

Dentre muitas outras, deixou consignado o órgão máximo da magistratura paulista, no Acórdão proferido na ApCiv 43.728-0/7 da Comarca de Batatais, publicado no *DOE*, Poder Judiciário, Caderno I, Parte I, de 13.10.1998, p. 4, e relatado pelo eminente Des. Sérgio Augusto Nigro Conceição, o quanto segue:

"Pacífica a jurisprudência deste Conselho Superior da Magistratura no sentido da necessidade de apresentação do título original, como decidido na ApCiv 30.728-0/7, da Comarca de Ribeirão Preto, Relator o Desembargador Marcio Martins Bonilha, nos seguintes termos: 'Ora, sem a apresentação do título original, não se admite a discussão quanto mais se venha deduzir nos autos, porque o registro, em hipótese alguma, poderá ser autorizado, nos termos do art. 203, II, da Lei 6.015/1973. Não é demasiado observar que no tocante à exigência de autenticidade, o requisito da exibição imediata do original diz respeito ao direito obtido com a prenotação do título, direito que não enseja prazo reflexo de saneamento extrajudicial de deficiências da documentação apresentada".

Acompanham a presente cópia dos acórdãos julgados pelo C. Conselho Superior da Magistratura, tirados da ApCiv 1.270-6/0 de Bragança Paulista, da ApCiv 1.096-6/6 da Capital e da ApCiv 990.10.137.252-5 da Comarca de Ibitinga, que reiteram o quanto deduzido neste tópico.

1.3 Da irresignação parcial

Da leitura da exordial de f., constata-se que a requerente concordou com as exigências formuladas sob n. 2 e 3 da nota em questão.

É sedimentado o entendimento do C. Conselho Superior da Magistratura que o procedimento de dúvida não se presta ao exame isolado de uma das exigências formuladas, mas à registrabilidade do título, considerado na oportunidade de sua apresentação.

No acórdão prolatado na ApCiv 30.751-0/1 de Taubaté, na qual figurou como relator do Corregedor Geral da Justiça de então, Des. Marcio Martins Bonilha, constou:

"Ao suscitar a dúvida inversamente, a recorrente manifestou seu inconformismo apenas com relação a um dos motivos da recusa, omitindo-se quanto às demais exigências que também foram formuladas pelo registrador. O procedimento de dúvida não se presta à solução de dissensão que versa apenas acerca de um dos óbices opostos contra o registro, porque, ainda que afastado fosse esse motivo da recusa, aquele não se viabilizaria. Para o deslinde da dúvida importa o exame da registrabilidade do título e ainda assim, tomando-se a consideração no momento da devolução.

Tem-se por prejudicada a dúvida quando várias são as exigências e apenas uma delas é questionada na suscitação inversa, como ocorreu no caso."

Para reforçar o quanto exposto neste item, seguem acostadas cópias dos acórdãos extraídos da Apelação Cível de Taubaté, já mencionada, e a da ApCiv 017628-0/2 de Bauru.

1.4 Da impossibilidade da juntada de documentos no curso do procedimento

A requerente se propõe, a juntar cópia do processo original, caso necessário.

Também é entendimento pacífico do C. Conselho Superior da Magistratura, a impossibilidade da juntada de novos documentos no curso do procedimento de dúvida, conforme se observa na ementa tirada do acórdão proferido na ApCiv 024587-0/5-01, cujo teor é o seguinte:

"Registro de Imóveis – Dúvida – Embargos de Declaração – Inviabilidade da juntada de documentos novos no curso do procedimento, ainda que digam respeito a exigência que não constava da nota devolutiva inicial – Necessidade de evitar a prorrogação indevida da prenotação e consequente prioridade – Embargos rejeitados."

Com relação ao tema, juntamos cópias dos acórdãos extraídos da ApCiv 024587-0/5-01 de Itu, supramencionada, e a da ApCiv 017412-0/0 de São Paulo.

1.5 Pela extinção do feito sem a apreciação do mérito – Falta de pressupostos objetivos de admissibilidade do procedimento

Ante ao exposto, salvo melhor juízo de Vossa Excelência, em razão da falta do cumprimento dos requisitos objetivos necessários à admissibilidade do procedimento de dúvida, pugnamos pela extinção do presente feito, sem apre-

ciação do mérito, na esteira dos precedentes do C. Conselho Superior da Magistratura colacionados.

Atacadas as questões procedimentais, trataremos do mérito, ou seja, dos óbices que impedem o acesso do título ao fólio real.

2. Do mérito

2.1 Da qualificação registrária dos títulos judiciais e da inexistência de coisa julgada

A origem judicial dos títulos, ao contrário do asseverado pela requerente, não os forra da qualificação efetuada pelo oficial registrador.

Dispõe, com efeito, o item 106 do Cap. XX do Prov. 58/1989 da E. Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo (Normas de Serviço):

"Incumbe ao oficial impedir o registro de título que não satisfaça os requisitos exigidos pela lei, quer sejam consubstanciados em instrumento público ou particular, quer em atos judiciais."

Esse também é o posicionamento do E. Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, conforme assentado no Acórdão proferido na ApCiv 030657-0/2 de Praia Grande, do qual foi relator o Des. Marcio Martins Bonilha:

"Em primeiro lugar, salienta-se que o fato de ter sido apresentado a registro título de origem judicial não o isenta do exame qualificativo dos requisitos registrários, cabendo ao registrador, como firmado na ApCiv 15.028-0/7, da mesma Comarca de Praia Grande, apontar eventual hipótese de incompetência absoluta de autoridade judiciária, aferir a congruência do que se ordena, apurar a presença de formalidades documentais e, finalmente, analisar a existência de eventuais obstáculos registrários, como é o caso".

Acompanha a presente cópia reprográfica do acórdão atrás mencionado.

Fundamenta, ainda, a requerente, a sua impugnação às exigências formuladas na existência de coisa julgada.

Insere-se o procedimento de alienação de coisa comum, naqueles de jurisdição voluntária, para os quais, em razão da administração de interesses privados, não há coisa julgada material, nos termos do art. 1.111 do CPC.

2.2 Da situação tabular – Proprietários do imóvel

O título objeto do dissenso tem por objeto o imóvel da matrícula de n. 00000 desta unidade registrária, consubstanciado no prédio sob n. 000 da Rua P. A. F. O. e respectivo terreno, do qual figuram como proprietários:

- *R. S.*, casado pelo regime da comunhão universal de bens de bens com *V. A. S.* – prop. 6,666% (registro de n. 17);
- *M. L.*, casado pelo regime da comunhão universal de bens com *D. A. L.* – prop. 6,666% (registro de n. 17);
- *A. A. P.*, casado pelo regime da comunhão de bens com *A. R. M. P.* – prop. 6,666% (registro de n. 17);
- *W. C. F.*, viúva – prop. de 20% (registro de n. 13);
- *M. A. F.*, solteira – prop. de 20% (transcrição 49.017 de 12.06.1975);
- *R. F.*, casado pelo regime da comunhão universal de bens com *M. L. L. F.* – prop. 20% (transcrição 49.017 de 12.06.1975);
- *S. M. F*, menor púbere – prop. 20% (transcrição n. 49.017 de 12.06.1975).

2.3 Da inexistência de arrematação ou adjudicação

A primeira investigação que compete ao oficial registrador, no juízo lógico-dedutivo de qualificação registrária, é aquela que diz respeito a real identidade do título causal (fato jurídico) que se pretende registrar.

Perquire-se acerca da natureza jurídica do título, na sua acepção causal, o qual se encontra contido no instrumento (título sob o aspecto documental).

Como é cediço, as várias categorias de fatos jurídicos se distinguem pelos seus elementos essenciais.

No caso em tela, constata-se que, a despeito da expedição de carta de adjudicação, em processo intentado com o objetivo de extinguir o condomínio, pela venda de coisa comum indivisa, ao final, não houve arrematação ou adjudicação, propriamente ditas.

A inexistência de arrematação do bem, em hasta pública, constata-se da simples leitura do título, dispensando-se maiores comentários.

Não há que se falar, também, em adjudicação, no sentido técnico-jurídico do termo.

Dá-se a adjudicação, propriamente dita, no âmbito da alienação judicial de coisa comum na situação prevista no art. 1.119 do CPC, ou seja, quando não observada a preferência legal conferida aos condôminos, o que não se verificou no caso em tela, a uma, porque a requerida não é coproprietária e a duas, porque não houve efetivamente alienação judicial.

Também poderíamos pensar em adjudicação, no caso de execução de eventual descumprimento de obrigação de fazer (de outorgar declaração de vontade), fato que também não se constata do título.

Tanto a arrematação quanto a adjudicação se contrapõem à voluntariedade da transmissão.

Não encontrando, na carta, os elementos que configuram a arrematação ou a adjudicação, há que se perquirir acerca da existência de eventual fato jurídico (em sentido amplo) hábil a acessar o registro de imóveis, bem como aquilatar, o cumprimento, por este, dos princípios que informam o registro imobiliário.

2.4 Da investigação acerca dos fatos jurídicos contidos no título e da sua aptidão para acessar o registro imobiliário

Antes de abordar, especificamente, os acordos encartados na carta, cumpre-nos fixar algumas premissas acerca da eficácia da sentença homologatória.

Ensina-nos o magistrado Cláudio Godoy, no acórdão do qual foi relator, exarado na ApCiv 994.06.132898-8 de Monte Aprazível, que (conforme pesquisa de jurisprudência feita no *site* do TJSP):

"Com efeito, é sabido que sentenças meramente homologatórias não se sujeitam a recurso de apelação, mas demanda própria em que se discutam vícios tais quais alegados pela autora. Esta a regra do art. 486 do CPC, já prestigiada pela jurisprudência, inclusive particularmente no que toca aos acordos de separação, sabidos que irretratáveis de modo unilateral (Súmula 305 do STF).

Nesse sentido, vale conferir: *RSTJ* 17/422, *RT* 665/186, *RJTJESP* 98/397.

E a razão é simples. A sentença homologatória, a rigor, não constitui ato jurisdicional propriamente dito, mercê do qual o juiz, substituindo-se as partes (característica básica da jurisdição), diz o direito e compõe o litígio, quando, aí sim, havida sucumbência, cabe o recurso de apelação.

Antes, a sentença homologatória é 'juris-integrativa', isto é, integra manifestação de vontade das próprias partes. Delas é que dimana a solução do conflito, em autocomposição, a que o Estado, por meio do ato judicial, empresta eficácia integrativa da forma.

Por isso, não pode a parte recorrer, em última análise, de solução que ela própria deu ao conflito. Se supõe e afirma declarada a vontade porque emanada de erro, ou que levada a ajuste lesivo, excessivamente desequilibrado, de um modo, ou de outro, cumpre valer-se das ações comuns voltadas a invalidar os negócios jurídicos em geral".

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira em *Inventários e partilhas – Direito das sucessões*, 14. ed. São Paulo: Leud, 2001, p. 245-246, obtemperam a respeito da formalização judicial de negócios jurídicos que:

"A formalização por termo nos autos é, assim, perfeitamente possível, como sucedâneo da escritura, vale lembrar que *ubi Lex non distinguit nec nos distinguere debemos*. Justifica-o. Rodrigues de Alckmin, em lição reproduzida por Galvão Coelho, ao relatar acórdão publicado no *RTJSP*, vol. 81/283: 'Ora, a mesma fé pública de que se revestem as declarações de ofício do tabelião de notas, têm-no igualmente as declarações dos escrivães e anteriormente dos denominados tabeliães do judicial. Uns e outros lavram escrituras públicas. Diferentes eram os atos que se compreendiam na competência de cada serventuário. Igual, porém, a fé pública que lhes dava autenticidade. Compreende-se, pois a afirmação corrente relativa a valer como escritura pública um termo judicial'."

Depreende-se dos ensinamentos transcritos que nada impede a celebração de negócios jurídicos perante o juiz do feito, sobre os quais tem a sentença homologatória eficácia integrativa de forma.

E "data máxima vênia" é o que se conclui ter havido no título em tela.

Com efeito, inicialmente, a ação foi proposta pelos condôminos R. S., M. L., A. A. P. e respectivos cônjuges em face dos condôminos M. A. F., R. F., W. C. F. e S. M. F.

Posteriormente, foi dada notícia nos autos (f.) de que a fração ideal de R. F. foi arrematada, em execução trabalhista pela ora requerente.

Ocorre que, conforme se verifica da matrícula em tela, a mencionada carta de arrematação não se encontra registrada até a presente data.

É elemento do suporte fáctico da aquisição do direito de propriedade *inter vivos*, o registro do título no registro imobiliário, nos expressos termos do art. 1.245 do CC/2002.

Em não havendo o registro do título não há aquisição de propriedade.

Na sequência (f.), fora procedida a juntada de instrumento particular denominado de "termo de cessão/sub-rogação de direitos e deveres mediante pagamento", do qual constam como "cedentes/sub-rogantes" R. S., M. L. e A. A. P. e os respectivos cônjuges e como "cessionária/sub-rogada", a ora requerente, D. M. R. G.

Consta do instrumento, remissão aos arts. 346, III, 347 e 349 os quais se encontram inseridos no capítulo do Código Civil que trata do pagamento com sub-rogação.

Consta ainda, de tal instrumento que o seu objeto seria a "cessão/sub-rogação dos direitos e deveres referentes às citadas ações, inclusive quanto à totalidade das custas finais, despesas processuais, honorários advocatícios su-

cumbenciais em face da cessionária sub-rogada, tendo em vista o pagamento com sub-rogação que esta faz da seguinte maneira". E no parágrafo seguinte descreve os valores e forma de pagamento.

É pressuposto do pagamento com sub-rogação convencional, a existência de relação jurídica de direito pessoal (débito e crédito), na qual tenha havido pagamento da dívida por terceiro, o qual assume a posição de credor.

Do instrumento não há qualquer especificação quanto à dívida paga e o crédito assumido.

De qualquer modo, teve por objeto, tal negócio jurídico, a transmissão de direitos pessoais e não o direito real de propriedade.

Com lastro nesse documento, o juiz do feito, substituiu o polo ativo da ação, passando a requerente a integrá-lo.

É de se consignar que, a despeito de eventual eficácia pessoal com repercussão, ao talante do juiz do feito, processual, o sobredito acordo firmado nos autos não tem o condão de servir de lastro à transmissão dominial.

Assim, mesmo que julgada improcedente a presente dúvida, com determinação do registro do título, a fração ideal a ser transmitida, salvo melhor juízo de Vossa Excelência, será aquela objeto do acordo de f., cuja análise se dará a seguir.

Na sequência do procedimento fora juntado o instrumento de f. e ss. Dele consta que M. A. F., W. C. F. e S. M. F., concordam em alienar a fração ideal de 20% a D. M. R. G., mediante o pagamento de R$ 22.500,00 a cada uma das coproprietárias, em parcelas.

Encerra, salvo melhor juízo, tal documento, negócio jurídico de compra e venda, tendo em vista a presença de seus elementos configuradores, quais sejam, coisa, preço e consentimento.

Tal acordo fora homologado, conforme decisão de f.

Pensamos ser esse, Excelência, o negócio jurídico constante do título, com potencialidade de acesso ao registro imobiliário, ou seja, a compra e venda da fração ideal de 20% do imóvel.

E como tal procedemos a sua qualificação registrária.

No entanto, com lastro no princípio da legalidade, foram apontados alguns vícios de forma que impedem o seu acesso no fólio.

Conforme ensina Marcos Bernardes de Mello, na sua obra, *Teoria do fato jurídico – Plano da validade*, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 125:

"A validade do instrumento pressupõe a obediência a normas jurídicas próprias de natureza pública, apesar de integrarem, algumas vezes, leis de direito

privado. Exemplos destas são as do art. 215, §§ 1.º, 3.º e 5.º, do Código Civil. São normas heterotópicas.

O instrumento público para ser válido:

a) Há que se respeitar as exigências específicas, que constituem seus requisitos formais, contidas nos citados dispositivos do Código Civil e legislação complementar própria. Por isso, a escritura pública redigida em idioma estrangeiro é nula, como aquela da qual não consta a data da realização do ato, por exemplo.

A falta de alguns desses requisitos pode implicar até inexistência do ato jurídico consubstanciado na escritura pública, o que a torna sem conteúdo. Se as partes não assinaram ou alguma delas não assinou não há negócio jurídico. A falta de assinatura do tabelião, diferentemente faz nenhuma a escritura pública. Ali a inexistência é do ato jurídico, enquanto aqui é do instrumento.

b) Além dessas exigências, o instrumento há que atender a outros pressupostos de validade que resultam do direito público. As regras sobre competência do oficial, provimento do cargo e regular exercício das funções, por exemplo, estão no campo do direito público e, se desatendidas, podem afetar a validade dos atos que pratica e geram nulidade dos instrumentos que subscrevem. A falta de competência do oficial, bem assim se está afastado de suas funções acarreta a nulidade do instrumento."

Mesmo das escrituras públicas – em sentido amplo – oriundas de atos judiciais, deverá constar os requisitos de forma estabelecidos pela legislação de regência.

E tais elementos são aqueles previstos no art. 215 do CC/2002 e na Lei 7.433/1985, chamada de "Lei das Escrituras Públicas", regulamentada pelo Dec. 93.240/1986.

Portanto, não basta a homologação, para que a declaração de vontade tomada nos autos possa ser considerada escritura pública.

Por esses motivos, obstou-se o acesso do título no registro imobiliário, por defeito de forma, com fundamento no princípio da legalidade, porque dele não consta termos dos autos com indicação: (a) da data e local de sua realização; (b) nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio, residência das partes e demais comparecentes, com indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação; (c) manifestação clara da vontade das partes e intervenientes; (d) referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato; (e) assinatura das partes e do juiz.

Necessário ainda, em face do disposto na Lei das Escrituras Públicas e seu decreto regulamentador, que conste do documento a apresentação de certidões negativas de ações reais ou pessoais reipersecutórias, ou declaração expressa quanto à sua inexistência e ainda de ônus reais que possam recair sobre o imóvel.

Ainda, no que diz respeito à "referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato", constante do inc. V do § 1.º do art. 215 do CC/2002, curial que do título conste a apresentação das certidões negativas previdenciárias exigidas pelo art. 47 da Lei 8.212/1991, para a transmissão de bens imóveis, ou declaração acerca do não enquadramento como contribuinte dos tributos respectivos.

Ademais, conforme apontado na nota de devolução, as partes contratantes, foram representadas, na instrumentalização do documento, por seus advogados, cujas procurações não se encontram encartadas.

Em atenção ao que dispõe o art. 657 c/c o § 1.º do art. 661 do CC/2002, o título deverá ser instruído com procuração outorgada por instrumento público, que contenha poderes expressos e especiais para alienar e adquirir bens imóveis.

Não houve a participação dos cônjuges, o que abordaremos em tópico específico.

Portanto, não encerrando o título judicial, arrematação ou adjudicação, propriamente ditas, na medida em que houve transmissão voluntária, mas sim negócio jurídico que tenha por objeto a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, curial a observância das formalidades legais estabelecidas para a escritura pública, não só aquelas que dizem respeito ao instrumento e sua origem, mas também aquelas atinentes ao ato estatal em si, estabelecidas pela legislação de regência (art. 215 do CC/2002 e Lei 7.433/1985), em atenção ao que dispõe o art. 108 do CC/2002.

2.5 Do descumprimento ao princípio da especialidade subjetiva e da continuidade

A perfeita qualificação das partes é requisito tanto do direito material (inc. III do art. 215 do CC/2002), como instrumental registrário – princípio da especialidade subjetiva (art. 176 da Lei 6.015/1973).

E sem a perfeita qualificação das partes envolvidas no ato, não há como se aferir o respeito à continuidade, na medida que é indispensável que a qualificação constante do título esteja de conformidade com aquela que consta do registro.

Nesse diapasão, é também pacífica a jurisprudência do C. Conselho Superior da Magistratura, conforme se verifica dos acórdão proferidos nas ApCiv 56-6/7, ApCiv 1.267-6/7, ApCiv 040014-0/7, além de tantas outras.

Do título em cotejo, consta que M. A. F. e S. M. F., são casadas, sem indicar, no entanto, o nome e qualificação dos cônjuges (RG, CPF, profissão), bem como o regime de bens adotado e a data do casamento.

Da matrícula, as mesmas constam como solteiras.

Indisputável, a necessidade de aditamento do título, para que dele passe a constar a perfeita qualificação das disponentes e a averbação dos casamentos na matrícula do imóvel, para que o documento possa, nesse ponto, ingressar no registro.

2.6 Da falta de assentimento ou consentimento dos cônjuges

Conforme asseverado no item anterior, o título revela que M. A. F. e S. M. F. são casadas, sem, entretanto, indicar o nome do cônjuge, regime de bens e a data do casamento.

Não consta do título ter os respectivos cônjuges participado do processo.

E a participação dos mesmos, reveste-se de exigência do direito processual (art. 10 do CPC), material, a depender do regime de bens e formal registrário – princípio da legalidade.

Casadas as partes no regime da comunhão universal, curial o consentimento dos maridos.

Casadas em outro regime que não seja o da separação convencional, indispensável o assentimento.

3. Encerramento

Deixa-se de justificar as exigências com as quais houve concordância da requerente.

Instruem a presente, cópia dos acórdãos já mencionados e da certidão atualizada extraída da matrícula do imóvel.

São essas, MM. Juiz, as razões que levaram à desqualificação do título, apresentando a Vossa Excelência protestos de estima e apreço.

Piracicaba/SP, 14 de janeiro de 2011.

Antonio Reynaldo Filho

Oficial

Partilha cumulada (modelo) 2

Diego Selhane Perez

Oficial do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Caraguatatuba.

Diego Selhane Perez, Oficial do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Caraguatatuba, infrafirmado, comparece respeitosamente diante de V. Exa. para nos termos do que dispõe o art. 198 da Lei 6.015/1973 e a requerimento de XXXXXXXXXXXXXXX, suscitar a presente *dúvida registral*, expondo o quanto adiante segue:

1. Em XXXXXX, foi apresentada a registro escritura pública de inventário e partilha de bens, prenotada sob o n. XXX.XXX, para qual foi expedida nota de devolução em que se elencou as razões de sua irregistrabilidade: afronta ao princípio da continuidade (art 195 da Lei federal 6.015/1973), e à segurança jurídica dos atos registrais e notariais, que pressupõe a clareza de sua formulação, isto porque o título fundia os inventários de XXXXXXXXXXXX e YYYYYYYYYY (marido e mulher) numa única partilha, em único inventário, como se tratasse de comoriência, o que não era o caso. Novamente prenotada a escritura referida em XXXXXXXXXX, recebeu o número de prenotação XXX. XXX, sem que a parte houvesse atendido às exigências formuladas na primeira nota de devolução, o que ensejou a nova nota, de idêntico teor. Por derradeiro, em XXXXXX foi o título uma vez mais prenotado, sob o n. XXX.XXX, solicitando a parte, irresignada com as razões apontadas por este Oficial para a irregistrabilidade do título tal qual se encontra, que fosse suscitada a presente dúvida registral, conforme preceitua o art. 198 da Lei federal 6.015/1973.

2. É bem sabido que a cumulação de inventários é, em circunstâncias como a presente, permitida na via judicial (art.1.043 do CPC). E esta situação se espelha nas partilhas por escrituras públicas, no direito de ser realizada, num mesmo instrumento notarial, mais do que uma partilha.

3. Destaque-se que, o que motivou a devolução da escritura não foi a cumulação dos inventários num único ato notarial, mas sim, o fato de haver uma única partilha, como se as duas sucessões pudessem ser tratadas como um único inventário.

4. Admite-se a realização de escrituras públicas em que sejam cumulados inventários, com tantas partilhas quantas forem as sucessões *causa mortis*. O que se nega não é a possibilidade de cumulação (partilha 1 e partilha 2), mas a possibilidade de dissolução de uma partilha na outra, numa espécie de incorporação ou fusão de partilhas. Não se trata de separar os inventários, que podem ser justapostos no mesmo instrumento, mas de impedir que eles deixem de existir, com suas individualidades, para surgir um único inventário e uma única partilha que, na realidade, não corresponde a nenhuma das duas sucessões.

5. No caso em tela, tem-se que XXXXXXXX faleceu em XX de XXXXX de XXXX, abrindo a sucessão de seus bens nesta data, o que gera a necessidade do processamento de inventário correspondente, no qual seu marido figuraria como meeiro. O fato de que os herdeiros de YYYYYYYY seriam os mesmos não afasta a necessidade de que o inventário de XXXXXXXXX exista, não cabendo ao meeiro decidir se faria a partilha ou não, como alegaram as partes na escritura pública. Não se trata de direito dispositivo, mas de norma cogente.

6. Com o falecimento de YYYYYYYY em XX de XXXXX deXXXX, abriu-se a sucessão de seus bens, e se a partilha dos bens deixados por ocasião do falecimento de XXXXXXXX não havia sido realizada, as duas partilhas poderiam ser processadas cumulativamente, no mesmo instrumento formal.

7. É disso que trata a permissão apresentada no art. 1.043 do CPC, e que a leitura do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal deixa cristalino ao referir: "Haverá um só inventariante para *os dois inventários*".

8. Assim, trata-se de duas sucessões diferentes às quais se aplicam diferentes regimes jurídicos sucessórios (no intervalo de cinco anos entre uma e outra o ordenamento civil foi profundamente alterado, como é notório) e tributários (ITCMD). São duas sucessões diferentes, e, portanto, *dois* inventários, com *duas* partilhas, que podem, repita-se, ser realizados cumulativamente, na mesma escritura pública, segundo a ordem dos óbitos e em conformidade com o direito – sucessório e tributário – aplicável a cada uma.

9. Vale destacar, que o próprio art. 1.043 do CPC é claro ao apontar para uma possibilidade de cumulação de inventários em um único processo, para que as heranças sejam "*cumulativamente inventariadaS e partilhadaS*". Um único instrumento – no caso o processo – para dois, ou mais, inventários cumulados. Ora, a cumulação não equivale à fusão, mas sim à junção (no caso, por conexão), em que dois seres agrupam-se no mesmo âmbito ou conjunto (no caso, o processo ou, ainda, a escritura), mas sem perder a individualidade. Se houvesse perda da individualidade – com a transformação de dois inventários em um; ou de duas partilhas em uma só – não estaríamos mais diante de uma cumulação ou de um conjunto, pois estes exigem um mínimo de dois termos diferentes (isto *e* aquilo).

10. Teoricamente o resultado final – sob o prisma da atribuição definitiva da propriedade – até poderia ser o mesmo (e duas partilhas tornariam tudo muito mais claro e seguro), mas, como decidido pelo Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, isto não é razão suficiente para se admitir uma sucessão "por saltos" (ApCiv 664-6/1, j. 19.04.2007, *DOE* 27.06.2007).

11. Por fim, não é possível por este Ofício Imobiliário, num único ato, registrar a partilha como se fosse caso de comoriência, por causa da necessidade de se manter a continuidade dos registros. Se há duas sucessões, dois devem ser os registros, mesmo que o título formal seja o mesmo.

12. Assim, remeto o título supra referido à avaliação desse MM. Juízo Corregedor Permanente, com declaração de dúvida, conforme dispõe o inc. III do art. 198 da Lei 6.015/1973.

Renovando meus protestos de elevado apreço e consideração, subscrevo.

Jurisprudência Anotada

1

Acórdãos

Superior Tribunal de Justiça

STJ – *REsp 1.005.546/SP* – 3.ª T. – j. 26.10.2010 – m.v. – rel. Min. Nancy Andrighi – *DJe* 03.02.2011 – Área do Direito: Civil; Processual.

PENHORA – Admissibilidade – Bem de família – Descaracterização – Entidade familiar devedora que não utiliza seu único imóvel como residência – Circunstância que, por si só, não torna o bem penhorável – Hipótese, entretanto, de imóvel desabitado – Destinação para moradia ou subsistência de família não evidenciada – Inteligência do art. 1.º da Lei 8.009/1990.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 900/219, *RT* 894/287, *RT* 890/345, *RT* 871/163, *RT* 753/264 e *RDPriv* 34/369.

Veja também Doutrina

- Bem de família internacional (necessidade de unificação), de Álvaro Villaça Azevedo – *RT* 782/11;
- O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia, de João Hora Neto – *RDPriv* 29/173;
- O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação, de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira – *RePro* 169/38;
- O novo Código Civil e os efeitos das normas de ordem pública na impenhorabilidade do bem de família do fiador, de Marlo Thurmann Gonçalves – *RT* 834/34; e
- Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades, de Fredie Didier Jr. – *RePro* 174/30.

REsp 1.005.546 – São Paulo (2007/0265795-8).
Relator: Min. Sidnei Beneti.
Relatora do acórdão: Min. Nancy Andrighi.
Recorrente: Carlos Alberto da Penha Stella – advogados: Flávio Luiz Yarshell e outros.
Recorrido: Domingos Sávio – advogados: Gilberto Alonso Junior e outros.

Ementa: Processo civil. Recurso especial. Embargos de declaração. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211 do STJ. Impenhorabilidade do bem de família. Imóvel desocupado.

1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o fato de a entidade familiar não utilizar o único imóvel como residência não o descaracteriza automaticamente, sendo suficiente à proteção legal que seja utilizado em proveito da família, como a locação para garantir a subsistência da entidade familiar.

4. Neste processo, todavia, o único imóvel do devedor encontra-se desocupado e, portanto, não há como conceder a esse a proteção legal da impenhorabilidade do bem de família, nos termos do art. 1.º da Lei 8.009/1990, pois não se destina a garantir a moradia familiar ou a subsistência da família.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3.ª T. do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos Após a renovação do relatório e da ratificação dos votos proferidos, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Min. Nancy Andrighi. Vencidos os Srs. Ministros relator e Massami Uyeda que davam parcial provimento ao recurso. Votaram com a Sra. Min. Nancy Andrighi os Srs. Ministros Vasco Della Giustina e Paulo de Tarso Sanserino. Lavrará o acórdão a Sra. Min. Nancy Andrighi. Dr(a). Gustavo Pacífico, pela parte recorrente: Carlos Alberto da Penha Stella.

Brasília, 26 de outubro de 2010 – NANCY ANDRIGHI, relatora.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – REsp 1.005.546/SP; 3.ª T.; número do registro: 2007/0265795-8; números de origem: 1103872001, 19302001, 20011103870, 20011110387, 25395, 2664974 4800084, 48000843, 48000845 e 4800084501; pauta: 05.08.2010 – julgado: 05.08.2010; relator: Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Maurício de Paula Cardoso; Secretária: bel. Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação: Recorrente: Carlos Alberto da Penha Stella – advogados: Flávio Luiz Yarshell e outros, recorrido: Domingos Sávio – advogados: Gilberto Alonso Junior e outros.

Assunto: Direito civil – Família – Bem de família.

Certidão – Certifico que a E. 3.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro relator para a sessão do dia 10.08.2010."

Brasília, 05 de agosto de 2010 – Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha, secretária.

RELATÓRIO – *Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti* (relator): 1. Carlos Alberto da Penha Stella interpõe recurso especial fundamentado nas alíneas *a* e *c* do inc. III do art. 105 do permissivo constitucional contra acórdão (f.) da 4.ª Câm. de Direito Privado do TJSP que lhe foi desfavorável (rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda), assim ementado (f.):

"Embargos de Terceiro. Marido da devedora embargante. Meação preservada. Penhora ocorrida quando o imóvel não servia de residência do casal. Intimação da penhora ocorrida em local distinto. Bem apto a garantir a jurissatisfativa. Apelo provido."

2. Colhe dos autos que Carlos Alberto da Penha Stella opôs embargos de terceiro nos autos da ação cautelar, em fase de execução, movida por Domingos Sávio contra Maria Helena Spuras Stella, esposa do ora recorrente, onde se determinou a penhora do apartamento n.º ..., Rua ..., propriedade do casal, alegando que referido imóvel constitui bem de família, nos termos da Lei 8.009/1990, não podendo ser objeto de constrição judicial.

3. O Juízo da 23.ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP julgou procedentes os embargos de terceiro, ao fundamento de que (f.):

"Dispõe o art. 1.º da Lei 8.009/1990 que o imóvel residencial próprio do casal é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida contraída pelos cônjuges, salvo exceções legais. Logo, tem o embargante legítimo interesse para preservar o imóvel do casal e não somente a sua meação. No mérito, com a inicial, fez o embargante prova documental de que o bem constrito é o único com características de ser o imóvel residencial próprio do casal. Basta a análise do documento de f., não impugnado. Outra questão que aparentemente será relevante é aquela decorrente da decisão copiada a f. realmente, à primeira vista, poder-se-ia pensar que já existiria coisa julgada sobre ser ou não o imóvel constritado bem de família. Contudo, o embargante não fez parte da relação processual estabelecida com aquela lide, de modo que não é atingido por ela. O que se decidiu, na ocasião, é que a sua consorte não conseguira fazer prova de que o imóvel seria bem de família. No entanto, agora, a prova foi feita, sem contrariedade por parte do embargado e, como já foi dito, o interesse do legislador, no caso, não foi preservar direitos individuais dos cônjuges, mas os do casal. Vale acrescentar que, segundo iterativa jurisprudência, "pode ser declarada a ilegalidade da penhora em qualquer fase e grau de jurisdição, podendo ser reconhecida mesmo *ex officio*, pois se trata de ato nulo de pleno direito (*RT* 677/189). Assim,

Doutrina citada

- ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

não há como afastar-se o requerimento inicial, ante a prova de que o bem penhorado serve de residência do casal. Isto posto, julgo procedente os embargos de terceiro, para desconstituir a penhora sobre o apartamento referido, condenando o embargado nas custas processuais e em honorários de advogado arbitrados em 15% sobre o valor dado à causa, corrigido desde o seu ajuizamento."

4. A 4.ª Câm. de Direito Privado do TJSP, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo embargado (ementa transcrita acima), ao entendimento de que (f.):

2. A r. sentença apelada merece reforma.

O apelado não comprovou que o imóvel objeto da constrição é bem de família, mesmo porque, o perito judicial vistoriando o apartamento apresentou as fotografias de f., mostrando que no local não havia pessoas residindo, ou seja, o imóvel estava desabitado.

Ademais, tanto na inicial quanto no documento de f., procuração *ad judicia*, o embargante, ora apelado, faz referência exclusivamente a domicílio e não residência, sendo que nos dois itens apresenta endereços distintos, ou seja, na inicial a Rua ... e, na procuração *ad judicia* de 23.07.2001, declara como domicílio a Rua ....

A declaração do imposto de renda do exercício de 2001, f., é insuficiente para comprovar a residência do apelado, além do que, referida declaração é de 25.04.2001, enquanto que a penhora ocorreu em 10.12.1998, portanto, quase quatro anos antes.

Assim, não está caracterizada a residência do embargante no imóvel objeto da constrição no momento em que ela ocorreu, portanto, não se vislumbra óbice na penhora realizada, mesmo porque, já foi preservada a meação do embargante, ora apelado.

(...)

Anteriormente, como demonstra a sentença de f., em que figurou somente a mulher do embargante como parte, também não ficara demonstrada a presença do instituto jurídico do bem de família.

Desta forma, a penhora está apta a prevalecer, mesmo porque, o imóvel se encontrava desocupado, tanto que as fotografias juntadas não foram impugnadas, portanto, não se encontra cobertura na Lei 8.009/1990 para afastar a constrição ocorrida, não havendo, assim, impedimento para que a jurissatisfativa tenha sequência, pois o imóvel que garantiu o Juízo não integra o bem de família da devedora e nem de seu cônjuge.

5. Os embargos de declaração interpostos restaram rejeitados (f.).

6. Irresignado, Carlos Alberto da Penha Stella interpõe recurso especial alegando ofensa ao art. 535 do CPC, art. 1.º e 5.º da Lei 8.009/1990 e arts. 130, 302, 333, I, 334, 368, 372, 468, 469, 471 e 515, § 4.º, do CPC. Alega omissões no acórdão recorrido, afirmando que houve prestação jurisdicional deficiente diante da negativa de acolhimento dos embargos de declaração interpostos para fins de prequestionamento. Assevera que independentemente das razões de o imóvel se encontrar desocupado – premissa firmada no v. acórdão recorrido, dispensando-se, portanto, o reexame de fatos –, tal como reconhecido por este E. STJ, para fins de reconhecimento do bem de família, importa que se trate do único imóvel da residencial (f.).

Aponta dissídio jurisprudencial relativo à caracterização de bem de família, a despeito de não residirem no imóvel os devedores.

Com contrarrazões, o recurso especial foi admitido (f.), subindo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO (vencido) – *Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti* (relator): 7. Cumpre observar, de início, que o Tribunal de origem analisou fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia nos limites do que lhe foi submetida. Não há que reconhecer, portanto, violação do art. 535 do CPC ou negativa de prestação jurisdicional. Não se detecta nenhuma omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, uma vez que a lide foi dirimida com a devida e suficiente fundamentação, apenas não se adotou a tese do recorrente.

8. Verifica-se, outrossim, que a matéria tratada nos arts. 130, 302, 333, I, 334, 368, 372, 468, 469, 471 e 515, § 4.º, do CPC, não foi objeto de debate no venerando acórdão recorrido, faltando-lhe, portanto, o necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial. Incidência da Súmula 211 desta Corte.

9. No tocante à violação dos arts. 1.º e 5.º da Lei 8.009/1990, a irresignação merece prosperar.

Com efeito, observa-se que a jurisprudência deste STJ já se firmou no sentido de que o fato de a entidade familiar não utilizar o único imóvel como residência não o descaracteriza automaticamente, sendo suficiente à proteção legal que seja utilizado em proveito direto da família, como a locação para complemento da renda familiar, relevância à subsistência da família. Nesse sentido:

"Processual civil. Bem de família. Impenhorabilidade.

1. O STJ pacificou a orientação de que não descaracteriza automaticamente o instituto do bem de família, previsto na Lei 8.009/1990, a constatação de que o grupo familiar não reside no único imóvel de sua propriedade.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 404.742/RS, rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª T., *DJe* 19.12.2008);

"O único bem de família não perde os benefícios da impenhorabilidade – Lei 8.009/1990 – Se os devedores nele não residirem e o locarem a terceiros, desde que a renda auferida seja destinada a moradia e subsistência do núcleo familiar.

1. Conforme precedente da 2.ª Seção, 'em interpretação teleológica e valorativa, faz jus aos benefícios da Lei 8.009/1990 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma é o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família.'.

2. Viola a lei o acórdão que deixa de reconhecer os benefícios da impenhorabilidade do bem de família, em face de os devedores não residirem no imóvel. Dissídio configurado.

Recurso conhecido e provido." (REsp 243.285/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T., *DJe* 15.09.2008).

10. Como se vê, o acórdão recorrido veio em sentido contrário à jurisprudência já estabilizada deste Tribunal, de modo que deve ser provido o presente recurso especial.

11. Pelo exposto, meu voto (vencido) dava parcial provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença de f.

Min. Sidnei Beneti, relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – REsp 1005546/SP; 3.ª T.; número do registro: 2007/0265795-8; números de origem: 1103872001, 19302001, 20011103870, 20011110387, 25395, 2664974 4800084, 48000843, 48000845 e 4800084501; pauta: 05.08.2010; julgado: 10.08.2010; relator: Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Francisco Dias Teixeira; secretária: bel. Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrente: Carlos Alberto da Penha Stella – advogados: Flávio Luiz Yarshell e outros, recorrido: Domingos Sávio – advogados: Gilberto Alonso Junior e outros.

Assunto: Direito civil – Família – Bem de Família.

Sustentação oral – Dr. Gustavo Pacífico, pela parte recorrente: Carlos Alberto da Penha Stella.

Certidão – Certifico que a E. 3.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Sidnei Beneti, dando parcial provimento ao recurso especial, pediu vista, antecipadamente, a Sra. Min. Nancy Andrighi. Aguardam os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS), Paulo Furtado (desembargador convocado do TJBA) e Massami Uyeda.

Brasília, 10 de agosto de 2010 – Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha, secretária.

VOTO-VISTA – *A Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi*: Cuida-se de recurso especial interposto por Carlos Alberto da Penha Stella, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TJSP.

Ação: de execução, ajuizada por Domingos Sávio, em face de Maria Helena Spuras Stella, esposa do recorrente, em virtude de descumprimento de acordo homologado judicialmente.

Carlos Alberto da Penha Stella apresentou embargos de terceiro nos autos da referida ação de execução, na qual se determinou a penhora de apartamento de propriedade do casal. Alegou que esse imóvel constitui bem de família, nos termos da Lei 8.009/1990, não podendo ser objeto de constrição judicial. Requereu, em síntese, a desconstituição da penhora realizada.

Sentença: julgou procedente o pedido, para desconstituir a penhora sobre o apartamento do casal.

Acórdão: deu provimento à apelação interposta pelo recorrido, nos termos da seguinte ementa:

"Embargos de terceiro. Marido da devedora embargante. Meação preservada. Penhora ocorrida quando o imóvel não servia de residência do casal. Intimação da penhora ocorrida em local distinto. Bem apto a garantir a jurissatisfativa. Apelo provido." (f.)

Embargos de declaração: interpostos pelo recorrente, foram rejeitados (f.).

Recurso especial: o recorrente alega violação:

(i) do art. 535 do CPC, pois houve negativa de prestação jurisdicional;

(ii) do art. 1.º e 5.º da Lei 8.009/1990, arts. 130, 302, 330, 333, I, 334, 368, 372 e 515, § 4.º, do CPC, e dissídio jurisprudencial, insurgindo-se contra a penhorabilidade do bem de família; e

(iii) dos arts. 468, 469 e 471 do CPC, porque não houve violação do princípio da coisa julgada.

Prévio juízo de admissibilidade: apresentadas as contrarrazões ao recurso especial (f.), esse foi admitido (f.).

Após o voto do ilustre Min. Sidnei Beneti, dando parcial provimento ao recurso especial, pedi, antecipadamente, vista dos autos.

Revisados os fatos, decido.

Cinge-se a lide a determinar: (i) se houve negativa de prestação jurisdicional; (ii) se o imóvel do recorrente é penhorável; e (iii) se houve violação do princípio da coisa julgada.

I – Da negativa de prestação jurisdicional (violação do art. 535 do CPC).

Legislação citada

- Arts. 1.º e 5.º, *caput*, da CF/1988; arts. 1.º e 5.º, da Lei 8.009/1990; e arts. 130, 302, 333, I, 334, 368, 372, 468, 469, 471, 515, § 4.º, 535 e 591 do CPC.

O acórdão recorrido apreciou, de maneira fundamentada, as questões pertinentes à resolução da lide, ainda que tenha dado interpretação contrária à pretensão do recorrente, situação que não enseja a interposição de embargos de declaração.

Ressalte-se que os embargos de declaração, mesmo quando interpostos para fins de prequestionamento, necessita de alguma das hipóteses previstas no art. 535 do CPC, inexistentes na espécie. Assim, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

II – Da ausência de prequestionamento (violação dos arts. 130, 302, 330, 333, I, 334, 368, 372, 468, 469 e 471 e 515, § 4.º, do CPC).

O acórdão recorrido, apesar da interposição de embargos de declaração, não decidiu acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em seu recurso especial quanto aos arts. 130, 302, 330, 333, I, 334, 368, 372, 468, 469 e 471 e 515, § 4.º, do CPC, o que inviabiliza o seu julgamento. Aplica-se, neste caso, a Súmula 211 do STJ.

III – Da penhorabilidade do imóvel do recorrente (violação dos arts. 1.º, 5.º, da Lei 8.009/1990, e dissídio jurisprudencial).

Como bem ressaltou o ilustre Min. relator, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o fato de a entidade familiar não utilizar o único imóvel como residência não o descaracteriza automaticamente, sendo suficiente à proteção legal que seja utilizado em proveito da família, como a locação para complemento da renda familiar.

Nesse sentido, destaquem-se os seguintes precedentes da 2.ª Seção do STJ: EREsp 339.766/SP, rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* 23.08.2004; e REsp 315.979/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 15.03.2004. Este foi assim ementado:

"Bem de família. Imóvel locado. Irrelevância. Único bem dos devedores. Renda utilizada para a subsistência da família. Incidência da Lei 8.009/1990. Art. 1.º. Teleologia. Circunstâncias da causa. Orientação da turma. Recurso acolhido.

I – Contendo a Lei 8.009/1990 comando normativo que restringe princípio geral do direito das obrigações, segundo o qual o patrimônio do devedor responde pelas suas dívidas, sua interpretação deve ser sempre pautada pela finalidade que a norteia, a levar em linha de consideração as circunstâncias concretas de cada caso.

II – Consoante anotado em precedente da Turma, e em interpretação teleológica e valorativa, faz jus aos benefícios da Lei 8.009/1990 o devedor que, mesmo não residindo no único imóvel que lhe pertence, utiliza o valor obtido com a locação desse bem como complemento da renda familiar, considerando que o objetivo da norma é o de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família."

Neste processo, o imóvel do recorrente encontra-se desabitado, conforme assentou o acórdão recorrido:

"O apelado não comprovou que o imóvel objeto da constrição não é bem de família, mesmo porque, o perito judicial vistoriando o apartamento apresentou as

fotografias de f., mostrando que no local não havia pessoas residindo, ou seja, o imóvel estava desabitado." (f.)

Como visto, não há similitude fática entre os precedentes deste Tribunal e a presente hipótese. Com efeito, a jurisprudência do STJ a respeito do tema se firmou considerando a necessidade de utilização do imóvel em proveito da família, como, por exemplo, a locação para garantir a subsistência da entidade familiar ou o pagamento de dívidas.

Por outro lado, não há neste processo a referida particularidade. Vale dizer: o apartamento do recorrente está desabitado, e, portanto, não cumpre o objetivo da Lei 8.009/1990 de garantir a moradia familiar ou a subsistência da família.

A esse respeito, a 4.ª T. do STJ, no julgamento do REsp 1.035.248/GO, rel. Min. Aldir Passarinho, *DJe* 18.05.2009, possibilitou a penhora do único imóvel do devedor, que não se destinava à sua residência nem foi locado para complementar a renda familiar, bem como imputou o ônus da prova da impenhorabilidade ao devedor que a alegara. Confira-se a ementa:

"Processual civil. Recurso especial. Penhora de imóvel. Bem de família. Residência da devedora fixada em outro imóvel. Constrição. Possibilidade. Lei 8.009/1990. Súmulas 7 do STJ. Divergência não configurada. Recurso não conhecido.

I. Pode ser objeto de penhora o único bem imóvel do devedor não destinado à sua residência e nem locado com a finalidade de complementar a renda familiar.

II. Ausente a similitude fática entre os arestos paradigmágticos, tem-se por não comprovada a divergência jurisprudencial.

III. Recurso não conhecido."

Dessarte, não há como conceder ao imóvel do recorrente a proteção legal da impenhorabilidade do bem de família, nos termos do art. 1.º da Lei 8.009/1990, sobretudo porque não se desincumbiu do ônus de provar que o bem penhorado destinava-se a garantir a moradia familiar ou a subsistência da família.

Forte nessas razões, peço vênia para divergir, em parte, do voto do ilustre Ministro relator, para reconhecer a penhorabilidade do imóvel do recorrente.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – REsp 1.005.546/SP; 3.ª T.; número do registro: 2007/0265795-8; números de origem: 1103872001, 19302001, 20011103870, 20011110387, 25395, 2664974 4800084, 48000843, 48000845 e 4800084501; pauta: 05.08.2010; julgado: 24.08.2010; relator: Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares; secretária: bel. Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrente: Carlos Alberto da Penha Stella – advogados: Flávio Luiz Yarshell e outros, recorrido: Domingos Sávio – advogados: Gilberto Alonso Junior e outros.

Jurisprudência citada

- STJ: AgRg no REsp 404.742, REsp 243.285, EREsp 339.766, REsp 315.979, REsp 714.515, REsp 825.660 e REsp 1.035.248;
- TJSP: ApCiv 480.008-4-3-00; e
- RT 677/189.

Assunto: Direito civil – Família – Bem de família.

Certidão – Certifico que a E. 3.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Min. Nancy Andrighi, divergindo do voto do Sr. Ministro relator, negando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Min. Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJRS). Aguarda o Sr. Min. Massami Uyeda. Não participou do julgamento o Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília, 24 de agosto de 2010 – Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha, secretária.

VOTO-VOGAL – *Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda*: Srs. Ministros, eu já havia tido conhecimento da controvérsia, em que o Sr. Ministro Sidnei Beneti dava parcial provimento ao recurso, e a Sra. Min. Nancy Andrighi divergido, e, nesse ínterim, recebi o memorial do embargante.

Acompanho o voto do Sr. Ministro relator, dando parcial provimento ao recurso especial.

Min. Massami Uyeda

VOTO-VISTA – *Exmo. Sr. Min. Vasco Della Giustina* (desembargador convocado do TJRS): Ao minucioso relatório do eminente Ministro relator, acrescenta-se que o feito foi levado a julgamento pela E. 3.ª T., ocasião em que, após a prolação do voto do ilustre Ministro relator, conferindo parcial provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença, e do voto divergente da Min. Nancy Andrighi, negando provimento ao recurso especial e mantendo a penhora do imóvel *sub judice*, pedi vista dos autos para melhor exame da matéria.

A controvérsia posta a desate cinge-se em perquirir acerca da penhorabilidade de imóvel pertencente ao casal de Carlos Alberto da Penha Stella.

Neste particular, com as devidas vênias, perfilho-me ao entendimento externado pela divergência, que fora inaugurada a partir do voto da eminente Min. Nancy Andrighi.

Esta Corte tem adotado o entendimento de que, não obstante a família deixe de residir no único imóvel que possui, tal bem é protegido pela impenhorabilidade se se prestar à locação para fins de colaborar com a subsistência do núcleo familiar (REsp 714.515, SP, rel. Min. Aldir Passarinho Jr, *DJe* 07.12.2009); o mesmo

entendimento se aplicou em caso de imóvel não destinado à moradia ou aluguel por circunstâncias alheias à vontade dos proprietários, como no caso julgado no REsp 825.660, SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 14.12.2009, em que por problemas estruturais no prédio, o local encontrava-se desocupado.

Com efeito, tenho que, não configurada nenhuma das hipóteses no acórdão, mas registrado que o imóvel encontrava-se desabitado, não se prestando à moradia familiar, nem à locação para eventual complementação de renda, descaracterizado está o bem de família. Aqui, oportuna a transcrição de trecho do voto condutor do julgado ora impugnado, que denota o estado em que se encontrava o apartamento:

"O apelado não comprovou que o imóvel objeto da constrição é bem de família, mesmo porque, o perito judicial vistoriando o apartamento apresentou as fotografias de f., mostrando que no local não havia pessoas residindo, ou seja, o imóvel estava desabitado." (f.)

As conclusões do Tribunal de origem restaram, também, reforçadas pelo seguinte fundamento:

"A penhora está apta a prevalecer mesmo porque, o imóvel se encontrava desocupado, tanto que as fotografias juntadas não foram impugnadas, portanto, não se encontra cobertura na Lei 8.009/1990 para afastar a constrição ocorrida, não havendo, assim, impedimento para que a jurissatisfativa tenha sequência, pois o imóvel que garantiu o Juízo não integra o bem de família da devedora e nem de seu cônjuge." (f.)

Neste contexto, denota-se que o caso assemelha-se àquele julgado no âmbito da 4.ª T., já citado pela Min. Nancy Andrighi, rel. o Min. Aldir Passarinho Junior, que declarou possível a penhora de imóvel único do devedor, uma vez configurado que não servia à residência da família, nem à locação para auxílio na subsistência. O aresto tem a seguinte ementa:

"Processual civil. Recurso especial. Penhora de imóvel. Bem de família. Residência da devedora fixada em outro imóvel. Constrição. Possibilidade. Lei 8.009/1990. Súmulas 7 do STJ. Divergência não configurada. Recurso não conhecido.

I. Pode ser objeto de penhora o único bem imóvel do devedor não destinado à sua residência e nem locado com a finalidade de complementar a renda familiar.

II. Ausente a similitude fática entre os arestos paradigmáticos, tem-se por não comprovada a divergência jurisprudencial.

III. Recurso não conhecido." (*DJe* 18.05.2009)

Ante o exposto, acompanhando a divergência inaugurada pela eminente Min. Nancy Andrighi, nego provimento ao presente recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – REsp 1.005.546/SP; 3.ª T.; número do registro: 2007/0265795-8; números de origem: 1103872001, 19302001, 20011103870,

20011110387, 25395, 2664974 4800084, 48000843, 48000845 e 4800084501; pauta: 05.08.2010; julgado: 05.10.2010; relator: Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti; presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Francisco Dias Teixeira; secretária: bel. Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrente: Carlos Alberto da Penha Stella – advogados: Flávio Luiz Yarshell e outros, recorrido: Domingos Sávio – advogados: Gilberto Alonso Junior e outros.

Assunto: Direito civil – Família – Bem de família.

Certidão – Certifico que a E. 3.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Min. Vasco Della Giustina, negando provimento ao recurso e do voto do Sr. Min. Massami Uyeda, dando parcial provimento, verificou-se empate. O julgamento será renovado na sessão do dia 26.10.2010. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Sidnei Beneti, Vasco Della Giustina, Nancy Andrighi e Massami Uyeda. Não participou do julgamento o Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília, 05 de outubro de 2010 – Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha, secretária.

VOTO-DESEMPATE – O Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino: Eminentes colegas.

Adoto, inicialmente, o bem elaborado relatório feito pelo eminente relator, passando diretamente ao voto de desempate.

Primeiramente, com relação ao pretenso malferimento ao art. 535 do CPC, acompanho o eminente relator.

A decisão recorrida analisou fundamentadamente a lide e, de forma lógica e jurídica, a solveu, não afrontando a regra do art. 535 o trilhar caminho diverso àquele sustentado pelas partes em prol do acolhimento de suas teses.

Com relação aos demais dispositivos do Código de Processo Civil tidos por violados, não restaram devidamente ventilados no acórdão recorrido, não tendo sido, assim, prequestionados, o que inviabiliza o conhecimento do recurso no que concerne (Enunciado Sumular 211 do STJ).

Por derradeiro, tangente à afronta às regras dos arts. 1.º e 5.º da Lei federal 8.009/1990 e ao pretenso dissídio jurisprudencial, analisados atentamente os autos e os judiciosos votos de vossas excelências, penso que a solução da presente controvérsia deita suas raízes em conhecido óbice ao exame do recurso especial por este E. Tribunal.

Trata-se do Enunciado Sumular de 07, vedando nova análise do contexto fático-probatório em sede de recurso especial ou extraordinário, sendo esta, ao fim e ao cabo, a pretensão da parte recorrente.

Definir se o imóvel penhorado era o único bem do casal e se nele o embargante residiria, o que tornaria, por conseguinte, o bem protegido de atos constritivos pelo instituto do bem de família (*homestead*), configura análise fática vedada nessa instância recursal.

Não se pretende, ressalto, a qualificação jurídica do imóvel como bem de família assentada nos fatos anteriormente estratificados, mas revolvê-los, assentando novas premissas fáticas e, sobre estas, extrair-se a impenhorabilidade do imóvel, o que tenho por vedado em sede de recurso especial.

Alega-se afronta no recurso especial aos dispositivos dos arts. 1.º e 5.º da Lei federal 8.009/1990, quando estabelecem que:

"Art. 1.º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Art. 5.º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente."

Necessário, assim, para que se verifique a proteção dada pelo legislador, que o imóvel objeto de penhora seja, basicamente, próprio do casal, o único imóvel que nele residam, que seja a sua moradia permanente.

O E. TJSP, por intermédio de sua C. 4.ª Câm. de Direito Privado, quando do julgamento da AC 480.008-4-3-00, sedimentou o seguinte:

"(...) O apelado não comprova que o imóvel objeto da constrição é bem de família, mesmo porque, o perito judicial vistoriando o apartamento apresentou as fotografias de f., mostrando que no local não havia pessoas residindo, ou seja, o imóvel estava desabitado.

Ademais, tanto na inicial quanto no documento de f., procuração *ad judicia*, o embargante, ora apelado, faz referência exclusivamente a domicílio e não residência, sendo que nos dois itens apresenta endereços distintos, ou seja, na inicial a Rua ... e, na procuração *ad judicia* de 23.07.2001, declara como domicílio à Rua ..."

Súmulas citadas

- 7 e 211 do STJ.

Note-se que não há menção da submissão do imóvel à locação ou de sua momentânea inabitabilidade – hipótese fática constante em

acórdão paradigma que sustentadamente evidenciaria o dissídio jurisprudencial – senão o fato de estar desabitado.

Sequer a pretensa menção pela perícia de que o imóvel ter-se-ia submetido à reforma que não lograra ser concluída militaria em favor do reconhecimento da isenção do imóvel à execução, pois não permite concluir há quanto tempo teria ela sido iniciado ou suspensa, remanescendo, de qualquer sorte, a sua desmotivada não habitação.

Inviável partir-se para a valoração jurídica de fato que não restou assentado originariamente e, daí, qualificá-lo como apto ao reconhecimento do bem de família.

Subjaz, pois, a indelével existência de bem único, mas não habitado pelo embargante e sem notícia subsistente de que estaria sendo objeto de fruição indireta na via locativa ou inabitável (v.g. por desmoronamento), o que me faz manter as conclusões a que o Tribunal *a quo* chegara.

Não é possível a ampliação dos bens isentos à excussão, consoante determina a Lei federal 8.009/1990, de forma a se alcançar o imóvel em discussão, em que pese único, mostre-se, tão somente, desabitado, sob pena de um desvirtuamento do que a doutrina denominou de execução equilibrada (In: Araken de Assis, *Manual da execução*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 222) e da descaracterização do instituto da "casa morada" ou "residência familiar", como preferem denominar respectivamente Nuno de Salter Cid e Araken de Assis (In: Princípio da dignidade humana e impenhorabilidade da residência familiar, *Revista Jurídica*, ano 57, n. 384, p. 16-17, out. 2009).

Relembro que não só o instituto do bem de família e a identificação dos seus beneficiários, mas as exceções jurisprudencialmente estabelecidas à interpretação restritiva das normas previstas na Lei federal 8.009/1990, têm no princípio da dignidade humana (art. 1.º da CF/1988) e no direito social à moradia (art. 5.º, *caput*, da CF/1988) o seu fundamento último, normas jurídicas que, no caso dos autos, não se veem afrontadas, em não habitando, o obrigado, o imóvel que quer livrar da execução.

O ônus da prova da impenhorabilidade do bem é do embargante/executado, já que a regra do sistema processual brasileira é a penhorabilidade do patrimônio do devedor (art. 591 do CPC), ônus este que não se vê satisfeito nos autos, consoante reconhecera o E. TJSP.

Por essas razões, pedindo vênia ao eminente relator e ao eminente presidente, acedo à linha de entendimento manifestada pela eminente Min. Nancy Andrighi e pelo eminente Min. Vasco Della Giustina, embora com fundamentação um pouco diversa, negando provimento ao especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – REsp 1.005.546/SP; 3.ª T.; número do registro: 2007/0265795-8; números de origem: 1103872001, 19302001, 20011103870,

20011110387, 25395, 2664974 4800084, 48000843, 48000845 e 4800084501; pauta: 26.10.2010; julgado: 26.10.2010; relator: Exmo. Sr. Min. Sidnei Beneti; relatora para acórdão: Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi; Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Massami Uyeda; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares; secretária: Bel. Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação – Recorrente: Carlos Alberto da Penha Stella – advogados: Flávio Luiz Yarshell e outros, recorrido: Domingos Sávio – advogados: Gilberto Alonso Junior e outros.

Assunto: Direito civil – Família – Bem de família.

Sustentação oral – Dr. Gustavo Pacífico, pela parte recorrente: Carlos Alberto da Penha Stella.

Certidão – Certifico que a E. 3.ª T., ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após a renovação do relatório e da ratificação dos votos proferidos, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Min. Nancy Andrighi. Vencidos os Srs. Ministros relator e Massami Uyeda que davam parcial provimento ao recurso. Votaram com a Sra. Min. Nancy Andrighi os Srs. Ministros Vasco Della Giustina e Paulo de Tarso Sanserino. Lavrará o acórdão a Sra. Min. Nancy Andrighi.

Brasília, 26 de outubro de 2010 – Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha, secretária.

Resenha

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão proferido pela 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, que entendeu não ser aplicável o instituto do bem de família estabelecido pela Lei 8.009/1990 em imóvel não ocupado pelo casal. Na origem, a 23.ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo julgou procedente os embargos de terceiro, alegando que o embargante tem interesse legítimo em preservar o imóvel do casal e não somente a sua meação, fundamentando tal decisão no art. 1.º da Lei 8.009/1990 e baseando-se em provas juntadas pelo embargante, no sentido de que o imóvel é único e com características de ser residencial do casal. Irresignado com a reforma da sentença original, o recorrente alega omissões no acórdão atacado, afirmando ter havido prestação jurisdicional deficiente e que, embora o imóvel encontre-se desocupado, trata-se de único imóvel residencial.

Afastadas as alegações iniciais acerca das omissões contidas no *decisum* e negativa de prestação jurisdicional, o Ministro-Relator, Sidnei Benetti, em voto vencido, entendeu que houve violação dos arts. 1.º e 5.º da Lei 8.009/1990, afirmando, inclusive, que o entendimento do STJ é no sentido de que o fato de a entidade familiar não utilizar o único imóvel como residência não retira automaticamente sua condição de bem de família, sendo acompanhado neste raciocínio pelo Min. Massami Uyeda. Todavia, pedindo vista dos autos, a Min. Nancy Andrighi, designada relatora para o acórdão,

entendeu que o imóvel deve estar ocupado ou, ao menos, alugado, com a finalidade de garantir a subsistência da entidade familiar, citando precedentes contrariando o entendimento inicial.

In casu, de acordo com as provas juntadas pelo embargado, o imóvel encontra-se totalmente desocupado, não se encaixando, portanto, nos requisitos caracterizadores do bem de família. Acompanharam este entendimento os Ministros Vasco Della Giustina e Paulo de Tarso Sanserino.

Assim, por maioria de votos e levando-se em consideração precedentes que embasaram tal raciocínio, a 3.ª Turma do STJ, reconheceu parcialmente o recurso e negou-lhe provimento, entendendo que "o único imóvel do devedor encontra-se desocupado e, portanto, não há como conceder a esse a proteção legal da impenhorabilidade do bem de família, nos termos do art. 1.º da Lei 8.009/1990, pois não se destina a garantir a moradia familiar ou a subsistência da família".

Daniela dos Santos Lopes

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Fábio Fuzari

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJMG – *AgIn 1.0126.05.001920-0/001* – 4.ª Câm. Civ. – j. 17.03.2011 – v.u. – rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes – *DJMG* 30.03.2011 – Área do Direito: Ambiental; Imobiliário e Registral.

REGISTRO IMOBILIÁRIO – Imóvel rural – Reserva legal – Ausência de averbação imobiliária – Dilação do prazo para conclusão de georreferenciamento da propriedade – Admissibilidade – Procedimento complexo e detalhado que exige a fixação de um prazo razoável.

Veja também Doutrina

- A qualificação registral na retificação de registro e no georreferenciamento, de Eduardo Agostinho Arruda Augusto – *RDI* 64/215;
- Georreferenciamento de imóveis rurais conceito de unidade imobiliária, de Eduardo Augusto – *RDI* 60/288;
- Georreferenciamento de imóveis rurais: aspectos legais, sociais e econômicos, de Roberto Élito dos Reis Guimarães – *RDI* 65/75;
- Georreferenciamento, de Alexandre Laizo Clápis – *RDI* 60/223; e
- Georreferenciamento: um paradigma para o desenvolvimento da propriedade rural, de João Pedro Lamana Paiva e Tiago Machado Burtet – *RDI* 57/37.

Numeração única: 0561940-23.2010.8.13.0000.
Relator: Des. Dárcio Lopardi Mendes.
Relator do acórdão: Des. Dárcio Lopardi Mendes.

Ementa: Agravo de instrumento – Ação civil pública – Georreferenciamento – Prazo – Registro de imóvel rural – Reserva legal – Necessidade de averbação – Meio ambiente – Prevalência do interesse coletivo. – A instituição da reserva legal busca ampliar as áreas de uso sustentável dos recursos naturais, a conservação e reabilitação dos processos ecológicos da biodiversidade e a proteção da fauna e flora nativas, pouco importando se há, na área, vegetação original ou não. – A área de preservação permanente são as florestas e demais formas de vegetação natural, cuja definição está prevista no art. 2.º do Código de Floresta. – Havendo indícios de que inexiste averbação de reserva legal à margem do registro dos imóveis, objeto da ação, e que, ainda, há intervenção em área de preservação permanente, o georreferenciamento, realizado em um prazo razoável, torna-se necessário para o deslinde da questão.

AgIn Cível 1.0126.05.001920-0/001 – Comarca de Capinópolis – Agravante: Agropecuária Mendonça Ltda. – Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Relator: Exmo. Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes.

ACÓRDÃO – Vistos etc., acorda, em Turma, a 4.ª Câm. Civ. do TJMG, sob a presidência do Des. Almeida Melo, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em dar provimento parcial.

Belo Horizonte, 17 de março de 2011 – DÁRCIO LOPARDI MENDES, relator.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS – Assistiu ao julgamento, pela agravante, a Dra. Éster Camila Gomes Morato.

VOTO – *O Exmo. Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes*: Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de f., confirmada pela decisão de f., proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Capinópolis, que, nos autos da "ação civil pública" ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Osvaldo Marcelino Mendonça, Ziná Macedo Mendonça e de Agropecuária Mendonça Ltda., deferiu o pedido de realização de georreferenciamento dos imóveis, objeto da demanda, devendo ser promovida pela requerida, ora agravante, fixando o prazo de 60 (sessenta) dias para a conclusão dos trabalhos e juntada do laudo respectivo aos autos, sendo que a omissão implicará em ato atentatório à dignidade da Justiça e ensejará em aplicação das sanções previstas à má-fé processual e à lide temerária, sem prejuízos de outras medidas cabíveis.

Em razões recursais de f., alega a agravante que conforme o art. 2.º do Dec. 5.570/2005, o georreferenciamento para imóveis envolvidos em ação judicial, será exigido a partir de 20.11.2011; e que é impossível a realização dos trabalhos no prazo de 60 (sessenta) dias. Ressalta que o georreferenciamento é procedimento complexo, que contempla atos a serem praticados pelo particular e atos a serem praticados pelo Incra; que a ação judicial foi ajuizada antes da publicação do Dec. 5.570/2005, devendo ser observado o seu art. 2.º, inc. II, que determina a observância do prazo fixado pelo art. 10 do Dec. 4.449/2002. Salienta que já iniciou os trabalhos, quanto ao imóvel rural "Fazenda Lagoa Seca", tendo concluído as etapas de sua competência e protocolado o pedido de certificação no Incra; que em relação aos demais imóveis, contratou outra empresa que desenvolve os trabalhos desde 07.06.2010.

Com essas considerações, pugna pela concessão do efeito suspensivo, bem como pelo provimento do agravo de instrumento.

O recurso foi recebido às f. no efeito suspensivo.

O MM. Juiz *a quo* prestou informações às f.

Partes

- Agravante: Agropecuária Mendonca Ltda.
- Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O agravado apresentou contraminuta às f.

A douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer às f., manifestando pelo provimento do recurso.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Infere-se dos autos, que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ora agravado, ajuizou "ação civil pública" em face de Osvaldo Marcelino Mendonça e sua esposa Ziná Macedo Mendonça e da Agropecuária Mendonça Ltda., ora agravante, sob o argumento de inexistir averbação de reserva legal à margem dos registros dos imóveis objeto da ação, e que, ainda, há intervenção em área de preservação permanente.

Inicialmente, importante tecermos alguns comentários acerca da diferenciação entre reserva legal e área de preservação permanente.

A área de preservação permanente é definida no art. 2.º do Código de Floresta, que assim preceitua:

"Art. 2.º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 – de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 – de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3 – de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

4 – de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

5 – de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água, qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45º, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos tabuleiros ou chapadas, a partir da linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação.

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo."

Legislação citada

- arts. 1.º, III, 2.º, e 16, § 8.º, da Lei 4.771/1965; art. 2.º, II, do Dec. 5.570/2005; arts. 176, §§ 3.º e 4.º, e 225, § 3.º, da Lei 6.015/1973; arts. 9.º e 10 do Dec. 4.449/2002; art. 55 do Dec. 6.514/2008; e Dec. 7.029/2009.

Lado outro, a reserva legal é a área de conservação e reabilitação do processo ecológico e proteção da fauna e flora nativa, excetuando as áreas de preservação permanente.

Assim, independente do imóvel possuir ou não área de preservação permanente essa não abrange, e nem se equivale, à reserva legal, sendo que a preservação de uma não desobriga a necessidade de averbação da outra no registro.

Certo é que, mesmo antes da promulgação da Constituição da República de 1988, o legislador pátrio já havia se preocupado com a proteção ao meio ambiente, editando o Código Florestal, por meio da Lei 4.771/1965. Já naquele diploma legal havia previsão acerca da necessidade de se estipular uma reserva legal nos imóveis rurais, cuja definição foi dada pelo inc. III do art. 1.º da Lei 4.771/1965:

"Reserva legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas."

Também o art. 16 e seu § 8.º do Código Florestal determinam que:

"Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

(...)

§ 8.º A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada à alteração de sua destinação, nos casos de transmissão a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código."

Fazendo-se, pois, a releitura da Lei 4.771/1965, à luz da Constituição Federal de 1988, conclui-se que as normas de defesa ambiental devem receber a interpretação mais protetiva possível, ou seja, não caberá ao intérprete restringir sua aplicabilidade, pois, a *mens legis* das normas voltadas à preservação do meio ambiente é de que seja o mais abrangente possível.

Ocorre que, a agravante, Agropecuária Mendonça Ltda., peticionou nos autos (f.) requerendo que fosse promovido o georreferenciamento dos imóveis, o que foi deferido pelo magistrado de primeiro grau quando do saneamento do processo (f.).

Na decisão vergastada, o douto magistrado fixou o prazo de 60 (sessenta) dias para a conclusão dos trabalhos e juntada do laudo respectivo aos autos, sendo que a omissão implicará em ato atentatório à dignidade da Justiça e ensejará em aplicação das sanções previstas à má-fé processual e à lide temerária, sem prejuízos de outras medidas cabíveis.

O georreferenciamento é, de fato, necessário para posterior realização da prova técnica, conforme ressaltado pelo magistrado de primeiro grau, porém o prazo estabelecido mostra-se, em princípio, insuficiente, pelos motivos que passo a expor.

Compulsando os autos, não se vislumbra a aplicação do art. 2.º do Dec. 5.570/2005, pretendido pela agravante, porque ele assim dispõe:

"Art. 2.º A identificação do imóvel rural objeto de ação judicial, conforme previsto no § 3.º do art. 225 da Lei 6.015/1973, será exigida nas seguintes situações e prazos:

I – imediatamente, qualquer que seja a dimensão da área, nas ações ajuizadas a partir da publicação deste Decreto;

II – nas ações ajuizadas antes da publicação deste Decreto, em trâmite, serão observados os prazos fixados no art. 10 do Dec. 4.449/2002." (grifo nosso)

Por sua vez, o citado art. 10 do Dec. 4.449/2002 prevê que:

"Art. 10. A identificação da área do imóvel rural, prevista nos §§ 3.º e 4.º do art. 176 da Lei 6.015/1973, será exigida nos casos de desmembramento, parcelamento, remembramento e em qualquer situação de transferência de imóvel rural, na forma do art. 9.º, somente após transcorridos os seguintes prazos: (Redação dada pelo Dec. 5.570, de 2005)

I – noventa dias, para os imóveis com área de cinco mil hectares, ou superior;

II – um ano, para os imóveis com área de mil a menos de cinco mil hectares;

III – cinco anos, para os imóveis com área de quinhentos a menos de mil hectares; (Redação dada pelo Dec. 5.570/2005)

IV – oito anos, para os imóveis com área inferior a quinhentos hectares." (Redação dada pelo Dec. 5.570/2005) (grifo nosso)

Assim, tendo sido a ação autuada em 29.09.2003, ou seja, antes da publicação do Dec. 5.570, que se deu em 2005, para a aplicação dos prazos estabelecidos no art. 10 do Dec. 4.449/2002, deveria a reserva legal estar sendo exigida em razão de desmembramento, parcelamento, remembramento ou em qualquer situação de transferência de imóvel rural, o que não ocorre no presente caso.

Lado outro, o art. 55 do Dec. 6.514/2008, alterado pelo de 7.029/2009, também, não poderá ser aplicado ao caso em questão, por se referir, tão somente, à configuração da infração administrativa, pois referido artigo se encontra inserido na "Seção III – Das Infrações Administrativas Cometidas Contra o Meio Ambiente", "Subseção II – Das Infrações Contra a Flora".

O citado Decreto trata, tão somente, das infrações e sanções administrativas atinentes às hipóteses em que a reserva legal deixou de ser averbada dentro do prazo estabelecido, por aquele que deveria fazê-la, melhor dizendo, pelo proprietário do imóvel.

Sendo assim, embora o feito esteja em trâmite desde 2003, como bem destacou o MM. Juiz, tenho que, por prudência, o prazo de 60 (sessenta) dias, contra qual se insurge o agravante, para a realização do georreferenciamento nos imóveis, objeto da lide, deva ser alterado para 110 (cento e dez) dias.

Tal prazo leva em consideração o trabalho a ser desenvolvido em cada propriedade, conforme Declaração da "Empresa Capop Serviços Topográficos Ltda." (f.) juntada aos autos pela própria agravante, na qual prevê um período temporal para cada procedimento a ser realizado, o que não impede que, com a disponibilidade de mais profissionais e tecnologia, as atividades nos imóveis sejam realizadas conjuntamente.

No que diz respeito ao prazo para que o Incra certifique os trabalhos realizados, prazo que segundo a agravante tem sido indeterminado, devido ao grande volume de pedidos de certificação e à deficiente estrutura do Poder Público, tenho que o Judiciário não se vincula à parte exclusivamente administrativa. Para tanto, deveria ter a agravante se desincumbido de proceder aos trabalhos de georreferenciamento anteriormente, visto que necessários.

Diante de todo o exposto, dou parcial provimento ao agravo de instrumento, para que o prazo fixado para a conclusão dos trabalhos de georreferenciamento dos imóveis e juntada do laudo aos autos seja de 110 (cento e dez) dias, conforme fundamentação.

Custas *ex lege*.

O Exmo. Sr. Des. Almeida Melo:

De acordo.

O Exmo. Sr. Des. Audebert Delage:

De acordo.

Súmula: deram provimento parcial.

Resenha

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo MM. Juiz da Comarca de Capinópolis que, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público mineiro, determinou a realização de georreferenciamento em imóvel rural no prazo de 60 dias, sob pena de aplicação de sanções previstas à má-fé processual e à lide temerária, sem prejuízo de outras medidas cabíveis. A agravante, em suas razões, alega que o imóvel enquadra-se na situação prevista no art. 2.º, II, do Dec. 5.570/2005 c/c art. 10 do Dec. 4.449/2002, que disciplina o procedimento para realização do levantamento em casos de imóveis objeto de ação judicial. Alega, ainda, que por se tratar de ato complexo, uma vez que envolve procedimentos tanto do proprietário quanto do Incra, sua realização dentro do prazo previsto é impossível. Ressalta a agravante que já providenciou o levantamento em outro imóvel objeto da ação e que este aguarda apenas a certificação do Incra. Em relação aos demais imóveis, aguarda a conclusão dos trabalhos realizados pela empresa técnica contratada.

O agravo de instrumento foi julgado pela 4.ª Câmara Cível do TJMG, onde seu Relator, Des. Dárcio Lopardi Mendes, entendeu de forma idêntica ao juízo *a quo*, afirmando que o georreferenciamento realmente é necessário para posterior produção de prova técnica, buscando a regularização de área de reserva legal e de preservação permanente, como objetiva a ação civil pública. Contudo, o Relator entendeu que o prazo de 60 dias para realização dos procedimentos de georreferenciamento é insuficiente, pois deve levar em consideração o prazo declarado pela empresa responsável pelo levantamento, prevendo um período temporal para cada procedimento a ser realizado, não impedindo a disponibilidade de mais profissionais e tecnologia para realização das atividades de forma conjunta nos demais imóveis. Além disso, no que diz respeito ao prazo para as conclusões dos trabalhos por parte do Incra, onde o agravante entende que este deve ser indeterminado por conta da demora da emissão da certificação, afirma o Relator que "o Judiciário não se vincula à parte exclusivamente administrativa. Para tanto, deveria ter a agravante se desincumbido de proceder aos trabalhos de georreferenciamento anteriormente, visto que necessários".

Como solução para a lide, entendeu o Relator, diante de tais razões, que o prazo ideal para realização do georreferenciamento é de 110 dias. Neste sentido, seu voto foi acompanhado pelos Des. Almeida Melo e Audebert Delage, dando, por unanimidade, provimento parcial ao pedido.

Daniela dos Santos Lopes

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Fábio Fuzari

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Tribunal de Justiça de São Paulo

TJSP – *Ap 0051336-34.2009.8.26.0000* – 35.ª Câm. de Direito Privado – j. 14.02.2011 – v.u. – rel. Des. Clóvis Castelo – Área do Direito: Comercial/Empresarial; Imobiliário e Registral.

LOCAÇÃO – Alienação de imóvel – Direito de preferência – Inadmissibilidade – Inexistência de averbação do contrato de locação no Cartório de Registro de Imóveis e depósito do preço e demais despesas – Comprovação da notificação do inquilino da oferta do imóvel, assegurando-lhe o prazo legal – Inteligência do art. 33 da Lei 8.245/1991.

Jurisprudência no mesmo sentido

- *RT* 757/279.

Veja também Jurisprudência

- *RT* 870/394, *RT* 649/125, *RT* 622/132, *RT* 622/142 e *RDI* 42/102.

Veja também Doutrina

- Direito de preferência e locação, de Wanderley José Federighi – *RDPriv* 7/138;
- Direito de preferência, de Valdemar P. da Luz – *RT* 752/737; e
- Locação de imóveis e o sistema registrário, de Kioitsi Chicuta – *RDI* 36/7.

Veja também Legislação

- Necessidade de averbação do imóvel: art. 169, III, Lei 6.015/1973.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ap 0051336-34.2009.8.26.0000, da Comarca de Sorocaba, em que é apelante Aero Avionics ML Ltda. ME, sendo apelados Manuel Maria Carvajal Jiminez, Leonor Berta Ortega Carvajal, Jomar Felipe, Claudia Regina Felippe e He Moura Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Acordam, em 35.ª Câm. de Direito Privado do TJSP, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V.u.", de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores Melo Bueno (presidente) e Manoel Justino Bezerra Filho.

São Paulo, 14 de fevereiro de 2011 – CLÓVIS CASTELO, relator.

Ap com Rev. 0051336-34.2009.8.26.0000.
Comarca: Sorocaba – 7.ª Vara Cível.
Apelante: Aero Avionics ML Ltda. ME.
Apelados: Manuel Maria Carvajal Jimenez e outros.

Ementa: Locação – Direito de preferência – Indenização – Imóvel alienado – Cláusula de vigência de locação – Ausência – Contrato vencido e não averbado no registro de imóveis – Inexistência de direito de preempção – Anulação da venda – Inadmissibilidade – Ação improcedente – Recurso desprovido. Para o exercício do direito de preferência é imprescindível a averbação do contrato de locação no Cartório de Registro de Imóveis, nos termos do art. 33 da Lei 8.245/1991. O locatário não tem direito de preferência na aquisição do imóvel locado por prazo indeterminado, e sem averbação no álbum imobiliário. O locatário notificado para o exercício de preferência é obrigado a exercê-lo no prazo concedido pelo locador, devendo efetuar o pagamento do preço nas mesmas condições ofertadas ao terceiro adquirente à luz do art. 33, Lei de Locações.

Voto 17561.

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra sentença (f.) que julgou improcedente o pedido de anulação de escritura de venda e compra de imóvel por inobservância do direito de preferência dos locatários. Apontam os recorrentes nulidade do julgado por cerceio de defesa, pois pretendia demonstrar a simulação do negócio, e que a realização do negócio exatamente trinta dias após a notificação extrajudicial do inquilino, seria indicativo da venda fraudada. Alega, ainda, ineficácia da notificação recebida por quem não detinha poderes para tanto, e que a recusa da locadora em assinar o contrato locatício, que deixou a apelante em situação irregular perante a Anac, teve o intuito de aumentar o valor do aluguel. No mérito, alega que, tendo o locador concedido o direito de preferência à apelante, irrelevante a inobservância da averbação do contrato de locação exigida no art. 33 da Lei 8.245/1991, por se tratar de norma de proteção ao locatário, que não obsta a concessão de outros pelo locador. Alega que a prova documental (f.) já demonstra a venda simulada.

O apelo tempestivo e preparado, foi processado nos efeitos devolutivo e suspensivo (f.), e respondido (f.).

É o relatório.

Na exegese do art. 33 da Lei de Locações: "O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no Cartório de Imóveis, *desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.*"

Partes

- Apelante: Aero Avionics ML Ltda. ME.
- Apelados: Manuel Maria Carvajal Jimenez e outros.

Legislação citada

- arts. 27 e 33 da Lei 8.245/1991; e art. 330, I, do CPC.

No caso, a locatária Aero Avionics ML Ltda. ME, firmou contrato locatício para fins comerciais, do Hangar "C" do Aeroporto de Sorocaba – SP, que vigorou por prazo certo no período de 01.12.2001 a 09.03.2008 (f.), quando prosseguiu por prazo indeterminado. Extrai-se, ainda dos autos, que em maio de 2008 o locador/alienante notificou a locatária ofertando o imóvel locado, assegurando-lhe pelo prazo de trinta dias o direito de preferência para aquisição do imóvel, pelo preço mínimo de R$ 400.000,00 para pagamento à vista (f.).

Efetivamente a pendenga não demandava a produção de provas orais em audiência, pois o cerne da questão era eminentemente de direito, prescindindo da dilação probatória, razão porque facultado ao sentenciante a antecipação do julgamento à luz do art. 330, I, da Lei adjetiva.

É de se anotar que os aspectos fáticos da demanda já se encontravam perfeitamente elucidados, estando o juiz de posse de elementos seguros à formação de juízo de convicção acerca dos fatos controvertidos da lide. Ademais, não há nos autos quaisquer indícios, ainda que mínimos, de fraude ou simulação apontada pelo recorrente, até porque o fato do negócio jurídico que se objetiva anular ter sido celebrado após o prazo de trinta dias conferido pelo proprietário, para que o locatário exercesse o direito de preferência não indica simulação, e sim estrita observância do prazo por ele próprio fixado na notificação.

Os dois principais pressupostos para assegurar o direito de preferência da locatária à aquisição do imóvel locado, "*averbação do contrato de locação no álbum imobiliário e depósito do preço e consectários*" não restaram demonstrados. Além disso, a locatária foi notificada pelo locador para o exercício do direito de preferência no prazo de trinta dias, nos termos do art. 27 da Lei 8.245/1991, e quedou-se inerte.

A notificação, regularmente enviada, por meio de cartório extrajudicial, ao endereço da empresa locatária e recebida por um funcionário (f.), é válida, por aplicação da teoria da aparência, até porque constitui excesso de formalismo a exigência de que qualquer notificação endereçada a uma empresa deva ser recebida apenas por um de seus representantes legais. Presume-se que o representante legal tenha recebido tal comunicação que lhe foi repassada por seu funcionário Antônio Carlos de Oliveira.

Diante do conjunto probatório, carece a recorrente do direito de sequela adjudicatória e ao ressarcimento das perdas e danos, pois foi regularmente notificada e não exerceu o seu direito de preferência no prazo estabelecido pelo alienante/locador, não merecendo reparos a sentença recorrida.

Jurisprudência citada

- STJ: AgRg no REsp 203851.

"A não averbação do contrato de locação no competente cartório de registro de imóveis impe-

de o exercício do direito de preferência pelo locatário, consistente na anulação da compra e venda do imóvel locado, bem como sua adjudicação, nos termos do art. 33 da Lei 8.245/1991." (AgRg no REsp 203851, 6.ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* 21.02.2008).

Ante o exposto, *nega-se provimento ao apelo*.

Des. Clóvis Castelo, relator.

Resenha

Trata-se de apelação interposta em face de sentença proferida pela 7.ª Vara Cível da Comarca de Sorocaba, que julgou improcedente o pedido de anulação de escritura de compra e venda de imóvel por conta da inobservância do direito de preferência do locatário. Argumentou o apelante que foi cerceado em seu direito de defesa, já que pretendia demonstrar a simulação do negócio e que a realização deste, exatamente 30 dias após a notificação extrajudicial do inquilino, caracterizou venda fraudada. Aduziu, ainda, que a notificação foi recebida por quem não detinha poderes para tanto e que, em virtude da recusa da locadora em assinar o contrato de locação, quando esta tinha por objetivo aumentar o valor do aluguel, ficou em situação irregular perante a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac). No que diz respeito ao mérito, afirmou que, uma vez concedido o direito de preferência pela locadora, é irrelevante a inobservância da averbação do contrato de locação, prevista no art. 33 da Lei 8.245/1991, por se tratar de norma relativa à proteção do locatário, que não impede a concessão de outros pelo locador.

Ao analisar o pedido, o Relator considerou que o contrato de locação vigorou por prazo certo, prosseguindo, após o término deste, por prazo indeterminado. Considerou também que, a locatária foi notificada para que, desejando, adquirisse o bem, assegurando-lhe o direito de locação. No que diz respeito à eventual fraude ou simulação, não foi apurado quaisquer indícios de sua ocorrência, pois a compra e venda foi celebrada após o término do trintídio estipulado no art. 27 e 28 da Lei 8.245/1991, inclusive, não havendo a locatária demonstrado interesse na compra. Além disso, entendeu o Relator que os dois principais requisitos para garantia do direito de preferência não foram observados, quais sejam, a averbação do contrato de locação no Registro de Imóveis e o depósito do preço e consectários. Por fim, entendeu, ainda, que a notificação extrajudicial recebida por um funcionário da empresa é válida, tendo em vista a teoria da aparência. Para o Relator, exigir que uma notificação enviada à uma empresa seja recebida apenas por seu representante legal é excesso de formalismo.

Assim, diante do conjunto probatório, os Desembargadores da 35.ª Câmara de Direito Privado do TJSP negaram, por votação unânime, provimento ao recurso, considerando que o recorrente carece do direito de sequela adjudicatória e ressarcimento de perdas e danos, pois foi regularmente notificada e não exerceu seu direito de preferência no prazo legal, inclusive, não obedecendo os dois requisitos para a garantia deste direito.

Daniela dos Santos Lopes

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Fábio Fuzari

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

TJSP – Conselho Superior da Magistratura

TJSP – *ApCiv 990.10.325.599-2* – Conselho Superior da Magistratura – j. 14.12.2010 – v.u. – rel. Corregedor Geral da Justiça Antonio Carlos Munhoz Soares – *DJe* 26.01.2011 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida julgada improcedente – Escritura pública de inventário e partilha lavrada no exterior – Recusa do título que decorre não só da exigência de apresentação de título judicial, mas também de todas as exigências do registrador para que a demanda proceda – Inteligência art. 89, II, do CPC.

Veja também Doutrina

- Dúvidas sobre o futuro da dúvida no registro de imóveis, de Ricardo Dip – *RDI* 64/243; e
- Função notarial criadora de direito, de José Flávio Bueno Fischer e Karin Regina Rick Rosa – *RDI* 52/209.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 990.10.325.599-2, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante Nancy Leal Stefano e apelado o 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da referida Comarca.

Acordam os desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em julgar prejudicada a dúvida e não conhecer do recurso, de conformidade com os votos do desembargador relator e do desembargador revisor que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os desembargadores Viana Santos, Presidente do Tribunal de Justiça, Marco César, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Reis Kuntz, Decano, Ciro Campos, Luis Ganzerla e Maia da Cunha, respectivamente, Presidentes da Seção Criminal, de Direito Público e de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 14 de dezembro de 2010 – ANTONIO CARLOS MUNHOZ SOARES, relator.

VOTO – Registro de imóveis – Dúvida julgada procedente em primeiro grau – Escritura pública de inventário e partilha lavrada no exterior – Acesso negado – Irresignação parcial, restrita à exigência da apresentação de título judicial – Im-

Partes

- Apelante: Nancy Leal Stefano.
- Apelado: 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de São Bernardo do Campo.

prescindibilidade do prévio atendimento das demais exigências não impugnadas para que não haja decisão condicionada a seu futuro cumprimento – Dúvida prejudicada – Recurso não conhecido.

Trata-se de apelação interposta por Nancy Leal Stefano contra sentença que, ao julgar procedente dúvida suscitada pelo 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de São Bernardo do Campo, manteve a negativa de registro de escritura pública de inventário e partilha lavrada por tabelião espanhol, relativamente à partilha do imóvel matriculado sob n.º 64.754.

A apelante alegou que, de acordo com o art. 10 da LICC, o inventário dos bens deixados por estrangeiro com domicílio no estrangeiro deve, qualquer que seja a situação dos bens, móveis ou imóveis, ser processado no seu último domicílio. Aduziu que na Espanha é possível o processamento de inventário por escritura, mesmo que o *de cujus* tenha deixado testamento. Acrescentou que as demais exigências serão atendidas oportunamente, depois que for aceito o inventário realizado na Espanha.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso, considerando-se prejudicada a dúvida, ou, se atingido o mérito, pelo não provimento da irresignação.

É o relatório.

A presente apelação não pode ser conhecida, devendo ser tida por prejudicada a dúvida suscitada.

Conforme consta da inicial de suscitação de dúvida (f.), a recusa do registro do título decorreu não só da exigência de apresentação de título judicial, combatida pela ora apelante, mas também porque a escritura de inventário e partilha de bens em tela não foi traduzida por tradutor juramentado no Brasil e, ainda, porque não foi comprovado o recolhimento do ITCMD devido, não foi apresentada certidão de óbito do autor da herança, traduzida e registrada junto ao Oficial de Registro de Títulos e Documentos, e tampouco foi apresentada cópia do CPF da pessoa a quem será transmitido o imóvel, sendo certo que estas outras exigências não foram impugnadas pela interessada, que, ao contrário, com ela concordou ao afirmar que elas serão atendidas oportunamente, depois de aceito o inventário feito na Espanha (f.).

A dúvida registrária, como sabido, não admite o exame parcial das exigências feitas pelo registrador, na medida em que, mesmo que afastada a exigência impugnada, permanecerá a inviabilidade do registro em razão do não atendimento das demais exigências que foram aceitas, ainda que tacitamente.

Legislação citada

- art. 89, II, CPC; art. 10 da LICC; e art. 61 do Dec.-lei 167/1967.

Assim, a não impugnação oportuna à exigência de que a escritura de inventário fosse traduzida por tradutor juramentado no Brasil, de que fosse comprovado o recolhimento do ITCMD devido, e de que fossem apresentadas a certidão de óbito do autor da herança, traduzida e registrada no Oficial de Registro de Títulos e Documentos, e cópia do CPF da pessoa a quem será transmitido o imóvel, sem que tenha sido comprovado o seu atendimento, prejudica a apreciação da exigência de apresentação de título judicial, que foi expressamente impugnada neste procedimento de dúvida.

Neste sentido, o julgamento da ApCiv 281-6/3, da Comarca de Tietê, em que foi relator o Des. José Mário Antonio Cardinale, conforme ementa que segue:

"Registro de imóveis – Dúvida – Carta de sentença extraída de ação de adjudicação compulsória – Exigências consistentes em apresentação de Certidões Negativas de Débitos do INSS e da Receita Federal em nome da pessoa jurídica que figura como transmitente do imóvel, de apresentação da prova do valor venal dos imóveis contido em lançamento do IPTU ou em certidão da Prefeitura Municipal, e de comprovação do recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos* – Irresignação parcial que prejudica o conhecimento da dúvida – Recurso não provido."

Igual entendimento encontra-se no julgamento da ApCiv 754-6/2, da Comarca de Itu, em que foi relator o Des. Gilberto Passos de Freitas, cuja ementa é a seguinte:

"Registro de imóveis – Dúvida inversamente suscitada – Irresignação parcial que não se admite – Falta da via original do título – Ausência de prenotação – Indispensável a apresentação de CND – Recurso não conhecido – Dúvida dada por prejudicada."

Idêntico pontificado encontra-se no julgamento da ApCiv. 598-6/0, de 30.11.2006, da Comarca de Pacaembu, em que também foi relator o eminente Des. Gilberto Passos de Freitas, conforme a seguinte ementa:

"Registro de imóveis – Dúvida inversa que, nada obstante a ausência de previsão normativa, deve ser conhecida por economia procedimental – Intempestividade não configurada, por vício na intimação da sentença – Recurso, no entanto, inadmissível, diante de irresignação parcial, que prejudica a dúvida, agregado, ainda, ao óbice formal da ausência atual do título (original), desentranhado no curso do feito, observada a inadmissibilidade do registro de fotocópias apresentadas com o apelo – Inviável, ademais, o registro de cédula

Jurisprudência citada

- CSMSP: ApCiv 281-6/3, ApCiv 598-6/0, ApCiv 017628-0/2, ApCiv 024192-0, ApCiv 030751-0/1, ApCiv 070301-0/1, ApCiv 093909-0/4 e ApCiv 105-6/1.

rural com penhor pecuário de prazo superior a cinco anos, conforme a inteligência do art. 61 do Dec.-lei 167/1967 – Recurso não conhecido."

Tampouco seria cabível o atendimento de exigência no curso do procedimento de dúvida, visto que referido fato resultaria na prorrogação indevida do prazo da prenotação, em detrimento do registro de eventuais títulos representativos de direitos reais contraditórios.

Diante do exposto, dá-se por prejudicada a dúvida e não se conhece do presente recurso.

Des. Munhoz Soares, Corregedor Geral da Justiça e relator.

VOTO

I – Relatório – Trata-se de recurso interposto por Nancy Leal Stefano contra a r. sentença que julgou procedente dúvida suscitada pelo 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de São Bernardo do Campo, recusando o registro de escritura pública de inventário e partilha lavrada por tabelião espanhol.

O apelante alega, em apertada síntese, que o inventário de bens, móveis ou imóveis, deixados por estrangeiro com domicílio no estrangeiro deve ser processado no seu último domicílio, conforme prevê o art. 10 da LICC, e na Espanha é possível o processamento de inventário por escritura, mesmo que o falecido tenha deixado testamento. Acrescenta que as demais exigências impostas pelo oficial registrador serão atendidas após a aceitação de referido inventário. Pugna, assim, pela reforma da r. sentença atacada.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, ou, superada a preliminar, pelo não provimento do recurso.

II – Voto – Acompanho o nobre relator, o recurso não comporta conhecimento.

De fato, deve haver insurgência contra todos os óbices apresentados pelo oficial quando da recusa do registro, a fim de que a dúvida registrária seja analisada.

No caso dos autos, nota-se que a apelante se insurgiu apenas contra uma delas (apresentação de título judicial, nos termos do art. 89, II, do CPC), não se manifestando quanto às demais, situação que não comporta outra solução senão o não conhecimento da apelação interposta na presente dúvida.

Nesse sentido, há precedentes do E. Conselho Superior da Magistratura, em acréscimo ao já mencionados pelo ilustre relator, cf.: ApCiv 017628-0/2 – rel. Des. José Alberto Weiss de Andrade – j. 26.08.1993; ApCiv 024192-0 – rel. Des. Antônio Carlos Alves Braga – j. 13.11.1995; ApCiv 030751-0/1 – rel. Des. Márcio Martins Bonilha – j. 15.03.1996; ApCiv 070301-0/1 – rel. Des. Luís de Macedo – j. 05.04.2001; ApCiv 093909-0/4 – rel. Des. Luiz Tâmbara – j. 30.10.2002 e ApCiv 105-6/1 – rel. Des. Luiz Tâmbara – j. 30.03.2004.

III – Ante o exposto, não se poderia adotar solução diversa da oferecida pelo eminente relator, ou seja, pelo não conhecimento do recurso.

Reis Kuntz, vice-presidente do Tribunal de Justiça, em exercício.

(*DJe* 26.01.2011)

Resenha

Cuida-se de apelação cível interposta contra sentença que, ao julgar procedente a dúvida suscitada pelo 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de São Bernardo do Campo, manteve a negativa de registro de escritura pública de inventário e partilha lavrada na Espanha. Alegou a apelante que o inventário de bens deixados por estrangeiro, domiciliado no exterior, deve ser processado em seu último domicílio, conforme art. 10 da LICC (atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). Além disso, afirmou que na Espanha é possível o inventário por escritura pública, mesmo que o *de cujus* tenha deixado testamento e que as demais exigências apontadas pelo Registrador serão oportunamente atendidas, depois de aceito o inventário na Espanha.

Ao analisar o pedido, entendeu o Relator que o registro foi denegado não só em virtude da exigência de título judicial, conforme combateu a apelante, mas também em decorrência de outros óbices impeditivos do registro, como a não tradução da escritura pública e da certidão de óbito por tradutor juramentado no Brasil e a não comprovação do recolhimento do imposto devido, além da ausência de outros documentos. Ressaltou que tais exigências não foram impugnadas pela apelante, que as aceitou, inclusive, comprometendo-se a atendê-las posteriormente. Por tais motivos, esclareceu o Relator que, no procedimento de dúvida, não é possível o atendimento parcial das exigências, devendo todas estas serem satisfeitas tempestivamente. Portanto, mesmo que afastada a exigência impugnada, as demais prevaleceriam e impediriam o registro do título.

Diante de tal argumentação, entendeu o Relator que resta prejudicada a dúvida e que a apelação cível não merece conhecimento, sendo acompanhado em seu voto pelos demais Desembargadores, por unanimidade.

Daniela dos Santos Lopes

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Fábio Fuzari

Assistente Jurídico do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib).

Índice Alfabético-Remissivo

Índice Alfabético-Remissivo

A

Ação civil púbica coletivos – Vide: Direito de vizinhança e sua correlação com os interesses difusos e coletivos (O).

Aforamento – Vide: Validade do registro de aforamento pós-2002 (A).

Art. 2.038 do CC/2002 – Vide: Validade do registro de aforamento pós-2002 (A).

Art. 95 do CPC – Vide: Incompetência absoluta do juízo e sua qualificação no registro de imóveis (A).

Art. 96 do CPC – Vide: Incompetência absoluta do juízo e sua qualificação no registro de imóveis (A).

B

Bem de família – Descaracterização – Penhora – Admissibilidade –Entidade familiar devedora que não utiliza seu único imóvel como residência – Circunstância que, por si só, não torna o bem penhorável – Hipótese, entretanto, de imóvel desabitado – Destinação para moradia ou subsistência de família não evidenciada – Inteligência do art. 1.º da Lei 8.009/1990 – p. 469

C

Casamento – Vide: Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável.

Comentários à Súmula 375 do STJ – *Fabiana Cristhina Almeida Probst Salgado* – p. 309

Condomínio civil – Vide: Multipropriedade imobiliária.

Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições – *Wanderli Acillo Gaetti* – p. 173

Condomínio edilício – Vide: Multipropriedade imobiliária.

Contrato de convivência – Vide: Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável.

D

Derecho real de custodia del territorio (El) – *Oscar Germán Vázquez Asenjo* – p. 269

Direito ambiental – Vide: Derecho real de custodia del territorio (El).

Direito de vizinhança e sua correlação com os interesses difusos e coletivos (O) – *Rita Peixoto Ferreira Blum* – p. 225

Direito real – Vide: Derecho real de custodia del territorio (El); e Direitos reais – Vide: Multipropriedade imobiliária.

E

Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável – *Walsir Edson Rodrigues Júnior* – p. 417

Enfiteuse – Vide: Validade do registro de aforamento pós-2002 (A).

Estatuto da Cidade – Vide: Função social da propriedade privada diante do meio ambiente artificial.

F

Fraude à execução – Vide: Comentários à Súmula 375 do STJ.

Função econômica da propriedade – Vide: Multipropriedade imobiliária.

Função social da propriedade – Vide: Função social da propriedade privada diante do meio ambiente artificial; e Multipropriedade imobiliária; e Direito de vizinhança e sua correlação com os interesses difusos e coletivos (O).

Função social da propriedade privada diante do meio ambiente artificial – *Daniela Rosário Rodrigues* – p. 83

H

Hermenêutica registral – *Francisco José de Almeida Prado Ferraz Costa Junior* – p. 405

I

Incompetência absoluta do juízo e sua qualificação no registro de imóveis (A) – *Luciano Lopes Passarelli* – p. 341

Interesses difusos e coletivos – Vide: Direito de vizinhança e sua correlação com os interesses difusos e coletivos (O).

L

Lei de Registros Públicos – Vide: Comentários à Súmula 375 do STJ.

Locação – Alienação de imóvel – Direito de preferência – Inadmissibilidade – Inexistência de averbação do contrato de locação no Cartório de Registro de Imóveis e depósito do preço e demais despesas – Comprovação da notificação do inquilino da oferta do imóvel, assegurando-lhe o prazo legal – Inteligência do art. 33 da Lei 8.245/1991 – p. 492

Loteamento – Vide: Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições.

Lotes – Vide: Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições.

M

Meio ambiente artificial – Vide: Função social da propriedade privada diante do meio ambiente artificial.

Multipropriedade imobiliária – *Marcelo Augusto Santana de Melo* – p. 19

P

Pacto antenupcial – Vide: Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável.

Parcelamento – Vide: Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições.

Partilha cumulada (modelo) – *Diego Selhane Perez* – p. 463

Penhora – Admissibilidade – Bem de família – Descaracterização – Entidade familiar devedora que não utiliza seu único imóvel como residência – Circunstância que, por si só, não torna o bem penhorável – Hipótese, entretanto, de imóvel desabitado – Destinação para moradia ou subsistência de família não evidenciada – Inteligência do art. 1.º da Lei 8.009/1990 – p. 469

Penhora – Vide: Comentários à Súmula 375 do STJ.

Poluição sonora coletivos – Vide: Direito de vizinhança e sua correlação com os interesses difusos e coletivos (O).

Processo de dúvida inversa. Qualificação judicial. Negócio jurídico celebrado em Juízo – *Antonio Reynaldo Filho* – p. 451

Propriedade privada – Vide: Função social da propriedade privada diante do meio ambiente artificial.

Publicidade – Vide: Hermenêutica registral.

R

Regime de bens – Vide: Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável.

Registro – Vide: Validade do registro de aforamento pós-2002 (A).

Registro de imóveis – Dúvida julgada improcedente – Escritura pública de inventário e partilha lavrada no exterior – Recusa do título que decorre não só da exigência de apresentação de título judicial, mas também de todas as exigências do registrador para que a demanda proceda – Inteligência art. 89, II, do CPC – p. 496

Registro de imóveis – Vide: Derecho real de custodia del territorio (El); e Incompetência absoluta do juízo e sua qualificação no registro de imóveis (A).

Registros públicos – Vide: Hermenêutica registral.

Registro imobiliário – Imóvel rural – Reserva legal – Ausência de averbação imobiliária – Dilação do prazo para conclusão de georreferenciamento da propriedade – Admissibilidade – Procedimento complexo e detalhado que exige a fixação de um prazo razoável – p. 485

Responsabilidade patrimonial – Vide: Comentários à Súmula 375 do STJ.

S

Solo – Vide: Condomínio de lotes: viabilidade, benefícios e restrições.

Súmula 375 do STJ – Vide: Comentários à Súmula 375 do STJ.

T

Time-sharing – Vide: Multipropriedade imobiliária.

Transmissão imobiliária – Vide: Validade do registro de aforamento pós-2002 (A).

U

União estável – Vide: Eficácia do regime de bens no casamento e na união estável.

V

Validade do registro de aforamento pós-2002 (A) – *Lourival da Silva Ramos Júnior e Helene Karlotta Von Mallinckrodt* – p. 245

Normas de Publicação para Autores de Colaboração Autoral Inédita

1. A *seleção* de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.
2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores ou cessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Editorial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, *download*, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.

3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.
5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *editorial.revista@rt.com.br*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, *e-mail*, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação na *Revista dos Tribunais*, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
9. O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:

   Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.

11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.

12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No Sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.

13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.

14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado ("destaque do original").

15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.

Contrato e racionalidade

Marcos Cáprio Fonseca Soares

Mestre em Sociologia pela UFRGS. Advogado.

Área do Direito: Civil; Processual; Consumidor

Resumo: O presente artigo é fruto de pesquisa empírica levada a cabo junto aos acórdãos do TJRS, especificamente em matéria contratual. Aqui, trago as conclusões obtidas no âmbito dos contratos abrangidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Delimitei a racionalidade jurídica nutrida pelos desembargadores de referido Tribunal ao procederem às tomadas de decisões neste tema. Após precisar o conceito central deste trabalho (racionalidade), exponho e analiso os dados obtidos junto aos acórdãos coletados, promovendo uma classificação dos atores jurídicos consentâneo o teor argumentativo invocado na fundamentação dos votos, ocasião em que a nova teoria dos contratos passa a ser contextualizada em meio a um processo de transformações pelas quais vem passando o direito privado como um todo.

Palavras-chave: Cláusulas gerais – Juros – Revisão contratual – Racionalidade – Rematerialização.

Abstract: The present article is a result of empiric research mode next to judgements of Tribunal de TJRS, specifically in contractual subject. Here, I bring the conclusions got among the contracts embroced by the "Sistema Financeiro de Habitação". I delimited the juridical racionality sustained by magistrates of the abovementioned Tribunal when they took decisions on this matter. After precising the main concept of this work (racionality), I expose and analyse data got next to judgements collected, promoting a classification of the juridical actors according to the armentative contents evoked in the fundamentation of votes, occasion where the new theory of contracts starts to be contextualized in a process of transformations by which private law is passing as a whole.

Keywords: General clauses – Interest – Contractual review – Racionality – Rematerialization.

Sumário: 1. Introdução – 2. A racionalidade jurídica e o contexto atual do direito privado: 2.1 A matriz weberiana – 2.2 Reflexões contemporâneas – 3. A mudança paradigmática no direito privado brasileiro – 4. A pesquisa empírica: o caso do SFH – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.

modelo

1. Introdução

Nononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononononono.

6. Bibliografia (exemplos)

Albergaria, A. *Cinco anos sem chover: história de João Louco*. Recife: Sertão, 1999.

Arruda Alvim Wambier, Teresa. *Nulidades da sentença.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Brasil. *Código Penal.* 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, coleção RT Códigos.

Estefam, André. Temas polêmicos sobre a nova lei do júri. Disponível em: [www.damasio.com.br/?category_id=506]. Acesso em: 24.09.2008.

Gomes, Luís Gustavo et alii. *Direito civil brasileiro.* 2. ed. Recife: Sertão, 1999. vol. 3.

Kelsen, Hans. *Direito positivo.* 10. ed. Trad. Celso Bastos. São Paulo: Ed. RT, 2000.

Oliveira, José Antonio. Verdade real. In: Stoco, Rui (coord.). *Direito penal.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. vol. 5, t. II.

Silva, José Augusto da. *Ação declaratória.* Dissertação de mestrado, São Paulo, PUC, 2000.

______. E o Brasil, como vai? *Folha de S. Paulo*, Cad. Mundo, 24.01.2004.

Souza, Artur César. As cortes de Warren e Rehnquist: *judicial activism* ou *judicial self-restraint. Revista dos Tribunais.* vol. 874, p. 11. São Paulo: Ed. RT, ago. 2008.

Diagramação eletrônica:
Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNPJ 60.501.293/0001-12.
Impressão e encadernação:
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.