



REVISTA DE  
**DIREITO**  
IMOBILIÁRIO

Ano 35 • vol. 73 • jul.-dez. / 2012

## COORDENAÇÃO EDITORIAL

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); Rivalvo 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).

# REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 35 • vol. 73 • jul.-dez. / 2012

*Coordenação Editorial*

**MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO**

*Publicação Oficial do*

Instituto de Registro Imobiliário do Brasil



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 35 • vol. 73 • jul.-dez. / 2012

*Coordenação Editorial*

**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.

A responsabilidade pela revisão e formatação dos textos é da Editora.

© edição e distribuição da  
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

*Diretora responsável*

GISELLE TAPAI

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  
aval.artigo@thomsonreuters.com

Impresso no Brasil: [12-2012]

Profissional

Fechamento desta edição: [14.12.2012]



# IRIB 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](http://www.irib.org.br) – [editorial@irib.org.br](mailto:editorial@irib.org.br)  
OUVIDORIA – [ouvidoria@irib.org.br](mailto:ouvidoria@irib.org.br)

## FUNDADOR

JÚLIO OLIVEIRA CHAGAS NETO

## DIRETORIA EXECUTIVA

*Presidente:* Francisco José Rezende dos Santos (MG)

*Vice-presidente:* Ricardo Basto da Costa Coelho (PR)

*Secretário-geral:* José Augusto Alves Pinto (PR)

*1º Secretária:* Kênia Mara Felippetto 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)

*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 (SP)

## 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).

ISSN 1413-4543

# REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO

Ano 35 • vol. 73 • jul.-dez. / 2012

*Diretora Responsável*

**GISELLE TAPAI**

*Diretora de Operações Editoriais Brasil*

**ORIENE PAVAN**

*Equipe de Conteúdo Editorial:* Bruna Schlindwein Zeni, Elisabeth Bianchi, Flávio Viana Filho, Henderson Fiirst, Ítalo Façanha Costa e Rodrigo Oliveira Salgado

*Coordenação Editorial*

**JULIANA DE CICCIO BIANCO**

*Analistas Documentais:* Amanda Queiroz de Oliveira, Eloá de Medeiros Araújo, Luara Coentro dos Santos, Marcia Harumi Minata, Rafael Dellova, Roberta Grigoletto Corrêa de Araújo, Sue Ellen dos Santos Gelli e Thiago César Gonçalves de Souza

*Equipe de Jurisprudência*

*Coordenação Editorial*

**LUIZ CARLOS DE SOUZA AURICCHIO**

*Analistas Documentais:* Bruna Svetlic, Caroline Neves da Silva, Diego Garcia Mendonça, Fernando Cavazani Damico, Juliana Cornacini Ferreira, Patrícia Melhado Navarra e Renor Oliver Filho

*Assistente Editorial:* Bruno Augusto Santos Capassi

*Capa:* Chrisley Figueiredo

*Coordenação Administrativa*

**RENATA COSTA PALMA E ROSANGELA MARIA DOS SANTOS**

*Assistentes:* Cibele Souza Mendes, Karla Capelas e Tatiana Leite

*Editoração Eletrônica*

*Coordenação*

**ROSELI CAMPOS DE CARVALHO**

*Equipe de Editoração:* Adriana Medeiros Chaves Martins, Ana Paula Lopes Corrêa, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu, Marcelo de Oliveira Silva e Vera Lúcia Cirino

*Produção gráfica:* Caio Henrique Andrade

# SUMÁRIO

## REGISTRO DE IMÓVEIS

1. Garantias imobiliárias  
CAROLINE CARVALHAES DE ZORZI ..... 13
2. Transmissão da propriedade imobiliária ao concepturo na sucessão testamentária. Aspectos práticos no registro de imóveis  
CLAUDIA DO NASCIMENTO DOMINGUES ..... 85
3. A procuração em causa própria e seus efeitos imobiliário e fiscal  
LOURIVAL DA SILVA RAMOS JÚNIOR ..... 151
4. Registro Torrens  
MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO ..... 177
5. A anulabilidade e o Registro de Imóveis  
SERGIO ÁVILA DORIA MARTINS ..... 187

## DIREITO DAS SUCESSÕES

1. O cônjuge como herdeiro no Código Civil de 2002  
BRUNO JOSÉ BERTI FILHO ..... 211

## DIREITO DE PROPRIEDADE

1. Cláusulas restritivas da propriedade (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade)  
TONI BAZARELLI BORGES ..... 233

## CONTRATOS

1. Consequências da morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano para habitação – Confronto entre o Direito português e o Direito brasileiro  
GABRIELA MESQUITA SOUSA ..... 275

2. Contratos agrários	
MELINA LEMOS VILELA.....	307

## JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

### 1. Acórdãos

#### SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

USUCAPIÃO TABULAR – Bloqueio administrativo da matrícula do imóvel, em decorrência da apresentação inautêntica de certidão negativa de tributos previdenciários por vendedor do imóvel	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	361

#### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa do Oficial em registrar carta de adjudicação – Exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débitos – Situação excepcional, decorrente de compromisso de compra e venda, em que o promitente-vendedor não procedeu à regularização fiscal	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	372

REGISTRO DE IMÓVEIS – Transferência de nua propriedade e constituição de usufruto na mesma escritura – Ausência de recolhimento do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis referente à última pretensão	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	377

ARREMATÇÃO – Modo originário de aquisição de propriedade • REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa de Oficial Cartorário em registrar carta de arrematação – Recolhimento do ITBI que, por possuir expressa previsão legal, é necessário para a efetivação registral	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	382

REGISTRO DE IMÓVEIS – Exigência de comprovação prévia da quitação de débitos condominiais do alienante – Óbice existente no art. 4.º da Lei 4.591/1964 que foi tacitamente revogado pelo novo Código Civil	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	388

#### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DE SÃO PAULO

REGISTRO DE IMÓVEIS – Meio ambiente – Recusa do oficial em proceder à averbação de reserva legal, por ofensa ao princípio da especialidade – Descrição feita com base em sistema técnico, ainda que mais sofisticado, que é suficiente para a autorização do ato registral	
Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	395

---

REGISTRO IMOBILIÁRIO – Retificação – Imóvel rural – Reserva legal – Pretensão retificatória que somente poderá ser atendida se, antes, a área ambiental de preservação obrigatória for devidamente averbada Resenha por DANIELA DOS SANTOS LOPES E FÁBIO FUZARI.....	408
---	-----

## RESENHA

1. <i>Limitações ao direito de propriedade</i> , de Carlos Alberto Dabus Maluf Resenha por ALINE A. MANFRIN MOLINARI BUCH.....	419
---	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO–REMISSIVO .....	423
-----------------------------------	-----

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA.....	427
--	-----



The background features a light gray grid pattern that becomes more prominent towards the bottom right. Overlaid on this are several large, semi-transparent, overlapping circles in shades of gray, creating a layered, architectural feel.

# **Registro de Imóveis**



# GARANTIAS IMOBILIÁRIAS

# 1

**CAROLINE CARVALHAES DE ZORZI**

Especialista em Contratos Empresariais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-Law). Mestranda em Direito pela PUC-SP. Advogada.

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral; Civil

**RESUMO:** Este trabalho tem por escopo a análise das garantias reais, especialmente as que recaem sobre imóveis, que são as chamadas garantias imobiliárias. Tais garantias serão estudadas quanto a sua origem, positividade, evolução e aplicabilidade, levando-se em consideração o contexto evolutivo da sociedade brasileira, no qual se verifica o enfraquecimento das garantias clássicas e o surgimento de novos conceitos e institutos melhor adaptados à dinâmica atual da economia de mercado por qual passa o Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Garantias Reais – Imóvel – Garantias Imobiliárias – Evolução.

**ABSTRACT:** This paper intends to analyze the collaterals related to real estate properties. Those collaterals will be studied focusing their origin, laws, evolution and applicability, considering the evolutionary context of the Brazilian society, where the classical collaterals tends to weaken and new concepts and institutes rises, better adapted to the dynamics of the market economy that Brazil is inserted into.

**KEYWORDS:** Collaterals – Real estate – Real estate collaterals – Evolution.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. As garantias: 2.1 História; 2.2 Direitos reais e pessoais: contextualização da matéria; 2.3 Garantias reais e pessoais – 3. Garantias reais clássicas: 3.1 Considerações gerais; 3.2 Características gerais das garantias clássicas; 3.3 Garantias sobre bens móveis que afetam bens imóveis; 3.4 Patrimônio de afetação: considerações gerais – 4. Propriedade fiduciária: alienação e cessão fiduciária em garantia: 4.1 Considerações gerais; 4.2 História e características gerais; 4.3 Propriedade fiduciária: alienação fiduciária de bens móveis fungíveis e infungíveis e cessão fiduciária de títulos e direitos – 5. A atividade ban-

cária: 5.1 Considerações gerais e relevância do tema; 5.2 O Sistema Financeiro de Habitação e o Sistema de Financiamento Imobiliário; 5.3 Financiamento e garantias imobiliárias – 6. Garantias sobre bens imóveis: 6.1 Anticrese; 6.2 Hipoteca; 6.3 Surgimento da alienação fiduciária de imóvel e contexto histórico da hipoteca; 6.4 Alienação fiduciária de imóvel; 6.5 Execução extrajudicial da garantia: problemática – 7. Conclusão – 8. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho<sup>1</sup> tem por escopo a análise das garantias reais, especialmente as que recaem sobre imóveis, que são as chamadas garantias imobiliárias. Tais garantias serão estudadas quanto a sua origem, positividade, evolução e aplicabilidade, levando-se em consideração o contexto evolutivo da sociedade brasileira, no qual se verifica o enfraquecimento das garantias clássicas e o surgimento de novos conceitos e institutos melhor adaptados à dinâmica atual da economia de mercado por qual passa o Brasil.

O estudo avaliará a inserção e utilização das garantias imobiliárias em um período de constante mutação, seja no amadurecimento dos institutos incluídos mais recentemente no direito brasileiro, como é o caso da propriedade fiduciária, seja na análise da efetividade e eficácia que se espera destes institutos, especialmente, no que tange ao sistema judiciário e ao mercado de consumo em forte expansão, considerando-se o mercado financeiro em que se verifica relevância deste trabalho.

## 2. AS GARANTIAS

### 2.1 História

O desenvolvimento das sociedades, historicamente, tem como um dos seus principais motores o comércio, o qual depende, para se fortalecer, de um sistema jurídico estável e que estimule a troca de mercadorias e serviços.

Neste contexto, desenvolveram-se as garantias, as quais viabilizam tais trocas no comércio, por meio de formas de mitigar o risco do credor, com relação à solvência do devedor.

---

1. Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão da disciplina *Direito Imobiliário – Questões reais e obrigacionais*, do Programa de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientação: Prof. Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto e Prof. Dr. Everaldo Augusto Cambler.

No início, a garantia era ligada à figura da pessoa do devedor, isto é, a sua vida e liberdade eram vinculadas às dívidas contraídas. Sobre isso, explica Maria Helena Diniz:

“Nos primórdios da civilização, o devedor respondia, moral e fisicamente, com sua pessoa pelas suas dívidas. Entre os egípcios, adjudicava-se ao credor a própria pessoa do devedor. Entre os hebreus, tornava-se ele escravo, bem como sua mulher e filhos, do seu credor. Entre os romanos, o credor podia prender o vendedor, vendendo-o em três feiras sucessivas, ou, ainda, matá-lo, pois a Tábua III da Lei das XII Tábuas assim prescrevia: ‘Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minuesve secuerunt, se fraude esto’, ou seja, o devedor respondia com o próprio corpo, sobre o qual incidia o poder do credor.”<sup>2</sup>

Foi uma longa evolução histórica até que se passasse a considerar o patrimônio do devedor como objeto de garantia. Neste particular, leciona Maria Helena Diniz:

“Foi apenas em 326 a.C. que, com a *Lex Paetelia Papiria*, se transferiu ao patrimônio material do devedor a garantia do adimplemento das suas obrigações (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus abenoxium esse*), se as mesmas não proviessem de ato ilícito.”<sup>3</sup>

Longo período foi necessário para que se chegasse ao conceito de garantia fidejussória, em que pessoa alheia à obrigação responsabiliza-se pelo pagamento, caso o devedor não o faça, assim como no que diz com a garantia real, na qual a garantia está ligada a um bem ou a bens do patrimônio do devedor ou de terceiro prestador da garantia.<sup>4</sup>

Sobre a matéria, destaca Silvio Venosa:

“Longa construção prática e doutrinária foi necessária para que a garantia se ligasse a um bem, com eficácia de direito real, *erga omnes*, não vinculando estrita e unicamente o devedor, mas à coisa. A noção de garantia pessoal é mais antiga, ocorrendo quando alguém se responsabilizava pela dívida de outrem, utilizada com maior frequência no Direito Romano.”<sup>5</sup>

Ainda sobre a evolução histórica referida, seguem considerações de Pontes de Miranda:

- 
2. DINIZ, Maria Helena *Curso de direito civil brasileiro – Direito das coisas*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 4, p. 463.
  3. Idem, *ibidem*.
  4. Mais adiante, serão tratadas as questões pertinentes às garantias reais e às pessoais.
  5. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Direitos reais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 5, p. 531.

“Para se chegar ao conceito hodierno, consistente de direito real de garantia, por longa evolução passou o direito ocidental. É de supor-se que, nas origens, tenha havido a transmissão da propriedade em segurança, ou para efeito de garantia. Para se haver o verdadeiro direito real de garantia foi preciso que se conseguisse a realidade do direito, sem se transmitir a propriedade do bem. Algo se passou como se a garantia pessoal se tornasse *erga omnes* e se ‘despessoalizasse’ mediante a concentração num dos bens do devedor.”<sup>6</sup>

A mais antiga modalidade de garantia real é a *fiducia cum creditore*, pela qual havia a efetiva transferência da propriedade e da posse ao credor (*mancipatio* ou *iure cessio*), devendo a coisa ser restituída quando da extinção da obrigação.

“A primeira garantia real que surgiu na história do direito foi a *fiducia* (que não logrou sobrevivência), pela qual o devedor transmitia ao seu credor o domínio de um bem seu, que, todavia lhe seria devolvido, quando o débito fosse resgatado.”<sup>7</sup>

Ao criticar tal instituto, Silvio Venosa leciona:

“Era inconveniente para o devedor, que ficava sem a propriedade e a posse da coisa. O credor, tornando-se proprietário, podia vender o bem, porém, uma vez paga a dívida, corria o risco de ser condenado pela *actio fiduciae* a devolver a coisa, bem como o valor que excedesse a dívida (*super fluum*) (Miranda, 1971, v. 20:4). O credor somente poderia ficar com o objeto, se estabelecesse pacto comissório, hoje condenado, que lhe permitia repelir a *actio fiduciae* como meio de defesa.”<sup>8</sup>

Sobre o período da história romana de utilização da mencionada garantia, aponta Pontes de Miranda que “veio da época republicana e perdurou até cair em desuso, na época da legislação de Justiniano”.<sup>9</sup>

Sobre o instituto, afirma Moreira Alves:

“A *fiducia cum creditore* era o negócio jurídico pelo qual o devedor, ao transferir a propriedade (por meio da *mancipatio* ou da *in iure cessio*) de uma coisa infungível ao credor, visando garantir-lhe o cumprimento de uma obrigação,

---

6. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte Especial – Direito das coisas: direitos reais de garantia. Hipoteca. Penhor. Anticrese*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. XX. p. 3.

7. DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 464.

8. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 531-532.

9. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 4.

convencionava com este, por um pacto (denominado *pactum fiduciae*), a restituição da coisa, quando extinta a relação obrigacional.”<sup>10</sup>

Em linha similar, pode-se citar a *fiducia cum amico*, a qual tinha um caráter predominantemente de confiança, em que o fiduciante alienava os seus bens a um amigo, que ficava condicionado a devolvê-los quando cessassem determinadas circunstâncias. Sobre tal instituto, afirma Lucia dal Pont:

“A transferência de bens a uma pessoa, com o objetivo de resguardá-los dos azares da fortuna adversa que ameace o proprietário, assumindo o fiduciário o compromisso de efetuar a sua remanipulação.”<sup>11</sup>

Ainda, Restiffe Netto, acrescenta mais uma espécie de negócio jurídico fiduciário romano, chamado *fiducia remanipulationis causa*, por meio do qual o *paterfamilias* vendia um filho a outro *paterfamilias*, com a obrigação assumida por este de libertá-lo, de forma tal que se obtenha a finalidade prevista, que é a emancipação do referido filho.<sup>12</sup>

Tais institutos acima elencados apresentam uma transferência de propriedade passível de comparação com a atual propriedade fiduciária, podendo-se dizer que, em termos primitivos, a origem da garantia de alienação e de cessão fiduciária é a *fiducia*, ora tratada.

A garantia chamada *pignus* consistia na transferência da posse da coisa ao credor para garantia de dívida, até a extinção da obrigação. No caso de inadimplemento, o credor ficava com a coisa para si, perfazendo-se, portanto, o pacto comissório.

Acerca do *pignus*, critica Maria Helena Diniz:

“Sem embargo, o credor não ficava completamente amparado, porque não podia dispor da coisa, ao passo que o devedor, por sua vez, podia ser prejudicado pela deslocação da posse, pois se o objeto consistia em instrumento de seu trabalho, por exemplo, maquinaria agrícola, ficava desprovido de meios para produzir utilidades econômicas, a fim de resgatar o seu débito.”<sup>13</sup>

Pontes de Miranda, ao estudar o tema, afirma:

- 
10. MOREIRA ALVES, José Carlos *Direito romano*. 6. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1987. vol. 1, p. 436.
  11. DAL PONT, Lucia. *Função do registrador da alienação fiduciária de imóveis*. Campinas: Russel, 2009. p. 13.
  12. RESTIFFE NETO, Paulo. RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 2.
  13. DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 464.

“O *pignus* era direito com posse, de modo que o credor ficava com o poder fático sobre a coisa, de direito, até que se extinguisse a dívida. Para que, não paga a dívida, o credor pudesse ter a coisa, como sua, satisfazendo-se de seu crédito, pactuava-se isso (*lex commissória*, pacto comissório). Era o comisso, efeito de pacto assaz empregado no direito grego, e certamente antigo, anterior à concepção dos direitos reais de garantia.”<sup>14</sup>

Importante mencionar que se a coisa empenhada produzisse frutos, poderia ser convencionado que estes amortizassem a dívida, depreendendo-se, portanto, a anticrese. Ou seja, produzindo a coisa empenhada frutos, podia-se pactuar que, em lugar dos juros, os percebesse: era o pacto de anticrese, penhor com uso.<sup>15</sup>

Tal estrutura de garantia tinha relevante influência grega. Neste particular, importantes lições traz Pontes de Miranda:

“Nos documentos papirológicos, o direito que se revela é profundamente influenciado pelo direito grego. Já no direito grego-egípcio, o credor, se não se adimplia a dívida, adquiria a propriedade, sem que o devedor tivesse qualquer objeção a isso. No lugar do pagamento, que não se fez, ficava o bem gravado, sem que importasse tratar-se de coisas consignáveis ou de imóveis. O credor conservava o direito de execução sobre os outros bens do devedor.”<sup>16</sup>

Com relação à hipoteca, a principal diferença estava envolta na questão da posse do bem, que ficava com o devedor. A origem histórica da hipoteca pode ser assim sintetizada, conforme lição de Silvio Venosa:

“A hipoteca no direito antigo era concebida por princípio diverso do penhor, porque o credor não recebia a posse. O penhor romano era direito real com posse, enquanto a hipoteca era direito real sem posse. Tanto o penhor como a hipoteca podiam ter por objeto coisas móveis e imóveis. Ao direito posterior coube distinguir como proceder para disciplinar os bens empenháveis e os bens hipotecáveis (MIRANDA, 1972, v. 20:5). A tendência foi estabelecer a hipoteca para os imóveis, relegando o penhor para os móveis.”<sup>17</sup>

A hipoteca teria sido adotada pelos romanos, ao exemplo do que vinha ocorrendo na Grécia, na medida em que a posse do bem ficava com o devedor, mostrando-se, pois, uma garantia mais adaptada à realidade econômica dos então devedores.<sup>18</sup>

---

14. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 5.

15. Idem, p. 6.

16. Idem, p. 7.

17. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 504.

18. DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 464.

No que se refere à propriedade fiduciária, trata-se de modalidade relativamente nova no direito brasileiro, a qual guarda certas características que melhor se adaptam, especialmente, ao contexto brasileiro atual, considerando-se a morosidade do judiciário e a legislação de recuperação de empresas e falência vigente no país, especialmente.

Com relação à história da propriedade fiduciária, percebe-se que, em linhas gerais, muito embora seja um instituto brasileiro, a sua estrutura guarda semelhança com a chamada *chattel mortgage*, instituto proveniente no modelo anglo-saxão, utilizado para bens móveis, sendo referida garantia assemelhada ao *mortgage* clássico sobre bens imóveis, no qual se transferia a propriedade do imóvel sob condição resolutiva. Este assunto será melhor tratado em capítulo próprio.

Sob o aspecto histórico e econômico do Brasil a partir da década de 60, ao discorrer sobre o surgimento desta garantia, sob a modalidade de alienação fiduciária em garantia, comenta Maria Helena Diniz:

“Uma das soluções foi estimular a empresa privada, canalizando recursos que a integrassem, efetivamente, no dinamismo do desenvolvimento. Como para isso seria imprescindível uma nova estrutura econômica-jurídica, surgiu o mercado de capitais constituído por um conjunto de operações e instituições destinadas a angariar recursos para transferi-los aos setores de produção, indústria e comércio. Com o escopo de institucionalizar tal mercado, promulgaram-se as Leis n. 4.494/64 e 4.728/65. A Lei n. 4.728/65, o Decreto-Lei 911/69, a Lei n. 6.071/74 e a Lei n. 9.514/97 (arts. 22 a 33) introduziram em nossa sistemática jurídica a ‘alienação fiduciária em garantia’, voltando a atenção para a *fiducia cum creditore* dos romanos.”<sup>19</sup>

Neste contexto, foi introduzida no direito brasileiro tal modalidade de garantia, a qual surgiu com a grande responsabilidade de desenvolver diversos setores no Brasil, como será objeto de estudo mais adiante.

## 2.2 *Direitos reais e pessoais: contextualização da matéria*

Como premissa para seguir com o estudo das garantias reais e, mais especificamente, acerca das garantias imobiliárias, é de rigor o exame das principais diferenças entre os direitos reais e os direitos pessoais.

Com relação ao âmbito de abrangência do direito das coisas, sob o qual se encontram os direitos reais, Maria Helena Diniz traça o seguinte conceito:

“Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que se o direito das coisas disciplina relações jurídicas que dizem respeito a bens que podem ser apropriados

---

19. DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 569-570.

pelo ser humano, claro está que ele inclui tão- somente os ‘direitos reais’, expressão esta que foi preconizada por Savigny e quem vem sendo aceita pela maioria da doutrina e dos Códigos.”<sup>20</sup>

Ou seja, pode-se dizer que “o direito das coisas vem a ser um conjunto de normas que regem as relações jurídicas concernentes aos bens materiais ou imateriais suscetíveis de apropriação pelo homem”.<sup>21</sup>

Maria Helena Diniz elenca os seguintes caracteres jurídicos dos direitos reais: (i) oponibilidade *erga omnes*; (ii) seu titular possui direito de sequela e de preferência; (iii) adere imediatamente ao bem corpóreo ou incorpóreo, sujeitando-o, de modo direto, ao titular; (iv) obedece ao *numerus clausus*, pois é estabelecido pelo Código Civil e leis posteriores, não podendo ser criado por livre pactuação; (v) é passível de abandono; (vi) é suscetível de posse, como regra; (vii) a usucapião é um dos meios aquisitivos.<sup>22</sup>

Os princípios regentes da matéria, segundo lições de Arruda Alvim “exercem a função de orientar e amarrar a ordem jurídica, mostrando-a íntegra, constituindo, portanto, virtualidades que auxiliam o entendimento do intérprete e manifestam a unidade do sistema jurídico”.<sup>23</sup>

Dentre tais princípios, destacam-se como princípios de direitos reais, o princípio da legalidade (“que se traduz no que diz respeito às previsões normativas dos direitos reais, em tipicidade”),<sup>24</sup> do qual se depreende a tipicidade e a taxatividade,<sup>25</sup> e o da publicidade, consagrado pelo art. 1.227 do CC/2002, que é constitutiva do direito real. Conforme lições de Arruda Alvim, “estes dois dizem respeito à existência da norma (no plano normativo) ou à criação de direitos reais”.<sup>26</sup>

Sobre o princípio da legalidade, afirma Silvio Venosa:

“Somente a lei pode criar direitos reais. Desse modo, devem assim ser considerados os institutos descritos do Código Civil, bem como todos aqueles que guardarem a mesma natureza em outros diplomas legais.”<sup>27</sup>

---

20. Idem, p. 10.

21. Idem, p. 3.

22. Idem, p. 20.

23. ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Comentários ao Código Civil brasileiro. Livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. XI, t. I, p. 138-139.

24. Idem, p. 154.

25. Tais princípios relacionam-se à legalidade e referem-se ao fato de que somente a lei cria direitos reais, tratando-se de rol exaustivo.

26. ARRUDA ALVIM, José Manoel, op. cit., p. 154.

27. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 411.

Ressalte-se, ainda, o princípio do direito absoluto, aplicável aos direitos reais, o qual se caracteriza como um direito que existe em relação a todos (*erga omnes*), ao contrário do direito relativo, que se aplica a pessoa ou pessoas determinadas, este sendo marcante em se tratando de direitos pessoais.<sup>28</sup>

Ainda sobre os princípios informadores de tal sistema, pode-se mencionar o princípio do desmembramento e da consolidação, os quais se caracterizam pela possibilidade da propriedade desmembrar-se ou consolidar-se, em vista de seus atributos. É o caso, por exemplo, do direito de uso, o qual confere ao seu titular um ou alguns dos poderes inerentes à propriedade. Já a propriedade plena consolida todos estes elementos, nos termos do art. 1.228 do CC/2002.<sup>29</sup>

O direito das coisas está disciplinado no Livro III do Código Civil, estando os direitos reais disciplinados no Título II deste livro, pelo art. 1.225 do referido diploma. Direitos reais são os especificados em referido artigo, quais sejam: (a) a propriedade; (b) a superfície; (c) as servidões; (d) o usufruto; (e) o uso; (f) a habitação; (g) o direito do promitente comprador do imóvel; (h) o penhor; (i) a hipoteca; (j) a anticrese; (k) a concessão de uso especial para fins de moradia; e (l) a concessão de direito real de uso.

Ainda, a legislação extravagante também cria direitos reais, são elas: Lei 4.728/1965; Dec.-lei 911/1969; Lei 10.931/2004 e Lei 9.514/1997 (propriedade fiduciária).

Silvio Venosa, ao tratar da diferenciação entre direitos reais e pessoais afirma que:

“A ideia básica é que o direito pessoal une dois ou mais sujeitos, enquanto os direitos reais traduzem relação jurídica entre uma coisa, ou conjunto de coisas, e um ou mais sujeitos, pessoas naturais ou jurídicas.”<sup>30</sup>

As principais diferenças podem ser resumidas conforme segue: (i) quanto ao sujeito, ao contrário do direito pessoal, em que há sujeito ativo e passivo, no direito real há somente um sujeito ativo (conforme posicionamento da escola

---

28. Atualmente os direitos reais são limitados por diversas normas de ordem constitucional e infraconstitucional, podendo-se falar, portanto, na relativização de tais direitos. Neste particular, o que há de mais marcante é a limitação do direito de propriedade (que é o direito real por excelência), em razão de sua função social, nos termos do inc. XXIII do art. 5.º da CF/1988.

29. O art. 1.228 do CC/2002 dispõe que (*in verbis*): “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”.

30. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 4-5.

clássica) – podendo considerar-se o sujeito passivo toda a humanidade; (ii) quanto à ação, o direito real confere o direito de ação real contra todos aqueles que detiverem a coisa, de forma indistinta, enquanto que, em se tratando de direito pessoal, a ação é tão somente com relação a contraparte da relação jurídica; (iii) quanto ao objeto, o direito pessoal relaciona-se com relações humanas, como uma prestação do devedor, enquanto que o direito real está ligado a coisas corpóreas ou incorpóreas;<sup>31</sup> (iv) quanto ao limite, o direito pessoal pode ser entendido como ilimitado, em linha com o princípio da autonomia da vontade, evidentemente, dentro dos limites da licitude, ao passo que os direitos reais são estabelecidos em lei (art. 1.225 do CC/2002 e legislação extravagante, já mencionada); (v) quanto ao modo de gozar os direitos, o direito real permite ao seu titular o gozo permanente do bem,<sup>32</sup> enquanto que o direito pessoal concede o direito a prestações, sendo extinto quando do cumprimento da obrigação (transitório); (vi) quanto à possibilidade de abandono, trata-se de um característica própria de direito real, não havendo correspondência no tocante ao direito pessoal; (vii) quanto à extinção, o direito real extingue-se quando se constitui uma situação contrária em proveito de outro titular, enquanto que os direitos pessoais (creditórios) “extinguem-se pela inércia do sujeito”;<sup>33</sup> (viii) em relação à seqüela, o titular de direito real segue o seu objeto onde quer que se encontre, o que não ocorre com direitos pessoais;<sup>34</sup> (ix) quanto a usucapião, trata-se de modo de aquisição de direito real, tão somente; (x) quanto à posse, somente direito real lhe é suscetível (embora nem todos);<sup>35</sup> (xi) quanto ao direito de preferência, trata-se de situação aplicável aos direitos reais de garantia, os quais se caracterizam pelo apontamento e destaque de determinado bem, que passa a responder por uma dívida, tendo o credor beneficiado por este

---

31. Entende Silvio de Salvo Venosa, que seriam bens basicamente corpóreos, “embora não se afaste a noção de realidade sobre bens imateriais”. Trecho da obra: *Idem*, p. 5.

32. Entende Silvio de Salvo Venosa, que “esta afirmação só pode ser vista do ponto de vista aparente desses dois fenômenos. Há direitos reais limitados no tempo, como sucede, por exemplo, no usufruto; e há obrigações sem limite de tempo, como ocorre nas obrigações negativas”. Trecho da obra: *Idem*, p. 6.

33. DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 16.

34. Entende Silvio Venosa, que “consequência do direito de seqüela é o fato do direito real ser necessariamente individualizado (...) pois doutro modo não há como exercer a seqüela. Nos direitos obrigacionais, a prestação pode ter como objeto coisas apenas determináveis pelo gênero, quantidade e qualidade”. Trecho da obra: VENOSA, Silvio de Salvo, *op. cit.*, p. 8.

35. Há “(...) direitos reais que não comportam a posse, como os que recaem sobre o valor da coisa (...)”. DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 16-17.

tipo de garantia um crédito privilegiado em relação a demais credores, como se verificará mais adiante.<sup>36</sup>

Sobre o item “i” do parágrafo acima, valem a pena breves considerações sobre as teorias explicativas do direito real.

A teoria dualista estabelece uma relação jurídica entre sujeito e coisa. Conforme ensinamentos de Arruda Alvim:

“Chegou-se a pensar, durante muito tempo, que esse poder – relação sujeito e coisa, tão somente, exauriria o fenômeno dos direitos reais. Esta visão constituiu-se no conteúdo principal da argumentação da teoria dualista, em que o *ius in re* seria a faculdade do titular sobre a coisa, sem consideração a uma dada outra pessoa, que não a do titular do direito real. O direito real, portanto, não pressuporia outrem, circunscrevendo-se à relação da pessoa titular com a coisa.”<sup>37</sup>

Nesta linha, ao se posicionar sobre a teoria dualista, Arruda Alvim afirma que:

“Mas não é com o descarte da presença de quaisquer outros, reduzindo-se a situação do direito real a uma relação que se exauriria ou se confinaria entre sujeito e coisa – ou seja, a uma situação não transitiva entre homens –, que se explicará corretamente o que é o direito real. Doutra parte, a posição clássica, da escola ou da teoria dualista, enquanto tenha pretendido adstringir o perfil do direito real a uma relação entre o sujeito e a coisa, não é aceitável, porque fornece uma explicação que não é compatível com a própria noção de direito, que é uma relação, pelo menos, entre dois sujeitos, i.e., transitiva.”<sup>38</sup>

Ao lado da teoria dualista, estão as teorias unitárias. Pode-se dizer que a teoria unitária realista é aquela que “procura unificar os direitos reais e obrigacionais a partir do critério patrimônio, com a absorção do direito obrigacional pelo real”.<sup>39</sup> Já, em contraposição à teoria realista, a teoria unitária personalista “assimila os direitos reais aos pessoais, sob o fundamento de que não existem fundamentos de essência entre ambos”,<sup>40</sup> isto é, tal teoria não aponta diferenças substanciais entre direitos reais e pessoais.

O entendimento quanto ao sujeito passivo universal é extraído da teoria unitária personalista, a qual, baseada no ensinamento de Kant, preconiza que

---

36. Classificação de: Idem, p. 13-17.

37. ARRUDA ALVIM, José Manoel, op. cit., p. 67.

38. Idem, p. 68.

39. Idem, p. 75.

40. Idem, p. 154.

“não se pode aceitar a instituição de uma relação jurídica entre a pessoa do sujeito e a própria coisa, já que todo direito, correlato obrigatório de um dever, é necessariamente uma relação entre pessoas (...)”, sendo o direito real uma “obrigação passiva universal”.<sup>41</sup>

Feitas essas considerações acerca do contexto em que a matéria está inserida, assim como no que se refere às diferenças que permeiam os direitos reais e pessoais, pode-se seguir com as diferenças pertinentes às garantias reais e pessoais.

### 2.3 *Garantias reais e pessoais*

Com relação às diferenças relacionadas às garantias pessoais ou fidejussórias frente às garantias reais, destaque-se que nas garantias pessoais todo o patrimônio do garantidor, que é pessoa alheia à relação obrigacional principal, responde pela dívida de forma genérica, enquanto que na garantia real, em que é garantidor o próprio devedor principal ou terceiro, o bem é destacado do patrimônio e determinado, sendo devidamente individualizado, de forma a responder preferencialmente pela dívida.

Neste contexto, o bem dado em garantia, em atenção ao direito de prelação, suporta primeiramente a obrigação garantida. Sobre o direito de prelação, Silvio Venosa destaca:

“O bem dado em garantia suportará primeiramente a obrigação contraída. Trata-se do direito de prelação. A regra geral é que o crédito da garantia real prefere o crédito meramente pessoal (art. 961).”<sup>42</sup>

Importante frisar que o direito de prelação não é absoluto, o que será inclusive tratado mais adiante neste trabalho. Neste particular, continua Silvio Venosa:

“Entretanto, já no parágrafo único do art. 759 do velho Código, que estabelecia essa preferência, abria-se exceção ao trabalho do trabalhador rural, que teriam preferência a qualquer outro crédito, referente ao produto da colheita para a qual houvessem concorrido. Como modernamente há outras exceções, a começar pelos créditos trabalhistas e os fiscais, o Código de 2002, no dispositivo equivalente, art. 1.442, parágrafo único, excepciona, de forma geral, ‘as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos’.”<sup>43</sup>

---

41. DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 11.

42. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 534.

43. Idem, ibidem.

A individualização do bem, nos termos acima tratados, é realizada de modo a viabilizar o direito de seqüela que o credor tem sobre o bem, conforme será tratado mais adiante. Tal situação é a chamada *especialização*, sobre a qual frise-se que “vem a ser a pormenorizada enumeração dos elementos que caracterizam a obrigação e o bem dado em garantia”.<sup>44</sup>

No que tange ao tratamento jurídico da garantia, como direito real, justifica Maria Helena Diniz:

“Porque adere imediatamente à coisa, sendo oponível *erga omnes* e provida de seqüela, aperfeiçoando-se após a tradição ou registro; entretanto, apresenta-se como um direito acessório, uma vez que sua existência só se compreende se houver uma relação jurídica obrigacional, cujo resgate pretende assegurar. O débito é o principal e a garantia real, o acessório, seguindo o destino do primeiro, extinguindo-se com a extinção do primeiro.”<sup>45</sup>

Especialmente, sob o ponto de vista econômico, Arruda Alvim descreve a principal característica das garantias reais:

“Do ponto de vista de sua consistência, em relação à obrigação garantida, devemos dizer que essas garantias reais, atreladas a obrigações de caráter pessoal, melhoram a situação do credor em comparação a de outro(s) credor(es), também sem um crédito qualificado, ou mais precisamente de igual calibre, que aquele que tenha garantia real.”<sup>46</sup>

Trata-se de característica inerente ao destaque de determinado bem do patrimônio do devedor (ou de terceiro prestador de garantia), o qual passa a responder pela dívida.

As garantias reais clássicas são aquelas previstas no art. 1.419 do CC/2002 (*in verbis*):

“Nas dívidas garantidas por penhor anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.”

Ainda, como garantia real, há a figura da propriedade fiduciária, que será melhor tratada adiante.

De outro lado, verifica-se em nosso ordenamento como garantia fidejussória a fiança, prevista nos arts. 818 e ss. do CC/2002, e o aval, disposto nos arts. 897 e ss. do CC/2002, assim como no Dec. 2.044, de 31.12.1908 (Lei Uniforme).

---

44. DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 470.

45. Idem, p. 465-466.

46. ARRUDA ALVIM, José Manoel, op. cit., p. 384.

### 3. GARANTIAS REAIS CLÁSSICAS

#### 3.1 Considerações gerais

Como garantias clássicas no direito brasileiro, pode-se apontar: (i) o penhor; (ii) a hipoteca; e (iii) a anticrese, conforme já estabelecido no Código Civil de 1916 (arts. 674 e 755) e presente no atual Diploma (arts. 1.225 e 1.419 do CC/2002).

Ao conceituar os direitos reais de garantia, Maria Helena Diniz traça importantes diferenças com relação a outros direitos reais:

“Fácil é denotar que: (a) nos direitos reais de garantia há vinculação de certo bem do devedor ao pagamento de um débito, sem que o credor possa dele usar e gozar, mesmo quando retém o objeto em seu poder (penhor) e qualquer rendimento deste bem é destinado exclusivamente à liquidação da dívida (anticrese), ao passo que, nos direitos reais de gozo, o seu titular pode usar e fruir das utilidades da coisa, da qual tem posse direta, implicando restrições ao *jus utendi* e *fruendi* do proprietário do bem; (b) os direitos reais de garantia são acessórios, pressupõem sempre a existência de um direito de crédito, a que servem de garantia, enquanto que os de gozo são autônomos; (c) os direitos reais de garantia visam obter certa soma em dinheiro, mediante sua alienação, sendo, portanto, direitos ao valor da coisa; os direitos reais de gozo são direitos à substância do bem, para utilização de suas utilidades ou vantagens, ou, por outras palavras, nos de garantia, o titular só poderá obter a satisfação do débito, por meio do preço ou da renda da coisa dada em garantia e nos de gozo o titular pode usar e utilizar do bem diretamente.”<sup>47</sup>

Feitas essas considerações, passemos à análise das características.

#### 3.2 Características gerais das garantias clássicas

Aquele que é credor de uma garantia real possui um direito real, o qual se adere imediatamente à coisa, sendo oponível *erga omnes* e conferindo o direito de sequência, como apontado por Maria Helena Diniz.<sup>48</sup>

Com relação ao agente, além da capacidade genérica para os atos da vida civil, tem capacidade para prestar garantia real aquele que pode alienar, nos termos do art. 1.420 do CC/2002, não bastando, portanto, ser proprietário. Importante mencionar que o mandatário pode constituir garantia, desde que haja poderes expressos para tanto.

---

47. DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 466.

48. Idem, p. 465-466.

Além disso, o objeto dado em garantia deve estar dentro do comércio.

No que se refere às relações entre cônjuges, é inválida a garantia prestada sem outorga conjugal, a menos que se trate de casamento com regime de separação absoluta de bens (art. 1.647 do CC/2002).<sup>49</sup> Já na relação entre ascendentes e descendentes, pode-se entender que a vedação prevista no art. 496 do CC/2002<sup>50</sup> estende-se à questão da constituição de garantias em favor de um dos descendentes, devendo haver anuência dos demais descendentes, além da autorização do cônjuge.

O sujeito ativo da garantia real é o credor, enquanto que o sujeito passivo podem ser considerados todos que obtêm relação jurídica com a coisa, em virtude da eficácia *erga omnes* (característica de direito real), que é alcançada pelo registro (Cartório de Registro de Imóveis, se bem imóvel, ou Cartório de Registro de Títulos e Documentos, se bem móvel, conforme o caso),<sup>51</sup> o que garante a eficácia com relação a terceiros.

É possível a prestação de garantias por terceiros alheios à obrigação principal,<sup>52</sup> mas, contudo, esta prestação de garantia é mais restrita, na medida em que o terceiro garantidor não é obrigado a reforçar ou substituir a garantia no caso de desvalorização, deterioração ou perecimento da coisa, a menos que se configure eventual culpa, salvo disposição em contrário. Nestes casos, apenas o bem responde pela dívida, devendo eventual valor remanescente ser cobrado do devedor.<sup>53</sup>

O § 1.º do art. 1.420 do CC/2002 prevê que “a propriedade superveniente torna eficaz desde o registro as garantias reais estabelecidas por quem não era dono” (*in verbis*). Ou seja, esta disposição é no sentido de que é possível a convalidação da garantia caso o respectivo prestador tenha apenas a posse, passando a ter a propriedade posteriormente. Entende-se que a aplicabilidade deste dispositivo é restrita ao penhor, não se estendendo à hipoteca e à anticrese, que

---

49. Esta restrição não atinge penhor que tenha por objeto coisas móveis.

50. Diz o art. 496 do CC/2002: “É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido”.

51. Há determinadas garantias sobre bens móveis que devem ser registradas no Cartório de Registro de Imóveis, como é o caso do penhor mercantil e industrial e do penhor rural.

52. Previsão do art. 1.427 do CC/2002.

53. A prestação de garantia por terceiros não é pacífica em se tratando de propriedade fiduciária, conforme se verificará adiante.

necessitam de registro para o nascimento do gravame (não pode ser constituída a garantia unicamente com a posse). Sobre a questão, aponta Silvio Venosa:

“(...) a referência legal do parágrafo do artigo em exame refere-se apenas ao penhor, em que a posse é elemento de publicidade, por se cuidar de coisas móveis. Para a hipoteca ou anticrese, há necessidade de registro eficaz em nome do dono ou enfiteuta para o nascimento do gravame, não havendo como ser constituído unicamente mediante a posse.”<sup>54</sup>

O art. 1.424 do CC/2002 dispõe que para a garantia ter eficácia, os contratos de penhor, hipoteca e anticrese devem conter: (i) o valor do crédito, a sua estimação ou valor máximo; (ii) o prazo fixado para pagamento; (iii) a taxa de juros de houver; (iv) o bem dado em garantia com as suas especificações. Sobre o valor do crédito, importante lição traz Silvio Venosa:

“A lei subordina a eficácia dos contratos à descrição do valor do crédito, sua estimação ou valor máximo. Destarte, sem valor expresso, ainda que meramente estimado, não terá eficácia o negócio. Daí deflui que as obrigações que não tenham valor que nem mesmo possa ser estimado não são passíveis de garantia. O atual código acresce ao dispositivo a dicção ‘valor máximo’. Há dívidas que por sua natureza apresentam valores variáveis, porém para a finalidade de serem dadas em garantia, há necessidade de que se estipule um valor máximo, além do qual a garantia não irá operar. É o que ocorre, por exemplo, na hipoteca que pode gravar a construção de um empreendimento imobiliário. De qualquer modo este valor estimado ou valor máximo deve guardar compatibilidade com a natureza da obrigação, não podendo ser arbitrário, pois, neste caso poder-se-ia estabelecer o vínculo de garantia real autônomo, o que contraria a natureza do instituto.”<sup>55</sup>

Com relação ao prazo, é certo que este não pode ser indeterminado, na medida em que: “cuida-se de direito estrito que onera o patrimônio do titular do bem gravado”<sup>56</sup> e, sem maiores delongas quanto à especificação da taxa de juros e outros eventuais encargos, o bem deve ser detalhadamente especificado, já que especialmente quanto a este ponto, prevalece uma interpretação restrita, sendo eventuais falhas prejudiciais para a eficácia da garantia.

É nulo estabelecer que o credor fique com o bem, na medida em que não há direito ao bem, mas sim ao seu valor, ou seja, é nulo no ordenamento jurídico

---

54. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 542.

55. Idem, p. 508.

56. Idem, p. 536.

brasileiro o pacto comissório. Entretanto, é possível o devedor dar a coisa em pagamento da dívida, após o seu vencimento. É o caso da dação em pagamento (art. 1.428, parágrafo único, do CC/2002).

Para que os direitos reais de garantia tenham eficácia perante terceiros, tendo eficácia *erga omnes*, é imprescindível a (i) especialização: que, como já mencionado, consiste na pormenorizada identificação da obrigação e da coisa objeto de garantia (art. 1.424 do CC/2002);<sup>57</sup> e (ii) a observância à publicidade (confere visibilidade): que ocorre pelo registro e pela tradição (se bem móvel e se aplicável), o aperfeiçoamento das garantias clássicas se dá após a tradição, no caso de bem móvel (art. 1.226 do CC/2002) –, ou registro, em se tratando de bem imóvel (art. 1.227 do CC/2002).<sup>58</sup>

Sobre a especialização, já apontava Pontes de Miranda, quando da análise da origem do instituto:

“O direito romano viu a vinculabilidade dos elementos e do patrimônio; o direito germânico atendeu a que a eficácia real havia de ser a de determinadas coisas, para se evitar a generalidade do gravame empecente da atividade econômica do devedor. Esse princípio de especialidade foi posto em luta com o direito romano, mas prevaleceu.”<sup>59</sup>

Com relação à publicidade, em uma abordagem histórica, entende Pontes de Miranda:

“O ponto fraco, mais grave, do direito romano, a propósito de direitos reais (limitados) de garantia, era a falta de publicidade. Negócios jurídicos de pouca repercussão social e, até, clandestinos, geravam garantia real, com eficácia, portanto, *erga omnes*. Só a partir do ano 469, com a L. 11, C., *qui potiores in pignore habeantur*, 8, 17, se exigiu o instrumento público ou o instrumento particular, com três testemunhas, ao penhor (*pignus publicum*), para se lhe dar preferência.”<sup>60</sup>

---

57. A validade da garantia está relacionada à identificação do objeto da garantia, de modo que só há garantia se houver objeto (dívida, obrigação) a ser garantido.

58. Com relação ao momento do registro e a eventual configuração de fraude à execução, a Corte Especial do STJ aprovou a Súmula 375, a qual determina que o reconhecimento da referida fraude depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente, de forma que o gravame pode ser realizado desde que não haja gravação de penhora (art. 593 do CPC). Tal disposição serve às garantias clássicas e à propriedade fiduciária.

59. PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI, op. cit., p. 41.

60. Idem, p. 7.

A ausência dos requisitos acima não implica necessariamente a nulidade, mas não originará direito real, passando a valer apenas entre as partes e não perante terceiros, não havendo que se falar em eficácia *erga omnes*, de forma que o credor não terá direito de preferência, tendo tão somente um crédito quirografário, em caso de falência, além de estar privado do direito de seqüela e ações reais. Sobre o direito de seqüela, valem algumas palavras de Pontes de Miranda:

“A seqüela é mais do que a executabilidade, porque qualquer credor pode executar os bens que se achem no patrimônio de quem deve. A seqüela permite penhorar-se o que está no patrimônio de quem não deve. O titular do direito de hipoteca tem a pretensão a executar o bem de que se trata, onde quer que se ache e ainda que nada deva ao proprietário (ou enfiteuta) ou possuidor próprio.”<sup>61</sup>

A garantia real permanece enquanto não averbada a sua extinção no registro competente, mas é certo que se a obrigação se extingue, ainda que não feita a averbação de cancelamento, perde a eficácia a garantia real, tendo em vista o seu caráter acessório.

O bem dado em garantia suporta em primeiro a obrigação a ele atrelada, à exceção de outros créditos que tenham preferência em razão de legislação especial, como é o caso da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência), que estabelece prioritariamente créditos trabalhistas, limitados a 150 salários mínimos por credor trabalhista, além dos créditos decorrentes de acidentes do trabalho (art. 83 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência).<sup>62</sup>

Ressalte-se, ainda, que deve ser observado o disposto nos arts. 955 a 965 do CC/2002, artigos estes que tratam de preferências e privilégios creditórios. “Ali são encontradas outras exceções. As custas judiciais de execução da hipoteca e despesas de conservação feitas por terceiros são executadas preferencialmente (art. 963). Os impostos e taxas devidos à Administração também são exceções à regra geral (Dec. 22.886/1933 e Lei 5.172/1966, art. 186)”.<sup>63</sup>

O credor tem o direito de executar a garantia, caso não satisfeita a obrigação (art. 1.422 do CC/2002). Trata-se de modalidade de execução dos bens dados em hipoteca ou penhor, de forma que a coisa seja depositada em juízo, como regra, para alienação. Trata-se, ainda, de título executivo extrajudicial, conforme disposição do art. 585, III, do CPC.

---

61. *Idem*, p. 57.

62. Importante mencionar que o inc. II deste artigo determina que em segundo lugar estão classificados os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado, sendo certo que após este limite, o crédito se torna quirografário.

63. VENOSA, Silvio de Salvo, *op. cit.*, p. 534.

Conforme disposição do art. 1.421 do CC/2002, a garantia permanece em sua integralidade, ainda que haja pagamento parcial, admitindo-se estipulação em sentido diverso.

A lei estabelece situações que levam ao vencimento antecipado da dívida. Os incisos do art. 1.425 do CC/2002 determinam que pode ocorrer tal vencimento: (i) se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir; (ii) se o devedor cair em insolvência ou falir; (iii) se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento – neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata; (iv) se perecer o bem dado em garantia, e não for substituído; e/ou (v) se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor.

Tais características são as questões gerais aplicáveis à matéria, sendo realizada a análise pormenorizada, conforme escopo deste estudo, nos capítulos a seguir.

### 3.3 *Garantias sobre bens móveis que afetam bens imóveis*

Há determinadas garantias que, embora tenham por objeto bens móveis, afetam bens imóveis, na medida em que trazem implicações ao imóvel em que se encontram localizados.

Os casos que merecem a devida atenção são: (i) o penhor agrícola; e (ii) o penhor pecuário, ambos contemplados no Código Civil, nos arts. 1.438 a 1.446, sendo tais garantias tratadas em conjunto como penhor rural.<sup>64</sup>

O penhor rural constitui-se mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição em que estiverem situadas as coisas empenhadas (art. 1.438 do CC/2002).

O prazo de pertinente ao penhor agrícola e ao penhor pecuário somente podem ser convencionados, respectivamente, pelos prazos máximos de 3 e 4 anos, prorrogáveis, uma só vez, até o limite de igual tempo (art. 1.439 do CC/2002).

Nos termos do art. 1.442 do CC/2002, podem ser objeto de penhor agrícola: (i) máquinas e instrumentos de agricultura; (ii) colheitas pendentes, ou em via de formação; (iii) frutos acondicionados ou armazenados; (iv) lenha cortada e carvão vegetal; e (v) animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola.

---

64. Há uma série de leis e normas que tratam de tais garantias de forma esparsa, mas este estudo tratará da questão apenas no âmbito do Código Civil.

Já o penhor pecuário recai sobre os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de laticínios (art. 1.444 do CC/2002).

É interessante que em tais penhores, há semelhança com a hipoteca, na medida em que o bem permanece em posse do devedor (mesmo porque fazem parte da sua cadeia de produção). Neste sentido manifesta-se Silvio Venosa:

“O penhor rural aproxima-se da hipoteca, pois a coisa empenhada não sai da esfera da posse do devedor. Trata-se de instituto que objetiva facilitar a produção rural, no que foi seguido pelo penhor industrial. Também nada obsta que no penhor mercantil a coisa empenhada permaneça com o comerciante, se assim for convencionado.”<sup>65</sup>

Em caso de imóvel hipotecado, se o prédio estiver hipotecado, o penhor rural poderá constituir-se independentemente da anuência do credor hipotecário, mas não lhe prejudica o direito de preferência, nem restringe a extensão da hipoteca, ao ser executada (art. 1.440 do CC/2002).

Outra garantia que merece a devida atenção é o penhor mercantil ou industrial, o qual recai sobre máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos, instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; animais, utilizados na indústria; sal e bens destinados à exploração das salinas; produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados; assim como matérias-primas e produtos industrializados (art. 1.447 do CC/2002).

Constitui-se o penhor industrial, ou o mercantil, mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição onde estiverem situadas as coisas empenhadas.

O marco interessante dessas garantias, além de assemelharem-se à hipoteca, como acima mencionado, é o fato de serem registradas em Cartório de Registro de Imóveis, assim como o fato de, de certa forma, restringirem a utilidade do imóvel em que se encontram os bens dados em garantia, na medida em que há anotação na respectiva matrícula, assim como o próprio uso e gozo do imóvel ficam condicionados ao estado de referida garantia.

#### 3.4 *Patrimônio de afetação: considerações gerais*

Em se tratando de garantias imobiliárias, importantes algumas considerações sobre o conceito de patrimônio de afetação presente em algumas normas brasileiras. A ideia deste instituto refere-se à segregação de patrimônio em função de determinada finalidade, apartando-se referido patrimônio dos demais bens de um mesmo patrimônio, assim, evitando-se a comunicabilidade de tais bens.

---

65. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 562.

Pode-se dizer que o conceito foi inicialmente normatizado pela Lei 4.728/1965, a qual dispôs, entre outras matérias, sobre a constituição de fundos de investimentos. De forma superficial, os arts. 49 e 50 da referida lei fazem referência à segregação da contabilidade de fundos, o que coube ao Conselho Monetário Nacional regulamentar.

De modo mais explícito, a Lei 8.668/1993 (fundos de investimento imobiliário), dispôs sobre a possibilidade dos bens imóveis, objeto do investimento do fundo, serem adquiridos diretamente pela instituição administradora, mas em caráter fiduciário, permanecendo esses bens afetados à finalidade do fundo.<sup>66</sup>

O conceito veio a ser consagrado em nosso ordenamento em 2004, com a Lei 10.931/2004, a qual alterou a Lei 4.591/1964 (que dispõe sobre condomínio em edificações e incorporações imobiliárias), para dispor nos arts. 31-A a 31-F acerca do patrimônio de afetação. O art. 31-A prevê o que segue:

“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.”

O patrimônio de afetação, nos termos desta lei, pode ser considerado como uma forma de resguardar o terreno em que será realizado o empreendimento, assim como as respectivas acessões e demais bens e direitos, sendo estes destacados do patrimônio do incorporador, com o objetivo, ao final, de garantir a entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes, assim, viabilizando-se a função social deste tipo contratual.

Este dispositivo, embora se trate de uma faculdade ao incorporador, visa proteger os adquirentes dos imóveis oriundos da incorporação. Conforme entendimento de Melhim Chalhuh:

“Ora, a afetação da incorporação imobiliária é instrumento de proteção da economia popular, pois um de seus propósitos basilares é disciplinar a captação de recursos que é realizada por meio de venda antecipada de unidades imobiliárias em construção.”<sup>67</sup>

Sobre a facultatividade do incorporador, há grande discussão doutrinária, na medida em que há entendimentos de que deveria ser uma obrigatoriedade e não mera opção.

---

66. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 93.

67. CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 95.

“E, em suma, um caso estranhíssimo em que o devedor (incorporador) é quem decide se constituirá ou não garantia patrimonial ao seu credor (adquirente), algo tão inadmissível quanto deixar a critério do incorporador a faculdade de constituir ou não constituir garantia do cumprimento de suas obrigações decorrentes do financiamento da construção.”<sup>68</sup>

Em contrapartida à constituição do patrimônio de afetação, nos termos da Lei 4.591/1964, o incorporador se sujeita a um regime especial de tributação.

A relevância do patrimônio de afetação ora tratado para o escopo deste estudo é o fato de caracterizar-se como uma garantia aos credores do incorporador, no caso os adquirentes. Nesta linha, entende Melhim Chalhub:

“Vindo o incorporador a instituir o regime da afetação para determinada incorporação, seu acervo passará a constituir um núcleo patrimonial destacado dentro do patrimônio do incorporador, com ativo e passivo próprios, formados pelos bens, direitos e obrigações com os quais tiver sido originalmente constituído, assim como pelos bens, direitos e obrigações que, ao longo do desenvolvimento do negócio forem se incorporando àquele acervo inicial, isto é, as acessões que vierem a ser erigidas, os equipamentos que vierem a ser adquiridos, os créditos oriundos das vendas das unidades, os débitos relativos a material e mão de obra, os débitos tributários etc.”<sup>69</sup>

Em caso de falência do incorporador, os respectivos efeitos não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal, o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação, assim sendo o patrimônio garantido em prol do empreendimento e dos adquirentes (art. 31-F da Lei 4.591/1964). Com efeito, se o incorporador vier a falir, o empreendimento não será arrecadado à massa, mas passará a ser administrado diretamente pelos adquirentes.<sup>70</sup>

Guarda a afetação ora tratada algumas semelhanças com a propriedade fiduciária, que é objeto do próximo capítulo. Com efeito, a afetação, conforme entendimentos de Melhim Chalhub, é ônus que vincula determinado bem ou patrimônio para determinada finalidade. É o que ocorre também na propriedade fiduciária, a qual recai sobre determinado bem, afetando-o e vinculando-o para a garantia, investimento ou outra destinação legalmente admitida.<sup>71</sup>

---

68. Idem, p. 94.

69. Idem, *ibidem*.

70. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário* cit., p. 95.

71. Idem, p. 99.

## 4. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA: ALIENAÇÃO E CESSÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

### 4.1 *Considerações gerais*

A criação do instituto está intimamente ligada à necessidade de existir uma garantia mais eficiente do ponto de vista da recuperação do crédito, assim permitindo o maior acesso ao crédito, o barateamento de encargos ligados aos empréstimos disponíveis no mercado, a expansão do Sistema Financeiro Nacional e, em última análise, a viabilização de um maior desenvolvimento econômico. Neste sentido, entende Silvio Venosa, ao afirmar que:

“O instituto, tal como descrito em nossa lei, agora tanto para móveis, como para imóveis, tem por finalidade primordial propiciar maior facilidade ao consumidor na aquisição de bens, e garantia mais eficazes ao financiador, protegido pela propriedade resolúvel da coisa financiada enquanto não paga a dívida, propiciando-lhe o legislador instrumentos processuais eficientes. Como apontado pela MP (Medida Provisória 221/2004, convertida na Lei 11.076/2004), foi substancialmente ampliado o alcance da alienação fiduciária de imóveis, transformada em outra modalidade geral de garantia.”<sup>72</sup>

Neste contexto, salientado por Silvio Venosa, o instituto surgiu por meio da alienação fiduciária em garantia prevista no art. 66 da Lei 4.728, de 14.07.1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Tal instituto e os contornos que este ganha na legislação brasileira serão mais bem abordados adiante.

Para o escopo deste capítulo, é importante salientar que este tipo de garantia é caracterizado pela transferência da propriedade da coisa objeto da garantia para o credor, que passa a ter a propriedade resolúvel da coisa, deixando esta de estar disponível no patrimônio do devedor, até que ocorra o adimplemento da obrigação. Assim, observa-se que, diferentemente das outras garantias reais (hipoteca, penhor e anticrese), em que o credor tem direito real sobre coisa alheia, aqui há direito real sobre coisa própria. Importante ressaltar que o credor não possui a propriedade plena, tendo apenas a propriedade resolúvel.

### 4.2 *História e características gerais*

Com relação aos aspectos históricos que envolvem a matéria, a alienação fiduciária em garantia, que é a modalidade introduzida pela Lei 4.728/1965, surgiu por meio do Projeto de Lei 2.732/1965 (Câmara dos Deputados), o

---

72. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 385.

qual, todavia, inicialmente, não previa a garantia tratada. No Senado, quando o projeto ganhou o n. 104/65, o texto foi emendado para prever a garantia de alienação fiduciária, conforme sugestão do então Senador Daniel Krieger.<sup>73</sup>

Sobre a inspiração do instituto, quando da sua proposta, salienta Moreira Alves:

“(...) os idealizadores da alienação fiduciária em garantia se inspiraram – segundo suas próprias declarações – em instituto do direito anglo-saxônico (o *trust receipt*), muito utilizado na prática bancária dos países de origem inglesa, principalmente do comércio de exportação e de importação; e um deles – George Siqueira – chega a afirmar que, através da alienação fiduciária em garantia, se incorpora em nosso sistema jurídico o instituto do negócio fiduciário, num retorno às fontes romanas.”<sup>74</sup>

Com relação ao acima mencionado negócio fiduciário, tal instituto surgiu no “final do século XIX, a partir da construção doutrinária de juristas alemães, pela qual se utiliza a transmissão do direito de propriedade com escopo de garantia, a exemplo do que já ocorrera com a fidúcia romana e com o penhor da propriedade do direito germânico”.<sup>75</sup> O seu conceito é muito bem estruturado por Melhim Chalhub:

“Entende-se por negócio fiduciário o negócio jurídico inominado pelo qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade de uma coisa ou a titularidade de um direito a outra (fiduciário), que se obriga a dar-lhe determinada destinação e, cumprido este encargo, retransmitir a coisa ou direito ao fiduciante ou a um beneficiário indicado no pacto fiduciário.”<sup>76</sup>

É certo que o negócio fiduciário, tal como conceituado acima, não existe em nosso ordenamento jurídico positivado, mas, contudo, é admitida a sua realização no mundo dos negócios, como negócio inominado e atípico, não se confundindo, portanto, com a alienação fiduciária em garantia.

Já o *trust* originou-se na Inglaterra, a partir da Idade Média, e configura-se “pela entrega de certos bens a uma pessoa, para que deles faça uso conforme determinado encargo que lhe tenha sido cometido, repousando esse conceito na confiança daquele que recebe os bens”.<sup>77</sup>

---

73. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 8.

74. *Idem*, p. 21.

75. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário* cit., p. 35.

76. *Idem*, p. 32.

77. *Idem*, p. 18.

Embora os idealizadores da alienação fiduciária em garantia tenham sugerido que tal instituto teria sido inspirado no *trust receipt*, acima mencionado, Moreira Alves entende que “não se confunde a alienação fiduciária com o *trust receipt*”.<sup>78</sup>

Nas palavras de Moreira Alves, o *trust receipt*, nesta concepção oriunda do *trust*, provavelmente, é originário dos Estados Unidos da América e caracteriza-se por viabilizar o financiamento da compra de mercadorias com a participação, além do vendedor e do comprador, de um financiador. Em linhas gerais, a mercadoria do vendedor da relação jurídica passa para a propriedade do financiador, que a entrega ao comprador (tomador do crédito), mediante a emissão de um documento denominado *trust receipt*, no qual se declara que o comprador possui em nome do financiador a mercadoria adquirida, a qual será posteriormente alienada pelo comprador para o pagamento do financiamento.<sup>79</sup>

Sobre as diferenças entre tais institutos, aponta Moreira Alves:

“a) o fim precípua do *trust receipt* é permitir ao vendedor que venda a mercadoria diretamente ou em nome do financiador (que geralmente estipula o preço mínimo da venda) a terceiro a fim de obter os recursos necessários para saldar seu débito; ao passo que, na alienação fiduciária em garantia, essa venda – que deve ser realizada pelo credor, caso a dívida não seja paga – é vedada ao devedor, que, se a fizer, responderá por crime de estelionato; e (b) no *trust receipt*, ao contrário do que ocorre na alienação fiduciária em garantia, o banco pode recuperar as garantias em poder, *in trust* (em confiança), do devedor, por força – como observa Angeloni – da cláusula ‘the bank may at any time cancel this trust and take possession of said goods’.”

Ademais, em rigor, no *trust receipt* a propriedade do credor não é, como sucede na alienação fiduciária em garantia, resolutiva, verificando-se a condição com o pagamento da dívida e retornando ao devedor, automaticamente, o domínio da mercadoria.<sup>80</sup>

Outro instituto que melhor se assemelha à alienação fiduciária em garantia é o *chattel mortgage* (hipoteca imobiliária), que tem origem no antigo penhor de propriedade dos povos germânicos.<sup>81</sup> Tal instituto, o qual recai sobre coisas

---

78. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária...* cit., p. 31.

79. Idem, p. 32.

80. Idem, p. 34.

81. Sobre o penhor da propriedade do direito germânico, este se caracterizava especialmente pela transferência do devedor ao credor de propriedade da coisa, na qual se

móveis, guarda similaridade com o *mortgage* clássico sobre imóveis, no qual se transferia a propriedade do imóvel sob condição resolutiva, ao credor.<sup>82</sup>

Sobre esta garantia (*chattel mortgage*), leciona Moreira Alves:

“(...) a propriedade legal da coisa móvel é transferida ao credor (*mortgage*) mediante um *bill of sale* (ato de venda) que – devidamente atestado por uma testemunha digna de fé – deve ser, sob pena de nulidade, dentro de sete dias, a contar da data da assinatura, inscrito, na Inglaterra no Bill of Sale Department da Suprema Corte e, em alguns Estados Norte-americanos, que exigem a inscrição, em registros especiais. O devedor (*mortgagor*) fica, porém, com a propriedade substancial (*equity property*)<sup>83</sup> e a posse da coisa, e, se pagar o débito, recupera a propriedade legal dela; caso contrário, o credor, pelo direito comum (*common law*), se torna proprietário pleno da coisa.”<sup>84</sup>

Posto isso, verifica-se que, embora seja possível assemelhar a alienação fiduciária em garantia, tal como introduzida pela Lei 4.728/1965, com outros institutos pretéritos, esta guarda características muito próprias do direito brasileiro. Neste sentido, vale mais uma passagem de Moreira Alves, ao concluir alguns de seus entendimentos sobre este assunto:

“Em conclusão, verifica-se que a alienação fiduciária em garantia, negócio jurídico típico que é, não se enquadra entre os negócios fiduciários propriamente ditos, diferenciando-se, também, dos negócios fiduciários do tipo germânico, e; ainda que apresente semelhanças com o *trust receipt* e vários pontos de contato com o *chattel mortgage*, é instituto próprio do direito brasileiro, em cujo sistema – do qual a primeira vista, parece aberrar – se ajusta dogmatica-

---

estabelecia um pacto adjeto que tornava condicional aquela transmissão. Assim, “a venda pela forma habitual denominada *carta venditionis* era vinculada a um pacto de restituição da coisa, firmado por um outro documento denominado *contracarta*”. Trecho extraído de CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário* cit., p. 14.

82. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária...* cit., p. 35-36.

83. O termo propriedade substancial depreende-se do desdobramento da propriedade admitido no direito anglo-saxônico, ao contrário dos ordenamentos de origem romana. “Com efeito, ao constituir-se o *mortgage*, o devedor transfere ao credor a propriedade legal da coisa (*legal property, legal estate*), que é juridicamente prevalente, mas fica com a propriedade substancial ou equitativa (*equity property, equitable estate*), protegido pela *Equity*. Portanto, o que é característico do direito anglo-saxônico –, credor e devedor têm direitos de propriedade diversos sobre a mesma coisa”. Trecho extraído de MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária...* cit., p. 39.

84. *Idem*, p. 36-37.

mente, já prestando amplo benefício como instrumento jurídico adequado à segurança do crédito.”<sup>85</sup>

Além da questão histórica acima abordada, este capítulo tem por objetivo tratar de algumas das características gerais da propriedade fiduciária, contextualizando a sua função no ordenamento vigente e destacando algumas diferenças com relação às garantias clássicas.

Dentre as principais características, que diferenciam esta garantia das garantias clássicas, é de rigor apontar: (i) a execução da garantia é, como regra, extrajudicial, promovida pelo credor; (ii) ao contrário do que ocorre com a hipoteca e o penhor, não há propriedade fiduciária de 2.º grau (este ponto será tratado adiante); (iii) é vedado o pacto comissório, tal qual ocorre com as garantias clássicas, mas o art. 1.365, parágrafo único, do CC/2002 prevê que (*in verbis*): “o devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, se a dívida não for paga no seu vencimento”; (iv) o crédito pode ser considerado como extraconcursal, no que diz com efeitos da recuperação de empresas e da falência; e (v) ao contrário do que vigora para as garantias clássicas (art. 1.427 do CC/2002), a possibilidade de haver terceiro garantidor em se tratando deste tipo de garantia não é pacífica.

Muito embora a lei seja omissa quanto à possibilidade de terceiro, alheio à obrigação principal, prestar este tipo de garantia, os entendimentos jurisprudenciais têm demonstrado que a propriedade fiduciária pressupõe onerosidade, isto é, contraprestação em troca da garantia, de forma que o fiduciante teria que ser devedor. Neste sentido é o seguinte julgado do STJ:

“Recurso especial. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária em garantia. Contrato de mútuo. Aditamentos posteriores sem a intervenção da garantidora. A alienação fiduciária caracteriza-se pela onerosidade, uma vez que o contrato proporcionado instrumento creditício ao alienante e assecuratório ao adquirente. Logo, inexistindo a indispensável onerosidade no negócio jurídico entabulado entre as partes (banco e garante), outro não poderia ser o entendimento que não o do desvirtuamento da alienação fiduciária. Rever a decisão recorrida em relação à natureza da garantia prestada importaria necessariamente no reexame de provas e na interpretação contratual, o que é defeso nesta fase recursal, incidindo o óbice contido nos enunciados sumulares 5 e 7 desta Corte Superior. Ademais, ocorrendo novação contratual, como no caso dos autos, extingue-se a garantia firmada em relação ao contrato original. Recurso especial não conhecido.”<sup>86</sup>

85. *Idem*, p. 45.

86. STJ, REsp 866.300, j. 15.10.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro no Cartório de Títulos e Documentos (no caso de veículos, na repartição competente, com anotação no documento do veículo – art. 1.361, § 1.º, do CC/2002 e, no caso de imóvel no Cartório de Registro de Imóveis), estabelecendo-se assim o direito real de propriedade, desdobrando-se a posse em direta, para o devedor (que deve guardar/utilizar a coisa com os cuidados de depositário), e indireta, para o credor, como regra.

#### 4.3 *Propriedade fiduciária: alienação fiduciária de bens móveis fungíveis e infungíveis e cessão fiduciária de títulos e direitos*

A propriedade fiduciária de coisa móvel infungível é disciplinada pelo Código Civil, nos arts. 1.361 a 1.368-A. Conforme disposição legal, este capítulo do Código Civil trata apenas da propriedade fiduciária, quando o objeto é coisa móvel infungível e quando não houver disciplina em lei específica. Assim, os princípios do Código Civil têm aplicação supletiva e secundária no caso do instituto ser aplicável nos termos da legislação especial.

Sobre a introdução da matéria no Código Civil de 2002, tal diploma deu contornos gerais à matéria, a qual restou consagrada no direito privado brasileiro. Importante frisar que a garantia é a chamada propriedade fiduciária, sendo a chamada alienação ou a cessão fiduciária em garantia o ato de alienar em si, que é negócio contratual. Ou seja, “trata-se de instrumento, negócio jurídico, que almeja a garantia fiduciária, esta sim direito real”.<sup>87</sup> Sobre esta distinção, já alertava Moreira Alves:

“Portanto, como ocorre no sistema jurídico brasileiro com as garantias reais até então conhecidas, há, de um lado, o contrato que serve de título a ela (contrato de penhor, contrato de hipoteca, contrato de anticrese, alienação fiduciária em garantia) e, de outro, a garantia real cujo título é um desses contratos (o penhor, a hipoteca, a anticrese, a propriedade fiduciária).”<sup>88</sup>

A alienação fiduciária celebrada no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários é disciplinada pela Lei 4.728/1965, que trata do mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, alterada pelo Dec.-lei 911/1969<sup>89</sup> e pela

---

87. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 412.

88. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária...* cit., p. 41.

89. Esta norma também estabelece procedimentos de execução da garantia, sendo prevista a busca e apreensão do bem. É aplicável somente ao instituto disciplinado pela Lei 4.728/1965.

Lei 10.931/2004. Com relação à garantia em comento, esta norma trata dos seguintes assuntos, no âmbito do mercado financeiro e de capitais: (i) alienação fiduciária de coisa móvel; e (ii) cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e títulos de crédito.

Entende-se que se pode valer da alienação fiduciária, nos termos da Lei 4.728/1965, qualquer instituição financeira ou assemelhada. Importante mencionar que é admissível negócio de outra natureza, que não se sujeite a esta lei, por particulares não instituições financeiras, nos termos do Código Civil. Todavia, neste caso, os procedimentos de execução da garantia da lei especial, como a busca e apreensão prevista pelo Dec.-lei 911/1969, não seriam aplicáveis. Neste particular, “se o proprietário fiduciário não foi instituição financeira, deverá valer-se dos meios processuais ordinários, não podendo se utilizar da ação de busca e apreensão, mas, a nosso ver, não se lhe frustra a ação de depósito, pois o art. 1.363 é expresso a este respeito”.<sup>90</sup>

Ainda sobre o objeto passível de propriedade fiduciária, é admissível que a garantia recaia sobre coisa futura, ainda não pertencente ao devedor (art. 1.361, § 3.º, do CC/2002).

Os requisitos para a constituição da garantia, nos termos da Lei 4.728/1965, são: (i) aqueles definidos pelo Código Civil; (ii) taxa de juros; (iii) cláusula penal; (iv) índice de atualização monetária; e (v) demais comissões e encargos.

No âmbito do mercado financeiro e de capitais, se o bem garantido não se identifica por números, marcas ou sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontrem em poder do devedor (art. 66-B, § 1.º, da Lei 4.728/1965).

No que se refere à posse, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta da coisa ficam com o credor (art. 66-B, § 3.º, da Lei 4.728/1965). No caso de posse direta do devedor, é certo que este pode se valer dos interditos possessórios, inclusive contra o próprio credor, se cabível e legítima a sua manutenção na posse (art. 1.361, § 2.º, do CC/2002).

Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária, tratadas na Lei 4.728/1965, os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 do CC/2002 e não se aplica o art. 644 deste diploma.

---

90. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 420.

As dificuldades práticas colocadas no tocante aos bens fungíveis tornam a matéria espinhosa na doutrina e na jurisprudência, que já se posicionou pela impossibilidade, inclusive, no tocante a estoques do devedor e bens destinados a indústria, que sejam parte da cadeia produtiva, visto que a destinação destes é serem utilizados e consumidos no próprio processo de produção ou comercializados a terceiros na própria atividade regularmente exercida pela prestadora de garantia.<sup>91</sup> Em que pesem tais entendimentos, com o advento da Lei 10.931/2004, que prevê a possibilidade de alienação fiduciária de bem fungível expressamente, há posicionamento quanto à possibilidade.<sup>92</sup>

A questão de ordem prática que torna a matéria extremamente relevante sob o ponto de vista comparativo com relação às garantias clássicas refere-se à eventual inadimplimento. Neste particular, é relevante mencionar que na hipótese de recuperação judicial, exclui-se do plano os créditos garantidos por alienação ou cessão fiduciária, assim como no caso de falência, a execução da garantia é feita de forma *extraconcursal*, não sendo necessária a habilitação na massa falida.

Em caso de inadimplimento ou mora da obrigação garantida, o credor poderá vender a terceiros o bem independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida

judicial ou extrajudicial,<sup>93</sup> devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada (art. 66, § 3.º, da Lei 4.728/1965 e art. 2.º do Dec.-lei 911/1969, assim como art. 1.365 do CC/2002). Caso a coisa não se encontre em poder do credor, pode-se tomar as seguintes medidas, se aplicável, como já abordado, conforme disposto no Dec.-lei 911/1969 (*in verbis*):

“O proprietário fiduciário, ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplimento do devedor” (art. 3.º do Dec.-lei 911/1969).

---

91. Nesse sentido: STJ, REsp 194.731, j. 27.04.1999, rel. Min. Barros Monteiro; REsp 324.190, j. 09.10.2001, rel. Min. Rui Rosado de Aguiar e REsp 346.240, j. 30.08.2002, rel. Min. Nancy Andrichi.

92. Nesse sentido: TJSP, AgIn 990.10.005043-5, j. 01.06.2010, rel. Des. Romeu Ricupero e AgIn 990.09.363923-8, j. 28.04.2010, rel. Des. Vianna Cotrim.

93. Esse procedimento extrajudicial de execução da garantia está sob discussão quanto à constitucionalidade, conforme se abordará em capítulo próprio mais adiante.

“Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil” (art. 4.º do Dec.-lei 911/1969).

“Se o credor preferir recorrer à ação executiva ou, se for o caso ao executivo fiscal, serão penhorados, a critério do autor da ação, bens do devedor quantos bastem para assegurar a execução” (art. 5.º do Dec.-lei 911/1969).

É assegurado ao devedor discutir os termos e os valores apurados na venda. Sobre a venda extrajudicial dos bens objeto da garantia e o acesso à justiça, tal ponto será abordado em capítulo próprio.

No tocante à cessão fiduciária, aplicam-se os arts. 18 a 20 da Lei 9.514/1997 (que disciplina o Sistema de Financiamento Imobiliário). Sobre isso, o contrato deverá dispor também sobre: (i) o total da dívida ou sua estimativa; (ii) o local, a data e a forma de pagamento; e (iii) a taxa de juros; a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

Ao credor (cessionário) fiduciário compete o direito de: (i) conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente; (ii) promover a intimação dos devedores para que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária; (iii) usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel; e (iv) receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.

Eventuais importâncias recebidas pelo credor, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão fiduciária, até a final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que é devido. Se as importâncias recebidas não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, bem como das despesas de cobrança e de administração daqueles créditos, o devedor continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convencionadas no contrato.

No caso de recuperação judicial, ressalte-se o disposto no art. 49, § 3.º, da Lei 11.101/2005, o qual exclui da recuperação judicial os créditos com garantia de propriedade fiduciária (*in verbis*):

“Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente

vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4.º do art. 6.º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.”

Com efeito, esta exclusão assegurada por lei, em se tratando de recuperação da empresa, é controversa, na medida em que referida previsão acabaria por inviabilizar a recuperação da empresa.

Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente, assim como no caso de bens corpóreos/móveis, é assegurado ao credor solicitar perante a massa falida a restituição do bem alienado (art. 7.º do Dec.-lei 911/1969 e art. 85 da Lei 11.101/2005). Nesta linha, considera-se o crédito garantido com alienação/cessão fiduciária como *extraconcursal*, no tocante à classificação dos créditos no caso de falência, sendo o pagamento realizado antes de qualquer um presente na classificação de créditos estabelecida em lei, na medida em que cabe a restituição da coisa, conforme acima mencionado. Eventual saldo devedor remanescente deverá ser habilitado na massa falida, como crédito quirografário.

Em caso de falência do credor, o devedor pode resolver a dívida junto à massa falida, passando a ter a propriedade da coisa.

## 5. A ATIVIDADE BANCÁRIA

### 5.1 Considerações gerais e relevância do tema

O desenvolvimento do comércio pressupõe um sistema jurídico estável que estimule a troca de mercadorias e serviços. Neste cenário, o papel desempenhado pelas empresas é de imensa relevância para a prosperidade de qualquer sociedade, sendo a compreensão de sua evolução pressuposto para o estudo científico jurídico, uma vez que é o ordenamento jurídico que sustenta a existência das múltiplas instituições, que definem e norteiam as relações intersubjetivas e o mercado.

A constante evolução das trocas dentro de uma sociedade, fomentando o comércio primitivo, o qual se tornou um arcabouço complexo de relações en-

tre pessoas e empresas, gerando riqueza, poupança popular e, cada vez mais, a necessidade de um intermediador de recursos, seja do ponto de vista dos poupadores, seja dos investidores, empreendedores, ou, ainda, daqueles que necessitam de crédito, fez com que surgisse a figura da instituição financeira, que, na visão de Nelson Abrão, ao citar Giacomo Molle, se desenvolveu passando de mera “cobrança, pagamento e câmbio para intermediária de crédito, chegando-se assim ao banco moderno, cuja função essencial é tomar a crédito dos depositantes os fundos monetários por esses poupados para distribuí-los a crédito aos seus clientes”.<sup>94</sup>

A introdução da figura da instituição financeira, ainda nos primórdios da sociedade, quando já se fazia o depósito de moeda ou valores, possibilitou o desenvolvimento do mercado financeiro, chegando-se ao conceito atual de instituição financeira, a qual pode ser pessoa jurídica pública ou privada que tenha como (*in verbis*) “atividade principal a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros” (conforme art. 17 da Lei 4.595/1964).

Em linhas gerais, os bancos têm por objetivo realizar a mobilização do crédito, por meio do recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias em seu próprio nome aos que necessitam de capital.<sup>95</sup> Além disso, atualmente os bancos fazem muito mais, na medida em que viabilizam pagamentos, arrecadam tributos, pagam benefícios, prestam serviços, entre outros.

Em um contexto em que as instituições financeiras exercem um papel tão fundamental na economia, estas passaram a ser extremamente reguladas pelos Estados, por meio de entidades fiscalizadoras e regulamentadoras, como é o caso do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil. Sobre a relevância do tema, a própria lei regulamentadora do setor destaca:

“Art. 2.º Fica extinto o Conselho da atual Superintendência da Moeda e do Crédito, e criado em substituição, o Conselho Monetário Nacional, com a finalidade de formular a política da moeda e do crédito como previsto nesta lei, *objetivando o progresso econômico e social do País*” (destaque nosso).

E ainda na mesma linha:

---

94. MOLLE, Giacomo apud ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 46.

95. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 374.

“Art. 3.º A política do Conselho Monetário Nacional objetivará:

I – Adaptar o volume dos meios de pagamento às reais necessidades da economia nacional e seu processo de desenvolvimento;

II – Regular o valor interno da moeda, para tanto *prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários de origem interna ou externa, as depressões econômicas e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais*;

III – *Regular o valor externo da moeda e o equilíbrio no balanço de pagamento do País, tendo em vista a melhor utilização dos recursos em moeda estrangeira*;

IV – Orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras, quer públicas, quer privadas; tendo em vista *propiciar, nas diferentes regiões do País, condições favoráveis ao desenvolvimento harmônico da economia nacional*;

V – *Propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros, com vistas à maior eficiência do sistema de pagamentos e de mobilização de recursos*;

VI – *Zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras*;

VII – *Coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa*” (destaques nossos).

Com efeito, tais passagens enfatizam a importância do tema, seja do ponto de vista econômico, seja sob o aspecto social. E não seria para menos, na medida em que há a necessidade de proteção da poupança popular.

Assim, Eduardo Salomão Neto aponta:

“Assim sendo, os diversos sistemas legislativos têm a tendência de separar as atividades de intermediação de recursos consideradas sensíveis, e defini-las com a precisão necessária.”<sup>96</sup>

Nesta esteira, a atividade bancária no Brasil é atividade privativa das instituições financeiras devidamente autorizadas a funcionar pelo poder público.

Nelson Abrão, ao se deparar com a necessidade de conceituar o ramo do direito que estuda as instituições financeiras, preceitua que se trata de:

“Ramo do Direito Empresarial, incrustado no segmento do Direito Privado, pela qualidade das partes, cujas relações regula, o Direito Bancário, impregna-se de acentuada conotação pública, dada a importante repercussão, no interesse coletivo do exercício da atividade bancária, atualmente sob controle estatal.”<sup>97</sup>

96. SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1.

97. ABRÃO, Nelson, op. cit., 2010. p. 31.

E, reconhecendo a importância do setor, continua Nelson Abrão:

“Regulando, fundamentalmente, o direito bancário à atividade praticada pelos bancos, sua relevância decorre naturalmente dos reflexos daquela na comunidade socioeconômica.”<sup>98</sup>

Feitas essas considerações acerca da atividade bancária, a qual no Brasil organiza-se sob a forma de Sistema Financeiro Nacional, nos termos da Lei 4.595/1964, a importância do tema para os fins do presente estudo concentra-se na relevância das atividades financeiras para o desenvolvimento econômico do país e como as garantias podem contribuir para a sustentabilidade deste sistema.

Sobre esta fundamental função econômica, Fran Martins destaca:

“Exercem os bancos, indiscutivelmente, importante função econômica, mobilizando o crédito em benefício do desenvolvimento da atividade empresarial.”<sup>99</sup>

Para o sistema financeiro manter-se saudável e seguir emprestando e ofertando capital para o setor empresarial e para os consumidores, é necessário que o crédito seja acompanhado de garantias fortes, eficazes e que tornem as operações seguras o suficiente para dar sustância ao sistema. Daí a importância da atividade bancária para a economia e o desenvolvimento do país, o que depende de empréstimos sustentáveis e acompanhados pela sólida possibilidade de adimplência, o que pode ser conferido pelas garantias, especialmente, as reais objeto desta análise.

## 5.2 *O Sistema Financeiro de Habitação e o Sistema de Financiamento Imobiliário*

O Sistema Financeiro de Habitação (SFH) foi instituído pela Lei 4.380/1964, a qual visava estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda (art. 1.º da Lei 4.380/1964), sob orientação e coordenação do Banco Nacional da Habitação (BNH).

O BNH, entre outras funções, controlava o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), “este destinado a operar segundo condições de livre mercado, sendo integrado por sociedades de crédito imobiliário e associações de poupança e empréstimo operando na captação e na aplicação de recursos,

---

98. Idem, p. 39.

99. MARTINS, Fran, op. cit., p. 374.

especialmente mediante colocação de letras imobiliárias e captação de depósitos de poupança”.<sup>100</sup>

As operações típicas no âmbito do SFH são o empréstimo ou o financiamento com garantia real, com reajuste monetário do saldo devedor e das parcelas de amortização e juros e seguro (morte e invalidez permanente, danos físicos no imóvel).<sup>101</sup>

Com o Dec.-lei 2.291/1986, o BNH foi extinto e as suas funções foram transferidas para o Banco Central do Brasil.

As operações em tal sistema, a partir de então, foram reduzidas de modo significativo. Sobre isso, destaca Melhim Chalhub:

“Em razão de problemas conjunturais verificados desde a extinção do BNH, além de outros fatores, entre eles sucessivas alterações de comando da questão habitacional, mas, sobretudo, em razão da ausência de uma política habitacional, as operações do setor reduziram-se significativamente.”<sup>102</sup>

Com tais problemas, foram realizados estudos a fim de alterar o sistema então vigente, sendo traçadas as linhas de uma nova política habitacional, na qual haveria a separação entre as operações de mercado e os programas habitacionais de interesse social.<sup>103</sup>

Neste contexto, ao contrário do Sistema Financeiro da Habitação, que, como dito, foi criado em um contexto social, com participação estatal e com o escopo muito mais voltado à habitação e à moradia, a Lei 9.514, de 20.11.1997 foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com um objetivo diferente, instituindo o Sistema de Financiamento Imobiliário.

Com efeito, referida lei veio com a pretensão de desenvolver a economia, viabilizando a circulação de riquezas, na medida em que implementou um sistema para o financiamento imobiliário não destinado somente a imóveis para moradia, mas quaisquer imóveis, assim aplicando-se à construção civil de forma geral. Além disso, a lei trouxe a possibilidade de circulação de títulos lastreados em tal mercado imobiliário, com o objetivo de desenvolver o mercado de capitais no setor, assim como uma nova modalidade de garantia imobiliária, que favorece o dinamismo do mercado empresarial e financeiro, como se verá adiante.

---

100. CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária* cit., p. 266.

101. Idem, *ibidem*.

102. Idem, *ibidem*.

103. Idem, *ibidem*.

A forma de captação de recursos, acima apontada, realmente, teve um papel muito importante com a introdução da lei.

“Um dos pressupostos da formulação da lei do SFI é a exaustão dos instrumentos de captação de recursos utilizados no passado no âmbito do SFH, sobretudo porque daquele Sistema, o único instrumento de captação que restou foi o contrato de depósito de poupança.”<sup>104</sup>

Sobre o novo sistema, assim entende Arnaldo Rizzardo:

“Normalmente uma instituição bancária financia a aquisição ou construção de um imóvel. Por conseguinte, fica com um crédito que é o valor do financiamento. Vende esse crédito para uma companhia de capitalização. Esta subdivide dito crédito em títulos, colocando-os no mercado. Possíveis interessados adquirem os títulos, podendo negociá-los. Permite-se que os títulos vendidos tenham lastro ou garantia no próprio imóvel. Por outras palavras, tais títulos podem ser executados no próprio imóvel que deu origem à sua emissão. Diante da circulação dos títulos, consegue-se mais capital, para novos investimentos, com o que incrementa-se a construção civil.”<sup>105</sup>

Em meio a entendimentos diversos acerca do papel da lei em nosso sistema, não só jurídico, mas também econômico e político, Arnaldo Rizzardo afirma:

“Na verdade, não passa de outro sistema de tecnocratas, sem uma base histórica nacional, e desligados da realidade brasileira, de improvável sucesso na aplicação prática.”<sup>106</sup>

Um dos pontos que chamam a atenção, seja sob o aspecto diferenciador com relação ao sistema da Lei 4.380/64, seja em razão do caráter de mercado do novo sistema, é a questão da participação estatal no financiamento. Ao contrário do que vigora com relação ao Sistema Financeiro da Habitação, o Sistema de Financiamento Imobiliário não conta com suporte público nos fundos destinados ao sistema. Neste contexto, explica Arnaldo Rizzardo:

“Os recursos utilizados não serão provenientes do Poder Público, nem de formas favorecidas ou garantidas de aplicações. Consta do parágrafo único do art. 4.º: ‘nas operações de que trata este artigo, poderão ser empregados recursos provenientes de captação nos mercados financeiro e de valores imobiliários, de acordo com a legislação pertinente’. Há, no dispositivo, a permissão de

---

104. Idem, p. 267.

105. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 213.

106. Idem, *ibidem*.

certas fontes de recursos, não tolhendo a utilização de outras, como os recursos próprios. Os próprios recursos advindos com as negociações dos créditos que possuem as financiadoras poderão ser utilizados em novos financiamentos.”<sup>107</sup>

Em outras palavras, percebe-se que a entonação do legislador com este sistema é bem diferente do que se pensava do Sistema Financeiro da Habitação, uma vez que a abordagem é muito mais relacionada ao desenvolvimento do mercado.

Neste contexto que veio à tona a nova garantia imobiliária, a chamada alienação fiduciária de imóvel, a qual intencionava suprir as deficiências e inadequações da hipoteca para este novo mercado, atendendo às expectativas dos investidores.

Na linha do desenvolvimento que se pretendia obter, também é relevante enfatizar a inovação pretendida com relação ao mercado de títulos imobiliários. Os créditos oriundos dos financiamentos podem ser transferidos no mercado, por meio de uma companhia securitizadora, conforme dispõe o art. 3.º da Lei 9.514/1997. Sobre tal figura atuante deste mercado, Arnaldo Rizzardo conceitua:

“Companhia securitizadora define-se, pois, como a entidade especializada em comprar créditos, emitir títulos aos mesmos correspondentes e coloca-los no mercado financeiro. Constitui-se para tal finalidade atuando no mercado de ações e títulos. De acordo com a Instrução 414, publicada em 30.12.2004, da Comissão de Valores Mobiliários, deve registrar-se na referida Comissão e atender a uma série de requisitos antes de operar facultando-se a concessão do registro provisório.”<sup>108</sup>

Em outras palavras, a companhia securitizadora adquire créditos imobiliários e emite títulos lastreados em tais créditos, os quais são comercializados tal qual os títulos de crédito tradicionais.

Trata-se de um mercado secundário de créditos imobiliários, em que seriam colocados títulos lastreados em créditos constituídos originalmente pelas construtoras e incorporadoras. Nestes termos, pode-se entender que a venda e compra de ativos imobiliários em mercado é viabilizada por securitizadoras, que efetuam a securitização. Conforme definição de Melhim Chalhub:

“Do latim *securus*, o vocábulo foi absorvido pela língua inglesa, na qual, além da própria significação de garantia, incorporou a acepção mais ampla de

---

107. Idem, *ibidem*.

108. Idem, p. 215.

valor mobiliário. Contemporaneamente, o termo securitização e o processo que designa firmaram-se nos mercados financeiros e de capitais a partir da prática do mercado financeiro e de investimento dos Estados Unidos e vêm sendo assimilados de maneira generalizada em todo o mundo (...).”<sup>109</sup>

O título criado pela Lei 9.514/1997, o qual possui lastro em crédito imobiliário é o Certificado de Recebíveis Imobiliários (CRI).<sup>110</sup>

Assim, tais sistemas, de um jeito ou de outro, propiciam o desenvolvimento de tal mercado e têm como pressuposto o imóvel financiado em garantia da operação financeira, o que dá sustentabilidade ao sistema.

### 5.3 *Financiamento e garantias imobiliárias*

Feitas essas considerações acerca das instituições financeiras e os sistemas de financiamento do setor imobiliário vigentes, as preocupações voltam-se à necessidade de manutenção de um mercado financeiro saudável, o qual possa fomentar a economia, por meio da irrigação com crédito, especialmente, o que, em última análise, impulsiona o desenvolvimento do país. Neste particular, a regulamentação é rigorosa em estabelecer condições e limites à atuação das instituições financeiras, com a principal finalidade de evitar um risco sistêmico, no qual uma instituição com problemas financeiros poderia causar um efeito cascata, levando todas as instituições do mercado ao declínio, independentemente de suas ações.

Neste particular, insere-se a importância do adimplemento das obrigações dos devedores de instituições financeiras, na medida em que, em um mundo globalizado, cada vez mais interligado, essencial é a verificação do sistema de garantias vigente, especialmente, no tocante à análise das garantias reais inseridas no contexto evolutivo da sociedade brasileira, no qual se verifica o enfraquecimento das garantias clássicas e o surgimento de novos conceitos e institutos melhor adaptados à dinâmica atual da economia de mercado, por qual passa o Brasil, considerando-se a necessidade de modernização de conceitos clássicos, os quais devem servir à sociedade atual de forma eficaz e eficiente, especialmente, frente às peculiaridades do sistema judiciário brasileiro e, evidentemente, do direito positivo nacional, sua origem e tendências.

Com efeito, é certo que ainda se está em um período de constante mutação quanto às garantias, seja no amadurecimento dos institutos incluídos mais re-

---

109. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário* cit., p. 267.

110. Outro título que tem lastro em créditos imobiliários é a Cédula de Crédito Imobiliário (CCI), instituída pela Lei 10.931/2004.

centemente no ordenamento jurídico brasileiro, seja na análise da efetividade e eficácia que se espera destes institutos, frente ao mercado de consumo em forte expansão, cada vez mais dependente de crédito das instituições financeiras, que por sua vez, devem se proteger do inadimplemento dos devedores para manterem-se saudáveis e, por consequência, assegurar a confiança do mercado no sistema financeiro nacional.

Diante de um contexto econômico do qual se depreende a essencialidade de um mercado financeiro saudável, operando ativamente e fomentando a economia, é fundamental a compreensão das garantias que satisfazem às necessidades atuais, as quais lastreiam as operações bancárias e permitem o incremento da concessão de crédito com a plena observância dos limites e restrições impostas pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil e pelo cenário internacional, considerando-se uma demanda cada vez maior de padronização de conceitos de riscos e concessão de crédito, em âmbito global.

## 6. GARANTIAS SOBRE BENS IMÓVEIS

### 6.1 *Anticrese*

Embora a anticrese tenha caído no desuso, o Código Civil de 2002 a manteve no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do que já fazia o Código Civil de 1916. É da anticrese que tratam os arts. 1.506 a 1.510 do Código vigente.

O conceito, conforme já aventado neste trabalho, provém de origens similares as do *pignus* e da *hypotheca*. A principal distinção reside na correlação com os frutos advindos da coisa. Nesta linha é o art. 1.506 do CC/2002, ao dispor que “pode o devedor ou outrem por ele, com a entrega do imóvel ao credor, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos” (*in verbis*).

Embora fosse um instituto conhecido dos romanos, a sua utilização estava vinculada às demais garantias, não consistindo, portanto, uma modalidade autônoma.

“A palavra anticrese deriva do grego *anti* (contra) e *chresis* (uso). O vocábulo dá a ideia de uso do capital recebido pelo credor perante a entrega da coisa pelo devedor. A expressão não era usual do direito romano. Suas raízes situam-se no direito grego e egípcio.”<sup>111</sup>

Sobre este conceito, Silvio Venosa afirma:

---

111. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 615.

“A anticrese é instituição paralela ao penhor e à hipoteca, ficando a meio caminho entre ambos. Enquanto no penhor típico se transfere a posse da coisa ao credor, que dela não pode se utilizar, e na hipoteca o bem continua na posse do devedor, na anticrese o credor assume necessariamente a posse do bem para usufruir os seus frutos a fim de amortizar a dívida ou receber juros. O credor anticrético recebe a posse de coisa imóvel frugífera, ficando os frutos vinculados à extinção da dívida.”<sup>112</sup>

Trata-se de garantia com dupla função, na medida em que garante e satisfaz o credor. Nesta linha, afirma Silvio Venosa:

“A anticrese desempenha dupla função: servir como garantia de pagamento da dívida porque o credor anticrético tem direito de retenção do imóvel até sua extinção, bem como servir de meio de execução direta da dívida, pois ao credor é atribuído o direito de receber os frutos e imputar-lhes no pagamento dos juros e do capital.”<sup>113</sup>

No tocante aos juros, em observância à limitação legal vigente, caso a percepção dos frutos ultrapasse tal limite (art. 406 do CC/2002 – para operações civis), o remanescente é imputado à amortização do capital (art. 1.506, § 1.º, do CC/2002).

É possível a coexistência da hipoteca com a anticrese, conforme previsão do art. 1.506, § 2.º. Sobre tal ponto, Maria Helena Diniz aponta:

“O credor anticrético pode ser, concomitantemente, credor hipotecário, e o hipotecário pode tornar-se anticrético. O imóvel hipotecado poderá ser dado em anticrese pelo devedor ao credor hipotecário, assim como o imóvel sujeito a anticrese poderá ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético ou a terceiro.”<sup>114</sup>

O credor anticrético pode administrar os bens dados em anticrese e fruir seus frutos e utilidades, mas deverá apresentar anualmente balanço, exato e fiel, de sua administração, já que estará na posse direta (art. 1.507 do CC/2002).

O art. 1.507 do CC/2002, ainda, dispõe que o credor anticrético pode, salvo pacto em sentido contrário, arrendar os bens dados em anticrese a terceiro, mantendo, até ser pago, direito de retenção do imóvel, embora o aluguel desse arrendamento não seja vinculativo para o devedor. Ou seja, é assegurado ao credor anticrético a retenção da coisa até que satisfeitas as obrigações garantidas.

---

112. Idem, *ibidem*.

113. Idem, p. 616.

114. DINIZ, Maria Helena *Código Civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1207-1208.

Em sendo garantia real, o credor anticrético pode vindicar os seus direitos contra o adquirente dos bens, os credores quirografários e os hipotecários posteriores ao registro da anticrese (art. 1.509 do CC/2002). Tal garantia, por ser real, deve observar os requisitos apontados, tais como a especialização e a publicidade, devendo ser feita escritura pública,<sup>115</sup> se o caso, e levada a registro para que tenha eficácia *erga omnes*.

Em caso de alienação, o adquirente dos bens dados em anticrese poderá remi-los (resgatar a anticrese), antes do vencimento da dívida, pagando a sua totalidade à data do pedido de remição e imitir-se-á, se for o caso, na sua posse (art. 1.510 do CC/2002).

Esta garantia, como dito, atualmente está em desuso. Sobre esta situação, posiciona-se Silvio Venosa:

“Os inconvenientes da instituição da anticrese são evidentes. Transferindo a coisa ao credor, não somente priva o devedor de sua utilização, como também atribui àquele a obrigação de administrar coisa alheia, com a obrigação correlata de prestar contas, o que também lhe será inconveniente. Somente por esses aspectos já se divisam os entraves da sua instituição. A hipoteca preenche com absoluta vantagem e maior agilidade a finalidade da anticrese, garantindo o débito sem privar da posse da coisa o devedor.”<sup>116</sup>

Feitas essas considerações, passemos à análise da hipoteca.

## 6.2 Hipoteca

Em breve notícia histórica, conforme ensinamentos de Silvio Venosa, “a hipoteca, denominada *pignus obligatum*, em contraposição ao *pignus datum*, surge quando o arrendatário de imóvel rural dava em garantia de pagamento dos aluguéis o gado, escravos e utensílios, sem desapossamento. Posteriormente, também por iniciativa pretoriana concedeu-se ação real ao credor para reivindicar bens dados em garantia ainda que em posse de terceiros. O termo *hypoheca* surge inserido na codificação de Justiniano.”<sup>117</sup>

---

115. Art. 108 do Código Civil: “não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

116. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 616.

117. Idem, p. 576.

Nestes termos, o penhor e a hipoteca, cujas distinções históricas já foram delineadas neste trabalho,<sup>118</sup> surgem em tempos contemporâneos e são partes da codificação de Justiniano. Inclusive, a *hypotheca* ganhou este nome nas “fontes justinianeias, mas impropriamente – se queremos remontar ao direito grego, pois o credor hipotecário do direito grego, às vezes tinha a posse”.<sup>119</sup>

As diferenças históricas sobre os institutos giram em torno da posse da coisa, conforme já apontado. Pontes de Miranda aborda a questão, ressaltando a problemática oriunda dos institutos:

“O penhor romano é direito real com posse do bem móvel ou imóvel; a hipoteca, direito real sobre bem móvel ou sobre imóvel sem posse. (...) O problema técnico que se apresentava aos sistemas jurídicos posteriores era o de se proceder à distinção dos bens empenháveis e dos bens hipotecáveis. Havia inconvenientes no penhor dos imóveis e na hipoteca dos móveis.”<sup>120</sup>

O instituto da hipoteca se desenvolveu especialmente no direito romano, aperfeiçoando-se no conceito atual de hipoteca. Sobre o seu desenvolvimento, destaca Pontes de Miranda:

“Com o monopólio estatal da justiça, ressaltaram os inconvenientes dos dois pactos, mas teve-se de percorrer muito tempo até que se pudessem conciliar os interesses dos devedores em que se não expusessem aos pactos comissórios e de venda e os interesses dos credores em que se extraísse o valor dos bens, incumbindo-se disso o Estado e podendo o próprio credor adquiri-los, respeitadas as regras jurídicas de processo.”<sup>121</sup>

Com relação aos dois pactos (adjetos), referidos acima, trata-se do pacto comissório, o qual se caracteriza pela apropriação do bem pelo credor, e o pacto *venditionis*, que permitia a venda do bem, com o pagamento da dívida. Tais pactos surgiram como uma tentativa de atender aos interesses das partes, já que o instituto por si só não supria a tais necessidades. Isso porque “a hipoteca não concedia ao credor, em sua concepção primitiva, mais do que o direito de reclamar e obter a posse da coisa na falta de pagamento e de guardá-la até que fosse satisfeito pelo devedor”. Neste sentido, tal procedimento não atendia ao interesse das partes, passando-se a “agregar aos contratos de penhor ou de hi-

---

118. Acerca das diferenças entre tais institutos, ressalta-se que a *hypotheca* era inconfundível com o *pignus*, porque o credor não recebia a posse.

119. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 7.

120. Idem, p. 9.

121. Idem, p. 55-56.

poteca pactos acessórios, para facilitar a satisfação do credor. Daí o surgimento do pacto comissório (hoje vedado)”<sup>122</sup>

Sobre o pacto de venda do bem, tratado por Pontes de Miranda, conforme considerações acima transcritas, aponta Silvio Venosa:

“Outra convenção, não tão rigorosa, permitiu ao credor posteriormente a vender a coisa (pacto de *distrahendo*), na hipótese de falta de pagamento, entregando ao devedor eventual valor que sobejasse ao crédito. (...) Sob Justiniano se consagrou definitivamente como essência da hipoteca tal direito de alienação por parte do credor em caso de inadimplemento.”<sup>123</sup>

Pontes de Miranda conclui a notícia histórica acerca da hipoteca delineando a intenção do instituto e os caminhos que trilhou a fim de se chegar ao atendimento de interesses de credor e devedor:

“As metas eram a ação executiva real e a prelação. Para isso avançavam usos, juristas e leis, sem que tivessem noção exata do que buscavam, através dos séculos.

Convém que frisemos: o haver-se a ação executiva real, apanhando-se o bem onde se achasse não implicaria, de si só, que o titular do penhor ou da hipoteca tivesse de ser satisfeito antes dos outros credores.”<sup>124</sup>

A hipoteca atualmente é direito real sobre coisa alheia, acessória e indivisível, em linha com as origens romanas que definiram o instituto. Tal garantia não é abstrata, ou seja, a garantia de hipoteca necessariamente se relaciona a uma obrigação ou crédito. Neste contexto, a constituição da hipoteca depende da descrição do bem e dos requisitos da dívida, sendo inviável a hipoteca geral e ilimitada (especialização). Na definição de Maria Helena Diniz:

“A hipoteca é o direito real de garantia que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem transmissão de posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se preferentemente, se inadimplente o devedor.”<sup>125</sup>

O sujeito da hipoteca (garantidor) pode ser o proprietário, o enfiteuta e o proprietário enfiteutico, podendo ser devedor ou não da obrigação principal, admitida a prestação de garantias por parte de terceiro alheio à relação obrigacional.

---

122. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 578.

123. Idem, *ibidem*.

124. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 56.

125. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado* cit., p. 1179.

A hipoteca pode ser classificada quanto às seguintes modalidades: (i) convencional: decorre de acordo de vontades; (ii) judicial: determinada por sentença, sendo a finalidade garantir a execução de sentenças condenatórias (não está mais presente no presente Código Civil); (iii) legal: decorre de exigência legal; e (iv) cedular: trata-se de hipoteca cedular, que é um título representativo de crédito com ônus real, nominativo e transmissível por endosso.

Como regra geral, para a constituição de gravame sobre o bem (hipoteca), é necessária a outorga conjugal, à exceção do regime de separação absoluta de bens (art. 1.647 do CC/2002).

A hipoteca é constituída, em regra,<sup>126</sup> por escritura pública, nos termos do art. 108 do CC/2002, à exceção de imóveis de valor inferior a 30 (trinta) vezes o valor do salário mínimo vigente.<sup>127</sup> Para a sua eficácia como direito real, deve ser feito o registro, que é realizado no Cartório de Registro de Imóveis, o que confere publicidade, tornando-se a hipoteca válida e eficaz contra terceiros, com efeitos *erga omnes*, assegurando-se assim o direito de seqüela. Trata-se de observância a já mencionada publicidade, de modo que a sua ausência faz com que a garantia tenha eficácia somente entre as partes, no campo obrigacional.

Especialmente sobre a questão do registro da hipoteca, é importante que a leitura do tema seja realizada, além do diploma civil, em conjunto com a Lei dos Registros Públicos, que operacionaliza o sistema de registros públicos, e com o Código de Processo Civil, no que diz com a excussão da garantia.<sup>128</sup>

Tendo em vista a possibilidade de hipoteca de segundo grau, conforme disposição do art. 1.476 do CC/2002, o qual prevê que o dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor, ganha especial relevância a prioridade do registro, que determina o grau da garantia para os credores (art. 1.493, parágrafo único, e 1.494 do CC/2002 e art. 191 e 192 da Lei dos Registros Públicos).

---

126. A lei admite a constituição cedular da hipoteca no caso de Cédula de Crédito Bancário. É o disposto no art. 32 da Lei 10.931/2004: “a constituição da garantia poderá ser feita na própria Cédula de Crédito Bancário ou em documento separado, neste caso fazendo-se, na Cédula, menção a tal circunstância”.

127. Art. 108 do CC/2002: “não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

128. A Lei de Registros Públicos estabelece no art. 167, 2, que a hipoteca é registrada no Cartório de Registro de Imóveis. O art. 585, III, do CPC considera a hipoteca título executivo extrajudicial.

Sobre a mencionada pluralidade de hipotecas, não é permitida aos credores sucessivos a excussão da garantia antes daquele que possui a garantia em primeiro grau (art. 1.477 do CC/2002), ressalvada a hipótese de insolvência do devedor, quando as suas obrigações vencem antecipadamente.

Podem ser objeto da hipoteca, nos termos do art. 1.473 do CC/2002:

I – os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles;

II – o domínio direto;

III – o domínio útil;

IV – as estradas de ferro;

V – os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham;

VI – os navios;

VII – as aeronaves.

VIII – o direito de uso especial para fins de moradia;

IX – o direito real de uso;

X – a propriedade superficiária.”

Interessante notar que, embora o instituto tenha por objeto bem imóvel, o artigo acima referido faz menção a navios e aeronaves. Tal possibilidade se dá em razão de lei. Sob a égide do Código Civil de 1916, tal objeto já era admitido (art. 825, com relação aos navios, do CC/2002, e arts. 137 e 146 do Dec.-lei 483/1938, no que se refere a aeronaves). Segundo Pontes de Miranda, esta norma se deu “pela possibilidade de não se tirar ao constituinte da garantia real a posse. Tem-se, assim, pelas circunstâncias, reminiscência do *pignus romano*”.<sup>129</sup>

Tal influência histórica que leva à possibilidade de hipoteca de bens móveis ainda hoje, pertinente à questão da posse nas estruturas de penhor (*pignus*) e hipoteca (*hypotheca*), também é apontada por Silvio Venosa:

“Em nosso direito, essa é a distinção principal, embora com resquícios da origem histórica, permitindo-se a hipoteca de navios e aeronaves e autorizando penhores de forma excepcional sem posse efetiva do credor. A anticrese permaneceu no direito brasileiro outorgando a posse de imóvel ao credor.”<sup>130</sup>

Mais recentemente, Maria Helena Diniz discorreu sobre a matéria:

129. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 78.

130. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 504.

“Os navios, mesmo que estejam em construção, podem ser hipotecados, por estarem vinculados pelo registro a um porto e por ser conveniente assegurar o direito de quem financia o construtor e o do seu proprietário, garantindo assim o pagamento do débito pela sequela e preferência.”<sup>131</sup>

Já com relação à hipoteca de aeronave, a mesma jurista afirma:

“As aeronaves não são bens imóveis, mas podem constituir objeto de hipoteca, porque são individualizáveis pela marca, prefixo, subordinados a critérios preestabelecidos e a matrícula.”<sup>132</sup>

Ainda no que se refere ao objeto da hipoteca, a Lei 11.481/2007 acrescentou ao art. 1.473 do CC/2002 os incisos VIII, IX e X, os quais dispõem, respectivamente, sobre os seguintes objetos passíveis de serem hipotecados: (i) o direito de uso especial para fins de moradia; (ii) o direito real de uso; e (iii) a propriedade superficiária.

Tal lei acrescentou ao art. 1.225 do CC/2002 os incs. XI (que dispõe sobre a concessão de uso especial para fins de moradia) e XII, sobre a concessão de direito real de uso. Já a superfície foi incluída com o Código Civil de 2002.<sup>133</sup>

Com relação aos acessórios a que se refere o inc. I do art. 1.473 do CC/2002, acima, estes somente podem se objeto de hipoteca quando em conjunto com o imóvel, mesmo porque, se individualmente considerados, poderiam ser objeto de penhor, por exemplo (no caso de bens móveis). Os acessórios do imóvel podem tanto ser coisas naturais, como frutos, quanto tudo que estiver no imóvel, posto pelo homem, podendo assim integrar a hipoteca. Ainda sobre isso, é imprescindível que sejam descritos os acessórios que integram a hipoteca, a fim de evitar problemas relacionados à excussão. Maria Helena Diniz destaca:

“Os acessórios dos imóveis poderão ser hipotecados conjuntamente com eles (...). Logo abrangem o ônus real tanto as árvores, frutos pendentes, fontes ou nascentes, como tudo o que estiver incorporado ao solo (sementes, culturas, safras), e ainda tudo o que o proprietário mantiver intencionalmente empregado na exploração industrial do imóvel (máquinas, instrumentos, animais), na sua comodidade, aformoseamento (benfeitorias) (CC, art. 93 e 96).

---

131. DINIZ, Maria Helena, *Código Civil anotado* cit., p. 1180.

132. *Idem*, p. 1181.

133. A questão relacionada à possibilidade de garantia sobre a propriedade superficiária é tratada no capítulo pertinente à alienação fiduciária de imóvel, cujas explanações são aplicáveis à hipoteca.

Se tais acessórios estiverem separados do solo (p. ex. frutos colhidos) são bens móveis, tornando-se insuscetíveis de hipoteca (...).<sup>134</sup>

O art. 1.474 do CC/2002 vigente dispõe que “a hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel”. Sobre isso, comenta Silvio Venosa que “os acréscimos integram o gravame ainda que adicionados após a constituição da garantia”.<sup>135</sup>

Quanto à possibilidade de alienação do bem objeto da hipoteca, é nula estipulação no sentido de proibir o proprietário de alienar o imóvel hipotecado, já que o bem permanece no comércio e o credor tem o direito de seqüela assegurado. Pode, entretanto, convencionar-se que vencerá o crédito hipotecário se o imóvel for alienado (art. 1.475, parágrafo único, do CC/2002).

Na eventualidade de ser vendido o imóvel hipotecado, o adquirente poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando o imóvel, desde que não tenha se obrigado pessoalmente com as dívidas perante os credores hipotecários, conforme disposição do art. 1.479 do CC/2002. Tal abandono, nos dizeres de Maria Helena Diniz, “não tem o significado de transferência da propriedade, apenas quer dizer que deixa o imóvel à ação dos credores para fins de excussão judicial”.<sup>136</sup>

O adquirente do imóvel, ainda, tem o direito de remir o imóvel, nos termos do art. 1.481 do CC/2002. Trata-se da liberação do ônus hipotecário que recai sobre o imóvel, evitando-se assim a excussão do imóvel. Conforme ensina Maria Helena Diniz:

“Esta remição ou resgate extingue a hipoteca, mas não o crédito porque a dívida não é quitada, e o devedor terá de pagar o seu débito ao adquirente do imóvel, que se sub-roga nos direitos do primitivo credor hipotecário.”<sup>137</sup>

Em caso de excussão da garantia, a lei confere, no art. 1.482 do CC/2002, a possibilidade de, até a assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, o imóvel ser remido pelo próprio executado, seu cônjuge, seus descendentes ou seus ascendentes do executado, sendo oferecido preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes ou ao do maior lance oferecido.

Na mesma linha, no caso de falência, ou insolvência, do devedor hipotecário, o direito de remição defere-se à massa, ou aos credores em concurso, não poden-

---

134. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado* cit., p. 1180.

135. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 578.

136. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado* cit., p. 1184.

137. Idem, *ibidem*.

do o credor recusar o preço da avaliação do imóvel. Neste caso, em caso de credor hipotecário insatisfeito, o restante de seu crédito deve ser habilitado como quirografário. Ainda, pode o credor hipotecário, para pagamento de seu crédito, requerer a adjudicação do imóvel avaliado em quantia inferior àquele, desde que dê quitação pela sua totalidade (art. 1.483 e parágrafo único do CC/2002).

Com relação à avaliação do imóvel, pode-se fazer constar da escritura pública de hipoteca o valor ajustado do imóvel hipotecado, o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remições, dispensada a avaliação. Desta maneira, dispensa-se avaliação do imóvel em eventual praça, o que pode significar grande economia (art. 1.484 do CC/2002). Sobre este ponto, podem ser verificados alguns problemas relacionados a alterações no valor do referido imóvel, em razão de valorização ou desvalorização além do estimado. Nestes casos, Silvio Venosa propõe o que segue:

“Dúvida pode surgir quando as partes fixarem este valor e quando da execução se mostra ínfimo ou excessivo, ainda que aplicados índices de correção. A única solução será a efetivação da avaliação atual do bem, tornando inútil o que foi convencionado pelas partes, as quais não podem ser prejudicadas na realização do efetivo valor decorrente da hipoteca.”<sup>138</sup>

No que se refere ao prazo da garantia hipotecária, mediante simples averbação, requerida por ambas as partes, poderá prorrogar-se a hipoteca, até 30 anos da data do contrato. Desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca reconstituindo-se por novo título e novo registro; e, nesse caso, lhe será mantida a precedência, que então lhe competir. Trata-se de redação do art. 1.485 do CC/2002, conferida pela Lei 10.931/2004, a qual alterou o prazo anterior, que era de 20 anos, assim retornando o que já constava do Código Civil de 1916.

O art. 1.486 do CC/2002 dispõe que “podem o credor e o devedor, no ato constitutivo da hipoteca, autorizar a emissão da correspondente cédula hipotecária, na forma e para os fins previstos em lei especial” (*in verbis*).

Sobre a mencionada hipoteca cedular podem ser citados os Decretos-leis 70/1966<sup>139</sup> (arts. 9.º a 28.º), 413/1969<sup>140</sup> (art. 19), 167/1967<sup>141</sup> (arts. 20 a 24),

---

138. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 602.

139. Tal norma autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências.

140. Tal norma dispõe sobre títulos de crédito industrial e dá outras providências.

141. Dispõe sobre títulos de crédito rural e dá outras providências.

a Lei 3.253/1957<sup>142</sup> e a Lei 8.929/1994.<sup>143</sup> Além destes, há ainda a Cédula de Crédito Imobiliário (CCI), instituída pela Lei 10.931/2004, a qual admite a garantia de hipoteca, assim como a alienação fiduciária de imóvel, além da Cédula de Crédito Bancário (CCB), instituída pela mesma lei. Ainda, há títulos com lastros em garantia hipotecária, como as Letras Hipotecárias (LH)<sup>144</sup> criadas pela Lei 7.684/1988, e as Letras de Crédito Imobiliário (LCI),<sup>145</sup> instituída pela Lei 10.931/2004.

A Cédula Hipotecária, instituída pelo Dec.-lei 70/1966 é instrumento de representação de cessão de créditos hipotecários e é admitida nos seguintes casos: (i) operações compreendidas no SFH; (ii) hipotecas em que sejam credores instituições financeiras e companhias de seguro; e (iii) hipotecas entre outras partes, desde que originariamente emitida em benefício de instituições financeiras e companhias de seguro.

Sobre a cédula hipotecária, afirma Maria Helena Diniz:

“É o título representativo do crédito com hipoteca, sempre nominativo, mas transferível por endosso, cuja emissão pode ser autorizada por credor e devedor, no ato constitutivo da hipoteca, na forma e para os fins previstos em lei especial. É instrumento importante no Sistema Financeiro de Habitação, por representar o crédito hipotecário e por facilitar a sua negociação e transferência a terceiros, por meio de simples endosso.”<sup>146</sup>

Mais adiante, será abordada a questão, sob o aspecto da excussão da garantia, no âmbito da cédula hipotecária.

Pode ser constituída, a hipoteca, para dívida futura ou condicionada (art. 1.487 do CC/2002). Neste caso, a execução da hipoteca depende de prévia e expressa concordância do devedor, quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida. Havendo divergência entre o credor e o devedor, caberá

---

142. Instituiu a Cédula Rural Hipotecária destinada a financiamentos para finalidades agrícolas.

143. Instituiu a Cédula de Produto Rural, e dá outras providências.

144. Títulos privativos de financiamentos no âmbito do SFH. “As LH são sempre garantidas por créditos hipotecários. A modalidade aplicável é o penhor de direitos creditórios hipotecários de que seja titular a entidade emitente do título, nos termos dos arts. 1.451 e seguintes do Código Civil”. Trecho extraído de CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária* cit., p. 276.

145. “As LCI são lastreadas por créditos imobiliários garantidos por hipoteca ou por propriedade fiduciária de bem imóvel”. Trecho extraído de: idem, *ibidem*.

146. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado* cit., p. 1190.

ao primeiro fazer prova de seu crédito. Neste caso, reconhecido o crédito, o devedor responderá, inclusive, por perdas e danos, em razão da superveniente desvalorização do imóvel (parágrafos do art. 1.487 do CC/2002).

O art. 1.488 do CC/2002 dispõe que se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito. Acerca de tal desmembramento, o credor só poderá se opor ao pedido de desmembramento do ônus, provando que o este importa em diminuição de sua garantia.

O desmembramento a que se refere o parágrafo acima tem especial relevância atualmente, tem do em vista o desenvolvimento do mercado imobiliário. Com tal dispositivo, “torna-se um direito dos proprietários de cada unidade desmembrada do imóvel originário requerer que a hipoteca grave, proporcionalmente, cada lote ou unidade condominial, tanto que possuem eles legitimidade concorrente com o credor ou devedor para requerer esta divisão proporcional”.<sup>147</sup>

Em caso de falência, a constituição de direito real de garantia durante o termo legal da falência (fixado em sentença), tratando-se de dívida contraída anteriormente, é ineficaz em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores. Se os bens dados em hipoteca forem objeto de dívidas posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada. Importante mencionar que se o gravame nasce com a própria obrigação, ainda que durante o termo legal, não se presume a fraude, o que pode ser discutido judicialmente (art. 129, III, da Lei de Recuperação de Empresas e Falência).

No que se refere à excussão da garantia, esta é por meio judicial, como regra. Mais adiante será tratado o modelo de excussão extrajudicial criado pelo Dec.-lei 70/1966 (alterado pela Lei 8.004/1990), o qual está sob discussão.

Eventuais valores ainda devidos, mesmo após a excussão da garantia, podem ser cobrados, conforme a legislação processual.

A hipoteca extingue-se nos seguintes casos: (i) pela extinção da obrigação principal; (ii) pelo perecimento da coisa; (iii) pela resolução da propriedade; (iv) pela renúncia do credor; (v) pela remição; e (vi) pela arrematação ou adjudicação.

---

147. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 604.

Feitas estas considerações acerca da hipoteca, é relevante para o escopo deste trabalho traçar a sua posição no ordenamento jurídico brasileiro, a sua evolução e a situação atual, confrontando com o surgimento de outras garantias, como se verá adiante.

### 6.3 *Surgimento da alienação fiduciária de imóvel e contexto histórico da hipoteca*

Historicamente verifica-se a necessidade de aperfeiçoar os institutos com a finalidade de viabilizar o comércio e tutelar as partes envolvidas em tais relações. Moreira Alves, ao abordar o assunto, destaca:

“Estudando-se a evolução das garantias reais no direito romano – da fidúcia à hipoteca –, verifica-se que, desde tempos remotos, houve a preocupação, ao se criarem os institutos, de tutela ao crédito, de se conciliar a proteção do direito do credor com a menor soma possível de inconvenientes para o devedor.”<sup>148</sup>

Em uma abordagem histórica, vale transcrever trecho da obra de Melhim Chalhub, no qual ele analisa o contexto histórico global do enfraquecimento das garantias clássicas:

“Até o final do século XIX, a hipoteca, o penhor e a anticrese foram considerados adequados aos fins que se destinam, mas a partir da Revolução Industrial começaram a se fazer notar as deficiências daquelas garantias, reclamando-se a revisão do seu sistema, seja visando contornar os problemas decorrentes da preferência de outros créditos, notadamente os de natureza fiscal, seja visando ajustar o processo de excussão ao ritmo acelerado que se imprimiu à circulação das riquezas em função do desenvolvimento do capitalismo financeiro.”<sup>149</sup>

Nesta esteira, o desenvolvimento econômico buscava uma rápida solução para o problema do inadimplemento, o que viabilizaria a circulação de riquezas no ritmo necessário aos fundamentos capitalistas vigentes.

Sobre o assunto, já se manifestou Moreira Alves:

“(…). Para o crescente desenvolvimento da indústria mister se faz o crédito, não só para os industriais, mas também para os consumidores. Com efeito, se crédito não há incremento de produção, nem tampouco a expansão do escoamento do que se produz.

Ora, para facilitar a obtenção do crédito, é indispensável garantir, da maneira mais eficiente possível, o credor, sem, em contrapartida, onerar o devedor a

---

148. MOREIRA ALVES, José Carlos *Da alienação fiduciária...* cit., p. 1.

149. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário* cit., p. 32.

ponto de que fique, por causa da garantia, impedido de pagar o que deve, ou se se utilizar, de imediato, do que adquiriu a crédito.”<sup>150</sup>

Na busca por formas mais eficientes de assegurar a circulação de riquezas, a propriedade fiduciária trouxe uma série e benefícios ao credor, conforme abordou-se neste trabalho, benefícios estes que se observados em um cenário de expansão econômica, seja no setor da construção civil, seja no varejo ou nos demais setores da economia, em conjunto com a necessidade de maior oferta de crédito e de desenvolvimento do sistema financeiro, são muito bem vindos, na medida em que se verifica a possibilidade de barateamento do crédito, considerando-se a minoração de custos para a recuperação do crédito, além de ser um procedimento mais célere, que atende melhor o credor, especialmente, quando visto em massa, por parte dos agentes financeiros.

Frise-se que as etapas de constituição e de execução da propriedade fiduciária não envolvem o poder judiciário, o que, em termos de eficiência, é uma evolução notável dos mecanismos legais colocados à disposição da economia de mercado. É certo que a morosidade do poder judiciário pode, em muitos casos, retirar a eficácia do próprio provimento jurisdicional, o que acaba por enfraquecer institutos clássicos como a hipoteca e o penhor, além da anticrese, que praticamente caiu no desuso, que são as garantias clássicas do direito brasileiro.

Sobre o contexto histórico em que surgiu a garantia fiduciária, vale a leitura de trecho extraído do livro de Maria Helena Diniz, que enfatiza a relevância do contexto econômico brasileiro diante da necessidade de modernização dos institutos econômico-jurídicos vigentes à época:

“Uma das soluções foi estimular a empresa privada, canalizando recursos que a integrassem, efetivamente, no dinamismo do desenvolvimento. Como para isso seria imprescindível uma nova estrutura econômica-jurídica, surgiu o mercado de capitais constituído por um conjunto de operações e instituições destinadas a angariar recursos para transferi-los aos setores de produção, indústria e comércio. Com o escopo de institucionalizar tal mercado, promulgaram-se as Leis 4.494/1964 e 4.728/1965. A Lei 4.728/1965, o Dec.-lei 911/1969, a Lei 6.071/1974 e a Lei 9.514/1997 (arts. 22 a 33) introduziram em nossa sistemática jurídica a ‘alienação fiduciária em garantia’, voltando a atenção para a *fiducia cum creditore* dos romanos.”<sup>151</sup>

Dissertando sobre o assunto, vale transcrever os entendimentos de Frederico Henrique Viegas de Lima, que aponta:

---

150. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária...* cit., p. 2.

151. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil...* cit., p. 569-570.

“No âmbito das garantias reais, é natural que as novas técnicas econômicas cobrem da ciência jurídica um aperfeiçoamento de seus institutos, em particular para a proteção de seus créditos. Muitas vezes, as garantias existentes desde o direito romano não são suficientes para possibilitar a segurança requerida nos negócios – notadamente imobiliários – levando à necessidade de criação de novas modalidades de garantias creditícias, inspiradas em modelos como o da família do direito inglês, de forma a acompanhar o avanço social.”<sup>152</sup>

Foi justamente em um contexto de constante decadência das garantias tradicionais que surgiu a Lei 4.728/1965 e o Dec.-lei 911/1969, que institucionalizaram a alienação fiduciária sobre bens móveis, propiciando, assim, o alargamento do acesso ao crédito ao mercado consumidor e o desenvolvimento do mercado financeiro, viabilizando-se a inclusão de maior número de pessoas no sistema financeiro, por meio da bancarização dessas pessoas, em razão do aumento do consumo de bens duráveis (como veículos, por exemplo).

Acerca da interferência das necessidades econômicas frente ao ordenamento jurídico posto, Melhim Chalhub comenta:

“Com efeito, o negócio fiduciário surge, em regra, no mundo dos negócios, como forma de realização de determinados objetivos para os quais os mecanismos e institutos jurídicos em vigor no ordenamento não servem com a necessária eficácia e previsão. É um dos casos de adaptação dos velhos institutos para superar o permanente conflito entre a tendência conservadora do ordenamento jurídico e o processo desbravador da atividade econômica, que, necessitando de instrumentos para expandir e diversificar, abre perspectivas para a utilização de institutos já integrados ao ordenamento, mas eventualmente com funções diferentes daquelas para os quais originalmente foram moldados.”<sup>153</sup>

Após a inovação pertinente à alienação fiduciária de bens móveis, as atenções se voltaram para o mercado imobiliário. No caso específico de garantia sobre bens imóveis, além da morosidade do judiciário para a excussão da garantia hipotecária, tem-se, adicionalmente, como entrave, os altos custos envolvidos, seja para a constituição da garantia, sejam custos inerentes à espera pelo provimento jurisdicional por anos, seja em razão da indisponibilidade do crédito do credor durante tanto tempo. Frisem-se os contornos jurisprudenciais recentes a que as garantias clássicas estão expostas, especialmente, no tocante ao que se abordará a seguir sobre a eventual prevalência de direitos pessoais sobre direitos reais (Súmula 308 do STJ).

---

152. LIMA, Frederico Henrique Viegas. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 35.

153. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário* cit., p. 33.

Em uma abordagem mais econômica, é certo que até o surgimento da alienação fiduciária de imóveis, o que se verificava era um desenvolvimento pífio do setor imobiliário, na medida em que o empreendedor não encontrava subsídios jurídicos, que lhe assegurassem a segurança de retorno financeiro e “atenuação” dos efeitos do inadimplemento em massa aos negócios, para prosseguir com vultosos empreendimentos. Complementando este entendimento, Frederico Henrique Viegas de Lima leciona:

“Porém, para o atendimento dos anseios da população, nas operações de crédito imobiliário, é indispensável uma garantia eficiente para atender às necessidades da sociedade atual, visando fundamentalmente à rapidez na liberação e recuperação creditícia, o baixo custo na sua constituição e nos procedimentos indispensáveis para o retorno do investimento, tudo tendente à reafirmação do princípio da autonomia privada. Neste sentido, muitas vezes as tradicionais garantias revelam-se insuficientes, tornando a relação jurídica desequilibrada e pouco atraente para que deseja investir o seu capital.”<sup>154</sup>

Frente ao sucesso do modelo e a sua utilização em larga escala, de forma a fomentar o mercado imobiliário até então estagnado, que não se satisfazia com a garantia de hipoteca, foi institucionalizada a alienação fiduciária de imóvel, por meio da Lei 9.514/1997, a qual dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário.

Esta lei foi introduzida no intuito, muito além de institucionalizar a nova modalidade de garantia, de viabilizar este novo sistema de financiamento imobiliário, adaptando o modelo brasileiro às tendências observadas no exterior, de forma a integrar o mercado de capitais e o mercado financeiro, que passaram a instrumentalizar e viabilizar o modelo, como mencionado neste estudo. Neste particular, destaca-se que a lei estabeleceu (i) um novo título de crédito lastreado em crédito imobiliário, o CRI – Certificados de Recebíveis Imobiliários; (ii) a criação de companhias de aquisição e securitização de CRI – Certificados de Recebíveis Imobiliários; e (iii) a garantia de alienação fiduciária de imóvel, que seria lastro para operações de securitização, no mercado secundário, especialmente, provendo sustentabilidade ao sistema.

Com isso, pretendia-se viabilizar o desenvolvimento de um mercado secundário de crédito imobiliário, fomentando-se o financiamento de empreendimentos imobiliários por meio da captação de recursos de origem privada, o que somente se tornaria possível mediante o estabelecimento de regras que gerassem confiança por parte dos investidores que comprariam referidos títulos.

Sobre isso, Melhim Chalhub afirma:

---

154. LIMA, Frederico Henrique Viegas, op. cit., p. 38.

“O mecanismo deixa a mostra a necessidade de tornar mais ágil e segura a operação de captação de recursos, e essa necessidade aumenta na medida em que se intensifica o fluxo de investimentos no plano internacional, circunstância que reclama seja o ordenamento dotado de instrumentos e mecanismos capazes de ser utilizados com mais eficácia no fluxo de capitais externos.”<sup>155</sup>

E ainda:

“Dada essa realidade, considerando que a morosidade da execução das garantias inibe a aplicação de recursos no setor imobiliário e a concessão de empréstimos e financiamentos com garantia imobiliária, a Lei 9.514/1997 tem em vista criar as condições necessárias para revitalização e expansão do crédito imobiliário e, partindo do pressuposto de que o bom funcionamento do mercado, com permanente oferta de crédito, depende de mecanismos capazes de imprimir eficácia e rapidez dos processos de recomposição das situações de mora, regulamentou a alienação fiduciária como garantia dos negócios imobiliários.”<sup>156</sup>

Neste contexto, embora naquele momento não tenha sido a intenção do legislador a substituição da garantia de hipoteca, mas sim o desenvolvimento ágil e eficiente do mercado imobiliário, a alienação fiduciária se deparou com uma hipoteca cada vez mais decadente e rejeitada pelos credores/investidores, o que acabou por favorecer o crescimento de sua utilização.

O instituto veio se aperfeiçoando, de forma a ganhar contornos um pouco diferentes da definição original. Sobre isso, Silvio Venosa, ao comentar as alterações efetuadas pela MedProv 221/2004, convertida na Lei 11.076/2004, ressalta que:

“A citada Medida Provisória, ainda, foi além, dando nova redação ao art. 38 da Lei 9.514/1997, deixando aberta a possibilidade, ainda que em redação confusa, de ser utilizada a alienação fiduciária em relação a contratos que visem a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, podendo ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular. Criou-se com isso, na realidade, uma nova modalidade de direito real de garantia, que paulatinamente deverá tomar o lugar das hipotecas.”<sup>157</sup>

O dispositivo é nos seguintes termos:

“Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia

---

155. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário* cit., p. 2.

156. *Idem*, p. 220.

157. VENOSA, Silvio de Salvo, *op. cit.*, p. 385.

cia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.”

Ainda, mais recentemente, destaca-se a Lei 11.481/2007, que desdobrou o parágrafo único do art. 22 da Lei 9.514/1997, deixando claro que a garantia pode ser utilizada por qualquer pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no Sistema de Financiamento Imobiliário, o que ampliou enormemente a utilização da garantia e vem sendo reconhecido nos tribunais. Segue o dispositivo:

“§ 1.º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

- I – bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;
- II – o direito de uso especial para fins de moradia;
- III – o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;
- IV – a propriedade superficiária.”

De forma concomitante com a necessidade de se desenvolver o mercado nacional, privilegiando-se a circulação de riquezas, há a problemática pertinente ao enfraquecimento de direitos reais frente a direitos pessoais, o que acaba por fortalecer ainda mais a eficácia proposta pela propriedade fiduciária.

Sobre isso, em recente obra sobre o direito das coisas,<sup>158</sup> Arruda Alvim se dedicou profundamente aos direitos reais e, neste contexto, ao estudo do cenário atual em que se inserem as garantias reais clássicas. Com base em seus estudos, seguem algumas considerações sobre o enfraquecimento de direitos reais em relação a direitos pessoais.

Muito embora os direitos reais sejam representativos de um direito absoluto, as garantias reais clássicas “têm cedido lugar a determinadas outras obrigações que, em si mesmas, são *ex lege* privilegiadas”,<sup>159</sup> conforme assevera Arruda Alvim em sua obra.

Nesta lógica, há obrigações de cunho pessoal que, em razão de lei, se sobrepõem às garantias reais clássicas, especialmente, quando se pensa em insolvência do devedor ou inadimplemento da obrigação. É o que se extrai do art. 1.422 do CC/2002, o qual, ao dispor sobre as normas de excussão da garantia,

---

158. ARRUDA ALVIM, José Manoel, op. cit.

159. Idem, p. 133.

excetua da regra ali estabelecida dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos.

No mesmo sentido, podem ser mencionadas regras processuais, como é o caso do art. 711 do CPC, o qual estabelece a preferência do credor conforme a prioridade da penhora, ressalvado aquele que se vale de garantia real. Sobre esta regra processual, em uma abordagem atual, corroborada por entendimentos jurisprudenciais recentes, verifica-se uma tendência no sentido de enfraquecer a garantia real constituída, em benefício de direitos de cunho pessoal. Neste particular, Arruda Alvim realça que:

“Atualmente discute-se a possibilidade de que créditos extraprocessuais possam ser apresentados na fase do art. 711 do CPC para habilitação no concurso, levando à exclusão da preferência do direito real. São hipóteses em que são requeridas habilitações de créditos alimentares, trabalhistas ou tributários, o que tem dividido a posição do STJ.”<sup>160</sup>

Neste contexto em que determinados privilégios se sobrepõem às clássicas garantias reais, foi editada a Súmula 308 do STJ, a qual determina que (*in verbis*):

“A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

Em análise da súmula acima mencionada, ao destacar o posicionamento do STJ no sentido de que a ausência de registro do contrato de promessa de compra e venda de unidades autônomas não impede a defesa da posse pela via processual adequada, por parte dos promissários compradores, contra a excussão da hipoteca promovida pelo agente financeiro, Arruda Alvim assim se manifesta:

“Diante da situação de promitentes adquirentes de unidades autônomas imobiliárias que, em face de inadimplemento das construtoras e/ou incorporadoras perante as instituições financeiras, viam-se na iminência de perderem os seus imóveis para a satisfação dessa dívida, o Superior Tribunal de Justiça inclinou-se, já há algum tempo, pelo entendimento de que a falta de registro do contrato de promessa de compra e venda de unidades residenciais ou unidades autônomas (apartamentos) integrantes do empreendimento imobiliário não impediria a defesa da posse por embargos de terceiro, por parte dos promissários compradores, contra a execução hipotecária promovida pelo banco, ou seja, a fim de livrar a sua unidade de constrição.”<sup>161</sup>

---

160. Idem, p. 134.

161. Idem, *ibidem*.

A súmula em comento, assim como o entendimento acima detalhado, veio de encontro com a Súmula 621 do STF, a qual, hoje revogada, preceituava que não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis.

Ao concluir o seu trabalho sobre este tema, Arruda Alvim entende que “não é possível, no âmbito da Súmula do STJ n. 84, preterirem-se direitos reais, emprestando proteção à situação que é de direito pessoal”.<sup>162-163</sup>

Feitas essas considerações, baseadas no estudo de Arruda Alvim, verifica-se o irrefutável enfraquecimento da hipoteca, quando diante de direitos pessoais, o que em última análise, além de tornar discutível a sua eficácia enquanto garantia real, acaba por endossar a morosidade do judiciário frente aos interesses do credor, quando este se encontra diante da necessidade de um provimento jurisdicional, ainda que desfavorável, considerando-se, outrossim, a busca pela segurança jurídica imanente à previsibilidade das decisões judiciais.

Como conclusão, cabe entender com maior profundidade o real significado do instituto, inclusive no tocante a sua função pública, conforme leciona Arruda Alvim:

“O papel da alienação fiduciária deve desempenhar, seja relativamente a bens móveis, seja a imóveis, não é um papel ou não é uma função estritamente voltada a solucionar interesses estritamente adstritos ao direito privado. Neste ponto central, difere das garantias reais, que em realidade, tem se confinado, quase que exclusivamente, a atingir fins circunscritos ao direito privado a rapidez objetivada da recuperação do crédito com o sistema de alienações fiduciárias (propriedade fiduciária), faz perceber um interesse público, consistente em que esta recuperação viabiliza que por maior número de vezes num mesmo espaço de tempo ‘o mesmo numerário’ possa servir para a criação de riqueza, do que, comparativamente, ocorre, por exemplo, com uma execução hipotecária.”<sup>164</sup>

Em última análise, está-se diante de um importante instrumento de fomento à economia de mercado, na qual o Brasil está inserido, que acaba por trazer grande desenvolvimento ao país e melhorias sociais de forma geral. Neste particular, imprescindível mais uma passagem de Arruda Alvim:

---

162. A Súmula 84 do STJ é mencionada em alguns dos julgados que dão substância à Súmula 308 do STJ, tendo o seguinte teor: “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 de registro”.

163. ARRUDA ALVIM, José Manoel, op. cit., p. 137.

164. Idem, p. 390.

“Constituiu-se a alienação fiduciária de bens imóveis em poderosa alavanca para o desenvolvimento da sociedade, por meio de alterações profundas a serem provocadas em nossa economia, viabilizando que se incremente a construção de imóveis, entre nós, e, paralelamente, aumentando o número de empregos, com vistas a absorver mão de obra, e, nessa medida, criando riquezas reais.”<sup>165</sup>

Posto isso, de forma a ilustrar o entendimento que vêm sendo demonstrado neste trabalho, no sentido de que a alienação fiduciária é um instituto que busca atender aos anseios da sociedade, propondo-se a assegurar o desenvolvimento pela rápida solução quanto ao inadimplemento, por meio da segregação de patrimônio e exclusão do poder judiciário do processo, viabilizando-se, portanto, a maior circulação de riquezas e concessão de crédito, segue mais uma passagem de Melhim Chalhuh:

“Quanto à propriedade fiduciária decorrente do contrato de alienação fiduciária, trata-se de garantia que poderá contribuir de maneira decisiva na implantação e no desenvolvimento do mercado de crédito imobiliário, pois, sabendo-se que para o bom funcionamento de qualquer mercado são essenciais tanto a estabilidade das fontes de captação de recursos como, também, a rapidez nos processos de recuperação de créditos (que alimentam aquele mercado de captação), a propriedade fiduciária é garantia que se reveste das condições necessárias para propiciar rápida recomposição de situações de mora e, conseqüentemente, manter a regularidade dos fluxos financeiros necessários para atender os compromissos com os investidores e a demanda por novos financiamentos.”<sup>166</sup>

Feitas essas considerações, passa-se à análise da alienação fiduciária de imóvel.

#### 6.4 *Alienação fiduciária de imóvel*

A alienação fiduciária de coisa imóvel e de bens enfitêuticos é uma garantia real disciplinada pela Lei 9.514/1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, já tratado. A inclusão do instituto teve vital importância sob o ponto de vista do desenvolvimento do mercado imobiliário no Brasil. Sobre isso, Everaldo Cambler comenta:

“Com a entrada em vigor da Lei 9.514, 20.11.1997, fez-se a inserção, em nosso sistema jurídico, de um lado, do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI, com dupla finalidade: de um lado, promover o financiamento imobiliário

---

165. Idem, p. 391.

166. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário* cit., p. 6.

em geral (art. 1.º); de outro, instituir novas garantias reais, consubstanciadas na cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis; na caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e, em especial, na alienação fiduciária de coisa imóvel, instrumentalizando o operador do direito com um procedimento mais célere na solução do inadimplemento nas operações de financiamento imobiliário. (Lei 9.514/1997, art. 17).”<sup>167</sup>

Esta lei foi inserida no ordenamento jurídico com a principal finalidade de desenvolver o setor, viabilizando o alargamento dos financiamentos no país. Neste contexto, era necessária uma garantia que atendesse ao objetivo da lei, no sentido de ser mais eficaz do que a hipoteca, até então aplicável a tais financiamentos.

Referida garantia, embora inserta na lei mencionada e com o propósito de servir ao Sistema de Financiamento Imobiliário, não é garantia privativa de financiamentos imobiliários, conforme disposto no art. 22, § 1.º, da Lei 9.514/1997. Nesta linha, depreende-se a possibilidade desta garantia ser constituída independentemente do negócio objeto versar sobre aquisição de imóvel.

Com relação aos sujeitos desta relação jurídica, é chamado de fiduciante aquele que entrega o bem em garantia de outrem, o qual, na qualidade de credor, é referido neste contexto como fiduciário.

Por esta garantia, em sendo modalidade de propriedade fiduciária, transmite-se a propriedade ao credor para fins de garantia, sendo tal propriedade resolúvel, excluindo-se, portanto, tal bem do patrimônio do devedor, somente retornando a ele após o cumprimento da obrigação garantida. Sobre isso, importante lição nos traz Melhim Chalhub:

“De fato, por efeito da constituição da propriedade fiduciária, cria-se um patrimônio de afetação integrado pelo bem objeto da garantia, que não é atingido pelos efeitos de eventual insolvência do devedor ou do credor, não integrando, portanto, a massa falido de um ou de outro.”<sup>168</sup>

Há também o desdobramento da posse, de modo que o credor fica na posse indireta, enquanto que o devedor na posse direta do bem, em regra.

O registro desta garantia é realizado no Cartório de Registro de Imóveis, tal qual a hipoteca (art. 23 da Lei 9.514/1997). Todavia, a lei em comento, no

---

167. CAMBLER, Everaldo Augusto; ARRUDA ALVIM, Angélica (coords.). *Atualidades de direito civil*. Curitiba: Juruá, 2006. vol. 1, p. 247.

168. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário* cit., p. 223.

art. 38, em cumprimento de seu objetivo no sentido de simplificar os procedimentos e tornar a garantia mais eficaz ao sistema de mercado dinâmico que se pretendia implementar, dispõe sobre a dispensa da escritura pública, lavrada em Cartório de Notas. Nestes termos é o art. 38 da Lei em pauta (*in verbis*):

“Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.”<sup>169</sup>

Quanto ao objeto, a alienação fiduciária pode recair, além da propriedade plena, sobre (i) bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do *laudêmio*, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;<sup>170</sup> (ii) o direito de uso especial para fins de moradia; (iii) o direito real de uso, desde que suscetível de alienação; (iv) a propriedade superficiária (art. 22, § 1.º, da Lei 9.514/1997, com redação da Lei 11.481/2007). É certo que o objeto deve estar no comércio e ser passível de alienação, tal qual como ocorre nas demais garantias reais.

Antes de adentrarmos nos requisitos pertinentes ao contrato em que se avença a alienação fiduciária ora tratada, valem algumas considerações sobre a possibilidade de recair a alienação fiduciária sobre o direito de superfície.

O direito de superfície, introduzido no sistema no Código Civil de 2002, trata-se de uma concessão que o proprietário faz a outrem, para que se utilize de sua propriedade, tanto para construir, como para plantar (art. 1.369 do CC/2002). Com efeito: cada uma dessas propriedades tem identidade própria

---

169. Importante confrontar a aplicabilidade deste dispositivo, no tocante à dispensa de escritura pública, frente ao art. 108 do CC/2002, o qual determina que: “não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”. Com efeito, o art. 38 da Lei em comento refere-se aos “contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação”, o que deixa claro que o âmbito de aplicação está restrito a referida lei e dentro do seu escopo, tão somente, não havendo incompatibilidade com o Código Civil, lei geral. Na mesma linha é o art. 32 da Lei 10.931/2004, que admite a constituição censual da hipoteca.

170. Conforme ensinamentos de Melhim Chalhoub: “Para a constituição de propriedade fiduciária sobre imóvel enfitêutico não é necessária a anuência do senhorio, nem é exigível o pagamento do *laudêmio*, pois essa transmissão é efetivada apenas com o escopo de garantia; será, entretanto, devido o *laudêmio* se e quanto vier a ser consolidada a propriedade no credor, pois aí se opera a transmissão da propriedade plena”. Trecho extraído de: CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário* cit., p. 232.

e é dotada de autonomia; cada uma delas é incomunicável em relação aos direitos e obrigações que venham a se vincular a outra propriedade.<sup>171</sup> Melhim Chalhub assim define a questão:

“Dadas essas características, a construção pode ser alienada fiduciariamente e o terreno permanecer livre de qualquer ônus, e vice-versa, sendo certo que a responsabilidade patrimonial do titular do solo e a do titular da propriedade superficiária são condicionadas e demarcadas pela autonomia dos seus respectivos direitos de propriedade, permanecendo segregados e incomunicáveis os direitos, inclusive creditórios, e as obrigações dos patrimônios dos quais façam parte.”<sup>172</sup>

Ainda sobre o assunto, o Enunciado 249 (art. 1.369 do CC/2002) da IV Jornada de Direito Civil prevê que (*in verbis*): “a propriedade fiduciária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474”. E, ainda, o Enunciado 321 (art. 1.369) (*in verbis*): “os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um dos seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel”.

Os requisitos pertinentes às informações que devem constar do contrato que serve de título à propriedade fiduciária são os seguintes (conforme art. 24 da Lei em comento):

I – o valor do principal da dívida;

II – o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;

III – a taxa de juros e os encargos incidentes;

IV – a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;

V – a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;

VI – a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;

VII – a cláusula dispendo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.”

---

171. Idem, p. 231.

172. Idem, ibidem.

O art. 27, acima mencionado, dispõe sobre o procedimento de leilão do imóvel, como segue (*in verbis*): “uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7.º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel”, devendo, portanto, o procedimento constar do contrato.

Ao contrário da hipoteca (art. 1.476 do CC/2002), não se admite alienação fiduciária de 2.º grau. O principal motivo está relacionado: (i) ao fato do instituto conferir ao credor a propriedade, ainda que resolúvel; e (ii) à impossibilidade do desdobramento da propriedade, segundo o nosso sistema jurídico, o qual tem suas raízes no direito romano.

Nesta linha, Moreira Alves já alertava, quando, ao diferenciar o *chattel mortgage* (tratado em capítulo próprio deste trabalho) da alienação fiduciária em garantia, aponta que naquele instituto, em conformidade com o direito anglo-saxão, há direitos de propriedade diversos sobre a mesma coisa. “Daí o motivo porque o devedor pode, mediante o *chattel mortgage*, dar a mesma coisa em garantia, sucessivamente, a vários credores, estabelecendo-se assim uma série de graus determinados pela data de inscrição de cada mortgage no registro próprio”.<sup>173</sup>

Melhim Chalhub também se posiciona sobre o tema:

“Já na propriedade fiduciária o bem é retirado do patrimônio do devedor e transmitido ao patrimônio do credor. Assim, não sendo mais titular da propriedade, o devedor-fiduciante não tem mais a faculdade de dispor do bem e, portanto, não pode vendê-lo, ainda que em caráter fiduciário, mais de uma vez, sucessivamente, ao mesmo adquirente ou a adquirentes diferentes (relembre-se que a alienação fiduciária importa na transmissão da propriedade, ainda que em caráter resolúvel; transmitida a propriedade fiduciária ao credor, o fiduciante torna-se titular da posse direta e de direito aquisitivo sobre o imóvel, sob condição suspensiva, só vindo a readquiri-lo por efeito do pagamento da dívida garantida).”<sup>174</sup>

Além disso, a forma de execução inviabiliza a constituição de alienação fiduciária de 2.º grau, ao contrário do que vigora para a hipoteca.

Não obstante, é possível a garantia sobre a propriedade superveniente, conforme previsão do § 3.º do art. 1.361 do CC/2002, assim como disposição do § 1.º do art. 1.420 do CC/2002. “Assim, a alienação fiduciária de imóvel já anteriormente alienado fiduciariamente (isto é, que não se encontra no patrimônio do devedor-alienante), só terá eficácia após verificada a condição suspensiva

173. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia* cit., p. 39.

174. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário* cit., p. 224.

que enseja a aquisição da propriedade por parte do devedor-fiduciante, com a averbação, no Registro de Imóveis, do ‘termo de quitação’ da dívida garantida pela propriedade fiduciária anteriormente constituída”.<sup>175</sup>

Conforme art. 23, parágrafo único, da Lei 9.514/1997, o fiduciante é possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel, como mencionado. Assim, no caso de inadimplemento, o credor que não estiver na posse do imóvel pode se valer de ação de reintegração de posse, quando consolidado na propriedade (art. 30 da Lei 9.514/1997).

Em caso de adimplemento, quitada a dívida, deve o credor fornecer termo de quitação ao devedor no prazo de 30 dias, sob pena da incidência de multa (art. 25, § 1.º, da Lei 9.514/1997). Com o termo de quitação, é realizada a averbação na matrícula do imóvel, já que este é prova da implementação da condição resolutiva.

Em caso de inadimplemento, a execução da garantia é realizada perante o Cartório de Registro de Imóveis,<sup>176</sup> cujas principais regras são as descritas nos parágrafos subsequentes.

Iniciado o procedimento, o devedor é intimado a pagar a dívida em 15 dias (purgar a mora). Caso não o faça, consolida-se a propriedade ao fiduciário, mediante averbação na matrícula do imóvel respectivo, independentemente de intervenção judicial, podendo este vender o imóvel em leilão, o que é obrigatório, já que é vedado o pacto comissório.

Após dois leilões, caso não se obtenha sucesso,<sup>177</sup> o imóvel se torna propriedade do credor e a dívida considerada quitada. É o que se extrai dos seguintes dispositivos da lei em comento (art. 27 – *in verbis*):

“§ 5.º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2.º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4.º.

---

175. *Idem*, p. 225.

176. Há discussão pendente sobre a execução extrajudicial da hipoteca, o que, dependendo do resultado, pode trazer implicações para o procedimento da hipoteca. O assunto é tratado em item próprio.

177. No primeiro leilão, se o maior lance for inferior ao valor do imóvel, conforme definido no contrato, é realizado segundo leilão, no qual apenas é aceito o maior lance oferecido, se igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais. Ressalte-se que o imóvel pode ser arrematado por um valor inferior ao valor real, o que significa relevante ponto de atenção ao devedor que se submete a esta garantia.

§ 6.º Na hipótese de que trata o parágrafo anterior, o credor, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor quitação da dívida, mediante termo próprio.”

Importante diferenciar esta situação do pacto comissório rechaçado pelo ordenamento. Com efeito, está-se diante de norma legal, com os respectivos procedimentos, e não de cláusula contratual, segundo vontade das partes. Melhim Chalhub posiciona-se sobre a questão:

“Fica claro, portanto, que a propriedade fiduciária está excluída do campo de incidência do art. 1.428 do Código Civil, seja porque essa norma não prevalece em relação à disciplina especial a que se submete a propriedade fiduciária, seja porque o que este dispositivo considera nula é a cláusula que autoriza o credor a ficar com a coisa, enquanto a apropriação do bem na propriedade fiduciária decorre de norma legal especial, seja porque a eventual subordinação dessa modalidade especial à norma do Código Civil eliminaria o traço que a distingue das demais garantias reais e implicaria a própria negação da teoria da propriedade resolúvel, desnaturando-a por completo.”<sup>178</sup>

Com relação à quitação da dívida, no caso de leilões frustrados, na doutrina, há o entendimento de que o sentido do dispositivo está relacionado à necessidade do legislador da época em estabelecer um mecanismo compensatório justificado pelo sentido social do crédito habitacional. Reconhece-se que em outras operações, as quais não são exatamente ligadas à compra da casa própria, tal dispositivo não teria sentido. Sobre isso, posiciona-se Melhim Chalhub:

“Compreende-se o propósito do legislador original, na Lei 9.514/1997, de compensar a vulnerabilidade econômica do contratante mais fraco, mas tal mecanismo de compensação somente se justifica em casos mercedores de proteção especial, nos quais podem estar incluídos os financiamentos com finalidade de aquisição de casa própria, limitados a operações relativas a imóveis cujo preço não exceda a um valor que corresponda ao padrão de moradia da população de menor poder aquisitivo.”<sup>179</sup>

Silvio Venosa, ao falar sobre a quitação advinda do segundo leilão frustrado do imóvel, entende pela possibilidade do credor valer-se de meios judiciais a fim de dar continuidade à execução da dívida:

“Se houver crédito ainda em favor do credor, este deverá valer-se dos meios ordinários de cobrança, levando-se em consideração os princípios do enriquecimento sem causa, utilizando-se dessa ação residual.”<sup>180</sup>

---

178. CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário* cit., p. 260.

179. *Idem*, p. 265.

180. VENOSA, Silvio de Salvo, *op. cit.*, p. 386.

Assim, a dívida é considerada extinta, ainda que existam outras garantias para o saldo devedor. Neste sentido, o imóvel pode valer mais ou menos do que a dívida, podendo ser prejudicial ao credor, na medida em que pode não ser satisfeita a integralidade da dívida, além do fato do imóvel não possuir a liquidez necessária aos negócios que ensejam este tipo de garantia.

Na hipótese de recuperação judicial, nos termos do disposto no art. 49, § 3.º, da Lei 11.101/2005, os créditos com garantia de propriedade fiduciária são excluídos da recuperação judicial. Na hipótese de falência, o art. 32 da Lei em pauta prevê que (*in verbis*): “na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente”, devendo, portanto, o imóvel ser restituído ao credor.

As vantagens ao credor deste tipo de garantia são, especialmente, as seguintes: (i) rapidez e agilidade na execução da garantia; (ii) menores custos; (iii) recuperação judicial: não submissão do crédito; e (iv) falência: restituição do bem, o que acaba por tornar o crédito *extraconcursal*.

Muito embora os benefícios sejam de suma relevância, conforme características mencionadas, é de rigor elencar pontos cujos efeitos não favorecem a garantia em pauta, que seguem: (i) ausência de liquidez, especialmente, no caso dos leilões restarem frustrados; (ii) quitação da dívida, quando frustrados os leilões, ainda que não satisfeito o crédito; (iii) incidência de ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – *inter vivos*) sobre o valor do imóvel por duas vezes – quando se inicia o processo de execução da garantia (consolidação da propriedade) e quando o imóvel é vendido ao final;<sup>181</sup> e (iv) impossibilidade de alienação fiduciária de 2.º grau.

### 6.5 Execução extrajudicial da garantia: problemática

Conforme aventado, a excussão da hipoteca, em regra, é realizada na forma judicial, sendo o contrato hipotecário título executivo, nos termos do inc. III do art. 585 do CPC.

Todavia, há dispositivo vigente que autoriza a excussão extrajudicial da dívida hipotecária, conforme disposto no Dec.-lei 70/1966, com alterações da Lei 8.004/1990, que dispõe sobre a cédula hipotecária, já abordada neste trabalho.

---

181. A incidência do tributo se dá quando houver a consolidação da propriedade ao credor fiduciário, assim como quando da alienação a terceiro. É o que se depreende do dispositivo constitucional que trata do assunto: “a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, bem como cessão de direitos a sua aquisição” (art. 156, II, da CF/1988).

O art. 29 do Decreto-lei em comento estabelece que é opção do credor a forma de excussão da hipoteca, se pela via judicial ou pelas regras dispostas em tal norma. Tais procedimentos estão dispostos a partir do art. 31 do Decreto-lei.

Com efeito, vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com o Decreto-lei solicitará a execução da dívida, sendo o devedor notificado para efetuar o pagamento no prazo de 10 dias, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, devendo a mora ser purgada em até 20 dias. Caso não paga a dívida, poderão ser publicados editais para a realização primeiro público leilão do imóvel hipotecado, seguindo-se, portanto, a excussão do bem.

Embora tal procedimento extrajudicial tenha sido admitido pela maior parte da jurisprudência, assim como consagrado por outras garantias que assim procedem, como é o caso da alienação fiduciária em garantia de imóvel, viabilizando a expansão do crédito no mercado brasileiro, há entendimentos no sentido de que a excussão extrajudicial exclui do Judiciário o direito do devedor.

Neste sentido entende Silvio Venosa, quando afirma:

“Esse meio extrajudicial estreita em demasia o direito do devedor. Praticamente não lhe outorga o direito de defesa garantido constitucionalmente. A notificação não permite certeza de sua ciência do procedimento. Constitui verdadeiro abuso de direito.”<sup>182</sup>

Ainda no contexto da excussão extrajudicial prevista no Decreto-lei, a Lei 5.741/1971, a qual dispõe sobre a proteção do financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, prevê que para a cobrança de crédito hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, é lícito ao credor promover a execução

de que tratam os arts. 31 e 32 do Dec.-lei 70/1966, ou ajuizar a ação executiva nos termos ali previstos, os quais simplificam o procedimento tradicional.

Sobre a admissibilidade do procedimento, a jurisprudência já se manifestou:

“Devedores regularmente constituídos em mora. Publicação de edital, a par de autorizada pelo CPC, pela lei que rege a matéria e pelo contrato, que ocorreu em jornais de grande circulação, inclusive na circunscrição do imóvel. Venda extrajudicial que além de prevista na lei e no contrato, decorre da própria inadimplência. Constitucionalidade do referido decreto que já se encontra pacificada – Súmula 20 do TJSP.<sup>183</sup> Vício do procedimento de execução extra-

---

182. VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 610.

183. Dispõe a Súmula 20 do TJSP: “A execução extrajudicial, fundada no Decreto-Lei n. 70, de 21.11.1966, é constitucional”.

judicial da hipoteca não demonstrado – Rejeição do pedido dos autores que era mesmo de rigor. Sentença de improcedência confirmada, a teor do quanto constante do art. 252 do Regimento Interno deste tribunal. Ressalva acerca dos honorários advocatícios, que ficam arbitrados em 10% sobre o valor da causa, mas que terão sua execução condicionada ao quanto disposto no art. 12 da Lei 1.060/1950. Recurso desprovido, com ressalva.”<sup>184</sup>

Em que pese o longo período de vigência da lei, assim como a introdução de outros sistemas de excussão extrajudicial de garantia imóvel, discute-se ainda hoje a constitucionalidade do Dec.-lei 70/1966,<sup>185</sup> arguindo-se especialmente que o procedimento extrajudicial atenta contra princípios consagrados, tais como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e o princípio do juiz natural. Especificamente sobre o texto constitucional que se alega violado está o inc. LIV do art. 5.º da Carta Magna, o qual determina que (*in verbis*) “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Ao lado de tais argumentos, fundamenta-se que o procedimento de excussão extrajudicial da hipoteca não exclui do Poder Judiciário a análise da matéria, podendo-se submeter à apreciação do Judiciário qualquer etapa do processo. Além disso, tal sistema viabiliza o mercado financeiro, na medida em que torna o crédito mais seguro e mais acessível, já que do ponto de vista do credor, é mais rápido e eficaz em caso de inadimplemento.

O posicionamento final acerca da questão ganha especial relevância quando se verifica as consequências de eventual entendimento sobre a inconstitucionalidade do Dec.-lei 70/1966, considerando-se outros sistemas semelhantes, como aquele adotado na alienação fiduciária de imóvel.

## 7. CONCLUSÃO

Em um cenário de constante enfraquecimento das garantias clássicas e, especialmente, da hipoteca e de aparecimento de novas garantias, mais adaptadas à dinâmica negocial atual, em que se verifica uma relação cada vez mais estreita entre desenvolvimento econômico e institutos jurídicos fortes, ágeis e eficientes, nota-se que a propriedade fiduciária se consolida como um importante instrumento de mercado, viabilizando a expansão econômica.

Atualmente, em que pese a alienação fiduciária de imóvel ser, em linhas gerais, um instrumento mais eficiente do que a hipoteca, o que se verifica é

---

184. TJSP, Ap 9208775-86.2008.8.26.0000, j. 28.09.2011, rel. Des. Jacob Valente.

185. STF, RE 627.106 e RE 566.520.

uma tendência cada vez maior em se privilegiar garantia que tenha por objeto coisas dotadas de maior liquidez, passíveis de rápida transformação em recursos financeiros, o que não se verifica em garantias que recaem sobre imóveis, seja a hipoteca ou, até, a alienação fiduciária de imóvel.

Assim, privilegiam-se garantias como cessão fiduciária de títulos de crédito e de direitos creditórios, ou até mesmo o penhor com objeto semelhante, desde que dotado de cláusulas e condições que permitam a rápida excussão da garantia, além de alienação fiduciária de ações de sociedade anônima (art. 40 da Lei 6.404/1976), de quotas de sociedade limitada e de quotas de fundo de investimento, o que garante a continuidade dos negócios do credor, o qual, quando agente financeiro, consegue a agilidade necessária para aplicar recursos em outro negócio, minorando, assim, os efeitos da inadimplência na economia brasileira.

É claro que esta dinâmica tem gerado discussões, especialmente, quando se aborda a saúde financeira do devedor que, quando empresário, pode ter suas chances de recuperação judicial eventualmente prejudicadas, frente à possível exclusão de determinados créditos de seu plano de recuperação, o qual ainda pende de discussões, mas que não muda a tendência atual a que o mercado está sujeito.

De qualquer modo, verifica-se a importância das garantias imobiliárias para a viabilidade do mercado brasileiro, o que lhe dá sustentabilidade e promove o seu crescimento.

## 8. BIBLIOGRAFIA

- ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Comentários ao Código Civil brasileiro. Livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. XI, t. I.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico. existência, validade e eficácia*. 4. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAMBLER, Everaldo Augusto. *Responsabilidade civil na incorporação imobiliária*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- \_\_\_\_\_; ARRUDA ALVIM, Angélica (coords.). *Atualidades de direito civil*. Curitiba: Juruá, 2006. vol. 1.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Da incorporação imobiliária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *Contratos bancários*. São Paulo: Saraiva, 1981.

- DAL PONT, Lucia. *Função do registrador da alienação fiduciária de imóveis*. Campinas: Russel, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Direito das coisas*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 4.
- \_\_\_\_\_. *Código Civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro – Produtos e serviços*. 17. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2009.
- GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1971.
- LIMA, Frederico Henrique Viegas. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 3.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da alienação fiduciária em garantia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- \_\_\_\_\_. *Direito romano*. 6. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1987. vol. 1.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. *Hipoteca*. Rio de Janeiro: Aide, 1985.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Leis civis comentadas*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. *Moeda, juros e instituições financeiras – Regime jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e incorporações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado – Parte especial – Direito das coisas: direitos reais de garantia. Hipoteca. Penhor. Anticrese*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1983. t. XX.
- REIS, Eduardo Cavalcanti Araújo. *Código de Defesa do Consumidor & contratos de financiamento imobiliário*. Curitiba: Juruá, 2006.
- RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

ROQUE, Sebastião José. *Da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Ícone, 2010.

SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2007.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 22. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 1.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil. Direitos reais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010. vol. 5.

---

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A alienação fiduciária em garantia e o *leasing* financeiro como supergarantias das obrigações, de Fernando Noronha – *RT* 845/37;
- Cédulas de crédito e o registro imobiliário, de Marcelo Salaroli de Oliveira – *RDI* 62/266;
- Os rumos da hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, de Beatriz Pereira de Samuel Marques, Luiz Henrique de Oliveira Marques e José de Samuel Marques – *RDI* 63/11; e
- Posse: nova garantia imobiliária, de Melhim Namem Chalhub – *RDI* 46/54.

# TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA AO CONCEPTURO NA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

# 2

## Aspectos práticos no registro de imóveis

CLAUDIA DO NASCIMENTO DOMINGUES

Mestre e Doutoranda em direito civil pela USP. Tabela de Notas e Protestos de Tupã/SP.

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral

**RESUMO:** Este artigo versa sobre a garantia de transmissão e publicidade dos direitos sucessórios do concepturo e tem como escopo a discussão crítica do tratamento dado pelo Código Civil de 2002 a essa possibilidade sucessória, descrita nos arts. 1.799, I, e 1.800, que complementa a vocação hereditária e permite a deusa testamentária para os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador. Nele discutem-se os conceitos de prole futura, prole eventual e concepturo, sua natureza jurídica, os direitos que lhe podem ser atribuídos, sob condição, e as consequências verificadas nos procedimentos de inventários e partilhas, com base na doutrina brasileira – muito escassa – e no direito estrangeiro, quase inexistente. São analisadas as possibilidades de aplicar-lhes, na prática, os princípios registraes imobiliários brasileiros, para atingir a efetividade máxima da garantia que se pretendeu com a normativa do Código Civil pátrio, omisso com relação a sua operacionalização, em

**ABSTRACT:** This article examines the guarantee of transmission and publicity of inheritance rights of unborn children, and encompasses the crucial discussion of treatment granted by the Civil Code of 2002 of subsequent issue, as described in articles 1,799, item I, and 1,800, which complement the hereditary vocation and allow for the naming of as yet unconceived persons as heirs by the testate. Matters having to do with future children, eventual children and unconceived persons will be discussed, their judicial nature, the rights that they are entitled to, under condition, and the verified consequences in inventorial and partition procedures, based in Brazilian doctrines – which are very scarce – and in foreign law, which are practically inexistent. The chances to apply the Brazilian real estate registries principles to them will also be analyzed, in practice, to reach the maximum effectiveness of the intended guarantee within the norms of our Civil Code, which is neglectful with regard to

particular no que diz respeito à publicização de tais direitos. O trabalho discute a importância dos institutos apontados, assim como seus reflexos nos direitos sucessórios e sugere procedimentos para sua efetivação e publicidade no registro imobiliário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prole futura – Prole eventual – Concepturo – Testamento – Sucessão – Publicidade – Registro de imóveis.

its application, especially concerning what is said about making these rights public. Therefore, this work discusses the importance of these concepts, their consequences in hereditary rights and suggests procedures for their implementation and publicity in Brazilian land registry.

**KEYWORDS:** Future children – Eventual children – Unconceived persons – Testament – Succession – Publicity – Land registry.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O direito que não é útil não é direito: 2.1 Os princípios e as leis – 3. Sujeitos de direitos: 3.1 A partir de que momento se protegem e garantem os direitos das pessoas; 3.2 Teorias sobre a personalidade jurídica: situação do concepturo: 3.2.1 Exigindo-se personalidade jurídica do concepturo. Sugerimos a criação da teoria *pré-conceptuonista*; 3.2.2 A desnecessidade de personalidade jurídica do concepturo para salvaguarda de seus direitos – 4. Concepturo: prole futura e eventual. Considerações preliminares: 4.1 Conceito de prole futura e seu alcance; 4.2 A teoria dos bens e direitos sem sujeitos e as relações jurídicas; 4.3 Adoção como forma de implemento da condição de *concebido* – 5. Sucessões e direitos dos concepturos: 5.1 Conceitos de sucessão – 6. Sucessão testamentária: 6.1 Conceito de testamento; 6.2 Capacidade testamentária ativa e passiva; 6.3 Deixa testamentária ao concepturo; 6.4 Instituição de herdeiros e legatários sob condição: situação do concepturo; 6.5 Procedimentos dos inventários e partilhas judiciais: garantia aos bens do concepturo; 6.6 Sobrepartilha: não implementação da condição suspensiva – 7. Tributos do inventário: responsabilidade e diferimento relativo ao quinhão do concepturo – 8. A propriedade imobiliária e o registro de imóveis: 8.1 Aquisição e publicidade da propriedade imóvel: importância para os direitos do concepturo; 8.2 Inexistência de previsão procedimental específica para o registro dos direitos imobiliários do concepturo – 9. Registro imobiliário dos direitos do concepturo: 9.1 Pressupostos das soluções propostas: 9.1.1 Fixação do termo final da condição suspensiva; 9.1.2 Existência da pessoa cuja prole se aguarda; 9.1.3 Princípio da cautela judicial; 9.1.4 Procedimentos preventivos e assecuratórios no registro de imóveis; 9.1.5 Doação à prole futura e observação dos mesmos procedimentos propostos; 9.1.6 Responsabilidade do curador pelos procedimentos registrários; 9.2 Prática registral: disposições para o registro dos bens e direitos do concepturo: 9.2.1 Registro dos bens/direitos com índice pelos nomes dos genitores do concepturo, sob condição e termo; 9.2.2 Registro dos bens testados ao concepturo sob regime de afetação; 9.2.3 Bloqueio da matrícula por ordem do juiz do inventário; 9.2.4 Determinação judicial de indisponibilidade dos bens objeto das matrículas especificadas na partilha; 9.2.5 Publicidade das restrições geradas pelo registro: controle das condições e do termo final; 9.3 Procedimentos posteriores ao registro: 9.3.1 Condição implementada *versus* condição não implementada. Requisição dos interessados: ordem judicial – 10. Conclusões – 11. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A proposta do tema<sup>1</sup> sobre o concepturo e o exercício de sua capacidade sucessória testamentária voltada ao registro de bens imóveis é resultado de algumas curiosidades que nos inquietam há algum tempo, pelas várias razões que serão colocadas oportunamente, mas, em especial, por envolver duas questões de raízes profundas para o ser humano: a *morte* – aqui como fonte de direitos e obrigações, mas sem esquecer seus aspectos psicológicos e sociológicos, e a *propriedade*, que tem como um de seus princípios primordiais a *aderência* obrigatória a um titular, princípio esse transgredido quando os bens são legados a uma pessoa inexistente, porém com eventual existência futura.

O que se dá com tais bens nesse período de expectativa, em que já não exista o titular anterior, porque morto, e ainda não exista o próximo titular, porque não nascido nem concebido? Qual é o modelo procedimental a seguir, tanto para viabilizar a condição suspensiva imposta à aquisição dessa propriedade quanto para garantir sua devida manutenção, administração e existência segura ao tempo da efetiva transmissão?

Prole futura – concepturo – é evento expectativo, futuro e incerto, a manter em suspenso a aquisição e o exercício de direitos que exijam um ente ao qual possam aderir.

Ocorre aqui uma lacuna legal pela inexistência de procedimento previsto para a operacionalização do cumprimento da regra que permite ao testador deixar bens, universal ou singularmente, livres ou clausulados, à prole futura de uma ou mais pessoas que designe, desde que estas existam ao tempo da abertura de sua sucessão, estabelecendo o termo final de até dois anos para que concebam àquela, de acordo com os arts. 1.799, I, e 1.800 do CC/2002.

Esse é o núcleo da proposição deste estudo: apresentar certas dúvidas que se colocam em razão das várias possibilidades de tais deixas testamentárias e sugerir algumas soluções possíveis para essas questões, com foco específico na propriedade imobiliária e seu sistema de transmissão no direito pátrio, priorizando os aspectos práticos do Registro de Imóveis na operacionalização de tais registros e, assim, atender os desígnios do testador com a segurança jurídica desejada e a publicidade *erga omnes* desses direitos.

Viabilizar o procedimento do instituto, por meio de princípios registrares imobiliários e das regras de hermenêutica jurídica, é dar-lhe efetiva utilidade,

---

1. Artigo baseado na dissertação de mestrado apresentada à banca de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

considerando o fim a que se propõe, e, evidentemente, sem pretensão de exaurir as potencialidades de sua aplicação.

## 2. O DIREITO QUE NÃO É ÚTIL NÃO É DIREITO

Sem a intenção de discutirmos os conceitos de direito, cabe aqui citar o purismo da mais simples, nem por isso menos profunda, explicação de Ulpiano, que diz em seu *libro primo institutionum* que: “É preciso que aquele que há de se dedicar ao direito primeiramente saiba de onde descende o nome ‘direito’ (*ius*). Vem, pois, de ‘justiça’ chamado”. Recorremos, ainda, a Celso, citado no Digesto: “direito é a arte do bom e do justo”.<sup>2</sup>

Silvio Rodrigues escolhe a definição de direito dada por Ruggiero e Maroi em seu *Istituzioni di diritto privato*: “O direito é a norma das ações humanas na vida social, estabelecida por uma organização soberana e imposta coativamente à observância de todos”;<sup>3</sup> e por Ihering, que, com pequena ironia, diz: “O direito não é uma teoria pura, mas uma força viva (...) é um trabalho incessante, não somente dos Poderes Públicos, mas ainda de uma nação inteira”.<sup>4</sup>

No texto bíblico, lemos: “Não farás injustiça no juízo: nem favorecendo o pobre, nem comprazendo ao grande: com justiça julgarás o teu próximo” (Levítico, 19:15), e, para Santo Agostinho, na ausência de justiça, não há direito (*A cidade de Deus*, XIX, 21) e o que não é justo não parece ser lei (*Do livre arbítrio*, I, 5).

Essa última opção talvez nos aproxime muito do saber prático acerca do que seja *ter direitos* e de *quais direitos se têm*, mas não de forma absoluta, já que os direitos, assim como os deveres de quaisquer espécies, se colocam relativizados, primeiro diante das situações reais e, em seguida, diante dos direitos e deveres alheios.

Dessa forma, se titularizamos patrimônio, temos o direito *de* dispor sobre ele de acordo com determinados limites; se somos reconhecidos por aquele ordenamento como herdeiros, então temos o direito *à* herança. Se formos *prole futura* – com a devida licença ficcional –, teremos direito *de* ser concebidos,

---

2. D.I.1.1.1.pr. DIGESTO DE JUSTINIANO: liber primus: *introdução ao direito romano. Imperador do Oriente Justiniano I*. Trad. Helcio Maciel França Madeira. 5. ed. rev. da trad. São Paulo: Ed. RT, 2010.

3. RODRIGUES, Silvío. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 1, p. 6.

4. IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 23.

de nascer,<sup>5</sup> além de ter a vocação hereditária protegida, até que nasçamos com vida, para que possamos exercer tais direitos, já que o ordenamento que nos disciplina assim o diz.

Implícita no conceito de direito deve estar uma finalidade à qual podemos aplicar as mesmas exigências feitas aos objetos dos negócios jurídicos: deve ser lícita, possível, determinável e – acrescentamos – útil, sem o que, determinar o direito aplicável a cada caso concreto tornar-se-ia mero exercício de erudição e, como tal, facultativo. Simão Vaz Barbosa Lusitano<sup>6</sup> apresenta a síntese: “leges, nihil in eis debet esse inutile, ac superfluum, sine ministério aliquid operando” (leis em nada devem ser inúteis, e supérfluas, sem produzirem algum efeito).

## 2.1 Os princípios e as leis

No Brasil, ocorreu uma valorização dos princípios, em especial na seara constitucional, sendo-lhes atribuída uma normatividade *qualitativa*, com papel integrador e amortecedor do sistema de normas jurídicas, surgindo dessa nova realidade uma pluralidade de funções práticas em seus usos, muito além do papel de supridor das omissões das leis e colmatador de lacunas, com aplicação subsidiária.

Na contemporaneidade, os princípios se abrem como cobertura sobre todo o ordenamento, colocando em evidência a busca pela justiça ideal, mais equilibrada e distribuída, já que deposita, na aplicação do direito, valores morais e éticos gerais, aproximando-se de matizes do direito natural disseminadas na consciência coletiva dos indivíduos.

Sobre os princípios gerais implícitos percebidos no ordenamento, interessante a construção de Eros Roberto Grau, ao defender que eles não são positivados, pois já seriam positivos, sendo apenas declarados em cada caso, reconhecidos no interior do próprio direito pressuposto da sociedade à qual corresponde:

“Os princípios em estado de latência existentes sob cada ordenamento – isto é, sob cada *direito posto* – repousam no *direito pressuposto* que a ele corresponda. Nesse *direito pressuposto* os encontramos ou não os encontramos; de lá os resgatamos, se nele preexistirem.”<sup>7</sup>

---

5. ELIAS, Roberto João. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8-9.

6. LUSITANO, Simão Vaz Barbosa. Axiomas e lugares comuns de direito. In: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Regras de direito*. São Paulo: Lejus, 2000. p. 132.

7. Grau, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47-48.

Essa colocação importa enquanto expressa a normatização dos princípios – os implícitos, como bem distingue Eros Grau. Eles *são normas*, integram seu gênero, e, assim, eventuais confrontos entre estes devem ser resolvidos pelas mesmas regras de solução de conflito normativo. Isto é, para sua resolução, devem-se utilizar as ferramentas de integração e interpretação, e, principalmente, verificar a realidade, o caso posto, que é a única base segura ao intérprete e ao aplicador do direito, já que o direito real, concreto, opera mesmo por hipóteses exceptivas. Aqui se exige a *prudência* como virtude do intérprete para garantir a lógica do sistema jurídico aplicado.

### 3. SUJEITOS DE DIREITOS

#### 3.1 *A partir de que momento se protegem e garantem os direitos das pessoas*

A resposta à questão é complexa sob qualquer ponto de vista e, juridicamente, dependerá do ângulo a partir do qual se avaliem alguns conceitos, tais como: O que é pessoa? Quando se dá sua formação? A partir de que momento se torna sujeito de direitos?

Vejam os art. 2.º do CC/2002: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei *põe a salvo*, desde a concepção, os direitos do nascituro” (grifo nosso). Por a salvo coaduna-se com proteger, mas não necessariamente com garantir. Poderá o direito ser resguardado, abrigado, permitindo ações protetoras de diversos tipos e esferas, mas isso não significar a efetivação de sua garantia, pois esta se encontra no plano da segurança plena, da *eficácia* completa da proteção prometida.

A importante questão que se coloca sobre o conceito do que seja *pessoa* deve ser averiguada pelo ângulo da razão prática, já que, sendo pessoa, haverá direitos, não importando em que fase da vida se encontre, se em seu início ou em seu fim, ou se tenha capacidade de fato ou não. Em quaisquer dos casos, haverá direitos. A pessoa da qual tratamos aqui é a pessoa física, não sendo escopo deste trabalho a pessoa jurídica e suas várias teorias.<sup>8</sup>

Assim – sem aprofundamento sobre cada uma das correntes que tratam do início da personalidade jurídica –, e em razão da adoção entre nós do Pacto de São José da Costa Rica,<sup>9</sup> teríamos o início da vida, e, portanto, da pessoa,

---

8. RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia del derecho*. *Revista del Derecho Privado* 3/171-175. Madrid, 1952.

9. O art. 4.º, § 1.º, do Pacto dispõe: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, *desde o momento da concepção*. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

no momento<sup>10</sup> da *concepção*. Diferido o início da sua personalidade para o momento do nascimento com vida, no que se tem denominado “teoria da personalidade condicional”, teríamos que o direito subjetivo à proteção integral do nascituro deve-se dar a partir desse momento, interdisciplinarmente definido, sob vários aspectos, entre os quais os legais, médicos, religiosos e ético-morais.

### 3.2 Teorias sobre a personalidade jurídica: situação do concepturo

Consideradas as correntes doutrinárias e os posicionamentos divergentes sobre o início da personalidade jurídica, e a se exigir a atribuição dessa personalidade para que se confirmem direitos, enfrentaríamos uma questão insolúvel no que tange aos direitos atribuídos à prole futura por testamento ou doação; isso porque, não sendo esta ainda nascida e nem mesmo concebida, não há como aplicar-lhe quaisquer das teorias da personalidade.

Vejamos. A teoria natalista, que grande parte da doutrina entende ser a adotada pelo Código Civil brasileiro em razão do disposto no art. 2.º: “A *personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida*; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (grifo nosso), defende a existência da personalidade somente a partir do nascimento com vida, momento em que se iniciam a aquisição e o exercício dos direitos, que até esse momento seriam apenas expectativas.

Os adeptos da teoria da personalidade condicional<sup>11</sup> admitem a existência de direitos atribuídos aos já concebidos, mas sua personalidade, e, portanto, a aquisição de tais direitos, estaria condicionada ao nascimento com vida, verificando-se, nesse caso, uma condição suspensiva.

Para aqueles que defendem a teoria concepcionista da personalidade, tanto a aquisição como o exercício dos direitos se dão a partir da concepção, *in*

---

10. Momento este um “facto instantâneo” e não um “processo” para: CHORÃO, Mário Emílio Forte Bigotte. *Bioética, pessoa e direito: para uma recapitulação do estatuto do embrião humano*. Disponível em: [www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf]. Acesso em: 20.11.2010.

11. A teoria da personalidade condicional é rechaçada por Silmara Juny de Abreu Chinellato, que defende a teoria concepcionista, por considerar que “muitos dos direitos e *status* do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os direitos da personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos” (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro*. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coords.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 431-432.

*vivo* ou *in vitro* – a depender do ordenamento jurídico analisado –, ocorrendo uma condição resolutiva em caso de nascimento sem vida. Essa é a posição apresentada por Silmara Juny de Abreu Chinellato,<sup>12</sup> acompanhada por outros doutrinadores, como Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.<sup>13</sup>

Vemos, diante da lógica comentada em cada hipótese, a impossibilidade de aplicarmos ao concepturo quaisquer das proposições citadas para atribuir-lhe personalidade jurídica, o que, pela teoria geral do direito, impediria a instituição de quaisquer bens ou direitos em favor desse ser futuro e eventual. Porém, como o próprio ordenamento estabelece a possibilidade de sua designação como herdeiro testamentário ou donatário, a receber certo patrimônio, devemos solucionar essa atribuição.

Com esse objetivo, avaliamos duas proposições possíveis:

- 1) a exigência da personalidade jurídica;
- 2) a sua desnecessidade.

### 3.2.1 *Exigindo-se personalidade jurídica do concepturo. Sugerimos a criação da teoria pré-concepcionista*

A exigir-se personalidade jurídica do concepturo para atribuir-lhe direitos, a primeira teoria a ser descartada, *in casu*, é a *concepcionista*, já que não há concepção em curso que possamos invocar para defender os direitos testados ao ser futuro e incerto, pela própria natureza que ostenta: *concepturus*, ainda não concebido.

A teoria da *personalidade condicional* aproxima-se de nossos propósitos, mas não nos atenderia também, já que, pautada na anterior, faz um *medius* entre a *concepcionista* e a *natalista*, para defender que há direitos sim, outorgados ao nascituro, com eficácia condicionada ao nascimento com vida desse já concebido. Além de dispor sobre o nascituro, que não é o caso em tela – temos um concepturo para atribuir direitos –, observamos, com a devida vênia, que os que a defendem não se diferenciam dos *natalistas* como querem, pois, semanticamente, dizem o mesmo.

---

12. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

13. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. Tese Concurso de titularidade, São Paulo, Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP, 2010, p. 386. Em nota de rodapé (29), a autora reafirma a identidade de pensamento com as teses de Silmara Juny de Abreu Chinellato, já demonstrada em trabalhos anteriores.

O Código Civil brasileiro adotou a teoria *natalista* no art. 2.º, ao dispor que: “A personalidade civil da pessoa começa do *nascimento com vida*; mas a lei põe a salvo, *desde a concepção*, os *direitos do nascituro*” (grifo nosso). Restringiu-se a conceder personalidade aos nascidos com vida e a resguardar direitos daqueles já concebidos. Não nos é possível, de novo, trazer à baila os direitos da deusa testamentária ao concepturo sob regência dessa teoria, uma vez que nem nascido, nem concebido é.

Temos, inclusive, de fazer a devida crítica ao legislador nesse aspecto, pois permite uma deusa testamentária a uma pessoa ainda não existente mas não dispõe sobre a defesa, na oportunidade da redação desse art. 2.º, dos direitos que autoriza, fazendo-nos supor que tais direitos não estão assegurados, a menos que esse concepturo chegue, no mínimo, à situação de nascituro. Inaceitável a lacuna. Por essa razão, trazemos a sugestão de nova redação para o dispositivo em comento, sem que se altere a teoria que adotou, mas declarando a proteção de direitos que autoriza: “Art. 2.º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro *e desde a liberalidade, os do concepturo*”, seria uma redação mais adequada.

Constatamos, então, que não há teoria de personalidade jurídica em nossa doutrina que se aplique ao *concepturo* para garantir-lhe os direitos que o testador deseje atribuir-lhe, caso se pretenda exigir-lhe uma *personalidade* para viabilizar a deusa, já que, para isso, se exigiria uma personalidade não apenas *antes da vida*, mas *antes da concepção*, personalidade essa temporária e precária, obedecendo ao termo final disposto no art. 1.800, § 4.º, do CC/2002, já que não pretendemos uma teoria da *personalidade infinita*.

Assim, a se exigir personalidade sempre que se tenha que garantir e atribuir direitos, veríamos uma única solução: propugnarmos pela criação da *teoria da personalidade pré-concepcionista* atribuída ao concepturo. Seria novidadeira, mas solucionadora. Porém, apesar de possível tal construção jurídica, entendemos ser a segunda opção – desnecessidade da personalidade, tratada a seguir – suficiente para o intento das soluções propostas.

### 3.2.2 *A desnecessidade de personalidade jurídica do concepturo para salvaguarda de seus direitos*

Em fato, apesar da possibilidade da nova teoria proposta retro, entendemos ser desnecessária a atribuição de personalidade a todos aqueles que têm direitos resguardados pelo ordenamento, não se permitindo confundir *ter direito* com *ser pessoa*, e, portanto, ter personalidade. A se exigir personalidade para

quaisquer entes com direitos a proteger, não se defenderiam, e.g., direitos dos animais, que, apesar de seres vivos, certamente pessoas não são.

Há direitos potenciais, defendidos para se manterem íntegros até que o seu titular esteja apto a exercê-los, tendo a garantia de que não se perderão por não estar pronta e presente a pessoa que se pretende assumá-los. Nesse passo, no decorrer deste estudo, apresentaremos as formas possíveis de defesa e efetivação de aludidos direitos, prescindindo de qualquer personalidade ficcional.

#### 4. CONCEPTUO: PROLE FUTURA E EVENTUAL. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Tratando-se de garantir direitos a ente futuro e incerto, há uma dificuldade prática diante de toda a estrutura sistêmica do ordenamento brasileiro, que, com exceção da construção de algumas ficções jurídicas, não concebe a possibilidade de direitos vagantes, descolados de um titular que os possa receber e exercer no exato momento em que passa a detê-los.

Há, *in casu*, questionamentos em cada um dos três planos em que se dividem os atos e negócios jurídicos – três momentos, nos dizeres de Pontes de Miranda –, a depender da doutrina que se adote. Em tese esclarecedora, Antonio Junqueira de Azevedo assevera: “Plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de verificar se ele obtém plena realização”.<sup>14</sup>

Em uma descrição superficial, podemos dizer que um negócio jurídico bilateral, a exigir no mínimo dois sujeitos de direito, seria *inexistente* se travado com uma parte que ainda não possua existência física e nem garantia de vir a tê-la.

Em termos técnicos, a lei civil pátria exige, para a validade dos negócios jurídicos, um agente capaz (art. 104, I, do CC/2002), tornando inválido o negócio que não atenda a essa regra, e declara *nulo* o negócio celebrado por pessoa absolutamente incapaz (art. 166, I, do CC/2002). A situação aplica-se, com mais rigor ainda, à pessoa “absolutamente inexistente”.

Com as ficções jurídicas estruturadas no direito brasileiro, poderemos consentir na *existência* e na *validade* de aludidos negócios, nos quais uma das partes seja pessoa de existência futura e eventual, mas esbarramos no plano da *eficácia*, pois não se poderia viabilizar seu exercício, impedindo a produção dos efeitos pretendidos.

---

14. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 24.

Esta é, primordialmente, uma discussão sobre *direitos antes da vida*, e, como tal, traz consigo dificuldades filosóficas e dogmáticas, muito antes das dificuldades práticas e procedimentais. Estas últimas mostram-se mais simples quando comparadas às primeiras, para as quais as soluções exigiriam, *per se*, uma tese ampla e profunda.

Além dessas avaliações estruturais, necessárias para o desenho das feições que se pretende neste estudo, nossa proposta visa solucionar questões práticas que se colocam quando confrontamos os institutos ora apontados com as exigências técnico-jurídicas da transmissão da propriedade imóvel no sistema civil e registral brasileiro, tanto para sua proteção quanto eficácia, em vista dos desafios da existência de direitos presentes com titulares eventuais e futuros.

O Código Civil de 1916, que nem sequer previa a possibilidade da dissolução do casamento válido pelo divórcio e vedava o reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos, já trazia a possibilidade da referida disposição testamentária em favor da prole futura (art. 1.718, *in fine*), sem, contudo, estabelecer as regras temporais limitadoras. Essas últimas providências foram tomadas pelo Código de 2002, o que provocou algumas alterações sobre o tema, com efeitos nas disposições testamentárias já existentes quando de sua entrada em vigor, já que a lei reguladora das sucessões é a do tempo de sua abertura.

#### 4.1 *Conceito de prole futura e seu alcance*

Em termos semânticos, *prole* é descendência *lato sensu*, composta por todos os que derivem, em linha reta, do mesmo tronco familiar. De forma mais restrita, definir-se-ia como sendo apenas os filhos, aqueles descendentes de primeiro grau, a filiação direta.

O Código Civil de 1916, no art. 1.718, fazia referência à *prole eventual* de pessoa existente na abertura da sucessão e abria discussão doutrinária extensa sobre as fronteiras dessa deixa, prevalecendo já ali a significação de *prole* como “filhos”, mas sem a certeza legal dessa fixação.<sup>15</sup> O Código Civil de 2002 (art. 1.799, I) delineou expressamente esse limite, ao estabelecer a possibilidade de serem chamados à sucessão testamentária apenas os *filhos* futuros, ainda não

---

15. “Art. 1.718. São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à *prole eventual* de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão” (grifo nosso).

concebidos, de pessoa designada pelo testador, eliminando, ao menos nesse aspecto, a dúvida sobre o alcance da disposição.<sup>16</sup>

Maria Berenice Dias sustenta a impropriedade da expressão *prole eventual* em face de sua supressão no Código Civil de 2002, que a substituiu por *filhos não concebidos*, quando trata do instituto da capacidade testamentária passiva.<sup>17</sup>

Para o enfoque jurídico e prático que nos propomos a apresentar, a diferenciação entre *prole futura e eventual* e *filhos ainda não concebidos* não se justifica, considerada a mesma vocação que possuem para o incerto, o indefinido, o desconhecido. *Filho é prole* – apesar de *prole* não designar apenas filhos – e *ainda não concebido é futuro*, porque não existentes no presente, é o que será. *Eventual* é o que poderá ser ou não, porque não há certeza de sua futura existência.

Limitado seu escopo ao universo das relações familiares e hereditárias, *prole futura* é o *nondum conceptus*, o *concepturo*, contraposto ao *nascituro*, uma vez que este é um ser já concebido, em caminho de se desenvolver e nascer.

O atual Código ao substituir a anterior *prole eventual* por *filhos ainda não concebidos* eliminou as demais possibilidades de descendência além dos filhos deste conceito, mas manteve a dúvida sobre quantos filhos deve-se esperar. Manteve os demais requisitos, além de estabelecer regras de curadoria e a desejável limitação temporal para a concepção daqueles.<sup>18</sup>

---

16. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: “(...) os *filhos, ainda não concebidos*, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (grifo nosso).

17. Diz a autora: “nada justifica continuar utilizando a expressão ‘prole eventual’, preferível ‘filiação eventual’” (DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 323).

18. “Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a *curador* nomeado pelo juiz.

§ 1.º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

§ 2.º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3.º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4.º Se, decorridos *dois anos* após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.”

## 4.2 A teoria dos bens e direitos sem sujeitos e as relações jurídicas

Vejamos a clareza conceitual pontiana: “O ser pessoa é fato jurídico (...). A civilização contemporânea assegurou aos que nela nasceram o serem pessoas e ter o fato jurídico do nascimento efeitos da mais alta significação”.<sup>19</sup>

Com relação ao concepturo, esbarramos na lógica da existência. Ele não nasceu, então, não é pessoa. Assim, precisamos defender, em complemento à afirmação de Pontes de Miranda, que o *não nascimento*, mesmo não sendo fato jurídico, também é capaz de “efeitos da mais alta significação”. Veja-se, e.g., neste estudo, o efeito da partilha provisória, com direitos em suspenso, justamente em razão do *não nascer* (ainda) da prole futura esperada, o que gera um *não ser*, até que seja.

André Franco Montoro<sup>20</sup> faz avaliação das teorias que entendem possíveis os direitos sem sujeitos, para concluir que todas elas, que apontam como exemplos a herança jacente, o nascituro e os direitos difusos, deixam de verificar os efetivos sujeitos, que apenas aparentemente não existem, mas estão lá, mesmo que em expectativa, sendo esperados (herança jacente, nascituro) ou indeterminados, porém com existência real, o que justifica sua proteção (direitos difusos).

No interesse do concepturo, em que se verifica o domínio anterior já rompido pela morte do sucedido e o novo domínio ainda não concretizado pela falta do sucessor futuro, defendemos a existência de direitos sem sujeitos presentes, mas com a previsão legal de assim o ser, já que a legislação autorizadora obriga a tomada de providências temporárias para sua proteção na expectativa de que venham a existir.

Atendida o termo da concepção – até dois anos –, imprescindível que a criança *nasça com vida*, mesmo que se verifique a morte subsequente, pois não havendo vida, não terá havido herdeiro, ou seja, será como se nunca tivesse sido concebido.

Antes de tudo, para que todas essas condições tenham relevância e utilidade, é cogente que o *testamento* deixado seja *existente* – ou seja, não tenha sido revogado – e *válido*. Válida também deve ser a cláusula que estabeleceu a deixa à prole futura. No momento da abertura da sucessão será verificada sua *eficácia*, atingindo os três planos desejados pela ordem jurídica.

---

19. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. vol. I, p. 153.

20. MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991. p. 457.

Além desses requisitos essenciais para a existência, validade e eficácia dos direitos ainda sem sujeitos, necessário o processamento do inventário – positivo –, e da eventual partilha ou adjudicação, homologada judicialmente, com a expedição do documento hábil ao registro imobiliário dos bens imóveis transmitidos pela sucessão.

Concebido e nascido o herdeiro que, de *futuro e eventual*, tornar-se-á *presente e existente*, estabiliza-se a relação jurídica deste com os bens. A mutação da natureza do herdeiro será percebida no Registro Imobiliário, em razão da notícia sobre os titulares nascidos, com as devidas averbações nas respectivas matrículas dos imóveis testados.

#### 4.3 Adoção como forma de implemento da condição de concebido

O Código Civil anterior diferenciava as origens das filiações, dispondo sobre as legítimas, ilegítimas ou resultantes de adoções, com consequências familiares e patrimoniais diferentes em cada caso. Sobre a prole eventual recaiam as mesmas diferenças, com o agravante de não se ter definição clara do que fosse entendido como prole, o que gerava as mais diversas discussões doutrinárias. O Código atual eliminou as diferenças em razão da nova ordem constitucional e de sua determinação de equidade absoluta para as filiações.

A Constituição de 1988, em seu art. 227, § 6.º, iguala os “direitos e qualificações” dos filhos de qualquer origem.<sup>21</sup> Além dela, o art. 41 do ECA é ainda mais esclarecedor, como compete às normas regulamentadoras das ordens constitucionais: “A adoção *atribui a condição de filho* ao adotado, com os *mesmos direitos* e deveres, inclusive *sucessórios*, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (grifos nossos).

Consideramos indiscutível o cumprimento da condição pela adoção, justamente pela igualdade exigida pela Constituição Federal de 1988, a impedir que o Código Civil se referisse a filhos como apenas os concebidos naturalmente, e restringisse a estes qualquer direito que proponha (caso do direito à sucessão testamentária), disposta no próprio Código a proibição da discriminação (art. 1.596, que repete *ipsis litteris* o texto constitucional). Essa é a posição majoritária da doutrina, com raras exceções, considerando que eventuais diferenciações de origem da prole apostas em cláusulas testamentárias, deverão ser

---

21. Art. 227, § 6.º, da CF/1988: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos *direitos e qualificações*, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (grifo nosso).

tidas como não escritas, valendo as disposições em benefício de todos os filhos daquele que o testador nomear.

## 5. SUCESSÕES E DIREITOS DOS CONCEPTUROS

As regras objetivas que norteiam as relações sucessórias, hoje constantes como princípio constitucional (art. 5.º, XXX, da CF/1988), estão, em particular, focadas nas ligações de afeto e na estrutura familiar, como, aliás, tem ocorrido com os diversos institutos jurídicos cujo fundamento sejam envolvimento emocional entre os participantes, como a família, o casamento, a filiação, entre outros, que, conforme podemos observar, estão afetos a um “núcleo duro”, próximo, como um círculo-limite, em que se encontram aquelas pessoas mais amadas, respeitadas e queridas, independentemente da efetiva ligação sanguínea ou afim.

Para exemplificar algumas dessas situações, e não sendo o escopo da discussão deste ponto do estudo, basta observar as determinações legais sobre adoções e seus procedimentos, que, por serem complexos em excesso, geram a ocorrência do que se convencionou chamar de “adoções à brasileira”. Veja-se, ainda, o impedimento e, posteriormente, a temporalidade exigida – ao menos até a EC 66/2010 – para o divórcio como incentivadores do instituto da união estável, mesmo que de forma precária em seu início, tratado como concubinato, até que chegasse à configuração atual. E, para fazer referência a situações mais contemporâneas, que estão no auge da mutação comportamental, citamos as uniões homoafetivas, que, assim como a união estável, não preenche a designação legal de *casamento*, mas certamente atende aos princípios ora colocados, oferecendo a relação de amor, afeto e segurança que seus participantes desejam.

O que acabamos de expor pode ser aplicado, com os devidos ajustes, ao campo das sucessões, tanto no que tange à presunção da lei sobre o desejo daquele que transmite seu patrimônio – determinando que os familiares mais próximos, supostamente os mais queridos, sejam herdeiros necessários, quanto no tocante à porção do patrimônio protegida contra liberalidades, já que deve haver uma segurança mínima para aqueles mesmos familiares eleitos pela norma jurídica.

### 5.1 *Conceitos de sucessão*

Suceder, em sentido amplo, em geral vem definido nos dicionários de língua portuguesa como “tomar posse do que pertencia ao seu antecessor”, ou “assumir o lugar ou posição de outrem”, ou, ainda, “substituir algo ou alguém na posição original”, entre outras definições correlatas, donde se verifica

a vastidão de possibilidades de aplicação da sucessão. Verifica-se sucessão, por exemplo, nos negócios jurídicos que permitam substituição de partes ou objetos e nas composições empresariais.

Vejamos daí que, para tratar da sucessão nos moldes aplicados ao presente estudo, diferencia-se sucessão em geral, *inter vivos* de sucessão *mortis causa*, referindo-se esta última ao direito das sucessões e seus procedimentos complexos, que cuidam da transmissão de bens, direitos e obrigações de um sujeito a outro(s) em razão do fato jurídico morte.

As sucessões, por razões legais e históricas, são divididas em *legítima* – estabelecida com relação aos herdeiros legais, necessários ou não – e *testamentária*, que, respeitando a vontade do testador, nos limites estabelecidos por lei, distribui a parcela disponível do patrimônio para os instituídos, de forma universal ou singular.<sup>22</sup> Essa divisão não deve levar ao indevido raciocínio de que esta última – testamentária – não seja também legal, já que toda a sua conformação e limites são estabelecidos por lei, deixando ao arbítrio do testador apenas as escolhas dos beneficiados e da forma de distribuição dos bens, dentro dos limites e observados os impedimentos e ilegitimidades, também regrados legalmente.

Não havendo a manifestação de vontade do testador, a lei atuará direta e preponderantemente sobre a transmissão patrimonial do sucedido, podendo, ainda, haver coexistência entre as duas formas de sucessão *causa mortis*, como ocorrerá, e.g., nos casos em que, havendo herdeiros necessários, o autor da herança legue sua parte disponível em testamento, nada impedindo que um herdeiro legítimo seja também contemplado pela via testamentária, com a parcela livre do patrimônio.

Como não são apenas bens que se transmitem na herança – às vezes nenhum bem é transmitido –, devemos expandir a definição do objeto da sucessão para que abranja as demais relações obrigacionais do sucedido, ativas e passivas, que exijam alguma continuidade. Esse objeto se coaduna com o conceito de patrimônio, como universalidade, mas também não se esgota nele se considerarmos a gramaticalidade que o envolve.

No dizer de Clóvis Bevilacqua: “Patrimônio é a totalidade das relações econômicas de uma pessoa, considerada como entidade jurídica. É a projeção da personalidade jurídica do homem sobre os bens”.<sup>23</sup> Silvio de Salvo Venosa, por sua vez, define o objeto das sucessões como “a projeção das situações jurídi-

22. Art. 1.786 do CC/2002: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

23. BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 4. ed. rev. e acresc. pelo autor até a p. 277. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1945. p. 20.

cas existentes, no momento da morte, da desapareição física da pessoa, a seus sucessores”.<sup>24</sup> Preferimos as palavras deste último.

Apesar da relevância da sucessão legítima, pelos motivos mencionados, está na testamentária o foco desse estudo, uma vez que apenas essa modalidade permite a designação de prole futura de pessoas indicadas pelo testador para participar de sua sucessão.

## 6. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A sucessão testamentária, tratada no Código Civil de 2002, nos arts. 1.857 a 1.990 e nos arts. 1.798 a 1.803 – que versam sobre a vocação hereditária, determinando as capacidades de suceder por testamento –, é aquela fixada ao bel prazer da pessoa que testa, instituindo herdeiros e legatários da forma que deseja.

A permissão para testar é concedida pelo art. 1.857 do CC/2002 a todas as pessoas capazes, respeitados os limites legais da legítima, sendo esta capacidade específica, já que a idade autorizadora é reduzida para 16 anos – como já dispunha o Código de 1916 –, diversa da capacidade geral para os atos civis, estabelecida aos 18 anos completos.

Em geral, o teor das disposições testamentárias é livre, observadas as regras gerais de nulidade e eficácia dos atos jurídicos, as ilegitimidades passivas e os limites qualitativos e quantitativos de bens e direitos que se deseja transmitir, baseado no vetor constitucional de proteção à família sobrepondo-se às liberdades privadas. Isso explica, em parte, o fundamento das normas cogentes sobre a reserva da legítima, o conteúdo de liberalidades, o impedimento de testar em favor de concubinos, entre outros limites legais e morais, mitigando a liberdade testamentária.

### 6.1 *Conceito de testamento*

Diversamente dos dias atuais – quando, por questões psicossociológicas, o testamento é associado em particular ao evento morte, sendo considerado por muitos um mau presságio –, no direito romano a sucessão testamentária era a regra e o direito de testar livremente era privilegiado, fundado na necessária disposição protetora da perpetuação da família e dos cultos aos antepassados.

---

24. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. Coleção direito civil, vol. 7, p. 4.

A vontade daquele que morria era verificada em particular no tocante à instituição de herdeiro, considerada essencial ao testamento romano, “sua razão fundamental”, diz Orosimbo Nonato,<sup>25</sup> citado por José Cretella Jr., já que o sucessor assumiria o lugar do *pater familias*, continuando sua personalidade. Informa José Cretella Jr., ao discorrer sobre o testamento naquele sistema:

“Tal importância (...) tinha raízes profundas na antiga colocação individualista do direito e da sociedade para quem a certeza de impor a própria vontade além do túmulo era considerada como *consolação da morte* (*solacium mortis*).”<sup>26</sup>

O Código Civil brasileiro vigente, no Capítulo I do Título III do Livro V – Das Sucessões, versa sobre o testamento em geral, sem o conceituar; seguindo o modelo das Ordenações Filipinas (Livro IV)<sup>27</sup> e, como é de boa técnica, deixa a conceituação para a doutrina, com base em sua natureza jurídica, função, utilidade e eficácia, o que, em regra, não se alterou significativamente desde os primeiros ordenamentos até o direito contemporâneo.

Na definição clássica dada por Modestino (*Digesto*, Livro XXVIII, Título I, frag. 1), temos: “testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit”, i.e., testamento é a justa expressão de nossa vontade a respeito do que cada um deseja que se faça após sua morte.

Com Justiniano, nas *Institutas*, encontramos a informação sobre a origem da palavra testamento: “vem de *testatio mentis*, atestação da vontade”.<sup>28</sup>

A doutrina, tanto a do século passado quanto a contemporânea, repete as fórmulas vistas, complementando-as com objetivos específicos, atualizadas e menos patrimonialistas, mas sem se afastar da ideia base do que seja um testamento: negócio jurídico – não apenas ato, já que a vontade do testador é de resultado, constituindo verdadeira norma dentro dos limites de ordem pública, “destinada à produção dos efeitos jurídicos, queridos pelo disponente” –,<sup>29</sup>

---

25. NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. vol. 1, p. 72.

26. CRETELLA JR., José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo Código Civil*. 31. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 267.

27. LEI DAS XXII TÁBUAS. 12. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1858. (Edição fac-símile).

28. JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 105.

29. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 17. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. I, p. 175.

unilateral, personalíssimo, formal, solene, revogável, gratuito, para efeitos *post mortem*, com a função de declarar os desejos especiais do testador, de caráter patrimonial ou não. É o que se verifica também em legislações como a portuguesa (art. 2.179 do CC/2002), a italiana (art. 587 do CC/2002), e, atualmente, no Código Civil brasileiro (§ 2.º do art. 1.857).

No ordenamento jurídico brasileiro os modelos previstos são típicos, nominados, infungíveis, *numerus clausus*, abrangendo duas espécies de testamentos: os *ordinários* e os *especiais*. Aqueles, utilizáveis por qualquer pessoa capaz de testar, ao passo que estes, excepcionais, são de utilização mais restrita, com formalidades simplificadas. Os testamentos ordinários dividem-se em públicos, cerrados e particulares. Já os especiais compreendem o marítimo, o aeronáutico e o militar, admitida a possibilidade da *deixa à prole futura* de pessoas determinadas pelo testador em todas as formas previstas, obedecidos aos requisitos legais, o que aqui nos interessa.

## 6.2 Capacidade testamentária ativa e passiva

A capacidade, em sentido geral, representa aptidão e habilidade, e, em sentido jurídico, é medida da personalidade, e esta surge com a entrada no mundo jurídico do ser humano ou da entidade criada pelo homem. Como afirma Goffredo da Silva Telles Jr.: “A qualidade de ser titular de direitos se chama capacidade”.<sup>30</sup>

A capacidade testamentária ativa, verificada no momento da realização do ato, está intrinsecamente ligada a poderes conferidos por lei – capacidade de exercício, limites, liberdade – e a querer autorizados ao autor de referido negócio jurídico praticado em vida para eficácia *post mortem*. Já a capacidade testamentária passiva é completamente estipulada por lei e está mais afeita ao instituto da legitimidade do que da capacidade em sentido estrito. Como nem todos os que são capazes estão legitimados a receber por testamento, é necessário que se avalie, caso a caso, a respectiva legitimação.

Só as pessoas naturais podem testar, pois um dos requisitos de eficácia do testamento é a morte de seu autor, o que não ocorre, propriamente, com as pessoas jurídicas, que têm sua personalidade finalizada pela dissolução total. O ordenamento estabelece a idade mínima, mas não limita a máxima, já que a idade avançada, por si só, não é motivo de restrição de capacidade, bastando

---

30. TELLES JR., Goffredo da Silva. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 277.

que as características de lucidez e discernimento estejam presentes no momento da realização do ato.

Do lado passivo, compondo a relação jurídica que se cria nesse negócio, encontra-se uma vocação sucessória ampla. Sucedem por testamento todas aquelas pessoas (*lato sensu*) que existam ou estejam concebidas ou constituídas (art. 1.798 do CC/2002) no momento da abertura da sucessão, com as exceções ínsitas no art. 1.799, que prevê a possibilidade de deixa à fundação *a ser constituída* e à *prole futura* daqueles que o testador tenha escolhido e que estejam vivos ao tempo de sua morte.

É exatamente aqui que focamos nosso trabalho hermenêutico integrador, procedimentalizando a deixa testamentária à prole futura, quando se trate de bens imóveis, observadas as consequências previstas pelo princípio de *saisine*, já que a transmissão aos sucessores deverá ocorrer imediatamente com a morte do sucedido, e aperfeiçoando-se com o registro imobiliário. Ocorre que não há previsão expressa na legislação civil ou na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) para o registro de imóvel em favor de pessoa que ainda não exista no momento dessa transmissão, a exigir as integrações principiológicas que sugerimos.

### 6.3 Deixa testamentária ao concepturo

A possibilidade da instituição, em testamento, de filhos futuros de pessoas indicadas pelo testador como herdeiros ou legatários, autorizada no art. 1.799, I, do CC/2002,<sup>31</sup> é uma das exceções previstas ao princípio da existência do sucessor ao tempo da morte do sucedido, previsto, como regra geral, no art. 1.798, que trata da vocação hereditária.

Essa possibilidade excepcional gera um estado de pendência, a exigir a garantia de direitos futuros e eventuais, e que afetará diretamente a deliberação da partilha, mantendo-a provisória até a verificação das situações esperadas. Os direitos deixados em testamento para as *pessoas futuras* constarão do plano de partilha e de seu formal, reservada a quota especificada, se herdeiro, ou o bem determinado, se legatário. Referidos bens ou direitos serão entregues à responsabilidade do curador designado para que os administre, como depositário, reservando também os frutos e rendimentos durante o período legal de dois anos até a concepção, ou por tempo inferior determinado pelo testador.

31. “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I – os filhos, *ainda não concebidos*, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (grifo nosso).

#### 6.4 Instituição de herdeiros e legatários sob condição: situação do *concepturo*

Ao instituir herdeiros e nomear legatários, o testador pode fazê-lo pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo, nos dizeres do art. 1.897 do CC/2002. É justamente por tratar-se de liberalidades que as deixas testamentárias têm essa autorização. Não se deve confundir a condicionalidade das cláusulas com a do negócio testamentário – este é certo e definido. As vontades nele expressas não podem ser dúbias ou estar *sub conditio*.

Nas deixas testamentárias essas disposições acessórias podem vir isoladas ou combinadas, com a coexistência de condição, encargo, termo e motivo; assim, pode o testador dispor: “nomeio A legatário para receber o bem X, se formar-se em curso superior até o ano Z, com a obrigação de cuidar da tia B até o falecimento desta”. Tratar-se-ia de cláusula complexa, cujos elementos acidentais constariam da partilha e do registro imobiliário, se dissessem respeito a bens imóveis.

A dificuldade, por vezes, encontra-se na fiscalização de determinadas condições ou cumprimento de encargos, a exigir vigilância pelo testamenteiro, inventariante e demais interessados, que seriam beneficiados com a eventual caducidade da deixa pelo não implemento ou descumprimento das cláusulas impostas.

Para interesse do estudo que apresentamos, importa-nos verificar a *instituição do concepturo como herdeiro ou legatário, que é feita sob condição suspensiva* – qual seja a de ser concebido em até dois anos após a abertura da sucessão do testador –, o que terá como consequência a exigência da implementação dessa condição para que se efetive o direito em sua plenitude.

Ressaltamos, no caso da deixa a pessoa futura e eventual, que a condição suspensiva nem sempre constará expressamente da cláusula testamentária, sendo subentendida, presumida *juris tantum*, diante do desejo do testador expresso em determinados termos, como por exemplo: “deixo o imóvel X aos filhos que A venha a ter, em partes iguais, independentemente de quantos sejam, sendo A responsável pela curadoria do imóvel, para sua preservação durante o período em que se aguarda o surgimento da prole, observadas as normas legais aplicadas ao caso”.

Essa seria uma deixa simples, com identificação imediata da condição suspensiva que grava o direito da prole futura de A, a depender do nascimento com vida para a titularização do bem deixado, nesse caso, como legado. Porém, conforme salientado, nem sempre será tão simples a verificação das condições apostas, já que poderão ser sequenciais ou cumuladas com outras cláusulas acessórias.

Vejam os exemplos de uma cláusula testamentária complexa, passível de gerar algumas dificuldades de averiguação de implemento: “da parte disponível de meu patrimônio à época de meu falecimento, deixo 50% (cinquenta por cento) de todos os bens que o compoñham para o *primeiro filho*, que concebam A e B até o final do *primeiro ano* após a abertura de minha sucessão. Para o caso de *não advir* o filho esperado nesse período, a respectiva deixo deverá ser entregue a meu neto C, se vivo à época, com *usufruto* desses bens a A e B, *enquanto* viverem, com *direito de acrescer* entre esses, consolidando-se a propriedade para meu neto C após o falecimento A e B. Já *sendo falecido* C, a deixo deverá compor o patrimônio de meus *herdeiros necessários*, na proporção que lhes caiba por lei”.

A situação citada exige cuidadosa análise das fases determinadas pelo testador, que especializa com clareza direitos, pessoas e cláusulas acessórias de forma sequencial. Se individualizarmos cada uma, teremos:

a) *primeiro*, a *condição suspensiva* consubstanciada no aguardo do nascimento com vida do primeiro filho conjunto de A e B, não valendo a deixo caso o filho seja de um deles separadamente, nem para os filhos seguintes ao primeiro. As provas fática e jurídica do atendimento a essas determinações e do implemento da condição serão feitas pelo registro civil da criança e declaração nos autos do inventário;

b) *segundo*, o *termo* final de um ano após a abertura da sucessão para o nascimento dessa criança;

c) *terceiro*, a *primeira substituição vulgar* cumulada com *condição* de estar vivo o substituto (C), para o caso do não implemento da primeira condição. A verificação pode ser feita por simples comparecimento do substituto nos autos do inventário. Essa determinação opera-se cumulada com o *encargo* de usufruto vitalício com direito de acrescer em favor de A e B;

d) *quarto*, a *segunda substituição vulgar*, para o caso da caducidade da substituição anterior, em razão de já haver falecido o primeiro substituto (C), o que se verificará pela apresentação de sua certidão de óbito nos autos do inventário. Desta feita, a deixo retorna aos herdeiros necessários do testador, exigindo que se promova uma sobrepartilha, atendendo-se, assim, a toda a sequência estabelecida.

Diante de referido procedimento perquiratório, evidencia-se a importância do conhecimento das condições e encargos impostos, pois irão afetar direitos efetivos, eventuais e expectativos, exigindo-se seu perfeito controle, com publicidade irrestrita, razão pela qual deverão ser levados aos devidos órgãos a que estejam submetidos – registro imobiliário, se imóveis; registro público de empresas, se quotas etc. Evita-se, com isso, dentre outras situações de insegu-

rança, a negociação de terceiros com os depositários transitórios, que se encontrem na posse dos bens hereditários, como se herdeiros definitivos fossem, em razão do erro que a aparência externa pode ensejar.<sup>32</sup>

Como escreve Silvio de Salvo Venosa:

“(...) o herdeiro que aguarda o implemento de uma condição suspensiva tem seu direito suspenso, (...) trata-se de direito eventual. Se for um direito que tem toda a potencialidade de incorporar-se ao patrimônio do beneficiário no futuro, já pode ser protegido por ele, pelos meios acautelatórios.”<sup>33</sup>

É exatamente esse o caso da deixa à prole futura. *Condição suspensiva*: nascimento com vida, cumulada com *termo*: prazo legal ou estabelecido pelo testador, com um curador funcionando como depositário na situação jurídica transitória, responsável pela conservação e segurança dos bens para que existam à época da efetiva entrega ao titular aguardado.

Não é demais lembrar que as condições, modos, motivos e encargos devem observar as disposições da Parte Geral do Código Civil, no que concerne à validade, impossibilidade e licitude.

### 6.5 *Procedimentos dos inventários e partilhas judiciais: garantia aos bens do concepturo*

Com a abertura da sucessão, os herdeiros legítimos ou testamentários adquirem imediatamente a posse e propriedade dos bens da herança, pelo que se chama princípio de *saisine* – uma ficção jurídica útil para evitar a insegurança e o hiato jurídico que ocorreria caso não houvesse a transmissão imediata desses bens, sem novo sujeito que respondesse por eles e os defendesse. Situação que seria inaceitável para as relações jurídicas do sucedido.

O inventário é o procedimento complexo e formal, exigido por lei para verificar a existência e os limites da herança e a existência, legitimidade e títulos dos sucessores, de forma segura, além do cumprimento de obrigações pessoais, patrimoniais e tributárias do *de cujus*, antes do partilhamento, sua fase final, que encerra o condomínio entre os herdeiros, e atribuindo a cada um o que

---

32. Para discussão aprofundada da teoria da aparência, ver a obra de Vitor Frederico Kumpel, com extenso estudo dos problemas advindos da aparência jurídica sobre determinados institutos (KUMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007).

33. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. Coleção direito civil, vol. 7, p. 254.

lhe caiba. Nos dizeres de Itabaiana de Oliveira: “Partilha é a divisão dos bens da herança entre os sucessores do finado, a fim de se lhes adjudicarem os respectivos quinhões.”<sup>34</sup>

Os procedimentos previstos para o inventário e a partilha são aqueles dispostos no Código de Processo Civil, com fases e prazos indicados entre os arts. 982 e 1.045, no Capítulo IX do Livro IV, que cuida dos Procedimentos Especiais, no Título I, afeito aos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa.

A partilha é julgada por sentença, que comporá um *formal de partilha* – ou, para o herdeiro único, uma *carta de adjudicação*. O parágrafo único do art. 1.027 do CPC prevê ainda a possibilidade de substituição do formal por *certidão do pagamento de quinhão hereditário*, quando este não exceder a cinco vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo. Quaisquer destes documentos são títulos hábeis para as necessárias providências posteriores ao encerramento do processo de inventário e respectiva partilha.

As opções de inventários extrajudiciais, lavrados por Tabelião, não se aplicam às possibilidades de deixa a concepturos, já que um dos requisitos para sua utilização é a não existência de testamentos, e, não havendo testamento, não haverá sucessão do concepturo.

Para os procedimentos que apresentamos, a partilha do patrimônio, assim considerados os bens, direitos e obrigações, têm relevância quando da existência da *deixa testamentária aos filhos futuros de pessoas designadas*, sendo este o momento em que se colocam as indagações registrárias mais relevantes, já que a situação condicional em que se encontra referida deixa exige proteção e cautela suplementar comparadas às que se dirigem, e.g., a credores com bens reservados ou bens litigiosos, razão pela qual defendemos a necessidade de publicização do direito atual – porém com eficácia futura – dos eventuais filhos daqueles que o testador designa.

A expressão exterior da propriedade recebida por transmissão *mortis causa* deve estar em concordância com sua expressão jurídica, registrada em nome daquele que a possui externamente, para que dela possa dispor, e a publicidade registral é fator de total relevância para assegurar o conhecimento dessas situações jurídicas. Com domínio, expõe Vitor Frederico Kumpel:

“A publicidade tem como meta atender ao aspecto exterior, sensorialmente perceptível, da situação jurídica.

(...)

---

34. OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Curso de direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Andes, 1954. p. 295-296.

A força da publicidade deve vir acompanhada de outros princípios, tanto que se deve procurar um suporte de caráter cognitivo, já que os terceiros só podem obedecer a um comando que conhecem, de forma que a publicidade deve gerar o conhecimento.”<sup>35</sup>

Com isso queremos demonstrar a extrema utilidade de se promover o registro imobiliário dos bens imóveis deixados a pessoas futuras, em condição suspensiva, a se confirmar no prazo legal, mantendo-se nesse ínterim o registro *sub conditio*, para que se garanta o trinômio *direito – publicidade do direito – preservação de conhecimento do direito*.

### 6.6 Sobrepartilha: não implementação da condição suspensiva

Sobrepartilha é procedimento utilizado para partilhar, nos mesmos autos do inventário, bens desconhecidos, litigiosos ou de difícil liquidação, de qualquer natureza, sem limite de tempo ou de valores, complementando partilha antecedente. O art. 1.040 do CPC estabelece os casos permissivos de sobrepartilha, limitando-os aos bens sonogados no inventário, aos descobertos posteriormente, aos litigiosos e aos que se encontrem longe do juízo do inventário. O mesmo dispõe os arts. 2.021 e 2.022 do CC/2002, prevendo a possibilidade de várias sobrepartilhas, sob administração do mesmo ou diverso inventariante.

Apesar de não previsto nos itens citados como autorizadores de sobrepartilha, entendemos ser esse o procedimento necessário para o caso dos *bens deixados ao concepturo* que não nasça no prazo previsto, sem que o testador tenha determinado sua substituição, revertendo-os aos herdeiros legítimos, como determina a lei sucessória, na proporção do quinhão de cada um. Essa sobrepartilha observará as regras da partilha original, realizada nos autos do inventário primitivo.

Nessa ocasião, deverá ser recolhido o tributo devido referente aos bens sobrepartilhados – sem multa, visto não ser um atraso no recolhimento nem no processamento da partilha, mas apenas um pós-procedimento autorizado legalmente – para que se possa prosseguir na atribuição das quotas aos novos titulares. Sobre as questões tributárias discorreremos a seguir.

## 7. TRIBUTOS DO INVENTÁRIO: RESPONSABILIDADE E DIFERIMENTO RELATIVO AO QUINHÃO DO CONCEPTURO

Tratamos aqui dos tributos cujos fatos geradores estão relacionados com o processo de inventário, em que as transmissões podem ocorrer *mortis causa* e *in-*

---

35. KUMPEL, Vitor Frederico. Op. cit., p. 39.

*ter vivos*, em razão de atos onerosos ou gratuitos. Não se olvida, porém, da obrigatoriedade das provas de quitação dos tributos de diversas origens no momento da abertura do inventário, como os relativos à propriedade móvel e imóvel, renda ou outras obrigações fiscais. Dentre os mais comuns, a exigir certidões negativas fiscais, estão: Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), Imposto Territorial Rural (ITR), Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Imposto de Renda (IR), taxas de consumo, entre outros. E, apesar de não exigidas, defendemos a importância da apresentação, também, das certidões negativas de protestos, ao menos da comarca de último domicílio do *de cujus*, em razão das presunções legais geradas pelo protesto de título de crédito ou outro documento de dívida.<sup>36</sup>

Nos processos de inventários poderá haver a incidência do imposto estadual por transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD), calculado sobre o valor dos bens que compõem o monte partível, transmitidos aos sucessores em razão da morte do sucedido. O mesmo ITCMD pode incidir também em razão de eventuais cessões gratuitas que ocorram no processo de inventário. Haverá, ainda, o imposto municipal, de transmissões de bens imóveis *inter vivos* (ITBI), se ocorrerem cessões onerosas de bens ou de direitos hereditários sobre estes.

Para a situação que se coloca com relação aos *conceptuiros*, entendemos permanecer diferido o momento de recolhimento dos tributos, a menos que se verifique o nascimento do(s) filho(s) da pessoa designada pelo testador entre o tempo da feitura do testamento e o da abertura da sucessão. Nessa hipótese, já seria existente a prole, possibilitando, então, imputar-lhe a obrigação tributária sucessória.

O sujeito passivo determinado em lei – contribuinte ou responsável – deve ser *pessoa*. *In casu*, pessoa ainda não é, pois inexistente até o momento aquele de quem se deva exigir o tributo e nem se pode afirmar que existirá. Verifica-se apenas uma expectativa de vida futura desse contribuinte.<sup>37</sup>

Examinada pela ótica do *fato gerador*, a obrigação tributária também não se verifica, pois, mesmo aplicando-se a legislação tributária imediatamente a fatos

---

36. Art. 1.º da Lei 9.492/1997: “Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.

37. De acordo com o Código Tributário Nacional (CTN):

“Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a *pessoa* obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

(...)

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

(...)

II – as *pessoas* expressamente designadas por lei” (grifos nossos).

geradores futuros ou pendentes (art. 105 do CTN) e ocorrendo a situação legal definida como necessária e suficiente à sua ocorrência (art. 114 do CTN), substanciada na morte do testador e na instituição do concepturo como herdeiro ou legatário, observam-se os tempos diferidos, em especial no tocante à implementação de condição suspensiva – sendo essa a situação da deixa ao concepturo.<sup>38</sup>

E, apenas por dedicação ao debate, se considerássemos devido o tributo na ocasião da *partilha sob condição*, poderíamos acenar com a possibilidade de imputação da responsabilidade a terceiros por seu pagamento (art. 134 do CTN), sendo impossível a exigência de cumprimento da obrigação principal do contribuinte determinado – que aqui seria o concepturo –, e a impossibilidade seria justificada por sua inexistência, caso em que responderiam solidariamente as pessoas ali designadas. Senão, vejamos: “II – os tutores e *curadores*, pelos tributos devidos por seus tutelados ou *curatelados*” (grifos nossos).

Essa situação, realmente, não se mostra viável. À primeira, porque não existe o curatelado para que o curador responda por suas obrigações, e, à segunda, porque o curador de que trata o art. 1.800, *caput*, do CC/2002 é um curador de bens da herança,<sup>39</sup> aguardando o implemento das condições *concepção e nascimento com vida* do herdeiro esperado, com prazo máximo de dois anos para que se implemente.

Muito esclarecedor o § 3.º do mesmo art. 1.800 para embasar nossas assertivas sobre a inoportunidade do fato gerador do imposto para o concepturo no momento da partilha, injustificável assim sua exigência em razão de transmissão *mortis causa*: “*Nascendo com vida* o herdeiro esperado, *ser-lhe-á deferida* a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, *a partir da morte do testador*” (grifo nosso). Em primeiro lugar, porque não há transmissão concreta de bens àquele que não exista – e é essa transmissão o fato imponible –, o que pode ser verificado na expressão “*ser-lhe-á deferida* a sucessão” a significar que ainda não foi deferida, e, se não foi, não há fato gerador justificativo do im-

---

38. “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

(...)

II – tratando-se de *situação jurídica*, desde o momento em que esteja *definitivamente constituída*, nos termos de direito aplicável.

Art. 117. Para os efeitos no inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou *negócios jurídicos condicionais* reputam-se perfeitos e acabados: I – sendo *suspensiva a condição*, desde o momento de seu *implemento*” (grifos nossos).

39. Art. 1.800, *caput*, do CC/2002: “No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz”.

posto de transmissão. Reiteremos, assim, que se não há transmissão, também não há o aludido imposto. Em segundo lugar, a ficção jurídica da *saisine* atua a *futuro* nesse caso, ficando em suspenso, aguardando o implemento da condição “*nascendo com vida* o herdeiro esperado”, para que então opere seus efeitos *ex tunc*, ou seja, “*a partir da morte do testador*”.

E, para complementar a discussão tributária, observemos que, não implementada a condição da concepção do eventual futuro herdeiro, no prazo decadencial de dois anos, o próprio art. 1.800, no § 4.º, já oferece as opções subsidiárias para a deixa cuja condição não se efetivou: “os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

São duas, então, as opções para o caso de não nascer o concepturo esperado, nessa ordem de importância: (a) o testador determina as substituições que desejar; (b) se nada determinar, a lei opera seus efeitos deferindo a reserva aos herdeiros legítimos. Assim, haverá, de uma forma ou de outra, um sujeito passivo em face do qual vai se operar o fato gerador “transmissão *causa mortis*” e ao qual será imputada a obrigação tributária, como se tivesse ocorrido no momento da abertura da sucessão, apenas diferido no tempo. À Fazenda Pública não haverá prejuízo, já que alguém estará obrigado a pagar, em momento oportuno, ao titularizar os bens da herança.

## 8. A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E O REGISTRO DE IMÓVEIS

Nos dizeres de Ihering: “A propriedade, como o direito, é a cabeça de Janos de rosto duplo; a uns mostra ela exclusivamente este, a outros aquele; daí a diversidade completa da imagem que de uma e outra parte recebemos”.<sup>40</sup> De acordo com Pontes de Miranda, “em sentido amplíssimo, propriedade é domínio ou qualquer direito patrimonial”<sup>41</sup> e “Propriedade é tudo o que se tem como próprio”.<sup>42</sup> Para Pietro Bonfante: “la signoria più generale sulla cosa, sia in atto, sia per lo meno in potenza”.<sup>43</sup>

O modo de aquisição de propriedade evoluiu para o domínio individualizado do solo, que antes se cultivava em caráter coletivo, pois o trabalho produtivo

40. IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*, 2009, cit. p. 24.

41. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, sem data. vol. XI, p. 9.

42. *Idem*, p. 29.

43. BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 10. ed. Roma: Istituto di Diritto Romano dell' Università di Roma, 1934. p. 249.

correspondia ao esforço despendido pelo homem, de maneira individual, e a personalidade do sujeito se projetava sobre o objeto possuído, particularizando-o.

A Constituição Federal defende a propriedade, vitalizando-a como direito fundamental (art. 5.º, XXII) e como princípio geral da atividade econômica (art. 170, II), mas impõe limites que considera necessários. Com isso, reduz seu individualismo e confere ao Estado determinadas ferramentas para fazer valer o interesse público acima do privado e obrigar ao atendimento de princípios equilibradores, domando os impulsos de apropriação senhorial primitivos e estabilizando as relações. Basta verificar, e.g., a obrigação do cumprimento de uma função social (arts. 170, III; 182, § 2.º; 186, *caput*, da CF/1988).

Aqui nos interessa o regime jurídico de propriedade imobiliária, afeitas a registro em Ofício de Imóveis,<sup>44</sup> em razão da necessária proteção *erga omnes*, já que sua posse, por vezes, não se exterioriza por sinais visíveis a todos, dificultando o conhecimento dos direitos que lhe compõem.

### 8.1 *Aquisição e publicidade da propriedade imóvel: importância para os direitos do concepturo*

No direito pátrio, com similitude no direito alemão, a transmissão da propriedade imobiliária por ato *inter vivos* – em que há substituição da posição jurídica anterior por um novo titular – exige uma formalidade imprescindível, concernente ao registro do título aquisitivo nos escritórios imobiliários da localidade do imóvel.<sup>45</sup> É o sistema de título e modo: o título fundamenta a aquisição; o modo a concretiza.

Afrânio de Carvalho, ao discorrer sobre os sistemas registrais, explica esse regime eclético adotado no Brasil:

“(...) combinando o *título* com o *modo* de adquirir, de acordo com a doutrina romana, substitui a tradição pela publicidade registral, à qual concede o duplo efeito de constituir o direito real e de anunciá-lo a terceiros (...). Essa dupla eficácia é a do direito brasileiro desde a Lei Imperial de 1864.”<sup>46</sup>

---

44. A Lei 6.015/1973, no art. 167, incs. I e II, lista os direitos, atos e negócios que devem ter acesso ao registro imobiliário, não sendo exaustivo o rol, que conta com acréscimos realizados por tantas outras legislações, determinantes de registros de diversas origens.

45. Art. 1.245 do CC/2002: “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”; art. 169 da Lei 6.015/1973: “Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel (...)”.

46. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 30.

Nas aquisições originárias, em que não há vínculo jurídico com a titularidade anterior – caso da usucapião (a vontade opera o direito) ou da desapropriação (a vontade não é determinante) – e nas sucessões *mortis causa*, o registro se faz necessário, não para a aquisição, mas para a publicização e disponibilidade dos bens.<sup>47</sup> Isso em razão dos princípios registrários da *continuidade subjetiva*,<sup>48</sup> segundo o qual os titulares dos direitos devem se suceder encadeadamente, e da *publicidade*, que dá conhecimento daqueles direitos à coletividade e, assim, permite que seus adquirentes os exerçam contra todos, particionando-os, modificando-os, transmitindo-os, extinguindo-os ou onerando-os.

O registro, no Brasil, é, em princípio, *constitutivo* da propriedade imóvel (arts. 1.245 a 1.247 do CC/2002), com exceção dos casos expressos, em que toma feição apenas *declaratória* de direitos já constituídos. Ocorre no direito pátrio, portanto, uma fórmula de transmissão bipartida, com um fluxo negocial complexo, representada, na primeira fase, pelo *título* jurídico – gratuito ou oneroso – que alicerça a aquisição, e, na segunda, pelo respectivo *registro* desse título, em regra, para efetivar a aquisição. Na contemporaneidade, esses registros são feitos em livros, representados pelo conjunto de folhas chamado *fólio real*, ou, genericamente, *matrícula*,<sup>49</sup> fórmula adotada a partir de 1976, com a entrada em vigor da Lei 6.015/1973, que regula a estrutura dos Registros Públicos no Brasil.

Ricardo Henry Marques Dip explica: “Esposada a unidade orgânica real – ou fólio real – como critério básico para o registro imobiliário brasileiro, o primeiro assento ou matrícula, que é a primeira inscrição do registro predial, demanda a ideia (e realidade) do imóvel”.<sup>50</sup>

Para o tema que abordamos, viabilizando o registro de um título que contenha direitos sobre imóveis fictamente transmitidos a *pessoas ainda inexistentes*, é de suma importância o efeito publicitário do aludido registro. Isso em razão

---

47. Art. 172 da Lei 6.015/1973: “No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos ou extintivos 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 sua *disponibilidade*” (grifo nosso).

48. Art. 195 da Lei 6.015/1973: “Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, *qualquer que seja a sua natureza*, para manter a continuidade do registro” (grifo nosso).

49. Art. 176 da Lei 6.015/1973: “O Livro n. 2 – Registro Geral – será destinado à *matrícula* dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro 3” (grifo nosso).

50. DIP, Ricardo. *Direito administrativo registral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67.

de que a partilha ocorrerá sob condição – que defendemos *suspensiva* –, situação que manterá direitos reais “flutuantes”, sem titular momentâneo. Essa circunstância, sem a devida publicidade registral, poderia causar danos durante o período em que se aguarda o implemento da condição, tanto para o eventual futuro beneficiado quanto para terceiros. A oposição de um direito absoluto, real, contra todos é o que se coloca aqui.

A relação de direito real exige uma aparição pública, uma manifestação inequívoca de sua existência, não bastando para tanto a presunção pura e simples. Conta-nos Carlos Ferreira de Almeida:

“A publicidade registral de técnica aperfeiçoada data do século XIX (para o registro predial, fins do século XVIII), com o registro predial prussiano, os Códigos Comerciais alemão, espanhol, português (...) e com as legislações sobre o registro civil que resultaram do aperfeiçoamento do sistema do Código Napoleónico.”<sup>51</sup>

Com relação aos bens imóveis, a publicidade das transações se dá com o registro – *lato sensu* – no ofício imobiliário de sua circunscrição, o que, no sistema brasileiro, gera a presunção *juris tantum* de propriedade pertencente àquele que conste como seu titular, até prova em contrário. A transparência e a verdade jurídica são demandadas para a proteção desses bens e direitos. “Por sua vocação de refletir, com exatidão, o que ocorre juridicamente na realidade, o registro imobiliário não pode servir a dúvidas ou ambiguidades, avisa José Renato Nalini”.<sup>52</sup> Essa é a publicidade garantidora da situação jurídica transitória dos direitos do concepturo, condicionados à sua futura existência.

## 8.2 Inexistência de previsão procedimental específica para o registro dos direitos imobiliários do concepturo

O inventário, no bojo do qual se procederá à arrecadação dos bens e direitos do sucedido, tem como principal finalidade sua partilha aos legítimos sucessores, devidamente identificados e qualificados, cujas análises das posições sucessórias permitirão definir as características e limites do título final, com a determinação de que se entregue a cada um o que é seu, para permitir-lhes o exercício de direitos e exigir-lhes as obrigações.

---

51. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e teoria dos registros*. Coimbra: Almedina, 1966. p. 144.

52. NALINI, José Renato. Os princípios do direito registral brasileiro e seus efeitos. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coord.). *Direito imobiliário registral*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 1085.

As dificuldades das quais tratamos recaem sobre as propriedades imobiliárias e direitos a elas relativos, transmitidos pelo sucedido aos filhos futuros de alguém. Não sendo mais propriedade do testador porque já morto, nem do espólio porque já extinto, nem do sucessor, porque inexistente, seriam bens sem titular? Haverá futuro titular? Se não houver, como serão titularizadas pelos demais herdeiros? Não são questões com respostas singelas.

Ao final do período determinado, não se implementando a condição do surgimento do sucessor esperado, retorna-se em juízo para uma sobrepartilha em que termos? Aplicam-se os princípios do possuidor de boa-fé ao curador que exerceu durante esse período a administração dos bens? Para aqueles frutos gerados pelos bens desde a abertura da sucessão, deve o juiz, já na partilha, estabelecer abertura de conta judicial para prevenir a situação futura, uma vez que o nascimento da prole também obriga à entrega dos frutos desde a abertura da sucessão? A posse dos bens pelo curador, que não os devolva em eventual processo de sobrepartilha, estaria a autorizar a petição de herança pelos herdeiros legítimos contra aquele?

Evidente que não poderíamos pretender levar a cabo aqui todas as questões e desdobramentos possíveis dos pontos assinalados, para o que precisaríamos, ao invés do presente estudo, ambicionar a criação de um novo capítulo completo na legislação processual e correlata, só a cuidar desses procedimentos, razão pela qual limitamo-nos às propostas de processos administrativos suficientes à garantia e publicização dos direitos imobiliários testados ao concepturo, assegurando-os, pelos princípios registrários, durante o período em que repousam sem aderência a um titular,<sup>53</sup> sendo exercidos pelo curador determinado, em visível aplicação do disposto no art. 130 do CC/2002: “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

## 9. REGISTRO IMOBILIÁRIO DOS DIREITOS DO CONCEPTURO

### 9.1 *Pressupostos das soluções propostas*

A sistematização dos procedimentos que pretendemos propor para a realização dos atos registrários dos direitos imobiliários testados à prole futura se baseia em premissas que permitem compreender a motivação de cada sugestão procedimental que trazemos à discussão. Devemos primeiro, situar a ordem das coisas.

---

53. Ocorreria uma “reserva de lugar”, nos dizeres de ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 127.

No Brasil a aquisição da propriedade imobiliária se dá pelas causas expostas nos arts. 1.238 a 1.259 da Lei Civil, dentre as quais se encontra a *aquisição pelo registro do título* (arts. 1.245 a 1.247). Adquire-se, ainda, por sucessão em razão da adoção do princípio de *saisine*, disposto no art. 1.784: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”, tendo o registro do título, nesta hipótese, função declaratória do direito.<sup>54</sup>

O segundo ponto a ser esclarecido diz respeito a *quem* será o adquirente dessa propriedade imóvel com a abertura da sucessão. De novo, ao observar o conjunto do ordenamento civil, encontramos a solução, especialmente disposta no art. 1.798,<sup>55</sup> determinando a regra geral da sucessão para os já *nascidos* ou *concebidos* nesse momento, pela forma legítima ou testamentária, os quais titularizam sua parcela de imediato com a abertura da sucessão. Trata-se de *saisine*.

Em complemento à verificação do *quem* vai titularizar a propriedade citada, devemos acrescentar a regra exceptiva do art. 1.799, I,<sup>56</sup> que convoca para a sucessão – apenas a testamentária, é verdade – *seres inexistentes*, filhos de existentes. De imediato há alguma dificuldade em compreender a situação, por consequência do desenvolvimento lógico da sucessão. A combinação “morte – *saisine* – transmissão imediata da propriedade – herdeiros nascidos ou concebidos” não se ajusta à pessoa não nascida, nem concebida ainda, não fosse a ordem legal.

Isso demanda certo exercício teleológico para o entendimento de que o direito já existente (sucessão aberta) exigirá um suporte fático no qual possa aderir (pessoa), e este ainda não existe; assim, o direito existente o aguardará,

---

54. O art. 1.316 do Código Civil português, ao tratar dos modos de aquisição de propriedade, estabelece: “O direito de propriedade adquire-se por contrato, *sucessão por morte*, usucapião, ocupação, acessão e demais modos previstos na lei” (grifo nosso). No Código Civil italiano, a mesma regra é verificada no art. 922: “La proprietà si acquista per occupazione, per invenzione, per accessione, per specificazione, per unione o commistione, per usucapione, per effetto di contratti, *per successione a causa di morte* e negli altri modi stabiliti dalla legge” (grifo nosso).

55. “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”

56. “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.”

mantendo-se *reservado* e em *suspensão*, mas salvaguardado pelos instrumentos que o arcabouço jurídico oferece.

Outro ponto importante a possibilitar o conhecimento dos direitos deixados ao concepturo é o procedimento de inventário e partilha dos bens do autor da herança, que individualiza os quinhões, originariamente transmitidos como universalidade, originando um *título* que espelha a propriedade individualizada (formal de partilha, carta de adjudicação, escritura pública de inventário) e exige seu registro imobiliário sempre que contiver direitos sobre imóveis.

Haverá quem questione a exigência do registro, pois, como vimos, não há dupla causa de aquisição de propriedade. Ou se adquire por direitos hereditários – no momento da morte do sucedido –, ou pelo registro do título entre vivos. Para a compreensão dessa exigência, é preciso deter-se nos *princípios fundamentais* do direito imobiliário registral, especialmente os da *legalidade* (registra-se porque a lei determina), *publicidade* (registra-se para dar conhecimento *erga omnes* sobre o direito) e *continuidade* (registra-se para manter a obrigatória cadeia dominial, pois o titular anterior já foi sucedido). Enfim, registra-se porque há uma ordem legal de procedimentos exigidos (arts. 167, I, n. 24 e 25 e 169 da LRP),<sup>57-58</sup> sobretudo com base no princípio-mor: a *segurança jurídica*. É esse predicado que garante a circulação das riquezas imobiliárias com as garantias que se deseja, sob o manto da fé pública aplicado ao repositório imobiliário brasileiro.

Por esses princípios verifica-se que quem não conste no fôlio registral como titular do direito não dispõe, de nenhuma forma, dos bens e direitos sobre imóveis, porque faltará a *autorização* dos princípios registrários da *continuidade* e *especialidade subjetiva*.

Assim é necessário o registro do título que disponha sobre imóveis, oriundo do inventário, para disponibilizar bens, manter sua cadeia dominial e dar publicidade a terceiros sobre as novas situações jurídicas criadas com a abertura

---

57. “Art. 167. No registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I – o registro:

(...)

24) das sentenças que nos inventários, arrolamentos e partilhas, adjudicarem bens de raiz em pagamento das dívidas da herança;

25) dos atos de entrega de legados de imóveis, dos formais de partilha e das sentenças de adjudicação em inventário ou arrolamento quando não houver partilha.”

58. “Art. 169. Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel.”

da sucessão. Este título judicial definirá o curador dos bens reservados ao concepturo, permitindo que assuma a posse de tais bens e os administre, e disporá também sobre condições e prazos a observar.

Os conhecedores da estrutura registral poderão questionar como realizar tal registro, já que ainda não existirá o herdeiro previsto, e considerando que a *pessoa* é o suporte jurídico dos direitos e os atos registrários. Com a finalidade de propor os procedimentos registrários viabilizadores do mencionado registro, tecemos, a seguir, algumas considerações sobre as características dessa registoação *sui generis*, para a solução a ser adotada na qualificação dos títulos que contenham direitos testados ao concepturo.

### 9.1.1 *Fixação do termo final da condição suspensiva*

Conforme ponderamos, o termo final que se deve aguardar para a implementação da condição essencial aos direitos da prole futura é de *dois anos* após a abertura da sucessão do testador, como disposto no art. 1.800, § 4.º, do CC/2002. Nesse intervalo, os direitos imobiliários reservados ao concepturo são levados ao registro imobiliário para garantir publicidade. E, como veremos, apesar de não possuírem um titular atual, serão registrados com a condição aposta à deixa e seu respectivo termo final, que deverá constar do título originado da partilha. Esse período limite, contado em dias, nos termos dos prazos de direito material, tem a natureza de *condição resolutiva para o registro*, se nenhuma notícia da concepção e posterior nascimento com vida for dada ao ofício imobiliário nesse período.

O *nascimento com vida* do herdeiro esperado, informado ao registro imobiliário, gerará uma *averbação-notícia* na matrícula, que efetivará a condição, sem a necessidade de novo registro, já que a eficácia da propriedade dependia apenas dessa condição. A prova do nascimento poderá ser feita a qualquer tempo, até o termo final. Ocorrendo posteriormente àquele termo, a averbação será realizada como confirmação do não implemento da condição, observados os interesses de terceiros. A segurança desse registro é garantida pelo princípio da *continuidade*, já que nenhum outro direito sobre aquele imóvel acessará a matrícula enquanto não se noticiar a solução do direito do concepturo, efetivado ou não.

O juízo do inventário, com os dados atualizados, cumprirá as substituições testamentárias determinadas pelo testador ou julgará a sobrepartilha para os herdeiros necessários, como prevê a lei civil. Um novo título judicial declarará a situação jurídica concretizada ao registro imobiliário – para o substituto ou herdeiros legítimos –, com a informação sobre a definitiva titularidade a ser *registrada* na matrícula.

### 9.1.2 Existência da pessoa cuja prole se aguarda

Os ascendentes – um ou ambos, de acordo com a disposição do testador – da prole esperada devem ser conhecidos e existentes à época da abertura da sucessão. Na partilha, poderão ser designados curadores, salvo se o testador tiver deixado outra instrução ou se o juiz entender necessária a alteração. Esses ascendentes são o *ponto fixo*, invariável, já que serão os pais cujos filhos o testador espera ter por herdeiros, assim, inalteráveis.

Por essa razão são esses pais que devem constar no índice do registro imobiliário para criar o ponto de referência do *indicador pessoal*. Dessa maneira, do corpo do registro do título originado do inventário, que reserve bens à prole futura, constarão não apenas a condição suspensiva estabelecida, mas também o nome daqueles que, espera-se, sejam pais nesse limite temporal, além da designação do curador, sendo diverso.

### 9.1.3 Princípio da cautela judicial

Ao magistrado é atribuído poderes de cautela,<sup>59</sup> em face da obrigatoriedade de providências jurisdicionais de proteção, prevenção do risco de dano, efetividade de direitos, entre outras exigências procedimentais. Na seara extrajudicial, a cautela é ferramenta formal de extrema importância, a permitir a atuação prévia do juiz, determinando os procedimentos registrários necessários para a segurança ou suspensão de determinados direitos.

Esse é o poder-dever a ser utilizado pelo magistrado, em processos de inventário e partilha em que haja *reserva de bens à pessoa futura*, para providências necessárias à proteção desses direitos potenciais em suspenso. Se entender

---

59. Diversas são as possibilidades de aplicação desse princípio atrelado à segurança jurídica, verificando-se seus ditames mais efetivos nos procedimentos *cautelares* (Livro III do CPC) e nas *antecipações de tutela* (art. 273 do CPC: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação, e: I – haja fundado *receio de dano* irreparável ou de difícil reparação”. E ainda: “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz *determinar as medidas provisórias que julgar adequadas*, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, *para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos*, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução” (grifo nosso).

que as reservas patrimoniais possam sofrer qualquer risco, poderá determinar a publicidade de circunstâncias preventivas, e.g., o *bloqueio* das respectivas matrículas<sup>60</sup> ou a *indisponibilidade*<sup>61</sup> dos bens referidos, em benefício da prole futura, já que a grande proteção surge da publicidade garantida a terceiros.

Em face desse poder, justifica-se também a substituição de curador, ou a designação de um diverso do previsto pelo testador, já que no conflito entre a vontade deste e a segurança da prole futura, esta deve se sobrepor.

Nesse sentido, o juiz poderá decidir por abertura de conta judicial para depósito de rendimentos dos bens a serem entregues posteriormente ao concepturo, ou aos substitutos, caso não nasça aquele. Poderá, ainda, estabelecer a aplicação de frutos e rendimentos em determinados títulos que entenda mais vantajosos à prole, entre outras ordens que garantam a segurança desejada.

#### 9.1.4 *Procedimentos preventivos e assecuratórios no registro de imóveis*

Os atos que se praticam sobre bens imóveis têm um destino certo quando se pretende defender a propriedade e gerar presunção de conhecimento e eficácia *erga omnes*, bastando que se lhes deem notícia no fôlio real – o *curriculum* – do imóvel. Por isso a importância de fazer chegar a esse órgão as situações que, justamente por permitirem alguma dúvida, devem se utilizar de fórmulas que gerem certeza.

Emblemática dessa situação é a recente alteração no Código de Processo Civil (art. 615-A, § 3.º),<sup>62</sup> que, tratando da fraude à execução, presume a fraude quando haja alienação ou oneração de bens posteriores à *averbação* da certidão

---

60. Art. 214, §§ 3.º e 4.º, da Lei 6.015/1973:

“§ 3.º Se o juiz entender que a superveniência de novos registros poderá causar *danos de difícil reparação* poderá determinar de ofício, a qualquer momento, ainda que sem oitiva das partes, o *bloqueio da matrícula* do imóvel (grifo nosso).

§ 4.º Bloqueada a matrícula, o oficial não poderá mais nela praticar qualquer ato, salvo com autorização judicial, permitindo-se, todavia, aos interessados a prenotação de seus títulos, que ficarão com o prazo prorrogado até a solução do bloqueio.”

61. Art. 247 da Lei 6.015/1973: “Averbar-se-á, também, na matrícula, a declaração de indisponibilidade de bens, na forma prevista na Lei”.

62. “Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, *para fins de averbação no registro de imóveis*, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto (incluído pela Lei 11.382/2006). § 1.º O exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

de *distribuição* do ajuizamento da execução nas matrículas de imóveis pertencentes ao suposto devedor.

Apesar de discutível, esse procedimento assecuratório para o credor é prova da segurança que se obtém com a *publicidade registral*, mesmo não havendo ainda o reconhecimento da obrigação do suposto devedor, isso porque ainda se estará na fase de distribuição da execução – basta-nos imaginar a execução de título de crédito, em que a relação creditória ainda será discutida –, mas já haverá o embaraço da disponibilidade de seus bens imóveis, sem que terceiros possam alegar desconhecimento.

### 9.1.5 *Doação à prole futura e observação dos mesmos procedimentos propostos*

O Código Civil brasileiro (art. 546) repete uma disposição de alguns Códigos ocidentais, como o francês e o italiano, ao prever a doação em contemplação de casamento futuro, que poderá ser feita à prole vindoura dos cônjuges, reiterando disposição do art. 1.173 do CC/1916.<sup>63</sup> É uma doação condicional, com efeitos suspensos até que se verifique o casamento que a motivou, nos mesmos termos da deixa em testamento à prole futura.

A doação feita em favor de prole futura daqueles que irão se casar, permite procedimento análogo ao aqui sugerido para a deixa testamentária ao concepturo, identificando-se os futuros genitores no termo do registro, com a inscrição das condições suspensivas – casamento, concepção e nascimento com vida de eventuais filhos –, evidentemente, admitida aqui também a adoção.

Questionamento a merecer atenção mais detida – e que exigiria análise em tese própria – diz respeito à condição estabelecida pelo Código vigente, no art. 546: “a doação (...) só ficará sem efeito se o casamento não se realizar”. A condição que resolve a doação é a *não ocorrência do casamento*. A lei não determina prazo para sua verificação, devendo ser consideradas eventuais condições

---

§ 2.º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.

§ 3.º Presume-se em *fraude à execução a alienação ou oneração* de bens efetuada após a averbação (art. 593)” (grifo nosso).

63. “A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.”

etárias e físicas dos possíveis nubentes. Também a morte de qualquer deles inviabilizaria sua concretização. Não há previsão sobre curatela dos bens, a se supor que seja exercida pelos futuros genitores da prole esperada, mas disso decorreriam algumas indagações: efetivar-se-ia se os pais ainda não casados? E os frutos e rendimentos de tais bens? E se os doadores forem os próprios futuros genitores?

Até esse ponto entendemos absolutamente possível a atuação do doador, no próprio ato de liberalidade, suprindo as indagações colocadas, ao estabelecer prazo para o casamento e para a concepção, a curatela, o destino de frutos e rendimentos etc.

A lei não prevê a ineficácia da doação se não nascer(em) o(s) filho(s) esperado(s); assim, não sendo clara a disposição donatária, os nubentes passariam a titular o bem em razão do casamento realizado, que cumpriria a condição legal.

No caso da doação em comento, o fio condutor deverá ser o entendimento de que a liberalidade se torna sem eficácia em razão de inexistência do beneficiário, e não só da inoportunidade do casamento, determinando a prudência que referida previsão componha o próprio título de doação. Não nascendo o favorecido previsto, impossível será sua efetivação, e o bem poderá retornar ao doador, caso seja sua vontade, já que a lei não permite cláusula de reversão da doação em favor de terceiro (art. 547, parágrafo único, do CC/2002).

### *9.1.6 Responsabilidade do curador pelos procedimentos registrários*

O Código Civil prevê a nomeação de curador pelo juiz do inventário, observando a instrução do testador. Não havendo esta, o próprio juiz determinará – normalmente os futuros genitores – o administrador dos bens deixados, para que possa entregá-los ao futuro herdeiro, se nascer com vida, ou devolvê-los a quem deva recebê-los.

Não atribuída a obrigação aos genitores, por qualquer motivo, o Código determina que seja observada a ordem disposta no art. 1.775.<sup>64</sup> Assiste razão a

---

64. “Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.

§ 1.º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto.

§ 2.º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.

§ 3.º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador.”

Zeno Veloso,<sup>65</sup> quando afasta essa disposição, afirmando-a equivocada. O autor entende correta a remissão ao art. 1.797, que determina a ordem de administração da herança até o compromisso do inventariante, justamente o campo em que se insere a questão do concepturo.

É fácil constatar o erro quando se verificam as pessoas citadas no art. 1.775: (a) o cônjuge (impossível para o concepturo); (b) o pai ou a mãe (recorre-se à lista supletiva justamente em razão do afastamento dos pais como curadores); (c) os descendentes (impossível para o concepturo); (d) a escolha pelo juiz (opção que resulta do poder de cautela legal, em qualquer situação de proteção).

Em particular, o que nos interessa nesse ponto diz respeito à responsabilidade do curador, como administrador que é, em apresentar a registro os bens e direitos partilhados ao concepturo, em todos os órgãos necessários, a depender da natureza de cada um. E, sem dúvida, ao registro imobiliário quando se tratar de imóveis ou direitos a eles relativos, observando-se, no mais, as disposições referentes às responsabilidades dos tutores nesse aspecto. Destaquemos, e.g., a disposição de “fazer-lhe as despesas de (...), bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens”, conforme ínsito no art. 1.747, III, do CPC.

## 9.2 *Prática registral: disposições para o registro dos bens e direitos do concepturo*

*Por que registrar os imóveis reservados à prole futura?*

A viabilidade do registro imobiliário da propriedade testada aos filhos ainda não concebidos daquelas pessoas escolhidas pelo sucedido, subordinada aos princípios registrários vigentes, poderá se proceder pelos modos a seguir descritos, com vistas ao princípio maior da *segurança jurídica*. Referido princípio contendo duas faces verificadas: (a) *proteção* primeira à *pessoa futura* esperada, para que ocupe o espaço que o testador lhe reservou; e (b) *proteção* conseqüente à *sociedade* que se relacionará com os direitos reservados a essa pessoa futura, obrigada a conhecê-los para respeitá-los.

Ponderamos à exaustão, no decorrer deste estudo, sobre a proteção à propriedade como meio de garantir a paz social em sociedades extremamente juridicizadas, em que muitos dos direitos externos compõem a personalidade do sujeito de direito. A questão imobiliária é singular, já que não dispõe sobre bens que se carreguem na carteira, e, ainda assim, acompanham o sujeito sob

---

65. VELOSO, Zeno. Do direito das sucessões, arts. 1.784 a 2.027. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2012. p. 1.977.

cuja propriedade se encontrem, onde quer que vá, protegendo-o com o manto da aderência do direito real ao titular.

No decorrer da história a alteração da forma de demonstração da titularidade de um bem imóvel variou muito, passando a exigir um “porto seguro” onde se pudesse divulgar o ato e garantir o direito, sem preocupações em demonstrá-lo todo o tempo – da forma como ocorriam com as transmissões em paróquias, praças ou em rituais dos mais diversos. Acrescente-se a isso a irrefreável rapidez da circulação de bens e evolução tecnológica sem precedentes, a permitir que os negócios sejam travados em tempo mínimo, real, dependendo da bolsa de Tóquio, ou das oscilações na China.

Desse modo, as relações jurídicas exigem, e as instituições organizadas devem oferecer, a maior publicidade e segurança que se possa alcançar. Esse é o maior dos motivos para o registro da propriedade imóvel. Sem ele os negócios não se mostram e, em última instância, não se perfazem: “Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel” (art. 1.245, § 1.º, do CC/2002).

Não se pode dizer definitivamente que o registro seja a melhor ou a pior ferramenta para referido intento, apenas que, sem esse sinal público opera-se no risco, e o risco custa caro. O Registro Imobiliário oferece a segurança na medida de sua estrutura, e, em se tratando de seres que ainda não existem e que se mantêm em nível abstrato, o oferecimento de segurança real os torna um pouco mais concretos no consciente coletivo. Esse o motivo do registro dos bens e direitos testados ao concepturo.

*Quando registrar os imóveis reservados à prole futura?*

Primeiro, a verificação do *quando* material. Registram-se direitos dos concepturos desde que sejam bens imóveis ou direitos a eles relativos. Nesse ponto, observam-se as classificações civis dos direitos reais,<sup>66</sup> plenos ou limitados,

---

66. “Art. 1.225. São direitos reais: I – a propriedade; II – a superfície; III – as servidões; IV – o usufruto; V – o uso; VI – a habitação; VII – o direito do promitente comprador do imóvel; VIII – o penhor; IX – a hipoteca; X – a anticrese; XI – a concessão de uso especial para fins de moradia; XII – a concessão de direito real de uso.

(...)

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, 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.”

Além das disposições expressas no Código Civil, já verificamos as determinações de origem diversa, previstas em leis esparsas, que, referindo-se a imóveis, direitos reais ou obrigações com eficácia real, também preveem seus registros.

pois são esses os que podem ser levados ao Registro Imobiliário, considerando-se todos os princípios já tratados neste estudo.

Em seguida, a verificação do *quando* processual. O momento será o da definição dos direitos que lhe foram reservados, considerado o procedimento exigido para a ultimação do patrimônio do disponente, que culmina com a devida divisão e expedição de documento judicial hábil a ser publicizado nos diversos órgãos que assim exijam. É o caso do Registro Imobiliário. O formal, ou outro documento hábil expedido no inventário, determinará os limites dos direitos do concepturo, assim como os dos demais herdeiros, se houver, e o mesmo procedimento será realizado para a parcela herdada individualmente, em cada imóvel sobre os quais recaiam.

Poder-se-ia, ainda, verificada *ab initio* no processo de inventário, uma disposição testamentária para a prole futura em forma de legado – e estando disponível o bem na relação inventariada, antecipar a cautela, por meio de uma averbação premonitória,<sup>67</sup> publicizando a reserva temporária do bem, confirmando-se seu registro, como sugerimos, ao final da partilha, com a expedição do respectivo formal.

A *reserva de registro* é tema a ser discutido com mais vagar, em estudo próprio, em face da proposição que se faria para seu uso no Brasil. Sua utilidade prática para questões premonitórias se verificaria em situações como a que explicitamos aqui, relativas a bens com relações jurídicas definidas, com prazo de efetivação previsto, apenas na expectativa da ocorrência de condições e termos, negociais ou processuais, garantindo-se, com ela, uma prioridade pré-requerida, que poderia ou não se efetivar no período determinado para tanto. Mas, como dissemos, é assunto afeito a novas searas dos estudos registrais.

Para as situações com vistas ao registro dos bens deixados aos concepturos, expedido o formal de partilha – ou outro documento hábil no inventário –, se-

---

67. Sérgio Jacomino, registrador imobiliário paulista, debruça-se sobre o tema das averbações premonitórias, defendendo com propriedade sua abrangência aos casos que exijam segurança jurídica, não importando que assim se as nomeiem, ou não. Em artigo publicado pela Associação dos Registradores de Imóveis de São Paulo (Arisp) exprime: “Tanto as averbações previstas no art. 615-A do CPC, quanto as hipóteses arroladas na Lei 6.015/1973, são espécies de uma mesma categoria que tem como escopo – além de advertir, prevenir, acautelar terceiros – de desencadear importantes efeitos de oponibilidade/inoponibilidade. São, pois, inscrições premonitórias e delas decorrem importantes efeitos presuntivos dos quais mais adiante se falará” (JACOMINO, Sérgio. Averbação premonitória, publicidade registral e distribuidores: a *probatio diabolica* e o santo remédio. Disponível em: [http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/016-jacomino-averbacao-premonitoria.pdf]. Acesso em: 04.10.2011.

ria este apresentado de imediato ao *protocolo* do registro imobiliário pelo curador dos bens, às custas dos próprios bens. Sugere-se que o próprio juiz aponte prazo para essa providência, em razão dos interesses envolvidos, observados os princípios obrigatórios.

*Onde registrar os imóveis reservados à prole futura?*

Primeiro, o *onde* quantitativo. Poderá haver direitos sobre imóveis que precisem ser noticiados em registros ou órgãos outros que não apenas o Registro Imobiliário. É o caso de imóveis rurais sobre os quais recaia alguma limitação administrativa ou ambiental, a exigir que a nova titularidade seja informada aos órgãos controladores dessas restrições, como o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (Ibama),<sup>68</sup> a Secretaria de Patrimônio da União (SPU)<sup>69</sup> ou o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan),<sup>70</sup> em casos de tombamentos por motivos específicos.

Todos esses registros, averbações, anotações, entre outros atos exigidos, deverão ser providenciados para regularidade de inscrições, sem esquecer os cadastros municipais que ordenam os impostos sobre propriedade urbana (IPTUs) e os federais, no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), que cuidam dos impostos sobre propriedade rural (ITRs). Além desses, pode haver a obrigatoriedade de eventuais arquivamentos de transmissão de propriedade nos registros das Juntas Comerciais, quando o sucedido fosse

---

68. Órgão subordinado ao Ministério do Meio Ambiente, responsável pelos licenciamentos, autorizações e fiscalização de uso de áreas de recursos naturais. Em áreas sob sua responsabilidade, autorizações concedidas para eventuais construções, demolições ou outras modificações imobiliárias são publicizadas nas matrículas dos imóveis afetados.

69. Órgão vinculado ao Ministério do Planejamento, responsável pelas ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização e alienação dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis (Lei 9.636/1998), com repercussões no Registro Imobiliário. Como exemplo, o art. 3.º da Lei: “A regularização dos imóveis de que trata esta Lei, junto aos órgãos municipais e aos Cartórios de Registro de Imóveis, será promovida pela SPU e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, com o concurso, sempre que necessário, da Caixa Econômica Federal – CEF”.

70. Órgão subordinado ao Ministério da Cultura, responsável pelo controle e fiscalização do acervo arquitetônico e urbanístico brasileiro, assim como do acervo documental e etnográfico, das obras de arte integradas e dos bens móveis. Estão sob sua proteção também os acidentes geográficos notáveis e paisagens que devam ser mantidas em razão de seu interesse histórico e cultural. Os processos de tombamento que propõe e fiscaliza têm acesso ao Registro de Imóveis para publicidade e proteção dos imóveis tombados e de seu entorno.

empresário ou tenha tido imóveis transferidos de ou para pessoas jurídicas ali matriculadas. Igual procedimento para os Registros Cíveis de Pessoas Jurídicas.

O mesmo título sucessório será apto para a realização dos mais diversos registros e cadastros, extraindo-se dele informações sobre transmissões ou condições que serão publicizadas onde necessário.

Em seguida, o *onde* qualitativo. O princípio registrário da circunscrição (ou territorialidade), que obedece à normativa legal<sup>71</sup> e administrativa,<sup>72</sup> é determinante para a verificação do local de registro da propriedade imóvel, em face do local da situação dos bens, justificado pela facilidade em dar conhecimento sobre suas posições físicas e jurídicas e sobre quaisquer restrições ou condições que recaiam sobre ela.

O processamento do inventário observa a competência territorial, nos termos do Código de Processo Civil, com vistas à publicidade do processo, garantindo a proteção de interesses de herdeiros e de credores.<sup>73</sup>

Conjugadas essas regras de competência com a observância obrigatória das circunscrições imobiliárias, deve-se atentar para o fato de que as disposições testamentárias relativas a imóveis poderão obrigar à realização de registros em distintos ofícios imobiliários, o que deverá ser providenciado pelos responsáveis.

Sugere-se que o juiz do inventário designe prazo para a apresentação nos autos das certidões atualizadas, comprovadoras dos registros – ou averbações premonitórias, quando o caso –, nas circunstâncias em que haja interesses de conceptuos a serem preservados e publicizados.

*Como registrar os imóveis reservados à prole futura?*

Os registros sugeridos neste capítulo podem ser realizados, de *lege lata*, utilizando-se os procedimentos já previstos em legislação civil e registrária para institutos de natureza preventiva e condicional, como é o caso da deixa à prole futura.

---

71. Art. 169 da LRP: “Todos os atos enumerados no art. 167 são obrigatórios e efetuar-se-ão no Cartório da situação do imóvel”.

72. Lei de Organização Judiciária dos Tribunais de Justiça dos Estados (que define a organização das comarcas), e plano diretor dos municípios (que define as áreas que lhe sejam afetas).

73. “Art. 96. O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

Parágrafo único. É, porém, competente o foro:

I – da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo;

II – do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes.”

Para alguns dos procedimentos propostos, a depender do tipo de direitos e bens partilhados ao concepturo, será importante a superveniência de normatização administrativa, por meio de provimentos das Corregedorias Gerais de Justiça dos Estados, fiscalizadoras dos serviços extrajudiciais. Isso, para que se uniformizem a sequência dos atos a serem praticados assim que recebidos os títulos da partilha com direitos dispostos à prole futura, e para que se definam eventuais arquivos classificadores e anotações recíprocas, além da forma das informações a serem fornecidas aos juízos dos inventários, quando for o caso.

Importante verificar todas as condições restritivas ou limitadoras impostas nas cláusulas testamentárias, reproduzidas no título sucessório, para que constem com clareza do texto do registro, evitando dúvidas ou incertezas sobre a qualidade, a quantidade e o tempo de exercício dos direitos reservados.

Demonstramos a seguir as estruturas registrais para cada opção sugerida, opções estas que poderão ser elegidas pelo juiz do inventário, em face do poder de cautela e do caso concreto julgado.

### 9.2.1 *Registro dos bens/direitos com índice pelos nomes dos genitores do concepturo, sob condição e termo*

Como descrevemos em item anterior, o título oriundo do inventário obrigatoriamente qualifica e individualiza as pessoas indicadas pelo testador cujos filhos futuros serão beneficiados. Assim, o registro dessa propriedade seria feito sem o nome do futuro titular, mas com o nome de seus genitores constando do texto do registro e dos índices pessoais (livro 5), bem como do nome do curador, quando seja diverso. Além disso, devem ser expressos também a *condição suspensiva* e o *termo final* de implementação da condição.

Essa forma sugerida para a publicização *erga omnes* da situação fática e jurídica do imóvel contém todas as informações necessárias para garantir seu conhecimento por terceiros e impedir transações *a non domino*, pois os exatos limites da atuação do curador estarão expostos ao conhecimento de toda a sociedade, pela certidão atualizada da matrícula daquele imóvel, que, além de fornecida a qualquer interessado,<sup>74</sup> também deverá ser anexada aos autos do processo logo após os registros determinados.

O escopo do registro proposto, com nomeação de curador diverso dos pais, observa todos os requisitos registrários e publiciza todas as condições determinadas pelo testador:

---

74. Art. 17 da Lei 6.015/1973: “Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido”.

*Matrícula n. M*

R.1. Data. Protocolo n. P: À vista do *formal de partilha* oriundo dos autos n., processo n., p., Vara V., Juiz J., o imóvel dessa matrícula foi instituído em legado, *reservado* para os *filhos ainda não concebidos* de A (qualificação) e B (qualificação) com a *Condição suspensiva* específica de *estar(em) concebido(s), ou adotado(s), até a data \_\_/\_\_/\_\_*. O implemento da condição será averbado para disponibilidade dos direitos reservados. As consequências do não implemento serão verificadas nos referidos autos n, após o termo final, para as providências registrárias. Foi designado pelo testador, como *Curador C* (qualificação), com obrigações estabelecidas nos termos do *formal de partilha*. Data, Local, Oficial.

*9.2.2 Registro dos bens testados ao concepturo sob regime de afetação*

Os bens e direitos da prole futura podem ser registrados sob regime de afetação<sup>75</sup> a fim específico, qual seja, transmissão ao concepturo *se e quando* nasça com vida, mantendo-se como *patrimônio afetado*, reservado, *inalienável* e *incomunicável*, independentemente de quem seja nomeado seu curador.

Essa afetação, determinada no título, pelo juiz do inventário, tem o condão de impor o “congelamento” da circulação desses bens pelo período que a lei prevê para o surgimento do filho futuro da pessoa designada, ou por intervalo menor, previsto pelo próprio testador, impedindo disposição de qualquer tipo.

Para a publicidade pretendida, o registro deve ser realizado com os nomes dos previstos genitores do concepturo em seu texto – já que a posição de “genitor condicional” é imutável –, constando também expressamente do registro as demais condições, cláusulas e termo, além da específica afetação a que se destina.

Com o implemento da condição – existência da prole esperada –, a averbação cancelando a afetação será feita no prazo determinado no título, por requerimento dos interessados, com a devida ordem judicial,<sup>76</sup> para o registro imediato em nome do novo titular, *ex-concepturo*, à vista dos devidos documentos civis.

75. Nas incorporações imobiliárias a afetação do patrimônio é estrutura protetiva para os adquirentes, já que todos os bens relacionados com a construção, incorporação e entrega das unidades imobiliárias se mantêm afetados ao empreendimento, até sua conclusão, com incentivos fiscais para os incorporadores que adotam tal solução. O regramento está disposto na Lei 10.931/2004.

76. Lei 6.015/1973:

“Art. 164. O cancelamento poderá ser feito em virtude de sentença ou de documento autêntico de quitação ou de exoneração do título registrado.”

Não implementada a condição, nova ordem será expedida nos autos do inventário, a pedido dos interessados, para que se transfiram bens/direitos ao substituto nomeado ou aos herdeiros legítimos, por sobrepartilha ou adjudicação, cumprindo-se previsão testamentária e, em sua falta, a vocação legal.<sup>77</sup> Está aí a segurança dessa opção.

Quaisquer que sejam os novos titulares, antes do registro de seus direitos, deverão apresentar a ordem judicial de cancelamento daquela afetação, mantendo-se obediência ao princípio da continuidade registral.

A estrutura registrária da opção que designa os bens reservados como patrimônio de afetação tem acesso ao Registro da seguinte maneira:

*Matrícula n. M*

R.1. Data. Protocolo n. p: À vista do *formal de partilha* oriundo dos autos n., processo n. p., Vara V, Juiz J., que reservou a quota parte ideal dos bens do *de cujus*, foi individualizado o imóvel objeto dessa matrícula para os *filhos ainda não concebidos* de A (qualificação) e B (qualificação) com a *condição suspensiva* específica de *estar(em) concebido(s), ou adotado(s), até a data* \_\_/\_\_/\_\_. O implemento da condição será averbado para disponibilidade dos direitos reservados. As consequências do não implemento serão verificadas nos referidos autos n., após o termo final, para as providências registrárias. Foi designada A (já qualificada) como *curadora*, com obrigações estabelecidas nos termos do *formal de partilha*. Data, Local, Oficial.

-----  
AV.2. Data. Protocolo n. P. Por determinação do r. Juiz, nos termos do *formal de partilha* (R.1.) este imóvel fica *afetado* ao fim específico de “reserva de bem de concepturo”, impedida sua disposição a qualquer título até verificação da condição, em seu termo, ou ordem judicial posterior. Data, Local, Oficial.

“Art. 165. Apresentado qualquer dos documentos referidos no artigo anterior, o oficial certificará, na coluna das averbações do livro respectivo, o cancelamento e a razão dele, mencionando-se o documento que o autorizou, datando e assinando a certidão, de tudo fazendo referência nas anotações do protocolo.”

77. Art. 1.800, § 4.º, do CC/2002: “Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

### 9.2.3 Bloqueio da matrícula por ordem do juiz do inventário

O juiz poderá se utilizar do expediente do *bloqueio da matrícula*<sup>78</sup> do imóvel, na qual será registrada a propriedade ou direito real condicional do concepturo, com a limitação e termo final liberatório expressos no formal de partilha, condicionado à prova, nos autos do inventário, do nascimento ou adoção para o futuro desbloqueio.

O bloqueio é um expediente realizado mediante ordem judicial, em casos específicos, como regra, quando os registros ou a própria matrícula apresentam algum indício de insegurança, a ocorrência de duplicidade de matrículas do mesmo imóvel, o que impede a prática de quaisquer atos posteriores em ambas, até que se finalize o devido procedimento regularizatório.

Para tanto, propomos o uso do bloqueio com a finalidade de impedir novos registros até o implemento – ou não – da condição esperada. Ao manter-se a matrícula trancada, evitar-se-á o acesso de qualquer título ou negócio durante o intervalo compreendido entre o registro do título sucessório e o termo final, sem prejuízo da protocolização de novos títulos, que ficam prorrogados até o termo determinado. Os atos judiciais posteriores incluirão o desbloqueio da matrícula para o registro em nome do concepturo ou dos herdeiros que a substituam.

O procedimento do bloqueio, assim como os já descritos, tem a vantagem de gerar exatamente o que se pretende nesse período: reserva e publicidade. Constitui segurança para a prole futura e para a sociedade, no caso concreto que exija maior restrição.

#### *Matrícula n. M*

R.1. Data. Protocolo n. p: À vista do *formal de partilha* oriundo dos autos n., processo n. P, Vara V., Juiz J., que reservou a quota-parte ideal dos bens do *de cuius*, foi individualizado o imóvel objeto dessa matrícula para os filhos ainda não concebidos de A (qualificação) e B (qualificação) com a *condição suspensiva* específica de *estar(em) concebido(s), ou adotado(s), até a data*

78. Art. 214, §§ 3.º e 4.º, da Lei 6.015/1973:

“§ 3.º Se o juiz entender que a superveniência de novos registros poderá causar danos de difícil reparação poderá determinar de ofício, a qualquer momento, ainda que sem oitiva das partes, o *bloqueio da matrícula* do imóvel.

§ 4.º Bloqueada a matrícula, *o oficial não poderá mais nela praticar qualquer ato*, salvo com autorização judicial, permitindo-se, todavia, aos interessados a prenotação de seus títulos, que ficarão com o prazo prorrogado até a solução do bloqueio” (grifo nosso).

\_\_\_/\_\_\_/\_\_\_ O implemento da condição será averbado para disponibilidade dos direitos reservados. As consequências do não implemento serão verificadas nos referidos autos n, após o termo final, para as providências registrárias. Foi designada A (já qualificada) como curadora, com obrigações estabelecidas nos termos do formal de partilha. Data, Local, Oficial.

-----  
AV.2. Data. Protocolo n. P. Por determinação do r. Juiz, esta matrícula permanecerá *bloqueada* (pelo período expresso no termo final ou até ordem liberatória do r. juízo), impedida a prática de qualquer ato sem a devida ordem judicial. Data, Local, Oficial.

#### 9.2.4 *Determinação judicial de indisponibilidade dos bens objeto das matrículas especificadas na partilha*

Não discutiremos todas as possibilidades ensejadoras das determinações de indisponibilidades,<sup>79</sup> legais e administrativas, que exigiriam densas fundamentações na justificação de cada caso. Basta verificar que os registradores imobiliários observam ordens de indisponibilidade em razão de processos judiciais, em particular as determinadas no cumprimento das regras estabelecidas pela Lei 6.024/1974, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, além de outras.

Salientemos que os oficiais cumprem vasta lista de ordens desse tipo, de cunho administrativo, das Corregedorias Gerais, ou de outros processos das mais diversas searas,<sup>80</sup> o que denota a intensa utilização desse instrumento cautelar, muito além de suas previsões restritas. E não podemos esquecer que, com ele, os bens afetados pelas ordens permanecem fora do comércio, com tráfego obstado, não raramente por longo período.

Para o interesse do presente estudo, importa estabelecer a cautela autorizadora da decisão do juiz do inventário, no interesse da proteção dos direitos do concepturo, para que os bens imóveis que lhe sejam reservados recebam não apenas a garantia da publicidade registral, mas também a certeza da li-

---

79. Art. 247 da Lei 6.015/1973: “Averbar-se-á, também, na matrícula, a declaração de indisponibilidade de bens, na forma prevista na Lei”.

80. Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, t. II – Extrajudicial, Capítulo XX: *Item 94.1*: “A indisponibilidade de bens será averbada à margem da transcrição, inscrição, ou, ainda, na matrícula dos imóveis”. Disponível em: [www.extrajudicial.tjsp.jus.br/docpex/NSCGJ\_TOMO\_II.pdf]. Acesso em: 18.09.2012.

mitação de interesses alheios, geradores de riscos sobre seus direitos condicionais.

O mesmo procedimento administrativo, com a devida ordem judicial, descrito para o bloqueio da matrícula, será adotado nesta opção, com finalidade similar àquela, qual seja, impedir a disposição de tais bens, de propriedade futura e condicional do concepturo, enquanto se encontrarem com as restrições judiciais, em razão do direito condicional protegido. Atualmente, em São Paulo, há uma central de indisponibilidades, administrada pela Associação dos Registradores de Imóveis paulista, receptora das ordens de indisponibilidade das mais diversas origens, judiciais e administrativas.<sup>81</sup> A se utilizar essa opção para o registro, as ordens sobre esses bens específicos seriam registradas em nome dos genitores da prole esperada, com a especificação de ser a ordem exclusiva para os bens sob sua curatela, reservados ao concepturo, não atingindo outros bens de sua propriedade.

O bloqueio é realizado, em regra, para evitar dano à cadeia sucessiva da matrícula. A indisponibilidade atua no impedimento de disposição dos próprios bens cuja propriedade seja de quem responda a procedimentos de responsabilidade civil e/ou patrimonial. O bloqueio é da matrícula, a indisponibilidade é do bem objeto dela.

A similaridade prática entre os dois procedimentos protetivos deixa ao julgador a decisão sobre a opção que melhor se adapte ao caso concreto, salvo padrão normativo estabelecidos pelas Corregedorias Gerais estaduais para os casos de inventários com nomeação de concepturos como herdeiros.

A estrutura registrária da indisponibilidade dos bens deixados ao concepturo observaria o seguinte modelo:

*Matrícula n. M*

R.I. Data. Protocolo n. P: À vista do *formal de partilha* oriundo dos autos n, processo n. P, Vara V, Juiz J., o imóvel objeto dessa matrícula foi reservado como *legado* para os *filhos ainda não concebidos* de A (qualificação) e B (qualificação) com a *condição suspensiva* específica de *estar(em) concebido(s), ou adotados, até a data* \_\_/\_\_/\_\_. O implemento da condição será averbado para

81. Arisp. Disponível em: [www.indisponibilidade.org.br], utilizadas por registradores, notários e autoridades judiciárias e administrativas, para a verificação e expedição de ordens de indisponibilidades de bens, consultada por n. de CPF ou CNPJ.

disponibilidade dos direitos reservados. As consequências do não implemento serão verificadas nos referidos Autos N, após o termo final, para as providências registrárias. Foi designada A (já qualificada) como *curadora*, com obrigações estabelecidas nos termos do formal de partilha. Data, Local, Oficial.

-----  
AV.2. Data. Protocolo n. P Por determinação do r. Juiz, nos termos do *formal de partilha* (R.1.), este imóvel permanecerá *indisponível pelo período expreso no termo final (ou até ordem liberatória do r. juízo)*, impedida sua disposição a qualquer título sem a devida ordem judicial. Data, Local, Oficial.

### *9.2.5 Publicidade das restrições geradas pelo registro: controle das condições e do termo final*

O sistema matricular do registro imobiliário é estruturado sobre uma matriz de referências cruzadas, permitindo um controle de diversas situações e termos por meio de seus arquivos classificadores. Além disso, o registro proposto dos bens do concepturo, por qualquer das formas sugeridas, por si só, publiciza todas as condições limitadoras dos direitos, além dos prazos para seu implemento, clarificando a situação jurídica real do imóvel respectivo.

A certidão atualizada da matrícula, documento obrigatório para as transações imobiliárias no Brasil, é o espelho que reflete o “estado civil” e jurídico do imóvel ao qual se refere, demonstrando, além de sua cadeia dominial, sua origem, ônus, restrições (judiciais ou administrativas) e outras informações relevantes. Esse é o documento que permite ao interessado ter conhecimento das situações que mencionamos, já que a publicidade as torna oponível contra todos.

Para os interessados em qualquer negócio jurídico relativo aos imóveis com as proteções aludidas, são visíveis e controláveis tanto as condições que se devem verificar quanto o prazo em que devem ocorrer, evitando erros ou dúvidas sobre tais bens. Essa é a representação maior do princípio da segurança jurídica.

## *9.3 Procedimentos posteriores ao registro*

### *9.3.1 Condição implementada versus condição não implementada. Requisição dos interessados: ordem judicial*

Considerados os interesses envolvidos, os incidentes possíveis no período entre a abertura da sucessão e o termo final previsto para a concepção e o nascimento da prole futura, além da segurança jurídica a ser garantida pelo princípio da publicidade regente da estrutura registral, mister se faz a ordem judicial

modificadora da situação registrada. Referida ordem será expedida pelo juízo do inventário, competente para a verificação da implementação, ou não, da eficácia do direito do concepturo.

Nascida com vida a prole futura, no prazo legal, o curador, defensor de seus direitos e interesses, apresentará as provas desse nascimento ao juiz do inventário, lembrando que a concepção já é fato jurídico relevante para essa disposição, porque o prazo limite disposto em lei é para que *seja concebido*, ou *adotado*, não para que nasça. Conceber gera o implemento da condição; dar à luz com vida gera sua eficácia.

Com os documentos necessários, reconhecido o direito, o juiz ordenará que se averbe a implementação da condição, que converterá o direito expectativo em direito efetivado, agora em nome desse novo titular, ex-concepturo, para completa eficácia da deixa testamentária. Sem maiores problemas práticos, a prova do nascimento será feita em juízo pela certidão de nascimento expedida pelo Oficial respectivo, com conseqüente ordem judicial para que o Ofício Imobiliário proceda aos atos necessários, inclusive determinando expressamente o cancelamento de eventuais restrições que tenha determinado, e.g., afetação, indisponibilidade etc.

Não nascendo esse titular previsto, o interesse se mantém do curador, acrescido dos eventuais outros sucessores, que pedirão o reconhecimento do não implemento das condições esperadas, para que os bens sejam deferidos aos respectivos titulares substitutos ou herdeiros legítimos, conforme a situação fática.

Entendemos que o cuidado aqui deva ser maior, a fim de evitar conluios ou simulações que possam prejudicar de qualquer modo os direitos do concepturo. Para tanto, as pessoas designadas pelo testador, pais do herdeiro esperado, não sendo estes os curadores, poderão comparecer a uma audiência de “justificação”, para a prova da inexistência daquela criança até o prazo legal, após o que, verificadas as situações reais, e suas conseqüências jurídicas, o juiz expedirá a ordem devida para as respectivas providências do Ofício Imobiliário.

Detemo-nos, inicialmente, nos procedimentos descritos, já esclarecendo que não seriam os únicos possíveis, em razão da cartela de perspectivas de proteção da propriedade que a estrutura registral possibilita. Seria difícil em um estudo com os limites que se impõem, a apresentação e o tratamento profundos de toda a composição disponível, com suas especificidades, considerando a história e o avanço da instituição do registro imobiliário.

Teremos, certamente, em ocasiões vindouras, oportunidade de amearhar aperfeiçoamentos para complementos práticos na composição das presentes considerações, ouvidas as ponderações que advenham após estas breves reflexões sobre a matéria.

## 10. CONCLUSÕES

O presente estudo procurou trazer à lume os aspectos controvertidos e lacunosos direcionados à atuação do Registro de Imóveis no que tange aos direitos imobiliários deixados em testamento ao concepturo. Para tanto, discute a natureza do instituto, apresenta alguns dos problemas que se colocam para sua eficácia e oferece certas propostas no intento de solucioná-los.

Foram apresentadas as possibilidades de procedimentos práticos – judiciais e administrativos – que permitam a efetivação, publicidade e segurança jurídica dos bens deixados por testamento à prole futura de pessoas indicadas pelos testadores, mediante o uso da sistemática e dos princípios estruturantes do Registro Imobiliário brasileiro.

Vimos que a limitação a quaisquer dos direitos de propriedade, mesmo com os argumentos históricos verificados neste estudo, consubstanciados na proteção à família e ao patrimônio dos descendentes, foi motivo recorrente de celeumas e discussões doutrinárias e jurisprudenciais, desde o antigo direito romano até o atual Código Civil brasileiro, passando pelos sistemas de outros países.

Para a garantia do cumprimento da vontade do autor da herança, expressa em ato formal de vontade, cuja validade dá-se após sua morte, é mister que se protejam os desejos ali expressos com todas as ferramentas legais disponíveis, de forma pública e com efeitos *erga omnes*; em especial, quando sua eficácia fica em suspenso por um período que ultrapasse a finalização do procedimento judicial de inventário e partilha.

O ordenamento brasileiro disponibiliza a estrutura do Registro Público de Imóveis, capaz de atender a essas preocupações, em especial porque possibilita a publicidade ampla desses direitos, com eficácia contra todos, a partir do momento que dá a notícia de sua existência nos arquivos que guarda sobre cada imóvel. Isso é possível por meio dos princípios reguladores desse instituto, que formam uma malha protetora da legalidade, impedindo que atos inseguros atinjam as propriedades ali registradas.

Vemos diuturnamente a rapidez com que a sociedade se adianta ao direito. Esse descompasso é de tempo, de forma e de matéria, o que obriga os jurisdicionados a criar, de maneira contínua, seus códigos pessoais sobre bens, direitos e obrigações que lhes interessam, impondo uns aos outros suas novas e modernas “codificações”.

Nesse contexto é que se devem inserir as instituições capazes de oferecer segurança jurídica e social, ao cuidar de interesses particulares e públicos, permitindo que as novas necessidades e os novos direitos adentrem em sua

estrutura, de forma previsível para todos e obedecidas às regras que as fazem tão confiáveis. Por isso a importância do Registro Imobiliário pátrio, tão valorizado, justamente por abarcar e atender às novas relações jurídicas relevantes, adaptando-as a seus princípios basilares.

Há que se perquirir a natureza jurídica do *novo* – às vezes não puramente novo, mas, ao menos, desconhecido ou renegado –, suas características consoantes e destoantes dos arquétipos já visitados, para que se possa classificá-lo, explicá-lo e, quiçá, compreendê-lo, pois há institutos que são singulares, e como tal devem ser estudados. A esse propósito, trazemos as palavras do Ministro do STF, Carlos Ayres Brito quando se referiu à natureza *sui generis* dos serviços notariais e registrais, ao dizer que, assim como o inquérito policial não é nem processo judicial nem processo administrativo investigatório, mas tão somente inquérito policial mesmo “(logo, um *tertium genus*) (...) assim também os serviços notariais e de registros são serviços notariais e de registro, simplesmente, e não qualquer outra atividade estatal”.<sup>82</sup>

Esse mesmo olhar sobre o novo pretendemos aplicar ao concepturo. Por isso acreditamos na importância das discussões acadêmicas e práticas sobre questões difíceis, desconhecidas ou ignoradas, fazendo com que “se ilumine” e nos obriguem à ponderação, para que o novo se torne útil. Isso nos motivou na apresentação das dificuldades e de algumas possíveis soluções para a efetivação dos direitos imobiliários das pessoas futuras por meio do Registro de Imóveis, já que “o direito positivado deve ser eficaz”, conforme afirmamos no início deste estudo.

## 11. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Publicidade e teoria dos registros*. Coimbra: Almedina, 1966.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Direito civil – Família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- ALMEIDA JR., João Mendes de. *Órgãos da fé pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.
- ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Novo Código Civil confrontado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2003.

---

82. Disponível em: [\[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2205018\]](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2205018). Acesso em: 10.12.2010.

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- AMADEI, Vicente de Abreu. Princípios de protesto de títulos. In: DIP, Ricardo (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Irib/Fabris, 2004.
- ANDRADE, Christiano José de. *O problema dos métodos da interpretação jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- ARISTÓTELES. *A política*. ed. especial. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.
- AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de droit civil français*. Paris: Giuffrè, 1936. t. 1.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Noé. *A capacidade da prole eventual para adquirir por testamento*. São Paulo: Emp. Graph. Revista dos Tribunaes, 1930.
- BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de imóveis: doutrina – Prática – Jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARASSI, Lodovico. *Diritti reali e possesso*. Milano: Giuffrè, 1952.
- \_\_\_\_\_. *Proprietà e comproprietà*. Milano: Giuffrè, 1951.
- BARBOSA, Rui. *Posse de direitos pessoais*. Bauru: Edipro, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2008. p. 6. Disponível em: [www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf]. Acesso em: 25.10.2011.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao direito*. São Paulo: Ed. RT, 1967.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. 4. ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1956. vol. 1-2.
- \_\_\_\_\_. *Direito das sucessões*. 4. ed. rev. e acresc. pelo autor até a p. 277. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1945.
- \_\_\_\_\_. *Direito de família*. 5. ed. cor. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1933.
- BIBLIA SAGRADA. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. por Carlos Alberto Bittar Filho e Marcia Sguizzardi Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 6. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. rev. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 10. ed. Roma: Istituto di Diritto Romano della R. Università di Roma, 1934.
- BUSSADA, Wilson. *Registros públicos: interpretado pelos tribunais*. 2. ed. Bauru: Jalovi, 1986.
- CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- CAMARGO VIANA, Rui Geraldo. A família. In: \_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- CAMPOS, Diogo Leite; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coords.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Livraria Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1993.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Milano: Casa Editrice Dott/Antonio Milani, 1936. vol. 1-3.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- CASTANHEIRA, Neves. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.
- CATALANO, Pierangelo. El concebido “sujeto de derecho” según El sistema jurídico romano. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (orgs.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores comentada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CHALHUB, Melhim Namem. A afetação patrimonial no direito positivo brasileiro. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coords.). *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

- CHICUTA, Kioitsi. Qualificação dos títulos judiciais. In: DIP, Ricardo (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Irib/Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2007. vol. 6.
- \_\_\_\_\_. Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do direito brasileiro. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coords.). *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CHORÃO, Mário Emilio Forte Bigotte. Bioética, pessoa e direito: para uma recapitulação do estatuto do embrião humano. Disponível em: [www.ucp.pt/site/resources/documents/SCUCP/destaques-bioetica.pdf]. Acesso em: 20.11.2010.
- CÓDIGO DE HAMURABI. *Código de Manu: Lei das XII Tábuas*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2002.
- CRETELLA JR., José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo Código Civil*. 31. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DE DIEGO, Filipe Clemente. En torno de las lagunas de la ley. *Revista da Faculdade de Derecho de Madrid*. n. 1. 1944.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2007. vol. 6.
- DEMOLOMBE, C. *Cours de Code Napoléon: traité des successions*. 4. ed. Paris: Auguste Durand, 1870. t. XIV.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Manual das sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- DIGESTO DE JUSTINIANO. *Liber primus: introdução ao direito romano. Imperador do Oriente Justiniano I*. Trad. Helcio Maciel França Madeira. 5. ed. rev. da trad. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. adapt. ao novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas de registros públicos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- DIP, Ricardo. *Direito administrativo registral*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. Sobre o saber registral (da prudência registral). In: \_\_\_\_\_. *Registro de Imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Irib/Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- DOMINGUES, Claudia do Nascimento. *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. Monografia de Pós-graduação em Direito Notarial e Registral, Londrina, Faculdade Arthur Thomas, 2010.
- \_\_\_\_\_. *A prole futura e o registro de imóveis: transmissão da propriedade imobiliária ao concepturo na sucessão testamentária. Aspectos práticos*. São Paulo, 2012.
- DURKHEIM, Émile. *Sociologia e filosofia*. Trad. Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2007.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *As intermitências da vida: o nascimento dos não-filhos à luz do Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Direito registral imobiliário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed./Irib, 2001.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis (publicação autorizada pelo governo)*. 3. ed. aum. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.
- FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- GAMA, Affonso Dionysio. *Tratado theorico e pratico de testamentos*. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro & Maurillo, 1920.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Capacidade para testar, testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- GARCIA, Lysippo. *A inscrição*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Ed., 1922.
- GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1972.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 20. ed. atual. Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Sucessões*. 14. ed. rev. e aum. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- \_\_\_\_\_. *Sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GURGEL, J. do Amaral. *Registros públicos*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1929.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões (arts. 1.784 a 1.856)*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. vol. 20.
- \_\_\_\_\_. *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. Tese Concurso de titularidade, São Paulo, Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP, 2010.
- \_\_\_\_\_; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. José Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Trad. João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- JACOMINO, Sérgio. Averbação premonitória, publicidade registral e distribuidores: a *probatio diabolica* e o santo remédio. Disponível em: [<http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/016-jacomino-averbacao-premonitoria.pdf>]. Acesso em: 04.01.2011.
- JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. *Institutas do Imperador Justiniano*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KÜMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil de 2002*. São Paulo: Método, 2007.
- LEGROS, Robert. *Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal*. In: PERELMAN, Chaïn. *Le problème des lacunes en droit: études publiées par Ch. Perelman*. Bruxelles: Ets E. Bruylant, 1968. t. 1.
- Lei das XXII Tábuas. 12. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1858. (Edição fac-símile).
- LEITE, Eduardo Oliveira. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 6.
- LIMA, Mário Franzen. *Da interpretação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- LÔBO, Paulo Neto. *Curso de direito civil – Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. vol. 5.

- LOUREIRO, Waldemar. *Registro da propriedade imóvel*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. vol. I-II.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUSITANO, Simão Vaz Barbosa. Axiomas e lugares comuns de direito. In: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Regras de direito*. São Paulo: Lejus, 2000.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *As condições no direito civil: potestativa, impossível, suspensiva, resolutiva*. 3. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MANZANO, José Luis Zamora. *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en el derecho romano*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Muebles de España, 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1952. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1951.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil*. Paris: Montchrestien, 2000. t. 1.
- MEIRA JR.; João A.; MOREIRA, Antonio José; CAMARGO VIANNA, A. C. *Tres Testamentos Nullos (A herança das irmãs Cintra)* – Tribunal de Apelação de São Paulo – Apelação Cível n. 6.919 da Comarca de Amparo. São Paulo: Empresa Graphica da Revista dos Tribunaes, 1939.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 6.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 39. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 3.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito civil: parte geral*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MONTES, Angel Cristóbal. *Direito imobiliário registral*. Trad. Francisco Tost. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 1991.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- NALINI, José Renato. Os princípios do direito registral brasileiro e seus efeitos. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (coords.). *Direito imobiliário registral*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

- NONATO, Orozimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. vol. I-III.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Curso de direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Andes, 1954.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universidade de Direito, 2006.
- ORLANDI NETO, Narciso. Atividade Notarial – Noções. In: DIP, Ricardo (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Irib/Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.
- PALADINI, A. *Diritto romano*. Torino: Utet, 1971. vol. XVIII.
- PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro de imóveis eletrônico*. São Paulo: Quinta Editorial, 2010.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. VI.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. 18. ed. rev. e atual. por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. IV.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Ordre juridique et consensus*. *Journal des Tribunaux*. Bruxelas, 1982. In: \_\_\_\_\_. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla problematica della proprietà*. Nápoles: Jovene, 1970.
- \_\_\_\_\_. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PLATÃO. *As leis e epinomis*. Trad. Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru: Edipro, 2010.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito de família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. vol. II.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1984. vol. LVIII.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. vol. I.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. vol. LIX.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. vol. 7, 11, 14 e 55-60.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, sem data, vol. XI.
- POTHIER, Robert Joseph. *Traité des donations, du domaine de propriété*. Paris: Thomine et Fortic, Librairies, 1821. vol. 14.

- RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia del derecho. Revista del Derecho Privado*. 3. ed. Madrid, 1952.
- REALE, Miguel. *Estudios preliminares do Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2003. vol. 2.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 5. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. vol. 5.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: direito das sucessões*. 25. ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 7.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1999. vol. 1.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contato social*. Trad. Paulo Neves, Porto Alegre: L&PM, 2008.
- RUGGIERO, Biasi. *Questões imobiliárias*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SALLES, Venício Antonio de Paula. *Direito registral imobiliário*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SANTOS, Reinaldo Velloso. *Registro civil das pessoas naturais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SARTRE, Jean-Paul. *O testamento de Sartre*. Porto Alegre: LPM, 1986.
- SAVIGNY, Frédéric Charles de. *Sistema del diritto romano attuale*. In: LIMA, Mário Franzen de. *Da interpretação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- \_\_\_\_\_. *Traité de la possession en Droit Romain*. 7. ed. Paris: Auguste Durand, 1866. vol. 1.
- SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil alemão – Direito de família (BGB – Familienrecht)*. Trad. Elisete Antoniuk. 9. ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Ed., 1956.
- \_\_\_\_\_. *Tratado dos registros públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: A Noite, 1948. vol. I-III.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Luis Gonzaga Nascimento. *O papel do jurista em um mundo em transformação*. *Revista Forense*. vol. 230. ano 66. Rio de Janeiro: Forense, abr.-jun. 1970.
- SILVA, Ulysses da Silva. *O Código Civil e o registro de imóveis: edição preliminar para estudos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003.

- \_\_\_\_\_. *Direito imobiliário: o registro de imóveis e suas atribuições: a nova caminhada*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- SIVIERO, José Maria. Registro de títulos e documentos – 1903/2003 – segurança que faz história. In: DIP, Ricardo (coord.). *Introdução ao direito notarial e registral*. Porto Alegre: Irib/Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.
- SOUZA, José Ulpiano Pinto de. *Das cláusulas restritivas da propriedade*. São Paulo: Escolas Salesianas, 1910.
- SPIGNESI, Stephen J. *Os 100 maiores mistérios do mundo: a mais completa lista sobre coisas estranhas e inexplicáveis*. Trad. Bruna Harststein. Rio de Janeiro: Difel, 2009.
- STERNBERG, *Introducción a la ciencia del derecho*. Trad. José Rovira y Ermengol. 2. ed. Barcelona: Labor, 1930.
- TALAVERA, Glauber Moreno. A função social como paradigma dos direitos reais limitados de gozo ou fruição sobre coisa alheia. In: CAMARGO VIANA, Rui Geraldo; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis. Publicação autorizada pelo governo*. 3. ed. aum. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.
- TELLES JR., Goffredo da Silva. *Iniciação na ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.
- TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (orgs.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- THEODORO JR., Humberto. *Processo de conhecimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. vol. I.
- VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil: artigos 1.º a 6.º*. 2. ed. rev. e aum. Belém: Unama, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código Civil: Parte especial – Do direito das sucessões – Da sucessão testamentária – Do inventário e da partilha*. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 21.
- \_\_\_\_\_. Testamentos – Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- \_\_\_\_\_. Do direito das sucessões, arts. 1.784 a 2.027. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo, Saraiva, 2012.
- VENOSA, Silvío de Salvo. *Código Civil comentado: direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade*. São Paulo: Atlas, 2003. vol. 12.

- \_\_\_\_\_. *Direito civil: direito das sucessões*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. Coleção direito civil, vol. 7.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: direito das sucessões*. 14. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 6.
- \_\_\_\_\_. *Direito civil: direitos reais*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. Coleção direito civil, vol. 5.
- WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das coisas*. 12. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. vol. 4.
- WESTERMANN, Harry. *Código Civil alemão – Parte geral*. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

#### *Principais legislações consultadas*

- CÓDIGOS CIVIS – França, Itália, Espanha, Portugal, Alemanha, Rússia e Argentina.
- CONSTITUIÇÕES – França, Itália, Espanha, Portugal e Alemanha.
- Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos.
- Lei 7.433/1985 – Dispões sobre lavratura de escrituras públicas.
- Lei 8.935/1994 – Lei dos Notários e dos Registradores.
- Lei 10.267/2001 – Sistema Público de Registro de Terras.
- Lei 10.215/2001 – Dispõe sobre os Registros Públicos.
- Lei 6.766/1979 – Parcelamento do Solo Urbano.
- Lei 4.771/1965 – Código Florestal.
- Lei 4.591/1964 – Condomínio e Incorporações Imobiliárias.
- Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade.
- Lei 5.972/1973 – Registro de Imóveis da União.
- Lei 5.709/1971 – Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro.
- Lei 4.504/1964 – Estatuto da Terra.
- Lei 8.009/1990 – Impenhorabilidade do Bem de Família.
- Lei 8.847/1994 – Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR).
- Lei 7.684/1988 – Letras Hipotecárias.
- Lei 9.514/1997 – Sistema de Financiamento Imobiliário e Alienação Fiduciária.
- Lei 6.969/1981 – Usucapião de Imóveis Rurais.
- Lei 6.024/1974 – Intervenção e a Liquidação Extrajudicial de Instituições Financeiras.

#### *Principais sites consultados*

- Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg/BR). Disponível em: [www.anoreg.org.br].

Associação dos Notários e Registradores do Paraná (Anoreg/PR). Disponível em: [www.anoregpr.org.br].

Associação dos Registradores de Imóveis de São Paulo (Arisp/SP). Disponível em: [www.arisp.com.br].

Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo (CNB/SP). Disponível em: [www.cnbsp.org.br].

Portal Extrajudicial do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Disponível em: [www.extrajudicial.tj.sp.gov.br].

Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: [www.stf.gov.br].

---

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*, de Marcio Rodrigo Delfim, *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, organizada por Francisco José Cahali e Yussef Said Cahali, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 1, p. 1335;
- Sucessão testamentária à luz da sistemática decorrente do Código Civil de 2002, de Luiz Edson Fachin, *Soluções Práticas*, São Paulo, Ed. RT, 2012, vol. 2, p. 241; e
- Técnicas de reprodução assistida e o biodireito, de Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, organizada por Francisco José Cahali e Yussef Said Cahali, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 1, p. 1315.



# A PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA E SEUS EFEITOS IMOBILIÁRIO E FISCAL

# 3

LOURIVAL DA SILVA RAMOS JÚNIOR

Assessor Técnico da Corregedoria-Geral da Justiça do Maranhão.

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral; Civil

**RESUMO:** O presente trabalho visa ao estudo da natureza jurídica da procuração em causa própria (ou *in rem suam* ou *in rem propriam*), enquanto negócio jurídico principal e adjeto a outros negócios jurídicos acessórios e autônomos, a fim de evitar a confusão do instituto com outros institutos do direito privado (mandato e escritura pública). Também se estudarão os efeitos imobiliários e fiscais da procuração *in rem suam*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Procuração – Mandato – Registro – Taxa.

**ABSTRACT:** The present article aims to study the legal power of attorney on behalf of themselves, as the foremost legal business in relation to other legal transactions accessories and autonomous in order to help to avoid confusing it with other private institutions (mandate and public deed). Also examine the effects of the power of attorney *in rem suam* overestate and tax issues.

**KEYWORDS:** Attorney – Mandate – Cadaster – Tax.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Natureza jurídica da procuração em causa própria: 2.1 A abstração da procuração *in rem suam* em relação à escritura pública – 3. Procuração *in rem suam* enquanto título transladativo – 4. A procuração *in rem suam* e a incidência da penhora – 5. A procuração *in rem suam* e seus critérios obrigatórios e cumulativos – 6. A irrevogabilidade da procuração *in rem suam* – 7. Os efeitos tributários da procuração em causa própria – 8. Conclusão.

*"O comentário não tem outro papel, sejam quais forem as técnicas empregadas, senão o dizer enfim o que estava articulado silenciosamente no texto primeiro. Deve, conforme um paradoxo que ele desloca sempre, mas ao qual não escapa nunca, dizer pela primeira*

*vez aquilo que, entretanto, já havia sido dito e repetir incansavelmente aquilo que, no entanto, não havia jamais sido dito" (A ordem do discurso, aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 02.12.1970, por Michel Foucault, traduzido e publicado pela Editora Loyola, 2005, p. 25).*

## 1. INTRODUÇÃO

Polêmica discussão na Corregedoria-Geral da Justiça do Maranhão acerca da procuração em causa própria, desvelou que ainda hoje permanecem abstrusas compreensões sobre o referido instituto na doutrina e na legislação. O Código de Normas do Maranhão (art. 566),<sup>1</sup> v.g., equipara-a à escritura de compra e venda, determinando, por conseguinte, o recolhimento prévio da *sis*a (atualmente conhecido por imposto de transmissão *inter vivos* – ITBI).

Ora, ante tal equiparação, indaga-se: Qual é a natureza jurídica da procuração em causa própria? Se os requisitos legais devem ser os mesmos da escritura de compra e venda, então por que o valor dos emolumentos da procuração é a metade do da escritura, conforme o item 13.9.1 da Tabela XIII da Lei Estadual 9.109/2009?<sup>2</sup> Quanto às normas, por sua vez, utilizam-se as do contrato de compra e venda (art. 481 *et seq* do CC/2002) ou do mandato (art. 685 do CC/2002)?

Assim, a busca pela noção conceitual da procuração em causa própria, que a singulariza dos demais institutos privados, mostra-se essencial não somente ao deslinde do caso perante aquela Corregedoria, mas também aos intérpretes do direito, notadamente os oficiais de registro, que terão a responsabilidade de analisá-la, em razão da qualificação registral (análise dos títulos que pretendem ingressar no fôlio real).

A origem do mencionado instituto do direito privado, remonta ao direito romano, no qual foi criado para superar a impossibilidade de transmissão de crédito pessoal, já que, à época, somente poderia ocorrer por novação da dívida. Assim, a procuração em causa própria permitia que, por meio de vínculo pessoal, o outorgado utilizasse o crédito em nome do outorgante.<sup>3</sup>

- 
1. Provimento 4/1999: “Art. 566. As procurações em causa própria relativas a imóveis deverão conter os requisitos da compra e venda (a coisa, o preço e o consentimento) e por suas normas serão regidas. Parágrafo único. Para a sua lavratura será recolhido o Imposto de Transmissão”.
  2. “Em causa própria, as custas serão as mesmas do item 13.1 [este item discrimina os valores da escritura pública], reduzidas em cinquenta por cento.”
  3. ASSIS, Araken de. *Contrato nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem, transporte*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. vol. 2, p. 134.

Com o tempo, esse instituto adaptou novas funções, qual seja, é utilizado não somente como espécie de “mandato”, transferindo direitos e obrigações de crédito pessoal (como a transferência de cotas de ações de sociedades), mas também como o direito de dispor sobre propriedade. Aliás, junto com essas novas adaptações, também exsurgiram limitações, a fim de evitar fraudes,<sup>4</sup> a exemplo da proscricção de outorga em causa própria para o recebimento de benefícios previdenciários (art. 114 da Lei 8.213/1991).<sup>5</sup>

Deveras, não é somenos importante compreender a natureza jurídica da procuração em causa própria (ou *in rem suam* ou *in rem propriam*), sem confundir os seus efeitos jurídicos com outro instituto privado (escritura de compra e venda), especialmente no que tange ao direito de dispor de bens imóveis, a fim de evitar a desnaturação da mencionada procuração.

O texto do Código Civil de 1916 foi muito conciso ao regulamentar sobre procuração em causa própria, ensejando a confusão deste instituto com o mandato. Nesse contexto, cabe lembrar a Súmula 165 do STF, até então vigente, que vedava aos mandatários, ainda que em hasta pública, a compra de “os bens, de cuja administração ou alienação estivessem encarregados” (art. 1.133, II, do CC/1916).<sup>6</sup> Ou seja, esse dispositivo legal, ao utilizar o termo genérico “mandatário”, sem especificá-lo, igualou os efeitos da procuração em causa própria aos do mandato (simples e causa própria).

Atualmente, o Código Civil de 2002 deixa claro não só a possibilidade de instituição do contrato consigo mesmo (art. 117), mas também do mandato simples (art. 661), do mandato em causa própria (art. 663, segunda parte),<sup>7-8</sup>

- 
4. “Em princípio, somente podem ser negociáveis por meio da procuração em causa própria as coisas ou direitos que possam ser alienáveis” (Cf. DE PLÁCIDO E SILVA. *Tratado do mandato e prática das procurações*. 4. ed. Rio de Janeiro: 1989. p. 537).
  5. “Art. 114. Salvo quanto a valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou sequestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento.”
  6. “Art. 1.133. Não podem ser comprados, ainda em hasta publica: (...) II – Pelos mandatários, os bens, de cuja administração ou alienação estejam encarregados”. Hodiernameamente, não se manteve tal proibição no art. 497 do Código Civil de 2002.
  7. “Art. 663. Sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado, *se agir no seu próprio nome*, ainda que o negócio seja de conta do mandante” (grifos nossos).
  8. Cf. ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 75-76.

fixando, por fim, os efeitos da procuração em causa própria (*in rem suam* ou *in rem propriam*), especialmente em relação à transferência para si de bens imóveis ou móveis objeto do mandato (art. 685).<sup>9</sup>

Nesse passo, é possível afirmar que, hoje, o que se proíbe é a aquisição de bens por mandatário com poderes gerais de administração, em razão da expressa disposição do *caput* do art. 661 do CC/2002, porque para alienar, hipotecar, transigir ou praticar quaisquer atos que exorbitem os poderes de administração devem ser expressos e especiais (§ 1.º do art. 661).<sup>10</sup>

## 2. NATUREZA JURÍDICA DA PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA

A procuração em causa própria é autônoma, abstrata e unilateral, a fim de atribuir expressa e irrevogavelmente a transferência de direitos (creditório e dominial) a terceiro, gerando, por conseguinte, efeitos da cessão de direitos *inter vivos* (procurador e representado), bem como após a morte. Eis aí o motivo do procurador não prestar contas com o representado; não se extingue com a morte, nem com a interdição de ambos, tampouco a mudança de estado civil das partes altera os efeitos daquela procuração.

É autônoma porque não se confunde com outros negócios jurídicos que a acompanham, a exemplo do mandato. É abstrata por não estar vinculada ao negócio jurídico que lhe deu origem, servindo, por exemplo, como proteção jurídica a terceiros de eventuais vícios entre o representante e representado. Por fim, é unilateral porque depende exclusivamente da manifestação expressa do representado. Contudo, quando a procuração estiver acompanhada de outros negócios jurídicos, somente estes – é bom frisar – é que podem necessitar de consentimento, a exemplo da escritura pública de compra e venda.

Por fim, a procuração em causa própria gera efeitos sucessórios, seja pela cessão de direitos, seja pela *causa mortis*, porque, quando houver transferência irrevogável de direito dominial ao procurador, este *direito* sobre o imóvel objeto daquela procuração *deixará* de pertencer à esfera jurídica patrimonial

---

9. “Art. 685. Conferido o mandato com a cláusula ‘em causa própria’, a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais.”

10. “Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.  
§ 1.º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos (...).”

*disponível* (art. 1.846 do CC/2002)<sup>11</sup> do representado, passível de alteração da titularidade no cartório de imóveis, mediante aquela procuração.

Na hipótese de a mudança de titularidade ocorrer em vida das partes (do representado e do procurador), ter-se-á o efeito sucessório pela cessão de direitos, concretizado pelo registro no cartório de imóveis. Por outro lado, caso haja falecimento de uma ou ambas as partes, também é possível a transferência dominial no cartório de imóveis, pois

“uma vez que ocorreu na espécie uma verdadeira cessão de direitos, e, consoante a lição de João Luiz Alves, – envolvendo a procuração em causa própria uma cessão de direitos o mandato que confere não se extingue com a morte de qualquer ou de ambas as partes: obriga os herdeiros do mandante e aproveita aos do mandatário – (Cód. Civ. Com., art. 1.317). É também o que ensina Lafayette: o procurador em causa própria, quando tal cláusula produz legalmente a cessão, torna-se dono do negócio, pode propor ao Juízo, sem seu nome, todas as ações que têm por objeto os direitos ou coisas cedidas.”<sup>12</sup>

O mandato, por sua vez, é a relação contratual ou unilateral por meio do qual uma das partes (mandatário) age em nome do outro (mandante), com base na confiança e no dever de prestação de contas, e desde que não seja para atos de natureza personalíssima,<sup>13</sup> a exemplo do testamento,<sup>14</sup> do exercício do voto<sup>15</sup> e do depoimento pessoal.<sup>16</sup> Os instrumentos podem ser: (a) por procu-

---

11. “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.”

12. Voto do Des. Justino Pinheiro apud SERPA LOPES, Miguel Maria. *Tratado dos registros públicos*. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. vol. III, p. 388.

13. Nesse ponto, de natureza personalíssima, o mandato e a procuração em causa própria se aproximam no tocante a operações imobiliárias. Para instituir servidão civil (art. 1.378 do CC/2002), por exemplo, o proprietário não poderá transferir essa obrigação a terceiro, por meio de *procuração em causa própria*, pois o outorgado não será o *dominus* sobre o imóvel, desde que não tenha registrado no cartório de imóveis em seu nome.

14. “Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.”

15. “É imprescindível que o eleitor se apresente para votar. Não é possível exercer direito por procuração, representante ou correspondência” (GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 43).

16. O depoimento pessoal não se confunde com o interrogatório da parte, apesar da atecnia do art. 342 do CPC. Aquele é ato personalíssimo, não podendo ser prestado por terceiros, colhido na audiência de instrução e julgamento, visando o ato de confissão.

ração (*in fine* do art. 653 do CC/2002), (b) expresso ou tácito, verbal<sup>17</sup> e (c) escrito (art. 656 do CC/2002).

Dessa maneira, já se infere que a procuração em causa própria não se assemelha ao mandato, nos termos do art. 653 do CC/2002, *in verbis*: “Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

Em relação à última frase (art. 653, *in fine*, do CC/2002), encontra-se uma atecnia legislativa, pois, pelo texto legal, até parece que não há *mandato sem procuração*. “O mandato, no direito brasileiro, não só se refere a poder de representação; não é limitado a negócios jurídicos: há mandato para atos jurídicos *stricto sensu* e para atos-fatos, e no tocante a êsses não há representação”.<sup>18</sup> Logo, o mandato nem sempre encerra o poder de representação, bem como a recíproca é verdadeira.<sup>19</sup>

No mandato comum, o mandatário atua *em nome do* mandante, para que pratique atos ou negócios jurídicos que este não pode ser executar pessoalmente. Neste caso, o mandatário é apenas intermediário da relação jurídica

---

De outra sorte, o interrogatório visa esclarecimento sobre os fatos, decorre dos poderes instrutórios do juiz, realizados em qualquer fase do procedimento. Contudo, isso não significa que ambos coexistam no processo civil.

17. No caso do mandato verbal, que prescinde do contrato por escrito, o mandante somente poderá outorgar poderes que não exija instrumento por escrito (art. 657 do CC/2002). Com isso, não é possível mandato verbal para constituir servidão privada (art. 1.378 do CC/2002) ou pública (art. 40 do Dec.-lei 3.365/1941). Ademais, também não é recomendável utilizar mandato verbal quando o valor do negócio jurídico exceder ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país (art. 401 do CPC).
18. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 43, § 4.700, p. 151.
19. A parte final do art. 653 do CC/2002 (“A procuração é o instrumento do mandato”) induz a vinculação da representação ao mandato. Contudo, “o equívoco dessa tese foi percebida ainda no século XIX, em investigações desenvolvidas pelos juristas alemães Ilhering e, depois dele, Laband. O Código Civil alemão, de 1900, já não incide no mesmo erro. Acolhe, com efeito, a doutrina da separação ou da autonomia da procuração. (...). Na verdade, o mandato expressa uma relação contratual cuja finalidade é regular as relações internas entre o mandante e o mandatário. Já a representação, refere-se ao poder de agir em nome de outrem. (...). [Assim] Não se pode, porém, confundir o duplo significado desse termo [procuração]: de um lado, identifica o negócio jurídico unilateral concessivo de poder de representação e, de outro lado, designa o instrumento em que tal negócio se materializa” (GOMES, José Jairo. *Teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 293-294).

entre o mandante e o terceiro. No caso do mandato em causa própria, por outro lado, o mandatário age em seu próprio nome, ainda que o negócio jurídico esteja à conta do mandante (a chamada representação indireta). Logo, neste caso, o mandatário aparece na relação jurídica com o terceiro, como se fosse o próprio mandante.

Por isso, em relação à alienação de imóveis, o mandato em causa própria, embora contenha poder expresso de alienação para si ou para outrem (§ 1.º do art. 661 do CC/2002), não serve como título hábil para ingressar no registro predial, pois o mandatário (em causa própria) não figura naquele registro como proprietário, nem mesmo houve transferência àquele do direito de disposição do bem.

A procuração em causa própria, por sua vez, manifesta sempre a vontade expressa do representado (nos lindes da lei), para que o representante aja em seu próprio nome e interesse. Destarte, parece que, a rigor, aquela procuração é instrumento da representação (arts. 115 a 120 do CC/2002), em vez do mandato, como dispõe a parte final do art. 653 do CC/2002.<sup>20</sup>

Com efeito, *mandato* e *procuração em causa própria* são autônomos institutos privados. Contudo, parece que essa diferença não ficou pacificada, pois o próprio Código Civil de 2002 fala em “mandato com a cláusula ‘em causa própria’” (art. 685 do CC/2002),<sup>21</sup> em vez de “procuração com cláusula em causa própria”,

---

20. Nesse sentido se compreende o votou a rel. Min. Nancy Andrighi, no REsp 303.707/MG (DJ 15.04.2002), a saber: “A procuração *in rem suam* não encerra conteúdo de mandato, não mantendo apenas a aparência de procuração autorizativa de representação”. Pontes de Miranda também assevera nesse sentido, *in verbis*: “Quando a lei diz que a procuração é o instrumento do mandato (Código Civil, art. 1.288, 2.ª alínea), apenas pode ser entendida como se dissesse que a procuração pode ser um dos instrumentos o mais eficiente do mandato” (Op. cit., t. 43, § 4.692, p. 109).

21. Essa confusão entre *mandato* e *procuração em causa própria* é antiga. DE PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática de procurações*. Forense, 1989 apud GALHARDO, João Baptista (cf. A transferência de imóvel por procuração em causa própria. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 34. p. 7. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1994. p. 8) dizia o seguinte: “(...) o interesse do mandato pertence ao mandante. (...). E o mandatário, emprestando seu corpo ao mandante, executa o ato ou negócio como se pessoalmente fosse praticado ou executado pelo mandante. (...) Quando o mandato é outorgado no exclusivo interesse do mandatário envolvendo uma cessão ou uma venda, insere-se a cláusula *in rem propriam*, em virtude da qual o mandante, que pode dispor ou alienar o que é dele, transfere ou cede ao mandatário o negócio ou afazer que é objeto do mandato. (...). É o *mandato em causa própria*”. Atualmente, também permanece essa mistura dos referidos institutos (cf. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense/Método, 2011. p. 680). A título de reminiscência, para evitar

implicando sinonímia entre tais institutos privados. Na legislação esparsa, também se encontram similitudes equivocadas, a exemplo do mandato em incorporação imobiliária, que se refere, na essência, à procuração em causa própria. Para tanto, cita-se o texto literal do § 1.º do art. 31 da Lei 4.591/1964, *in verbis*:

“Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser:

a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32;

b) o construtor (Decreto número 23.569, de 11 de dezembro de 1933, e 3.995, de 31 de dezembro de 1941, e Dec.-lei número 8.620, de 10 de janeiro de 1946) ou corretor de imóveis (Lei 4.116, de 27 de agosto de 1962).

(...)

§ 1.º No caso da alínea b, o incorporador será investido, pelo proprietário de terreno, o promitente comprador e cessionário deste ou o promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta Lei e se transcreva o disposto no § 4.º, do art. 35, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais de terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador.”

Ora, pelo texto legal transcrito, percebe-se que não se trata de mandato comum (art. 653), nem mandato em causa própria (art. 663), mas de procuração em causa própria,<sup>22</sup> pois o incorporador atua como se fosse dono do terreno, no seu próprio interesse, sendo responsável pela realização do empreendimento (construir condomínios e vender as frações ideais), pelo registro em cartório de imóveis da incorporação (art. 32 da Lei 4.591/1964), bem como pelo descumprimento de celebração contratual (de fração ideal de terreno, de construção e da convenção do condomínio, nos termos § 4.º do art. 35 daquela lei).<sup>23</sup>

---

quiproquós, hoje o *mandato em causa própria* (art. 663 do CC/2002) difere-se do denominado “*mandato com a cláusula em ‘causa própria’*” (art. 685 do CC/2002).

22. Nesse aspecto se diverge do entendimento de Nelson Luiz Guedes Ferreira Pinto, no seu artigo intitulado de O mandato para incorporar como forma de mandato sem representação, *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 71. p. 139. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2011. p. 146, *in verbis*: “Tal não parece e não é, à evidência, o caso da procuração prevista no art. 31, § 1.º, da Lei 4.591/1964, que é outorgada ao procurador sem representação para que ela aja em nome próprio e no interesse de terceiros, sendo do mandatário a iniciativa e a responsabilidade pela incorporação”.
23. Não se olvide que atualmente o mercado imobiliário utiliza-se de outro tipo de contrato denominado de “promessa de permuta”. Este visa permutar o terreno, objeto de alienação, por unidade de frações ideais a serem construídas pela incorporadora.

Ademais, o incorporador não pode repassar aos adquirentes as despesas e os custos relativos às unidades não vendidas (§ 6.º do art. 35 daquela Lei), tendo em vista que o incorporador (mandatário) beneficia-se com os resultados econômicos das vendas das frações ideais, razão pela qual é o incorporador (mandatário) que deve ser tributado, em vez do mandante (tirante quando este também se beneficia do lucro auferido pelo mandatário).<sup>24</sup>

Verifica-se, portanto, que a natureza jurídica do “mandato”, na incorporação imobiliária, assume nuances da procuração em causa própria, pois, entre outras coisas, não apenas deixa de prestar contas, mas também se beneficia do lucro auferido das operações imobiliárias das frações ideais.<sup>2.1 A abstração da procuração in rem suam em relação à escritura pública</sup>

### 2.1 A abstração da procuração in rem suam e seus critérios obrigatórios e cumulativos

A parte final do art. 685 do CC/2002 contém informação importante a respeito da composição da procuração em causa própria, notadamente ao envolver operações imobiliárias, quando diz “obedecidas as formalidades legais”.<sup>25</sup> Assim, não é aquele ato notarial que transfere o direito à propriedade, mas, ao invés disso, é a escritura de compra e venda adjeta àquela procuração que possibilita tal transmissão, desde que haja “coisa, preço e consentimento”, tornando, com isso, obrigatório e perfeito o direito obrigacional de pretensão à titularidade dominial, nos termos do art. 482 do CC/2002.<sup>26</sup>

A procuração em causa própria não se equivale à escritura de compra e venda, pois se abstrai desta. Essa atribuição abstrata de outorga de representação não está vinculada ao negócio jurídico que lhe deu causa, razão pela qual é possível outorgar direitos pessoais e/ou reais, sem qualquer tipo de desnaturação da procuração. A ilustração de Pontes de Miranda revela facilmente essa diferença, *in verbis*:

“O poder de representação em causa própria é como qualquer outro poder de representação; apenas o outorgado o exerce em seu próprio interesse. Se há, ou

---

24. Inc. II do art. 151 do Dec. 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda).

25. “Art. 685. Conferido o mandato com a cláusula ‘em causa própria’, a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, *obedecidas as formalidades legais*.”

26. “Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerará-se obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.”

não, relação jurídica subjacente, justajacente, ou sobrejacente, a que êsse [sic] poder se ligue, não importa, no que diz respeito à natureza e à extensão do poder *in rem suam*. Pode bem ser que, nos termos (sic) da relação jurídica básica, haja outros direitos ou outros deveres do outorgado, ou do outorgante; nada disso atinge o poder de representação *in rem suam*, na sua abstratividade.”<sup>27</sup>

“(...) o poder de representação, em si mesmo e em sua extensão, independe da relação de direito (mandato, locação de serviços, sociedade, contrato de trabalho). Por isso mesmo, a procuração em causa própria passada em favor do louco, ou de qualquer outro absolutamente incapaz, é válida, ainda que nulo o mandato, ou o contrato de sociedade.”<sup>28</sup>

Nesse contexto, não parece acertada a compreensão de que procuração em causa própria é “representação na forma e alienação na essência”,<sup>29</sup> sob pena de desnaturar os referidos atos notariais (escritura pública e procuração), gerando, por conseguinte, insegurança na exação de emolumentos.

Em termos tributários, a procuração em causa própria afigura-se, *na forma*, obrigação acessória de conteúdo não patrimonial contendo obrigação de fazer (v.g., elaborar a procuração contendo a representação), ao passo que, *na essência*, é obrigação principal de conteúdo patrimonial contendo obrigação de pagar (v.g., os emolumentos pela lavratura da escritura pública, o preço do imóvel e o seu imposto de transmissão *inter vivos*).

Ora, sendo assim, somente seria possível a previsão legal de cobrança de emolumentos para lavratura de procuração em causa própria quando envolvesse operações onerosas. Ademais, ante a indecisão da natureza jurídica entre

27. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 43, § 4.699, p. 148.

28. Idem, t. 43, § 4.699, p. 151. Na decisão do REsp 64.457/RJ da 4.<sup>a</sup> Turma do STJ, de relatoria do Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, publicada no DJ 09.12.1997, já mostrava que o “mandato em causa própria” era desvinculado do negócio jurídico que lhe deu causa, apesar de também confundir os institutos de mandato com a procuração em causa própria. Para tanto, cita-se a ementa: “I – Pelo contrato de mandato em causa própria, o mandante transfere todos os seus direitos sobre um bem, móvel ou imóvel, passando o mandatário a agir por sua conta, em seu próprio nome, deixando de ser uma autorização, típica do contrato de mandato, para transformar-se em representação. II – Ao transferir os direitos, o mandante se desvincula do negócio, não tendo mais relação com a coisa alienada, pelo que não há que se falar em extinção do contrato pela morte do mandante. O contrato permanece válido e, em consequência, a procuração, que é sua forma, mesmo depois do decesso do vendedor”.

29. Cf. GALHARDO, João Baptista. Op. cit., p. 10; GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 356; WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 461, e DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., vol. I, p. 501 *et seq.*

escritura pública e procuração em causa própria, a regulamentação do fato gerador abstrato de emolumento dependerá do entendimento de cada unidade federativa brasileira.

Essa equivalência dos referidos atos notarias não contribui para segurança das relações jurídico-imobiliárias, especialmente no momento de o registrador predial exigir o pagamento de tributos (emolumento, sisa e ITCD). Afinal, desnaturada a natureza dos institutos mencionados, não basta a previsão legal do fato gerador da respectiva obrigação de pagar os tributos<sup>30</sup> (*caput* do art. 4.º do CTN),<sup>31</sup> já que não será possível verificar as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios, nem mesmo averiguar se a situação jurídica encontra-se definitivamente constituída (art. 116 do CTN).<sup>32</sup>

A título de ilustração, cita-se um dos efeitos dessa equivalência: é cediço que a procuração em causa própria é forma de burlar a exação de imposto de transmissão *inter vivos* (sisa). Ora, tal pensamento somente é cabível, se se admitir que aquela procuração transmita desde logo os direitos de propriedade (usar, gozar, usufruir, dispor e reivindicar) ou lhes cedem a sua aquisição (inc. II do art. 156 da CF/1988). Contudo, aquele ato notarial apenas representa a vontade do mandante em transferir o direito de dispor sobre o imóvel, e não a disposição do imóvel.

Na hipótese do *mandato em causa própria*, poderá não haver incidência da sisa quando, em razão de retrovenda, o mandante exercer (em prazo não superior a três anos) seu direito de retratação, vez que a perda da propriedade *reso-*

---

30. Conforme Leandro Paulsen, é necessário verificar se a lei contém elementos suficientes e determináveis para identificação do fato gerador, de maneira a assegurar a segurança jurídica e certeza do direito. Por isso, afirma o autor para não se confundir o *princípio da tipicidade* (fechada) com o *princípio da determinação do fato gerador* (*Grundsatz der Bestimmtheit* – em alemão), propõe a terminologia empregada por Humberto Bergmann Ávila de “princípio da determinabilidade fática” (Cf. PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à instituição dos tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 95-97).

31. Código Tributário Nacional: “Art. 4.º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II – a destinação legal do produto da sua arrecadação”.

32. “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios; II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.”

lúvel do terceiro adquirente confere ao mandante a propriedade *plena*, já que é este (e não o mandatário) que se encontra registrado no cartório de imóveis.<sup>33</sup>

### 3. PROCURAÇÃO *IN REM SUAM* ENQUANTO TÍTULO TRANSLADATIVO

A atribuição irrevogável e unilateral da alienação do direito de dispor, substanciado pela procuração em causa própria, não é título causal para ingressar no cartório de imóveis, com o intuito de transferir a titularidade dominial para o procurador.<sup>34</sup> Por isso, há necessidade de outro título (escritura de compra e venda, doação etc.), que poderá ser inserido ao próprio conteúdo daquela procuração, para servir como ato transladativo,<sup>35</sup> vez que, nos termos do art. 172 conjugado com o inc. I do art. 221 da LRP, “serão registrados os atos transladativos de direitos reais, *inter vivos* ou *mortis causa*, quer para sua validade a terceiros, quer para a sua disponibilidade”<sup>36</sup> e “Art. 221. Somente são admitidos a registro: I – escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros; (...)”.

---

33. Na obra de Leandro Paulsen, *Impostos: federais, estaduais e municipais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 256, parece que o autor gaúcho também equipara “mandato em causa própria” a “procuração em causa própria”, denominada pelo Código Civil de “mandato com a cláusula ‘em causa própria’”, *in verbis*: “O imposto não incide em usucapião, desapropriação, servidões, bens de mão-morta, mandato em causa própria ou com poderes equivalentes e seu substabelecimento, quando outorgado para o mandatário receber a escritura definitiva do imóvel, sobre a transmissão de bem imóvel, quando este voltar ao domínio do antigo proprietário por força da retrovenda, de retrocessão ou pacto de melhor comprador, transmissão de ações de sociedade, usufruto, locação e comodato”.

34. É bom frisar que, quando houver alienação a terceiros, o procurador necessitará fazer outro título transladativo, assinando no lugar do representado. Por outro lado, também é possível que a lavratura da procuração em causa própria não tenha anexado, em seu próprio corpo, qualquer título de transmissão, já que a procuração abstrai-se deste. Neste caso, o procurador poderá fazer um contrato consigo mesmo (*caput* do art. 117 do CC/2002), sob pena de desnaturar a natureza jurídica da autonomia da procuração *in rem suam*.

35. Nesse contexto é que deve ser compreendida a seguinte afirmação de SERPA LOPES, Miguel Maria de. Op. cit., vol. III, 1997, p. 386, *in verbis*: “Em resumo: quando a procuração em causa própria contém todos os requisitos da compra e venda, *res pretium et consensus*, constituindo, na verdade, cessão de direito dominiais, é título hábil para a transmissão dos direitos reais, podendo ser legitimadamente transcrito”.

36. “Art. 172. 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

No sistema anterior (Dec. 4.857/1939), também se entende<sup>37</sup> que havia permissivo legal, estabelecido de maneira genérica no inc. IX do art. 239, *in verbis*: “Art. 239. Estarão sujeitos a transcrição, no livro 3, para operarem a transferência do domínio, os seguintes atos: (...) IX. em geral, *os demais contratos translativos de imóveis*, inclusive de minas e pedreiras, independentemente do solo em que se acharem”.

A “procuração em causa própria”, portanto, não tem o condão de transferir os direitos da propriedade (usar, gozar, dispor e reivindicar) ou lhes ceder a terceiros, pois, na realidade, aquele ato notarial confere ao outorgado – por sua conta e risco – apenas o direito de dispor sobre o imóvel (em vez de *disposição sobre o imóvel*),<sup>38</sup> permanecendo com o outorgante – todavia – o direito de usá-lo e gozá-lo ao seu líbido (*caput* do art. 1.228 do CC/2002),<sup>39</sup> nos lindes da função social da propriedade, inclusive porque o outorgante ainda continua inscrito no registro de imóveis (§ 1.º do art. 1.245 do CC/2002).<sup>40</sup> Em razão disso, parece que não é possível afirmar que “o mandante, pela venda irretratável que realizou por meio do mandato em causa própria, demitiu de si todo o direito sobre a propriedade”.<sup>41</sup>

---

para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade”.

37. Cf. MELLO, Henrique Ferraz Corrêa de. A tipicidade dos direitos reais. *Revista de direito imobiliário*. vol. 52. p. 75. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2002. p. 114.
38. “O que se transfere não é o direito de crédito, ou de propriedade, ou outro direito transferível: é o poder de transferi-lo, com todo o proveito e dano desde o momento em que se deu a procuração em causa própria. (...). Não houve a transferência do direito de que se pôde dispor, houve a transferência ou a constituição do poder de dispor do direito como seu” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., § 4.699, p. 157). Por isso, discorda-se do pensamento de De Plácido e Silva, ao dizer: “O adquirente, aí é o mandatário, pode dispor da coisa como dono. E se pode dispor dela para outrem, tem autoridade para conservá-la em seu próprio benefício” (Cf. op. cit., vol. I, p. 527).
39. “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.
40. Apesar de antiga a decisão proferida pelo Min. Moreira Alves no RE 91814/RN, da 2.ª Turma do STF, publicado no DJ 15.02.1980, ainda permanece vigente os termos desse julgado. A ementa dizia o seguinte, *in verbis*: “Procuração em causa própria passado por instrumento público, mas não registrada no Registro de Imóveis, não é suficiente para a transferência da propriedade do imóvel. Imóvel que continua na posse daquele em cujo nome ele se encontra transcrito, não havendo prova da existência de posse indireta em favor dos embargantes [constituto possessório]”.
41. DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., p. 527.

Noutros termos, a procuração em causa própria não transfere desde logo todos os direitos da propriedade (usar, gozar, dispor e reivindicar), nem mesmo transfere o ato de disposição do imóvel,<sup>42</sup> razão pela qual não deveria incidir a *sis*.<sup>43</sup> Tanto isso é verdade que, quando se quer anular título transladativo de imóveis, por vício de consentimento, o termo inicial do prazo prescricional é contado da data do registro do título aquisitivo no registro de imóveis, e não da data de celebração da avença, celebrada em procuração *in rem suam*.<sup>44</sup>

Em suma, na procuração em causa própria encontra-se a transferência irrevogável do direito de dispor sobre o bem imóvel, por meio do poder de representação, enquanto à escritura pública de compra e venda adjeta àquela procuração contém os requisitos necessários (coisa, preço e consentimento) e atuais para registro imobiliário vindouro.<sup>45</sup>

#### 4. A PROCURAÇÃO *IN REM SUAM* E A INCIDÊNCIA DA PENHORA

O registro de imóveis rege-se pelo princípio *tempus regit actum*, apesar de não haver – *em tese* – prazo legal para transcrição de escritura pública. Ou seja, enquanto o título transladativo, de natureza obrigacional, não for inscri-

---

42. No caso de contrato estimatório (ou venda por consignação), por exemplo, acontece diferente da procuração em causa própria. Naquele, o consignante transfere a livre disposição da coisa móvel ao consignatário (art. 537 do CC/2002), mas este deverá restituir os bens aquele (art. 534 do CC/2002). Na procuração em causa própria, contudo, o que se transfere é o direito de dispor sobre o imóvel, sem obrigação de restituí-la. Mas isso não significa que o consignatário seja o proprietário, já que os demais poderes sobre o bem (usar, gozar, usufruir e reivindicar) permanece com o consignante. Neste ponto, acontece o mesmo com o outorgado na procuração *in rem suam*. Por fim, a consignação diferencia-se do *mandato em causa própria* porque neste não há disponibilidade do bem, mas tão somente representação indireta, ou seja, o mandatário, embora atue em nome próprio, o faz no interesse do mandante.

43. “O que a procuração tornou em causa própria foi o *poder*, não o ato que o outorgado *poderia*, a seu libito, praticar. O procurador em causa própria para *vender* não no é em causa própria para *vender e transferir* a propriedade e a posse (= para os acordos de transmissão)” (PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. Op. cit., § 4.700, p. 152).

44. STJ, AgRg no REsp 410.828/PR, 3.<sup>a</sup> Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 04.11.2002. Por outro lado, em relação ao contrato de compra e venda adjeto à cláusula de retrovenda (de bens móvel ou imóvel), o início da contagem do prazo decadencial é a partir da celebração da avença (direito do resgate), e não do registro no cartório de imóveis (Cf. LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos: teoria geral e contratos em espécies*. São Paulo: Método, 2008. p. 402).

45. Nesse sentido se posiciona Orlando Gomes (op. cit., p. 356) e Miguel Maria de Serpa Lopes (op. cit., p. 387).

to no cartório de imóveis, o adquirente corre o risco de perecer ou diminuir seu direito à pretensão dominial. A título de ilustração, cita-se o exemplo de Loureiro,<sup>46</sup> *in verbis*:

“Pode ocorrer, por exemplo, que no momento da lavratura da escritura pública de compra e venda não incida nenhum ônus sobre o imóvel. Antes da apresentação do título no Registro de Imóveis, entretanto, o vendedor teve contra si uma ação de execução, por força da qual foi penhorado o imóvel vendido, com o consequente registro da penhora. Neste caso ao registrar seu título, o adquirente terá a desagradável surpresa de se tornar proprietário de um imóvel penhorado.”

No caso da procuração em causa própria, *entretanto*, não se aplica o princípio *tempus regit actum*, pois, como dito alhures, o bem deixou de pertencer à esfera jurídica patrimonial disponível do proprietário-representante, embora esteja inscrito em seu nome no cartório de imóveis. Logo, embora o acervo patrimonial do representado seja penhorável, o bem objeto da procuração não o é!

Por outro lado, é possível a penhora sobre os *direitos possessórios* do imóvel objeto da procuração *in rem suam* pertencente ao procurador, caso este não tenha registrado no cartório de imóveis, alterando a titularidade dominial.<sup>47</sup>

## 5. A PROCURAÇÃO *IN REM SUAM* E SEUS CRITÉRIOS OBRIGATÓRIOS E CUMULATIVOS

Os requisitos da procuração em causa própria são obrigatoriamente cumulativos, notadamente quando para alienar, hipotecar, transigir ou praticar quaisquer atos que exorbitem os poderes de administração devem ser expressos e especiais (§ 1.º do art. 661 do CC/2002). Logo, não se admite presunção dos requisitos da procuração em causa própria ou simplesmente mencionar as expressões “procuração em causa própria” ou “alienar o imóvel para si ou para outrem” para configurá-la.<sup>48</sup>

---

46. LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 245.

47. Cf. o acórdão do TJDF, AgIn 2008.00.2.007106-0, 3.ª T., rel. Des. Nídia Corrêa Lima, *DJe* 29.09.2008. Cabe ressaltar, a título de curiosidade, a discussão levantada pelo voto vencido do Des. João Mariosi, qual seja, não seria possível a penhora sobre os direitos de imóveis em loteamento irregular, quando se tratar de execução de condomínio. Na espécie, decidiu que não é possível penhorar direitos possessórios referente à taxa de condomínio urbano em área rural, pois se trata de crime.

48. “É verdade que a simples menção de ser o mandato *in rem propriam* não estabelece semelhante conclusões: a estrutura do mandato em causa própria não advém sim-

Aliás, nesse sentido de não presunção, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pela improcedência de apelação<sup>49</sup> que pretendia reformar a sentença de magistrado *a quo*, no qual se decidiu que a procuração do apelante não era uma “procuração *in rem suam*”, já que não poderia ser presumida.

No tocante aos requisitos cumulativos e obrigatórios da procuração, enumeram-se os essenciais, quais sejam: (a) o outorgante deve ser capaz, (b) deve ser proprietário, promitente comprador ou cessionário do imóvel (sem *limitações e/ou restrições* ao direito de dispor),<sup>50</sup> (c) que esteja disponível (art. 1.846 do CC/2002),<sup>51</sup> (d) deve inserir no instrumento público declaração do proprietário de que não está com dificuldades financeiras, a fim de evitar prática fraudulenta prévia com o intuito de lesar futuros credores,<sup>52</sup> e, por fim, (v) os

---

plesmente da indicação desta locução, em que se expressa a cláusula, mas todo o teor da procuração” (Cf. DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., p. 535).

49. TJMG, ApCiv 1.0079.06254103-6/0001, 10.<sup>a</sup> Câm. Civ., publicado no DJ 28.09.2009. Nesta decisão, conduzido, a fundamentação da impossibilidade de presunção da procuração em causa própria decorreu da equivalência de ser lavrada de maneira semelhante à escritura de compra e venda, inserindo-se, ainda, as cláusulas especiais *in rem propriam*.

50. É cediço que o direito de propriedade não é absoluto. Por isso, pode haver *limitações e restrições à propriedade*. As *limitações* decorrem do próprio ordenamento jurídico (Constituição, leis e atos administrativos), diminuindo a esfera de atuação jurídica sobre a titularidade dominial, prescindível ao registro de imóveis. Entre as limitações, cita-se algumas, a saber: (a) a função social da propriedade, (b) a requisição da propriedade particular pelo Estado (inc. XXV do art. 5.<sup>o</sup> da CF/1988) e § 3.<sup>o</sup> do art. 135 do Código Eleitoral), (c) vedação de algumas propriedades privadas para locais de votação (§ 4.<sup>o</sup> do art. 135 do Código Eleitoral) e (d) a desapropriação urbana, rural e administrativa. Por outro lado, as *restrições* estão lastreadas em negócio jurídico entre partes, imprescindível registrá-las, tais como: (a) cláusula de inalienabilidade sobre imóvel e (b) pactos obrigacionais averbados em cartório de imóveis (cláusula de vigência e de preferência) (Cf. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 168-169). Nesse contexto, é possível lavratura de procuração em causa própria quando houver limitações e restrições à propriedade, desde que não atinjam o direito de dispor do imóvel, a exemplo do bloqueio judicial ou administrativo da matrícula do imóvel ou indisponibilidade por ato judicial ou voluntário (bem de família). Neste caso, também é conhecida por *indisponibilidade condicionada*, pois, antes de alienar o bem de família, o Ministério Público deverá ser ouvido (art. 1.717 do CC/2002).

51. “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.”

52. No julgamento do REsp 1.092.134/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, publicado em 05.08.2010 (Informativo 441), “a Turma negou provimento ao recurso especial, man-

poderes de representação sejam expressos para praticar quaisquer atos que exorbitem os poderes de administração. Em relação à escritura pública, por sua vez, devem-se observar os requisitos exigidos em lei,<sup>53</sup> bem como a fixação da coisa, preço e consentimento.

No caso da fixação do preço do imóvel, há critérios legais para determiná-lo (subjetivo, objetivo ou residual),<sup>54</sup> pois o preço não pode ficar ao arbítrio exclusivo do comprador ou vendedor (art. 489 do CC/2002),<sup>55</sup> razão pela qual não se inclui nos poderes de representação para quaisquer atos que exorbitem os poderes de administração (art. 115<sup>56</sup> c/c § 1.º do art. 661, do CC/2002). Quanto ao consentimento, evidencia-se pela própria lavratura da escritura de compra e venda adjeta à procuração em causa própria, pois aquela escritura é contrato bilateral sinalagmático. No tocante ao imóvel objeto da procuração em causa própria, identifica-se pela matrícula (ou registro de transcrição), folha e livro.

Desse modo, o registrador predial verificará se tanto a procuração em causa própria quanto a escritura pública de compra e venda observam os requisitos legais necessários e cumulativos, a fim de possibilitar o ingresso no fólio real.

---

tendo a decisão do tribunal *a quo* que entendeu inexistir ofensa ao art. 106, parágrafo único, do CC/1916 (art. 158, § 2.º, do CC/2002) diante da comprovada prática de atos fraudulentos predeterminados com o intuito de lesar futuros credores”.

53. A título de ilustração, cita-se: a Lei 7.433/1985 que dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas, os requisitos da escritura pública na aquisição de imóvel rural por estrangeiro (art. 9.º da Lei 5.709/1971), a comprovação de Certidão Negativa de Débito em caso de alienação de imóvel por pessoa jurídica (art. 47 da Lei 8.212/1991) e os dados obrigatórios do Certificado de Cadastro de Imóveis Rurais (CCIR) que devem constar obrigatoriamente nas escrituras públicas de imóveis rurais (§ 6.º do art. 22 da Lei 4.947/1966 alterada pela Lei 10.267/2001).
54. O preço do imóvel pode ser determinado pelos critérios subjetivo, objetivo e residual. O primeiro é fixado pelas partes contratantes ou por terceiros (arts. 482 e 485 do CC/2002); o segundo, pela taxa de mercado ou bolsa, bem como em função de índices e parâmetros, desde que suscetíveis de objetiva determinação (arts. 486 e 487 do CC/2002). Por fim, aplica-se o critério residual, quando na falta de fixação do preço ou de critérios para determiná-lo, e não havendo tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor (art. 488 do CC/2002).
55. “Art. 489. Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço”.
56. “Art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado”.

## 6. A IRREVOGABILIDADE DA PROCURAÇÃO *IN REM SUAM*

O Código Civil dispôs sobre a irrevogabilidade do mandato em duas situações: a primeira, quando for condição de negócio bilateral e a segunda, quando estipulado no exclusivo interesse do mandatário. Caso seja revogado o mandato, a lei não impôs sanção de nulidade ou anulabilidade, e sim de ineficácia do mandato (art. 684 do CC/2002).

Note-se que o Código utilizou o termo “condição” somente à primeira parte, não a incluindo na segunda. Isso porque o mandato, em regra, é revogável (art. 682 do CC/2002). Do contrário, deverá aparecer expressamente. Mas, neste caso, a irrevogabilidade aparecerá enquanto “condição” fixada pelas partes (mandante e mandatário). Noutras palavras, essa “condição” refere-se, na realidade, a motivações subjetivas que não precisam ser justificadas, sem qualquer efeito sobre a restrição da propriedade. Nesta hipótese, portanto, a condição não serve para restringir o domínio.<sup>57</sup>

No segundo caso, quando é estipulado no exclusivo interesse do mandatário, tudo indica que a irrevogabilidade se refere ao mandato em causa própria,<sup>58</sup> e não à procuração em causa própria. Ora, *no tocante à transladação de imóveis*, o Código Civil de 2002 atribui *ex lege* a irrevogabilidade daquele ato notarial (desde que obedecida as formalidades legais), sem previsão legal extensiva ao mandato. Entretanto, não é o fato de a lei conferir irrevogabilidade àquela procuração, que mudará o seu efeito *restritivo* em *limitação* da propriedade (v.g., a função social da propriedade).

A irrevogabilidade é simplesmente “condição” subjetiva, instituída entre partes, a fim de restringir um dos efeitos do domínio, ou seja, é a vontade

---

57. No testamento, ao revés, o testador pode fixar a cláusula de inalienabilidade sobre os bens da legítima. Para tanto, a motivação desse ato é “condição” *sine qua non* de validade desse ato (art. 1.848 do CC/2002). Mas essa condição não se iguala às restrições da propriedade (art. 1.911 do CC/2002). Dessa forma, o Código Civil de 2002 resolveu a polêmica gerada pelo art. 1.723 do CC/1916 (“condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia”), que não exigia justificção para estabelecer aquela clausulação (CLÁPIS, Alexandre Laizo. Clausulação da legítima e a justa causa do art. 1.848 do Código Civil. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 57. p. 9. p. 14. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2004).

58. DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., p. 450, *in verbis*: “No mandato em causa própria. Nesta hipótese, a cláusula imposta é decorrência da própria natureza do contrato, em virtude do qual o objeto do mandato, cedido ou transferido pelo mandante, passa a ser de interesse exclusivo do mandatário”.

do proprietário de instituir a *indisponibilidade real*<sup>59</sup> em favor de terceiro, sem necessidade de *registro imobiliário*, porque não se trata instituição de ônus, de transferência da propriedade (desmembramento total ou parcial da propriedade e domínio útil) ou de constituto possessório<sup>60</sup> sobre a coisa imóvel, mas tão somente a transladação do direito de dispor sobre o imóvel a terceiro. Eis aí o motivo dessa irrevogabilidade não se extinguir com a morte das partes.

Desse modo, fica evidente que não se trata de mandato em causa própria, pois a sua característica é o mandatário agir no seu próprio nome, ainda que à conta do mandante (*in fine* do art. 663 do CC/2002), sujeito à cessação nas formas do art. 682 do CC/2002.<sup>61</sup> Aliás, se o mandato incluir transferência de domínio, tornar-se-á mais parecido com o contrato por consignação<sup>62</sup> (arts. 534 a 537 do CC/2002) que procuração em causa própria, pois neste não se faz prestação de contas, diferentemente dos dois primeiros (mandato e estimatório). Ademais, cabe citar a admoestação de Pontes de Miranda sobre o assunto, a saber:

- 
59. “A indisponibilidade real não é um onus ou um direito real na coisa alheia, (...) – não é um desmembramento da propriedade transferido ou retido por terceiro, é um corte, um aniquilamento do direito de dispor ou do *jus abutendi*, uma qualidade que assume o bem de ante de certas eventualidades, sendo que entre estas está a cláusula de inalienabilidade” (José Ulpiano Pinto de Souza apud CLÁPIS, Alexandre Laizo. Op. cit., p. 14). Desse modo, a “indisponibilidade real” impossibilita o proprietário (mandante) de vender o imóvel, bem como não há incidência da penhora e da comunicabilidade. Assim, *na procuração em causa própria*, o proprietário do imóvel institui a “indisponibilidade real” em favor do procurador. Logo, o terreno e as acessões do imóvel manter-se-ão apartados do patrimônio do proprietário (representante), nos moldes do art. 31-A da Lei 4.591/1964, a fim de o procurador vendê-lo para si ou para outrem, nos termos do art. 685 do CC/2002. Por isso, é necessário *averbar* a declaração de indisponibilidade real na matrícula, nos termos do art. 247 da Lei 6.015/1973, com o intuito de conferir segurança aos negócios imobiliários e evitar fraudes. Por fim, impende frisar que os efeitos da “indisponibilidade real” acabam se equivalendo aos efeitos da *inalienabilidade* (art. 1.911 do CC/2002), pois esta ocorre por ato de liberalidade do proprietário, implicando impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre o seu imóvel.
60. Trata-se da alteração da titularidade na posse, de maneira que aquele que possuía em nome próprio, passa a possuir em nome alheio.
61. “Art. 682. (...) I – pela revogação ou pela renúncia; II – pela morte ou interdição de uma das partes; III – pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para os exercer e IV – pelo término do prazo ou pela conclusão do negócio”.
62. Cumpre apenas frisar que o contrato por consignação refere-se a bens móveis, enquanto que a procuração em causa própria, móveis ou imóveis.

“Não há ‘situação fiduciária’ do mandatário. Êsses artifícios perturbam a exposição científica. Se o mandante somente deu podêres, por exemplo, para o contrato de compra-e-venda e não os podêres para a transferência, o mandatário não os tem. Nas escrituras públicas de procuração a praxe dos tabeliães luso-brasileiros e brasileiros frisa bem que os podêres são ‘para vender e transmitir’. A eficácia translativa resulta do exercício do poder de transmitir propriedade e posse. Os podêres do mandante, como dono, são os de contratar a compra-e-venda e os de alienar, o que êle exerce respectivamente, com o contrato de compra-e-venda e com o acôrdo de transmissão. Tais podêres são outorgáveis ao mandatário (negócio jurídico bilateral) ou ao procurador (negócio jurídico unilateral). Pode o dono não outorgar êsses, como se só dá podêres para vender ou para concluir *pactum de contrahendunz*. Se o proprietário vendeu e ainda não transmitiu o direito de propriedade, pode outorgar poder para o acôrdo de transmissão do mesmo mandatário ou do procurador, ou a outra pessoa.

O mandante, no tocante à alienação, não transfere ao mandatário o poder de disposição. Outorga-lhe, revogavelmente, se não há afastamento da revogabilidade, o poder de disposição. O mandatário opera como mandatário. Se o mandatário tem podêres para alienar em próprio nome, o que êle faz é negocialmente eficaz, quanto ao terceiro e quanto ao mandante. (...). Não há transferência do poder de dispor, nem outorga em causa própria. Apenas o mandante se põe, diante do terceiro, como se a sua figura não fôsse transparente: o mandante lá está, por trás do mandatário, mas o mandatário foi pôsto, pelo mandante, para ser visto mais do que êle.”<sup>63</sup>

Assim, não é possível presumir que a condição de irrevogabilidade, fixada entre partes, implique automaticamente restrição da propriedade, sendo necessário (ou deveria ser necessário) previsão legal nesse sentido, já que se trata de exceção jurídica, de interpretação restritiva, a fim de evitar insegurança. Por isso, não parece razoável admitir que tal permissividade seja extensiva ao mandato.

Na procuração em causa própria (art. 685 do CC/2002), *a contrario sensu*, é possível inferir que o texto legal permite a cláusula de irrevogabilidade com efeito de indisponibilidade real, ao dizer que pode “transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, *obedecidas as formalidades legais*”. Por conseguinte, a revogação não terá eficácia, vez que a disponibilidade não pertence mais à esfera jurídica dominial do outorgante (ou representado), e sim do outorgado (ou procurador). Por fim, e por razões lógicas, também é dispendiosa a prestação de contas.

---

63. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., § 4.684, p. 61-62.

Destarte, o Código Civil de 2002 permitiu ao representado escolher o *ato jurídico*, chamado de procuração em causa própria, para instituir a cláusula de irrevogabilidade em favor do procurador. Entretanto, para que este utilize o ato jurídico como título causal no cartório de imóveis, as partes (representado e procurador) devem optar, em seguida, por formas jurídicas translativas (doação, compra e venda etc.).

Noutros termos, a procuração em causa própria divide-se em dois momentos: o primeiro, consubstanciado no ato principal e unilateral que institui a condição de irrevogabilidade com indisponibilidade real, e o segundo, no ato acessório e bilateral de transladação do direito de disponibilidade do imóvel.

Contudo, é oportuno lembrar que, neste caso, também se aplica a regra de que o acessório segue a sorte do principal, pois, embora sejam autônomos os atos constitutivos daquela procuração, a escritura pública visa a concretizar os fins econômicos do ato principal. Entretanto, não se olvide que somente é cabível a irrevogabilidade com efeitos de indisponibilidade real no ato principal, pois o acessório serve apenas para adequar a vontade dos contraentes às formas jurídicas permitidas ou admitidas em direito.

## 7. OS EFEITOS TRIBUTÁRIOS DA PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA

O direito brasileiro sempre regulamentou a procuração em causa própria, apesar das confusões com o instituto de mandato. Também não é novidade do Código de 2002 a previsão de transmitir a propriedade por meio daquela procuração. Nos termos do n. 51<sup>64</sup> da Secção I (Actos dos Tabeliães), da Tabela III (Actos dos Officiaes Judiciaes), referente ao Dec. 3.363/1899, encontra-se dispositivo sobre transladação da propriedade.<sup>65</sup>

---

64. Regimento das Custas Judiciárias da Justiça Local do Districto Federal: “N. 51. Procuração, incluído o primeiro traslado, impresso ou manuscrito: (...) d) sendo procuração em causa propria, que opere desde logo a transmissão de propriedade, do mandante para o mandatario, – as custas (10\$ a 100\$) do n. 47, letras a), b), c) e e)”.

65. Pontes de Miranda também já lecionava nesse sentido, *in verbis*: “No direito brasileiro, nunca deixamos de ter a procuração em causa própria, pôsto que nos tivesse faltado estudo científico do instituto, como outorga abstrata de poder de representação, que êle é. Antes e depois do Código Civil, a procuração em causa própria foi e é de grande uso (cf., sobre uso das procurações em causa própria, Decreto n. 8.561, de 22 de janeiro de 1900; Lei n. 8.966, de 25 de dezembro de 1919; Decreto n. 17.538, de 10 de novembro de 1926; Lei de 31 de dezembro de 1930). As leis de organização do serviço judiciário e de custas cogitavam e algumas ainda cogitam da distribuição das procurações em causa própria” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., § 4.699, p. 142).

Em relação ao Maranhão, por sua vez, a Lei Estadual 9.109/2009, que dispõe sobre custas e emolumentos, institui, no item 13.9.1 da Tabela XIII, o critério de exação da taxa remuneratória (emolumentos) pela lavratura da procuração em causa própria.<sup>66</sup> Ocorre que essa norma estadual trata a procuração em causa própria como se fosse apenas único ato notarial,<sup>67</sup> em vez de dois atos (principal e acessório), autônomos e interdependentes, com finalidades diversas.

É cediço que circunstâncias materiais e pessoais não influenciam na definição da natureza jurídica de tributo, nos termos do art. 4.º do CTN. Mas tais circunstâncias, inclusive a principiológica, podem ser decisivas à validade (constitucional) de criação ou de vigência de tributo (imposto ou taxa).<sup>68</sup>

No caso dos referidos emolumentos, por exemplo, os valores deverão ser fixados em razão da natureza pública e o caráter social dos serviços notariais e de registro, nos termos do *caput* do art. 2.º da Lei 10.169/2000, sob pena de violação do princípio da capacidade contributiva. Nesse contexto, também se aplica a taxa de fiscalização do Poder Judiciário do Estado do Maranhão (Ferj),<sup>69</sup> correspondente a 12% incidente sobre o valor dos emolumentos, nos termos do inc. V do art. 3.º da Lei Complementar Estadual 48/2001,<sup>70</sup> presumindo que, quanto maior o valor dessa taxa, maior será a exigência de fiscalização do Tribunal de Justiça, especialmente pela Corregedoria-Geral da Justiça do Maranhão.<sup>71</sup>

---

66. “Em causa própria, as custas serão as mesmas do item 13.1 [este item discrimina os valores da escritura pública], reduzidas em cinquenta por cento.”

67. A Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro (atualizada em 19.06.2012), infelizmente, dispõe no mesmo sentido, a saber: “Art. 253. Quando da lavratura de procuração, devem ser exigidos os seguintes documentos: I – os mesmos documentos exigidos para lavratura de Escritura Pública de Compra e Venda, previstos na Lei e nesta Consolidação Normativa, quando se tratar de procuração em causa própria; (...)”.

68. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002. p. 381.

69. Fundo Especial de Modernização e Reparelhamento do Poder Judiciário do Maranhão – Ferj.

70. “V) 12% (doze por cento) sobre os valores efetivamente devidos de emolumentos a Serventias Extrajudiciais, na forma do disposto na Lei 6.760/1996.”

71. No julgamento da ADIn 453-1/DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, publicado no DJ 16.03.2007, o Pleno decidiu que não há impedimento de aplicação do princípio da capacidade contributiva às taxas, especificamente às taxas de polícia. Ou seja, declarou-se constitucional a fixação diferenciada de valores de taxa de fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários, conforme as faixas de patrimônio líquido do con-

Outra circunstância material revela-se pelo aspecto patrimonial. Os atos principal e acessório da procuração em causa própria, concernentes à translação dominial, revelam claramente não apenas a responsabilidade do titular de cartório em observar os requisitos legais específicos e diferenciados para cada ato (principal e acessório), mas também a importância de conferir segurança jurídica aos negócios patrimoniais de terceiros.

Destarte, é cabível, em tese, a incidência de duas taxas remuneratórias pela contraprestação dos serviços prestados pelos titulares de cartório, quais sejam, a referente à lavratura de ato unilateral e irrevogável de conferir a terceiro o direito de dispor sobre o imóvel, com efeito de indisponibilidade real; e a da lavratura das formas jurídicas admitidas ou permitidas em direito (v.g., escritura de compra e venda, doação etc.).

Neste ponto, é oportuno ressaltar que o reflexo patrimonial da procuração em causa própria acaba reforçando a tese de unificação da teoria dualista das obrigações tributárias,<sup>72</sup> nos termos dos §§ 1.º e 2.º do art. 113 do CTN, *in verbis*:

“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1.º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2.º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.”

O dispositivo mencionado deixa claro que a nuance da obrigação principal é patrimonial (pagamento de tributo ou penalidade pecuniária), ao passo que a da obrigação acessória, afigura-se não patrimonial. Contudo, a referida norma abstrata é disjuntiva da realidade factual, vez que o *fato* não pode – em tese – ser alçado a conceitos formais e universais da teoria geral do direito. Por outro lado, esse critério deve ser ponderado com os novos valores constitucionais (mutação constitucional), pois, à época de criação daquela norma, as obrigações acessórias não tinham tanta complexidade, envolvendo gastos descomodados pelas empresas jurídicas e firmas individuais.

---

tribuinte, em função da complexidade do serviço de fiscalização, a fim de não violar o princípio da isonomia constitucional. Nessa senda, a Lei Estadual 12.692/2006, do Rio Grande do Sul, fixa valores de emolumentos da procuração em causa própria, conforme o conteúdo financeiro das escrituras (letra *i c/c* a letra *c* do Anexo 1).

72. Cf. a doutrina de José Souto Maior Borges, no artigo intitulado de: Em socorro da obrigação tributária: nova abordagem epistemológica. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 71 *et seq.*

Destarte, o fato gerador da obrigação principal somente é prevista por lei, enquanto que a acessória, pela legislação tributária. Ocorre que, para se cobrar emolumento, é necessário lei para instituir exação das obrigações principal e acessória, em razão do conteúdo econômico que exsurge dos atos constitutivos da procuração em causa própria, desvelando, por conseguinte, a capacidade econômica dos contribuintes, que serve de diretriz ao legislador.<sup>73</sup>

O que interessa aos contraentes é a constituição válida do contrato (pública ou privada), sob as normas do direito civil. O conteúdo econômico desse contrato serve para fins de pagamento de tributos. Para o registrador predial, por outro lado, há a obrigação e o dever de qualificar esse contrato, seja no aspecto do direito civil seja no tributário, pois o oficial de registro tem a obrigação de manter, ao máximo possível, a segurança dos negócios e fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que pratica (inc. XI do art. 30 da Lei 8.935/1994).

Por isso, o oficial deve, sempre que possível, ficar atendo ao conteúdo econômico dos contratos de compra e venda (público ou privado) que não de prevalecer sobre as simples formas tributárias, suscitando – quando necessário – dúvida ao seu juiz corregedor, sob pena de a autoridade administrativa (Fisco) desconsiderar o título jurídico (que deu causa ao registro) por dissimular a ocorrência de elementos constitutivos obrigação tributária (parágrafo único do art. 116 do CTN),<sup>74</sup> sujeitando, ao final, aqueles delegatários a responsabilidade civil e administrativa.

---

73. Cf. STJ, REsp 696.745/CE, 1.<sup>a</sup> T., rel. Min. Lux Fuz, DJ 10.10.2005. Neste julgamento, decidiu-se que o “abono pecuniário concedido aos empregados em substituição ao reajuste de salários inadimplidos no tempo devido, não obstante fruto de reconhecimento via transação, é correção salarial e, como tal, incide o imposto devido, tal como incidiria a exação, se realmente paga a correção no tempo devido”. Dessa forma, entendeu-se que seriam “acréscimos patrimoniais” não compreendidos na renda (inc. II do art. 43 do CTN), pois esta é definida pela lei como produto do capital, do trabalho ou combinação de ambos (inc. I do art. 43 do CTN). Ademais, utilizou-se a interpretação de que a realidade econômica há de prevalecer sobre a simples forma jurídica (art. 43 do CTN). Do contrário, se prevalecesse a forma jurídica, haveria dispensa de pagamento de imposto por causa da integração da legislação por equidade (§ 2.º do art. 108 do CTN).

74. A “desconsideração” de negócio jurídico por autoridades administrativas fiscais pode ocorrer nos atos notariais. Contudo, nos atos registrais, tudo indica que o art. 252 da Lei 6.015/1973, que garante os “efeitos legais” dos registros imobiliários de títulos viciados (nulos, anuláveis ou extintos), parece não conflitar com o art. 109 do CTN, que assegura a manutenção dos “efeitos tributários” proveniente de formalidades legais e conceituais do direito privado, para fins de aplicação do parágrafo único do

Ademais, percebe-se a diferença do direito registral do direito civil. Para este, no caso da compra e venda, busca-se apenas constituir validamente o direito obrigacional da alienação onerosa da propriedade. Dessa forma, se o contrato de compra e venda contiver vício (nulo ou anulável) ou não possibilitar conferir segurança ao ato de registro no acervo real, mesmo sendo válido, o oficial tem a obrigação de recusá-lo.

Portanto, tudo indica que, no ramo do direito notarial/registral, há unificação da teoria dualista das obrigações tributárias, possibilitando a instituição de dois emolumentos para se lavrar procuração em causa própria, sob pena de atribuir ingente responsabilidade ao titular de cartório (nota e registro) sem a devida contraprestação remuneratória.

Por outro lado, isso não significa que todo ato cartorário é tributável, pois o STF, pacificando o assunto, decidiu que não há obrigação constitucional de fixação de emolumentos para “todos e quaisquer atos de serventias”.<sup>75</sup> Levando-se em consideração, contudo, a importância do instituto em questão, espera-se que este trabalho contribua para esclarecer e estreimar a procuração em causa própria de outros institutos jurídicos.

Assim, deseja-se que o legislador de cada ente da federação dê a devida importância à procuração em causa própria, ficando bem claro que: a exação de emolumentos da procuração *in rem suam* não deve ficar restrita à lavratura do ato principal (abstrato e unilateral), especialmente quando equiparada à escritura de compra e venda, como se fosse único ato, algo que acaba desnaturando a natureza jurídica da referida procuração, dando ensejo, por conseguinte, à insegurança aos negócios privados levados aos cartórios (notas e registros).

## 8. CONCLUSÃO

Pontes de Miranda lecionou, em 1972, no seu t. 43 do *Tratado de direito privado*, a ausência de estudo profundo sobre procuração em causa própria.

---

art. 116 do CTN. Noutros termos, o art. 252 da Lei de Registros Públicos garante os efeitos imobiliários (de registro e averbação), quais sejam, transladação da propriedade e instituição de gravame (bem de família, contratos de locação, indisponibilidade etc.), ao passo que o art. 109 do CTN – embora não afaste os efeitos legais do registro – mantém os efeitos tributários. Ou seja, embora as partes registrem o negócio simulado de doação no cartório de imóveis (por um lapso do registrador predial), por meio de compra e venda, a autoridade fiscal considerará o registro de uma doação, em vez de compra e venda, sem alterar os efeitos decorrente do acervo real.

75. MC na ADC 5-2/DF, Pleno, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 19.09.2003.

Infelizmente, essa admoestação doutrinária permanece viva, apesar de o Código Civil de 2002 resolver em parte o problema, possibilitando-lhe a utilização para transladação dominial. Contudo, permanecendo dúvidas sobre a natureza jurídica da procuração *in rem suam*, deve-se buscar estreamá-la de outros institutos privados.

Ante o caso prático discutido na Corregedoria-Geral da Justiça do Maranhão, vislumbrou-se não somente a ausência de conhecimento sobre a procuração em causa própria, mas inclusive a confusão com a escritura de compra e venda. Nesta hipótese, ficou patente a mistura dos institutos quando o Código diz “podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis” (art. 685 do CC/2002). Em relação ao mandato, por sua vez, o Código também diz que “a procuração é o instrumento do mandato” (art. 653 do CC/2002).

Ora, o problema não é o texto legal que leva à inconsistências doutrinárias, mas a ausência de conhecimento sobre a natureza jurídica do instituto. Esse fato torna-se ainda mais grave, porque as dificuldades práticas, envolvendo a procuração em causa própria, não se resumem ao direito tributário, mas decorrem da falta de definição no ramo do direito civil, que simplesmente vai desaguar a responsabilidade sobre o registrador predial, no momento de realizar a qualificação registral. Assim, em caso de negativa, deverá o registrador dizer por que a procuração em causa própria que lhe foi apresentada não deve entrar no acervo real.

Em vista dessa situação que se pode envolver o registrador predial ou qualquer profissional do direito, elaborou-se esse trabalho para lançar pequena luz sobre noções distorcidas ou mal compreendidas concernentes à procuração em causa própria, sem qualquer pretensão de fazer *nettoyage*<sup>76</sup> (releitura crítica) doutrinária sobre o assunto.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Jurisprudência

- Irrevogabilidade da procuração em causa própria: RT 692/82; RDI 23/127; e
- Nulidade da procuração em causa própria: RT 616/236.

76. Essa expressão utilizada pelo jurista Eros Roberto Grau, no prefácio do livro *Teoria dos princípios* de Humberto Ávila (3. ed.).

## MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO

Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade de Córdoba, Espanha e PUC-MG. Registrador imobiliário.

### ÁREA DO DIREITO: Imobiliário e Registral

**RESUMO:** Análise do Sistema de Registro Torrens, identificando as principais características e efeitos como o princípio da inatacabilidade, bem como a identificação dos motivos que afastaram a prevalência do modelo australiano no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Registro de Imóveis – Sistema Torrens – Princípio da inatacabilidade – Imóveis rurais.

**ABSTRACT:** Analysis of the Torrens System, identifying the mainly characteristics and effects such as the principle of the unassailable right, as well as the identification of the reasons that depart the prevalence of the Australian System in Brazil.

**KEYWORDS:** Registry of property – Torrens System – Principle of the unassailable right – Rural property.

Para falar do Registro Torrens é preciso adentrarmos – mesmo que brevemente – no sistema registral australiano, quer no aspecto jurídico, quer no histórico. O estudo do sistema australiano como lembra Garcia Garcia, transcende os limites da Austrália.<sup>1</sup> A ideia do sistema australiano se deve ao imigrante irlandês Torrens<sup>2</sup> que se mudou para a Austrália em 1840, tendo sido proposto

- 
1. GARCÍA, José Manuel García. *Derecho inmobiliario registral o hipotecário*. Madrid: Editorial Civitas, s.d. t. I, p. 417.
  2. WHALAN, Douglas J.; TORRENS, Sir Robert Richard. *Australian Dictionary of Biography, National Centre of Biography*. Australian: Australian National University, 1976.

o Registro de Torrens primeiramente no Estado de Adelaida, que até então adotava o sistema de registro inglês. O sistema logo depois foi aprovado pelas câmaras australianas e entrou em vigor em 01.07.1858 (*Real Property Act*).<sup>3</sup>

Na Austrália subsistem dois sistemas de registro. Há imóveis que se incorporam ao sistema de ata Torrens e outros que estão sem incorporar ao Registro e de acordo com o sistema de transmissão de títulos inglês.

O registro inicial ou primeira matrícula é um procedimento administrativo a cargo de um registrador e um corpo de juristas e técnicos em agrimensura (topógrafos) que fazem um levantamento completo da propriedade, não somente no aspecto físico, mas no jurídico também com uma investigação detalhada da cadeia filiatória dos títulos de propriedade. Também são notificados todos eventuais titulares de direitos reais, bem como os respectivos confrontantes. É um procedimento *quase judicial* como dizem os espanhóis, e qualquer pessoal que alegue um direito contraditório pode solicitar a anotação de um *caveat* na respectiva matrícula que consiste em um aviso ou notificação que publiciza eventuais direitos sobre o imóvel. Os *caveats* possuem prazo de caducidade e embaraçam a regular aquisição da propriedade, podendo o proprietário se socorrer de meios judiciais para cancelá-los.

O registro ou inscrição no sistema de ata Torrens é constitutivo, o direito somente nasce depois que ingressa nos assentos registrários. Afirma Garcia Garcia,<sup>4</sup> no entanto, que “a inscrição não somente é constitutiva no sentido de criar o direito real, mas também tem um valor inatacável em favor do título que foi inscrito ou registrado”, é o denominado princípio de inatacabilidade ou invulnerabilidade do título (*indefeasibility principle*), sem correspondência com outros princípios registrários do direito europeu. Característica marcante do Sistema Torrens australiano é a constituição de um *fundo de seguro* por parte do próprio Registro, através de uma porcentagem que se exige dos particulares que obtêm o registro inicial, em razão da inatacabilidade da matrícula inicial,

---

Disponível em: [<http://adb.anu.edu.au/biography/torrens-sir-robert-richard-4739/text7869>]. Acesso em: 07.09.2011.

3. Interessante é o relato que Garcia Garcia traz em sua obra dizendo que a razão maior inspiradora de Roberto Richardo Torrens foi o fato de que um amigo oficial aposentado das forças armadas da Índia havia depositado a economia de uma vida na aquisição de terras na Índia, construído uma casa e por final surpreendido com o surgimento de um título de propriedade clandestino (GARCÍA, José Manuel García. Op. cit., p. 417).

4. GARCÍA, Jose Manuel García. Op. cit., p. 422.

alguns proprietários poderiam perder o caráter real de suas terras, surgindo a necessidade de indenização.

Afrânio de Carvalho registra que o sistema logrou extraordinário êxito, explicável tanto pelo seu mérito intrínseco como pelo ambiente onde foi lançado, cujas condições naturais e sociais permitiam concebê-lo sob o signo da centralização administrativa, condizente com a necessidade de selecionar pessoal altamente qualificado para pô-lo em funcionamento.<sup>5</sup>

Antes do advento do Código Civil de 1916, não havia um sistema de transmissão de propriedade imobiliária eficaz, havia um embrião de um sistema registral que não conseguiu dar segurança ao mercado imobiliário ou hipotecário, o que levou logo no começo da República, em 1890, que o Governo tentasse conferir maior segurança para a economia, e o Registro Torrens surgiu como grande esperança para o cumprimento desse objetivo. A própria Lei 1.237/1864, que regulava o Registro de Imóveis em seu art. 8.º, § 4.º, era expressa em afirmar que a transcrição não induzia a prova do domínio que fica salvo a quem for.

O Registro Torrens foi introduzido no Brasil através do Dec. 451-B/1890, tendo sido regulamentado através do Dec. 955-A/1890, e foi elaborado por Ruy Barbosa, grande entusiasta do sistema australiano, cuja exposição de motivos constitui documento dos mais importantes do registro imobiliário brasileiro, nele foi explicitada uma preocupação jurídica acentuada com relação à segurança jurídica que o mercado imobiliário espera das respectivas transações. Na exposição de motivos elaborada, bem como no decreto, encontramos elementos seguros da figura da matrícula imobiliária, somente implantada com a Lei 6.015/1973, quase um século depois.

Tamanho foi o entusiasmo do nosso “Águia de Haia” que chegou a apresentar com honra o Registro Torrens como “o mais bem facejo de todos os regimes para o seu desenvolvimento e frutificação nas sociedades hodiernas. Consiste o seu fim em estabelecer um sistema eficaz de publicidade imobiliária, e comercializar a circulação dos títulos relativos ao domínio sobre a terra” (...) “por esse sistema se prendem à propriedade territorial as vantagens preciosas da riqueza mobiliária; pois além de fundar essa instituição uma publicidade perfeita dos imóveis, expeditos e baratos, dando ao ato de aquisição dos imóveis o caráter de um verdadeiro título de crédito”.<sup>6</sup>

---

5. CARVALHO, Afrânio. *Registro de imóveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 472.

6. Texto que apresenta a justificativa do projeto que deu origem à legislação, assinado por Ruy Barbosa, Manoel F. de Campos Salles e Francisco Glicerio, acompanhado do decreto de regulamentação, publicação sem página de rosto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890. p. 49.

Ruy Barbosa afirmava que era óbvia a excelência deste sistema em todas as suas aplicações: quanto à matrícula dos imóveis, à transferência deles e à constituição dos direitos reais. A preocupação da função econômica do Registro e a necessidade de facilidade de circulação dos direitos relativos aos bens imóveis foi destacada pelo registrador imobiliário Jacomino:<sup>7</sup>

“Ruy Barbosa dirá que as boas novas vêm do novo mundo. As instituições de publicidade vigentes na Europa – dirá ele – já não respondem às necessidades modernas, próprias de um mundo em profundas mudanças. Lançando mão do contraste, dirá que as preocupações formalísticas dos juristas deverão ceder passo à nova função econômica da propriedade imobiliária.”

A própria exposição de motivos do decreto expõe os traços capitais do regime proposto: 1. Faculdade aos proprietários de aceitarem-no ou permanecerem no direito comum; 2. Registro de todos os direitos, que gravem o imóvel, para a constituição deles entre as partes e a sua ação contra terceiros; 3. Garantia do Estado aos proprietários inscritos e, em consequência, responsabilidade do Tesouro para com os prejudicados por erros na matrícula, ou na entrega de títulos; 4. Publicidade real, e não pessoal, isto é, instituição de um grande livro de terras, onde cada propriedade, em vez de cada proprietário, tenha aberta a sua conta; 5. Entrega a cada proprietário de um certificado com o valor do título, renovável em cada transferência da propriedade; 6. Facilidade aos proprietários de constituírem empréstimos, mediante penhor do título, consignado em garantia ao mutuante; 7. Substituição da incerteza pela segurança, da obscuridade e do palavreado pela brevidade e pela clareza; 8. Redução de avultados gastos a um desembolso mínimo, e abreviação de meses a dias no tempo despendido; 9. Proteção às transações sobre a propriedade territorial contra a generalidade das fraudes; 10. Restituição do seu valor natural aos títulos de propriedade, depreciados pela interdependência das escrituras sucessiva de aquisição e transmissão.

O fato é que o Sistema Torrens introduzido no final do século XVIII no Brasil, não ganhou a repercussão esperada pelos criadores, tendo, na prática, não logrado êxito, o que tentaremos analisar nas próximas linhas. Inegável, outrossim, que a prática tem grande influência no mundo jurídico. Jean-Louis Bergel leciona que:

“(…) o direito contemporâneo consagra, de fato, a influência da prática, das organizações profissionais e das administrações públicas na *formação do direi-*

---

7. JACOMINO, Sergio. *Sistema Torrens*. Disponível em: [<http://arisp.wordpress.com/2009/06/27/2714/>]. Acesso em: 07.09.2011.

to. Os tabeliães, os profissionais ou os usuários do direito, os funcionários públicos, os meios profissionais, graças à sua experiência e ao seu conhecimento das necessidades e das lacunas do direito vigente, podem sugerir utilmente as reformas almejáveis.”<sup>8</sup>

Com efeito, na aplicação da lei ou jurisprudência se podem encontrar situações ou hipóteses não previstas pela autoridade que originou a fonte (Poderes Legislativos e Judiciário), tornando praticamente impossível a execução. A prática na execução do direito acaba por resolver situações que, posteriormente, levam à própria criação de fonte formal. Para que uma lei viva, ela tem de ser acatada no meio jurídico, ensina-nos Bergel, “quando uma lei não consegue impor-se, quando deixa de ser observada, quando a prática forceja para contorná-la, o legislador é levado, muito amiúde, a adaptá-la em vez de reprimir suas violações”.<sup>9</sup>

Afrânio de Carvalho foi um crítico do instituto do Registro Torrens. Para o autor, a manutenção de dois sistemas de transmissão da propriedade imobiliária paralelos é inconcebível, chamando o sistema australiano de “esdrúxula variante de usucapião”. Para o autor o Código Civil de 1916, ao se criar um sistema organizado de publicidade registral menos complexo e eficaz, levou o Registro Torrens a cair em desuso. O Registro de Imóveis bastaria por si mesmo, sendo *interno* todos os procedimentos, não necessitando de procedimento judicial.<sup>10</sup> No STF, são poucos os julgados relativos à implantação do sistema de Registro classificando-o como Torrens, a maioria analisando a ausência do cumprimento de requisitos formais como notificação dos confrontantes e falta de instrução adequada.<sup>11</sup>

Clóvis Bevilacqua preferiu nem discutir o sistema de Registro Torrens, regime de exceção e como tentativa frustrada de importação de um modelo inadequado.<sup>12</sup> Philadelpho Azevedo lecionava que:

“(…) infelizmente as nossas condições sociais formaram um poderoso elemento de resistência a tão profunda reforma no regime da propriedade imobiliária por um golpe legislativo; a dificuldade da organização do cadastro, o

---

8. BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 86.

9. *Idem*, p. 87.

10. CARVALHO, Afrânio. *Op. cit.*, p. 474-476.

11. CAMARGO. Laudo de RE 7.438, j. 30.08.1943; e RE 4.327, j. 16.06.1941. Disponível em: [www.stf.gov.br]. Acesso em: 07.09.2011.

12. BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951. p. 367.

atraso das populações do *hinterland* a passagem das terras devolutas para o domínio dos Estados constituíram estorvos à implantação desse regime aperfeiçoado, que assim, fracassou quase completamente.”<sup>13</sup>

Lopes, estranhamente, não analisou o sistema de Registro Torrens brasileiro, dedicando apenas algumas páginas ao estudo do sistema australiano, mas critica a manutenção de dois sistemas em um só, com parte dos imóveis recebendo proteção registral inatacável e parte não.<sup>14</sup>

Pontes de Miranda faz uma análise crítica do sistema de Registro Torrens tupiniquim cujo teor merece ser transcrito:

“Grande vantagem do Registro Torrens, que muito perdeu, em sua introdução no Brasil, pela falta de reconcepção de acordo com o sistema jurídico brasileiro, está na transmissão do direito real de hipoteca e dos demais ônus reais por simples escrito de transferência ou averbação no verso do título. Tudo indica que se deveria *repensar* o problema legislativo e tentar-se conceber em novos moldes o sistema de Robert Torrens. Conceber em novos moldes significa construir a figura com os elementos lógicos e técnicos do sistema jurídico do Brasil e *dentro* dele. Certa experiência que já se tem, inquéritos sobre as razões de ser difícil praticar-se, sugestões de regras novas, que a economia rural brasileira aponte, a par de terminologia precisa, tudo isso poderia dar-nos ensejo de dotar o país de lei útil e facilmente praticável. Esperemo-lo.”<sup>15</sup>

Entre os autores modernos, Ceneviva é quem mais severamente critica a manutenção do sistema torrens na Lei de Registros Públicos (6.015/1973). Segundo o advogado, “(...) a realização prática é a essência do direito. Uma regra jurídica, que nunca teve aplicação ou vigência, ou, ainda, que deixou de existir, não merece mais ter esse nome, tornou-se uma engrenagem inerte que não faz mais qualquer trabalho no mecanismo do direito e que se pode retirar, sem que cause a menor mudança”.<sup>16</sup>

Atualmente o Registro Torrens está previsto nos arts. 277 a 288 da Lei 6.015/1973, só é cabível para imóveis rurais e o procedimento começa admi-

---

13. AZEVEDO, Philadelpho. *Registros públicos (comentário e desenvolvimento)*. Rio de Janeiro: Almeida Marques & Cia, 1929. p. 157.

14. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1995. p. 54.

15. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito predial*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1953. p. 179-180.

16. CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 532.

nistrativamente dentro do cartório de Registro de Imóveis, sendo a fase probatória instruída pelo respectivo oficial. Deve ser apresentado requerimento instruído com os documentos comprobatórios do domínio do requerente; a prova de quaisquer atos que modifiquem ou limitem a sua propriedade; memorial de que constem os encargos do imóvel os nomes dos ocupantes, confrontantes, quaisquer interessados, e a indicação das respectivas residências; planta e memorial descritivo (art. 278).

O procedimento será prenotado que ficará suspensa até o respectivo término (art. 279). Estando a documentação probatória em ordem, o oficial a encaminhará para o juiz competente (art. 281). O procedimento é judicial segundo o art. 282, e não administrativo, fazendo inclusive coisa julgada. Depois de notificados todos os confrontantes e detentores de direito real, será publicado edital a ser afixado no lugar de costume e publicado uma vez no órgão oficial do Estado e três vezes na imprensa local, se houver, marcando prazo não menor de dois meses, nem maior de quatro meses para que se ofereça oposição (art. 282). O procedimento necessariamente terá a participação do Ministério Público (art. 284).

Interessante que o art. 288 da Lei de Registros Públicos determina que “transitada em julgado a sentença que deferir o pedido, o oficial inscreverá, na matrícula, o julgado que determinou a submissão do imóvel aos efeitos do Registro Torrens, arquivando em cartório a documentação autuada”. Ocorre que não consta da legislação que efeitos se atribui ao Sistema Torrens como na legislação anterior. O art. 19 do Dec. 451-B/1890, expressamente determina que nenhuma sentença, ou mandado de execução, terá efeito contra imóvel admitido ao regime de Registro Torrens, o que num primeiro momento poderá causar estranheza e eventual incerteza jurídica na aplicação do regime prevista na Lei 6.015/1973.

Parece-nos que o art. 288 da Lei de Registros Públicos trata tão somente de aspectos formais-procedimentais do Registro Torrens, outra explicação lógica estaria equivocada em razão do esquecimento, inclusive de aspectos conceituais da Lei 6.015/1973. A redação constante da Lei de Registros Públicos é muito semelhante à constante dos arts. 457-164 do CPC/1936 (Dec.-Lei 1.608). O atual Código de Processo Civil apenas faz referência à manutenção do procedimento de Registro Torrens constante do Código Processual anterior enquanto não fosse regulada por lei especial, o que efetivamente ocorreu com o advento da Lei de Registros Públicos.

Dessa forma, as regras de direito material constante do Dec. 451-B/1890 e respectivo regulamento realizado pelo Dec. 955-A/1890 estariam em vigor. Ocorre que o referido Dec. 451-B/1890 foi expressamente revogado pelo Dec.

11/1991, através do art. 4.º, que havia revogado vários decretos do início da República Velha, no entanto, o referido Decreto também foi revogado pelo Dec. 761/1993. A primeira pergunta seria sobre a validade da revogação, principalmente com relação à repristinação em nosso direito, o que a doutrina<sup>17</sup> entende não ser possível como regra já que pelo art. 2.º, § 3.º, da LINDB, que é peremptório, a lei revogadora de outra lei revogadora não terá efeito repristinatório sobre a velha norma abolida, a não ser que haja pronunciamento expresso da lei a esse respeito. O próprio Governo Federal através da Casa Civil reconhece a revogação do dispositivo da introdução do Sistema Torrens no país,<sup>18</sup> o outro ponto a ser discutido seria se o Dec. 451-B/1890 teria força de lei federal, já que não havia à época ao menos uma Constituição Federal em vigor, tendo o ato sido emitido, unicamente, pelo Chefe do Governo Provisório e Proclamador da República, Manoel Deodoro da Fonseca, não respeitando as regras democráticas hoje vigentes.

João Afonso Borges entende que, na verdade, os inúmeros textos da Lei Torrens estão em franco antagonismo com o nosso direito civil.

“Impendia, pois, ao legislador regular novamente a matéria, fazendo a conciliação necessária e harmonizando, assim, o Sistema Torrens com as disposições do nosso Código Civil e com a legislação especial sobre registros públicos. Até o presente, porém, nada se fez esse respeito.”<sup>19</sup>

Obviamente o Registro Torrens apresenta grandes vantagens para sua aplicação, mas demanda agilidade do procedimento judicial que conferirá o caráter de inatacabilidade do título que entrou no sistema, o que infelizmente ainda é um problema no Poder Judiciário brasileiro. É fato também que, entre optar em um procedimento pouco difundido que é o Registro Torrens, que apesar de judicial precede de uma fase necessariamente administrativa dentro do Cartório de Registro de Imóveis, e adotar diretamente a figura da usucapião, tem-se dado prevalência ao último que tem o condão de inaugurar a cadeia dominial.

É preciso reconhecer que os argumentos apresentados para não aplicação prática do Sistema Torrens no Brasil à época são pertinentes, as incertezas jurídicas e econômicas do início da República justificam a não adoção do regime com sucesso. O Registro de Imóveis não estava adequadamente estruturado e

---

17. DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 80-81.

18. BRASIL. *Planalto*. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 20.11.2011.

19. BORGES, João Afonso. *O registro torrens no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 23.

carecia de estruturas técnica e até jurídica para aplicar o instituto criado por Roberto Torrens no Brasil. A tentativa foi de sair de um sistema de registro de documentos, cuja transcrição não tinha o condão de transferir a propriedade para um sistema em que o registro tornar-se-ia inatacável realmente, podendo justificar o aparente fracasso do sistema australiano entre nós.

Apesar de o Sistema Torrens criar a figura do título independente, já que rompe com a cadeia dominial anterior, não está certo na legislação que o regulamenta que é possível a inauguração do fólio real<sup>20</sup> diretamente pelo procedimento. Outro fato a ser observado em razão do caráter judicial do procedimento é que ele pressupõe que o imóvel esteja submetido ao georreferenciamento<sup>21</sup> e respectiva certificação do Incra, a teor do que dispõe o art. 9.º, §§ 3.º e 9.º, do Dec. 5.570/2005.

Mas o Registro Torrens é um sistema que possui características fortes e é exemplo de sucesso na Austrália, sendo estudado e elogiado em todo o mundo. O princípio da inatacabilidade pode ser utilizado como sinônimo de segurança jurídica e o Brasil possui regiões que merecem uma atenção especial neste sentido. Exemplo típico são os conflitos agrários no norte do país, especialmente no Estado do Pará, onde são frequentes os noticiários de problemas jurídicos envolvendo terras e registros, muitas vezes virtuais.

O caráter judicial do Sistema Torrens brasileiro poderá facilitar os referidos conflitos, somado ao fato de que existe um sistema de georreferenciamento em que, tecnicamente, seria possível evitar sobreposições e facilitar a regularização fundiária em ditas regiões, principalmente adotando-se forças-tarefa entre registradores e juízes, criação de varas agrárias especializadas.

---

20. Talvez a importação de um instituto espanhol poderia ser de grande utilidade entre nós, principalmente em regiões de grandes extensões territoriais, que é a *Inmatriculación*, onde se permite o ingresso no Registro de Imóveis – preenchidos os requisitos dos arts. 205 e 206 da Lei Hipotecária e 298 do respectivo regulamento – de imóveis que não possuam matrícula própria. Com isso, inaugurando-se a cadeia registral; no entanto, reduzem-se os efeitos jurídicos dos registros pelo período de dois anos, onde estará afastada a fé-pública registral. Assim, *inmatriculación* é um instrumento de grande valia e eficácia do sistema registrário espanhol; por ele é introduzida no Registro de Imóveis a primeira matrícula de imóvel. Sucintamente, o atual proprietário apresenta diretamente ao Registrador seu título (não registrado), o cadastro fiscal realizado na Prefeitura do Município respectivo, edital publicado pela Administração entre outros documentos, e após regular qualificação é outorgado um número de matrícula.

21. A Lei 10.267/2001 alterou a Lei 6.015/1973 e criou uma nova forma descritiva de propriedade imobiliária chamada de georreferenciamento, que utiliza coordenadas geográficas fixadas com o auxílio de satélites.

É preciso reconhecer que a legislação está muito ultrapassada e demanda regras materiais mais híidas, claras e modernas para que possamos tentar adotar, novamente, o Sistema Torrens no Brasil que, obviamente, possui vantagens importantes para a estabilidade das relações econômicas imobiliárias, já que cria uma base jurídica sólida de segurança para que as transações imobiliárias ocorram sem maiores temores. Um instituto dito como obsoleto pode ressurgir das cinzas como a mitológica Fênix para trazer instabilidade jurídica a uma região vital para o desenvolvimento sustentável e econômico do Brasil.

---

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Do Registro Torrens, de Jacy de Assis, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 6, p. 583.
- O Registro Torrens e o sistema imobiliário atual, de Décio Antônio Erpen, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, vol. 6, p. 305; e
- O Registro Torrens semente do colonialismo – Fracasso como instituição econômica – Da invalidade da matrícula como fator gerador do domínio – A feição processual do registro – A sua promiscuidade com o registro imobiliário – O que parece sobreviver do velho sistema, de Pedro Ferreira de Azevedo, *Doutrinas Essenciais de Direito Registral*, organizada por Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, vol. 6, p. 853.

# A ANULABILIDADE E O REGISTRO DE IMÓVEIS

# 5

**SERGIO ÁVILA DORIA MARTINS**

Mestre em Direito e Economia pela Erasmus University Rotterdam, pela Università di Bologna e pela University of Manchester. Mestre em Direito Internacional pela UERJ. Tabela de Notas e Protesto de Títulos da Comarca de Santa Fé do Sul/SP.

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral

**RESUMO:** A qualificação dos títulos pelo Registro de Imóveis é um dos pilares da segurança jurídica da propriedade. Incumbe ao Oficial impor um filtro que, à entrada do registro, impeça a passagem de títulos que rompem a malha da lei. Questão que tem se colocado com frequência e pendente de uniformização é compatibilizar tal sistema consagrado à profilaxia e à higidez das transações com uma categoria de atos viciados em si mesmos, que indicam riscos ostensivos, aos quais, todavia, insiste a ordem jurídica em outorgar eficácia plena: os negócios jurídicos anuláveis. Motiva este trabalho a sensação de que não há estudo sistemático da problemática das nulidades em relação ao Registro de Imóveis. Assim, procuramos examinar as causas do dissenso doutrinário, jurisprudencial e das práticas adotadas pelas serventias prediais. Contempla-se proposta vocacionada à inscrição de tais negócios jurídicos no registro predial, adotadas as cautelas necessárias e suficientes, tudo destinado ao incremento da segurança que o registro proporciona ao tráfego imobiliário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Registro de Imóveis – Anulável – Anulabilidade – Eficácia – Outorga uxória.

**ABSTRACT:** The title qualification of the Real Estate Registry is one of the pillars of the legal certainty. One of the duties of the Register is to impose a filter that, by the time that the document was received, prevents the creation of an illegal title. A frequent and not pacified question verses about the annulable juridical act. This paper is motivated by the comprehension that there is no systematic study of the annullabilities of the real estate registry. Moreover, this paper tries to examine the causes of this doctrinal, jurisprudential and practices dissent. The hypothesis adopted on this work is the inscription of some juristic acts on the real estate registry, once adopted all the necessary cautions that could increment the safeness that the registry grants to the Real Estate Commerce.

**KEYWORDS:** Real Estate Registry – Annulable – Annulability – Efficacy – Wife consent.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Nulidade relativa – 3. Anulabilidades ostensivas que aportam ao registro predial: 3.1 Autocontrato; 3.2 Representante em conflito de interesse com o representado; 3.3 Compra e venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais e do cônjuge; 3.4 Permuta de valores desiguais entre ascendente e descendente; 3.5 Ausência de outorga conjugal para alienação ou oneração de imóveis – 4. A anulabilidade e o Registro de Imóveis – 5. Conclusão – 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

“Um princípio devem todos ter em vista, quer Oficial de Registro, quer o próprio juiz: em matéria de Registro de Imóveis toda a interpretação deve tender para facilitar e não para dificultar o acesso dos títulos ao Registro, de modo que toda propriedade imobiliária, e todos os direitos sobre ela recaídos fiquem sob o amparo do regime do Registro Imobiliário e participem dos seus benefícios” Serpa Lopes.<sup>1</sup>

Os serviços notariais e de registro destinam-se a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Dentre estes, cabe ao Registro de Imóveis a função de guardião da propriedade e, cada vez mais, de sua função social.

Incontroverso que a existência de registros públicos seguros em que se possam fiar os agentes econômicos é uma das primeiras condições do desenvolvimento. Coase recebeu o Nobel de Economia ao demonstrar que distribuição dos direitos de propriedade importa tanto menos quanto mais sua precisa determinação vier a diminuir os custos de transação, permitindo assim que o processo de livres barganhas conduza, por si só, ao aproveitamento eficiente dos recursos.<sup>2</sup>

---

1. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Tratado dos registros públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. vol. II, p. 346 apud SANTOS, Flauzilino Araújo dos. Algumas linhas sobre a prenotação. Disponível em [[www.primeirosp.com.br/flauzilino1.htm](http://www.primeirosp.com.br/flauzilino1.htm)]. Acesso em 03.10.2012.

2. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. Addison-Wesley Longman Inc., 2000. p. 89: “There is extensive literature on bargaining games, including a large number of carefully constructed experiments testing the Coase theorem. One of the most robust conclusions of these experiments is that bargainers are more likely to cooperate when their rights are clear and less likely to agree when their rights are ambiguous. Put in more formal terms, bargaining games are easier to solve when the threat values are public knowledge. The rights of the parties define their threat values in legal dispute. One implication of this finding is that property law ought to favor criteria for determining ownership that are clear and simple. For example, a system

É tarefa do registrador submeter todos os títulos a um rigoroso teste de legalidade, denominado exame de qualificação. Nas palavras de Afrânio de Carvalho,<sup>3</sup> incumbe ao Oficial impor um filtro que, à entrada do registro, impeça a passagem de títulos que rompem a malha da lei.

Questão que se coloca com frequência e pendente de uniformização é compatibilizar tal sistema consagrado à profilaxia e à higidez das transações com uma categoria de atos viciados em si mesmos, que indicam riscos ostensivos, aos quais, todavia, insiste a ordem jurídica em outorgar eficácia plena: os negócios jurídicos anuláveis.

Cuida-se da tutela de interesses disponíveis, razão por que a particulares é outorgado o direito potestativo de perseguir a desconstituição do negócio, a certo termo. Por outro lado, também viável ratificar a avença, extirpando-a de qualquer vício.

Veja-se que a confirmação, convalidação ou anulação da mutação jurídico-real resta a depender, em boa medida, da vontade dos interessados, sem que nada disso interfira na imediata produção de efeitos.

Eis um choque considerável de valores. O Registro de Imóveis, de sua parte, destina-se precipuamente à garantia da segurança jurídica, que não se compatibiliza, à primeira vista, com o abrigo de negócios viciados, nem se compadece de transitoriedades.

Tanto assim que o conhecido problema se mostra sempre atual. A pretensão de acesso de transações reais eivadas de relativa nulidade provoca opiniões dissonantes no seio da doutrina e da jurisprudência, bem como posicionamentos variados por parte dos registradores imobiliários.

Motiva este trabalho a sensação de que não há estudo sistemático da problemática das nulidades em relação ao Registro de Imóveis, muito embora eminentes juristas tenham bem delineado os contornos da teoria dos negócios jurídicos, bem como grandes estudiosos da matéria registral nos tenham legado valiosas anotações. Assim, nossa tarefa resumiu-se à tentativa de reunir esses ensinamentos em um todo tanto quanto possível uniforme.

---

*for the public registration of ownership claims to land avoids many disputes and makes settlement easier for those that arise. (...) The Coase Theorem suggests that the law can encourage bargaining by lowering transaction costs. (...) To illustrate, the rule 'first in time, first in right' is a simple and clear way to determine ownership claims"* (destaques nossos).

3. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973, com alterações da Lei n. 6.216/75*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 251.

A primeira seção sintetiza os traços que caracterizam os atos jurídicos anuláveis. Com objetivo de aclarar a relevância cotidiana da matéria, apresenta-se o rol dos principais negócios que costumam apontar nos registros prediais, infirmados de nulidades relativas que se percebem do mero exame do título.

Em seguida, busca-se compreender como o Registro de Imóveis deve lidar com a incerteza das anulabilidades, a partir do exame da doutrina e jurisprudência.

Ao final, contempla-se proposta vocacionada à inscrição de tais negócios jurídicos no registro predial, adotadas cautelas necessárias e suficientes, tudo destinado ao incremento da segurança que o registro proporciona ao tráfego imobiliário.

## 2. NULIDADE RELATIVA

Os negócios jurídicos devem ser examinados em três planos: da existência, da validade e da eficácia. Em breve síntese, a validade é a qualidade daquele que está em conformidade com as regras jurídicas. Dependendo do grau de lesão à ordem pública, os negócios desconformes e, portanto, viciados ficam sujeitos à nulidade absoluta ou relativa.

As nulidades ferem a ordem pública e são, por isso, insanáveis e perpétuas. Negócios que apresentam tais defeitos não são suscetíveis de confirmação, nem convalidam pelo decurso do tempo. Podem ser alegadas por qualquer interessado e devem ser pronunciadas de ofício pelo juiz, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Em contraste, as nulidades relativas dizem respeito ao interesse privado, protegem direitos particulares e disponíveis. O negócio jurídico anulável pode ser confirmado, resguardados direitos de terceiros, por meio da ratificação, ato unilateral da parte cujos direitos a lei visava proteger, pelo qual extrai do negócio original os vícios que o maculavam.

Por isso, somente os interessados, aqueles cujos direitos a lei tenta salvar, podem alegar a nulidade relativa, não sendo dado ao juiz ou Ministério Público pronunciá-la. Finalmente, anulável é o que possui falhas que o sujeitam a ser desconstituído, com seus efeitos cassados retrospectivamente. Decorre a importante conclusão de que os atos anuláveis são plenamente eficazes enquanto permanecerem nessa condição.

Serve a nulidade relativa a casos em que se presume a boa-fé, não obstante sejam resguardados interesses de determinadas pessoas potencialmente lesadas. De acordo com a comissão de estudos do Projeto de Código Civil Europeu, que consolida em alguns princípios enorme volume de experiência jurídica, as

anulabilidades possuem função preventiva, ao impedir que se possa depositar confiança na obtenção de vantagens a partir de condutas como dolo, coação e abuso de direito. Interessa notar que no diploma proposto as anulabilidades se comportam como um direito potestativo pleno, bastando a vontade para que sejam acionadas, independentemente de procedimento judicial.<sup>4</sup>

No Brasil, é de quatro anos o prazo para pleitear em juízo a anulação dos negócios jurídicos infirmados por vícios de consentimento ou fraude contra credores. Nos demais casos em que se comina sanção de anulabilidade, o prazo de decadência é de dois anos, contados da conclusão do ato.

### 3. ANULABILIDADES OSTENSIVAS QUE APORTAM AO REGISTRO PREDIAL

A seguir, trataremos de situações que fazem parte do cotidiano da atividade qualificadora do Registro de Imóveis. Privilegiamos, portanto, as hipóteses de relativa nulidade em que se apresentam vícios ostensivos, aferíveis do simples exame do título causal, em detrimento de circunstâncias como vícios do conhecimento, que demandam dilação probatória e não seriam passíveis, nem mesmo em tese, de exame pelo registrador.

#### 3.1 *Autocontrato*

Nos termos do art. 117 do CC/2002, padece de relativa nulidade o negócio que o representante celebrar consigo mesmo, quando assim não autorizado expressamente.

É patente, neste caso, que se cuida de salvaguardar um interesse particular, já que o representado pode ter sido lesado por ato do representante, em potencial conflito de interesses com os seus. Coerentemente à teoria das nulidades,

---

4. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). p. 87 e 94. Disponível em: [[http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf)]. Acesso em: 01.10.2012. “Principle 42. Not allowing people to rely on their own unlawful, dishonest or unreasonable conduct. (...) There are several rules which allow a person to rely on an apparent situation only if that person is in good faith. The rules on voidable contracts, even if their primary purpose is to ensure that a party can escape from a contract concluded in the absence of genuine freedom to contract, often have the incidental effect of preventing the other party from gaining an advantage from conduct such as fraud, coercion or threats. (...) Voidable contracts can be avoided by simple notice, without any need for court procedures”.

o Código prevê apenas a anulabilidade. Assim, preserva os negócios realizados por quem afinal detinha a representação, ao passo que possibilita ao eventual lesado fulminar o negócio viciado, se for o caso. Nesse sentido a Súmula 165 do STF:

São anuláveis os autocontratos tanto em nome do representante quanto em *rem suam*, circunstância em que há transferência dos direitos objeto do mandato ao representante, porquanto em ambos os casos há de estar expressa a autorização. Também podem ser anulados os negócios celebrados com o representante com o substabelecido. É de dois anos a contar da conclusão do negócio o prazo decadencial para se pleitear a anulação.

### 3.2 *Representante em conflito de interesse com o representado*

Aqui, o conflito de interesses não é apenas potencial. A hipótese do art. 119 do CC/2002 também difere da anterior porque se trata contrato com terceiro, cujos interesses, na medida do possível, precisam ser preservados de um conflito que não lhe diz respeito.

Para que se pleiteie a anulação, a lei exige que o terceiro tenha ou devesse ter conhecimento do conflito de interesses, de forma que só assim possa sofrer as consequências da celebração do negócio viciado. Tal como para a anulação do negócio por erro, o Código adota o princípio da cognoscibilidade.

Além disso, também para que o problema interno entre o representante e o representado não venha a onerar a terceiros com um risco demasiado, reduz-se o prazo decadencial para buscar a anulação do negócio para apenas 180 dias, contados de sua conclusão ou da cessação da incapacidade, apenas por provocação do interessado.

### 3.3 *Compra e venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais e do cônjuge*

Na vigência do Código de Bevilacqua, era notável a celeuma sobre se a compra e venda realizada por ascendente a descendente sem o assentimento dos demais era nula ou anulável, fato que provocou entendimento diverso entre as Terceira e Quarta Turmas do E. STJ.<sup>5</sup>

Andou bem Reale ao dirimir a questão consagrando a relativa nulidade (art. 496 do CC/2002). Em verdade, apenas corrigiu-se equívoco de terminologia

---

5. STJ, REsp 407.123/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

do antigo art. 1.164, II, que considerava “nula” compra venda de que não constasse a anuência, pois já se previa que o questionamento cabia apenas aos descendentes e que o ato era passível de convalidação. O objetivo da norma é acautelar a legítima diante de potenciais artifícios, já que a compra e venda não se submete à colação. Cuida-se, pois, de interesses marcadamente particulares, sendo coerente com a teoria das nulidades deixar a verificação da conveniência de eventual anulação a critério dos familiares.

Particularmente, entendemos legitimado também o Fisco, quando houver indícios de que se buscou a evasão não da legítima, mas das obrigações tributárias características da transmissão gratuita ou onerosa de bens e direitos. Dependendo do caso, tanto pode haver lesão à Fazenda Estadual quanto Municipal, já que o ICMD e o ITBI contam com alíquotas, hipóteses de incidência e de isenção próprias e diferenciadas.

Com a novel vocação hereditária do cônjuge, confere-se também ao parceiro a possibilidade de anular a venda e compra celebrada sem seu assentimento.

Já não é eficaz a Súmula 494 do STF, porquanto para as nulidades relativas previstas na parte especial o Código adotou o prazo decadencial de dois anos a contar da conclusão do negócio para se pleitear a anulação. Há quem acene com a possibilidade de, mesmo extrapolado o prazo, obrigar-se o beneficiado a trazer à colação, por ocasião da abertura da sucessão, o valor de doações dissimuladas.<sup>6</sup> Somos de opinião favorável a este entendimento, contanto que fique claro, a bem da segurança jurídica, que obrigar o herdeiro a computar o valor recebido no cálculo da legítima não significa fulminar a compra e venda, sujeita a anulação apenas pelo prazo de dois anos.

### 3.4 *Permuta de valores desiguais entre ascendente e descendente*

Hipótese muito similar é a da permuta de valores desiguais. Consoante o art. 533 do CC/2002, aplicam-se à troca as disposições da compra e venda.

---

6. ROSENVALD, Nelson. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed., rev. e atual. Manole: Barueri, 2010. p. 581: “A ausência de consentimento, aliada à desproporção de valores, gera a anulabilidade do negócio jurídico, sujeita ao exercício do direito potestativo em ação privativa dos aludidos interessados no prazo decadencial bienal (art. 179 do CC). (...) O aludido prazo decadencial terá como termo inicial a data da conclusão do negócio jurídico, a teor do art. 171 do Código Civil. Todavia, se houver prejuízo aos demais descendentes, em simetria ao ato de doação, qualquer permuta cujos valores não mantenham reciprocidade será passível de colação (art. 2.002 do CC) ao tempo da abertura da sucessão”.

Do mesmo modo, pretende-se acautelar os interesses dos demais herdeiros necessários diante de negócio que pode lhes ser prejudicial.

A previsão de que anulável a troca apenas quando se revelarem valores desiguais não representa qualquer diferença. A desigualdade dos valores – com consequente prejuízo à legítima – é matéria de mérito da ação desconstitutiva, tal qual ocorre na compra e venda. Ainda que omissis o Código, há de se entender que aqui também é prescindível o assentimento do cônjuge casado sob o regime da separação obrigatória.

### 3.5 *Ausência de outorga conjugal para alienação ou oneração de imóveis*

Finalmente, hipóteses de grande relevância para as atividades do foro extrajudicial são as dispostas no art. 1.647 do CC/2002, a exigir autorização do consorte para a prática de atos patrimoniais de maior relevância.

Com o novo Código, prefere-se a designação outorga conjugal, diante da igualdade de gêneros. Além disso, diante da ausência de patrimônio comum, passou o regime da separação absoluta, leia-se separação convencional, a dispensar a vênia conjugal.

Na separação obrigatória, há patrimônio conjunto por conta da incidência da Súmula 377 do STF, a determinar a comunicação dos aquestos, conforme majoritariamente entende a doutrina.

Salvante o regime da separação de bens, a outorga conjugal serve ao resguardo da família, que tem nos bens de raiz, em todos os sentidos, o seu lar. Tanto assim que outros institutos inspirados na família também focam sua normatividade na preservação dos bens imóveis, como o bem de família voluntário (art. 1.711 do CC/2002) e legal (Lei 8.009/1990). Conforme a Constituição Federal, a família é a base da sociedade e goza de especial proteção do Estado (art. 226, CF).

Dessa forma, excetuada apenas a hipótese em que não se comunicam de forma alguma os bens dos consortes, o Código preservou o instituto da vênia conjugal, cujos contornos foram bem definidos pelo colendo STJ em célebre decisão: “A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no art. 1.647 do CC (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos

onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no art. 1.647 da lei civil” (STJ, REsp 1.163.074/PB, 3.<sup>a</sup> T., Min. Masami Uyeda, DJE 19.03.2010, RT 895/237).

Da leitura do acórdão, percebe-se que os Ministros enxergaram na outorga conjugal forma de controle da administração do patrimônio, tendo os consortes “interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento” em vista eventual dissolução do vínculo conjugal.

Entretanto, ao menos como definido pelo legislador, o instituto parecer ter maior escopo. Não se presta a proteger a família desfeita e sim a proteger um dos elementos mais importantes para que permaneça unida.

Com efeito, apesar da ressalva da separação convencional, manteve-se a vênua conjugal na comunhão parcial de bens, de longe o de maior repercussão social. No regime supletivo, convivem patrimônios particulares e comuns, sendo certo não se dispensou a autorização do consorte mesmo quanto à alienação ou oneração dos bens exclusivos.<sup>7</sup>

É comum nos balcões dos Tabelionatos e dos Ofícios de Registro alguns usuários estranharem a necessidade de vênua do consorte para alienação de bens incomunicáveis, como os que lhe advieram por sucessão *causa mortis*. A exigência há de ser compreendida no contexto da proteção familiar. Como já dizia Clóvis, cuida-se de uma forma de proteger os bens imóveis sem tirá-los do comércio, mas conferindo o poder de fiscalização aos cônjuges sobre os atos do outro.

Sempre notável, Hildor Leal defende que o art. 1.647 do CC/2002 aplica-se apenas a negócios que digam respeito a bens particulares. Segundo expõe, quando integrarem a comunhão não se trata de autorização, mas de participação conjunta e igualitária no ato. Ambos estarão outorgando, alienando, de tal modo que “é evidente não ser possível que um só o faça, pena de nulidade”.<sup>8</sup>

Entretanto, as nulidades não prescindem de expressa previsão legal. Pode-se considerar a venda e compra de coisa comum por apenas um dos comu-

---

7. 340 – Art. 1.665: 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. AGUIAR JR., Ruy Rosado de (coord.). Jornadas de direito civil I, III, IV e V: *enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, 2012.

8. HILDOR LEAL, José. Anulabilidade e validade da alienação sem anuência conjugal e venda de ascendente a descendente – Escritura pública e registro. RDI 60/146-147.

nheiros hipótese de venda *a non domino*, quando o caso seria de ineficácia. De qualquer modo, nulo ou ineficaz o negócio, não há que se falar em ingresso no tábula real.

A par desta discussão, coerentemente, o legislador previu que a ausência da vênua conjugal é causa de nulidade relativa, vez que o potencial lesado é o consorte ausente, a quem caberá pleitear a anulação do ato praticado (art. 1.649). O ato pode ser convalidado, como em regra os atos anuláveis. Como se não bastasse, frisa o Código que a decretação de nulidade apenas poderá ser perseguida pelo cônjuge ou seus herdeiros (art. 1.650), em até dois anos contados da dissolução da sociedade conjugal.

#### 4. A ANULABILIDADE E O REGISTRO DE IMÓVEIS

Como visto, somente aos interessados é dado pronunciar as nulidades relativas, vez que atendem ao interesse privado, à tutela de direitos particulares e disponíveis. Entretanto, tais atos contém vícios aparentes, que representam riscos consideráveis, na medida em que, enquanto não ratificados ou convalescerem, são passíveis de anulação.

O Registro de Imóveis, por sua vez, destina-se precipuamente à garantia da segurança jurídica, que não se compatibiliza, à primeira vista, com o abrigo de negócios jurídicos viciados, nem se compadece de transitoriedades. Ao registrador cabe à qualificação, verdadeiro filtro de legalidade a que estão sujeitos até mesmo os títulos jurisdicionais. Diga-se, aliás, que o cancelamento do registro se faz em virtude de sentenças após o transitado em julgado (art. 250, I, da Lei 6.015/1973).

A aparente incompatibilidade do instituto da anulabilidade com o sistema de registro predial é um tema que permace atual, como bem ilustra o debate havido por ocasião do 26.º Encontro Regional dos Registradores de Imóveis, Gramado/RS, em julho de 2010, com a participação do Desembargador Marcelo Guimarães Rodrigues (TJMG) e dos Registradores Valestan Milhomem da Costa (Cabo Frio/RJ), Luiz Egon Richter (Lajeado/RS) e Francisco José Rezende dos Santos (Belo Horizonte/MG).<sup>9</sup> Na ocasião, após ampla exposição sobre a qualificação registral foi o tema da anulabilidade que provocou o interesse dos debatedores.

Pedimos vênua para estruturam nossa argumentação ao redor do debate, diante da oportunidade de colher tão balizadas opiniões. Em resumo, para o

---

9. RODRIGUES, Marcelo Guimarães et al. *Boletim do IRIB em revista* 339/21-22 e 27-29.

Desembargador Marcelo Guimarães Rodrigues, na falta na falta de disposições especiais que regulamentam o alcance do exame de qualificação, podem ser aplicadas aquelas gerais em vigor para o juiz. Tais disposições impedem proclamar as anulabilidades, que reclamam processo contencioso (arts. 168 e 177 do CC/2002). Entretanto, segundo explanou, considera necessário que a qualificação incorpore o combate às anulabilidades, desde que originadas de vício visível ostensível na face do título, apenas não atingindo o vício subjetivo ou oculto, cuja prova depende de ação própria. Assim porque não se deve receber no fólio um título recheado de germes causadores de futuras demandas, o que iria de encontro à finalidade maior da atividade, justamente a de emprestar segurança às relações jurídicas.

Com base no entedimento esposado do insígne membro do Judiciário, entre outras razões, o Colégio Registral do Rio Grande do Sul, apesar de considerar que o tema merece estudos e debates, respondeu negativamente à consulta de associado acerca da possibilidade do registro de atos anuláveis junto ao Registro de Imóveis,<sup>10</sup> em 05.07.2011. Para o Colegiado, convém que as anulabilidades aferíveis de plano em face do título sejam pronunciadas. Além de citar a posição esposada pelo Desembargador mineiro em Gramado, filiou-se o órgão de classe às conclusões do *XVI Congreso Internacional de Derecho Registral*, realizado em Valencia, Espanha, de 20 a 22.05.2008, dentre as quais constou:

“Los sistemas registrales más eficientes en la consecución de este fin son aquellos que no se limitan a hacer descansar sólo en el sistema judicial la solución de los conflictos, sino que lo previenen, adoptan instituciones de control preventivo que impidan la aparición de litigios.(...) El Registrador ha de determinar si el negocio está afectado por alguna circunstancia que impida su plena eficacia. Sólo en un sistema jurídico donde la función de calificación del Registrador se extienda al contenido o validez del negocio jurídico (y no sólo a los aspectos formales), podrá considerarse que el sistema de seguridad jurídica preventiva es eficaz, pues sólo sobre un ámbito amplio de facultades calificatorias puede hacerse descansar los efectos de fe pública registral e inoponibilidad de lo no inscrito propio de los sistemas registrales avanzados.(...) La calificación de la validez de los actos dispositivos de las escrituras públicas, supone que el registrador *examinará si el título es plenamente válido y eficaz, rechazando no sólo los títulos nulos de pleno derecho o determinantes de la inexistencia de un negocio jurídico, sino también, según los sistemas, los meramente*

---

10. Colégio Registral do Rio Grande do Sul. Seção Perguntas e Respostas, Registro de Imóveis, palavra-chave “anuláveis”. Disponível em: [www.colegioregistrals.org.br]. Acesso em: 01.10.2012.

*anulables*. Evidentemente, la calificación que el Registrador haga no impide el procedimiento que se pueda seguir ante los Tribunales acerca de la validez o nulidad del título, ni prejuzga su resultado” (grifo nosso).

Todavía, revela-se vacilante a orientação do Cólegio Registral Gaúcho, o que indica a peculiaridade do tema. Em resposta publicada em 10.11.2009, afirmou-se categoricamente que “negócios anuláveis podem e devem ser registrados”. Segundo a orientação, deveria, sempre que possível, haver a ressalva da nulidade relativa, tanto no título quanto no registro. Isso porque a segurança jurídica está no registro, ainda que este seja anulável, porquanto se permite a publicização das ineficácias ou anulabilidades.

Na mesma ocasião, porém, apresentou-se solução divergente, apoiada na lição de Afrânio de Carvalho, no sentido de que a delegação outorgada pelo Estado aos Notários e Registradores serve ao cumprimento da lei de modo a que os atos jurídicos alcancem os objetivos previstos nos arts. 1.º da Lei 6.015/1973 e da Lei 8.935/1994, isto é, sejam efetivamente eficazes, gerando segurança jurídica. Nesse sentido, a confirmação prévia do negócio anulável seria condição imperativa do registro, porque não pode o registrador desconsiderar o descumprimento de obrigação prevista em lei para a formalização do negócio.

Mais recentemente, em 20.03.2012, em resposta a nova consulta, o Colegiado concluiu que preocupa a situação relativa ao registro de atos jurídicos anuláveis. Segundo considerou, é grande risco de que, existindo conflito, a parte prejudicada vá a juízo responsabilizando o Tabelião ou o Registrador por não a terem alertado quanto aos riscos do negócio. Afirmou-se haver sérias dúvidas sobre a legitimidade conferida ao Registrador para impugnar escritura que contenha ato anulável, tanto assim que os derradeiros limites do universo abrangido pela dúvida registral não são conhecidos pela própria lei, o que abre caminho para a falta de uniformidade da atuação profissional.

Por ocasião do encontro de Gramado, também filiou-se o Des. Marcelo Guimarães Rodrigues à doutrina de Afrânio de Carvalho, segundo a qual embora, a rigor, “parece acertada a primeira doutrina, a segunda lhe seja preferível, por ser mais consentânea com a finalidade registral de segurança”, consignando, porém, que tal preferência dependeria “de especial disposição de lei”, mas constatando que a “doutrina exceptiva já predomine na rotina dos Cartórios das grandes cidades, sem oposição de monta, o que facilmente se compreende pelo desejo, que normalmente têm as partes, de ver os seus negócios plenamente regularizados”.<sup>11</sup>

---

11. CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 231.

É de se notar a tensão inerente ao problema, a ponto de que o clássico autor reconheça a carência de embasamento para sustentar o bloqueio dos atos anuláveis, embora a providência lhe pareça mais consentânea com a finalidade registral de segurança. Constatando o predomínio de tal doutrina na rotina das serventias, sem oposições significativas, ultrapassa o assunto sem maiores considerações.

Em que pese o posicionamento tradicional e a envergadura do doutrinador, parece mais preciso ao tratar das anulabilidades Hildor Leal,<sup>12</sup> para quem os profissionais do direito afetos aos serviços cartorários operam o sistema jurídico em toda a sua complexidade, sendo inadmissível, nos dias atuais, deixem de extrair as próprias conclusões a partir do texto legal e sigam sem discussão do mérito ensinamentos doutrinários evasivos, que fogem a um exame mais fecundo dos temas ligados aos serviços notarias e de registros. Impõe-se, para atender o modelo posto, uma visão moderna, eclética, corajosa, lúcida, enfim uma atividade criadora, nem por isso esquecendo a prudência a que se refere Ricardo Dip.

Nesse sentido é que se manifestaram os registradores presentes. Para Eduardo Pacheco, a vista de negócio anulável o registrador deve fazer o registro, cabível averbação para dar publicidade a essa anulabilidade. De se notar artigo de sua autoria acerca da compra e venda de ascendente a descendente,<sup>13</sup> em que defende mais detalhadamente esta posição. Segundo o oficial, a averbação em questão pode ser embasada no art. 167, II, 5, *in fine*, bem como no *caput* do art. 246 da Lei 6.015/1973, valendo salientar que não se discrepa quanto a ser o rol de averbações meramente exemplificativo, havendo mesmo tendência a concentrar no registro imobiliário todas as informações, circunstâncias e vicissitudes que possam afetar o imóvel.

No plano do direito comparado, destaca Pacheco o Código do Notariado Português, a impedir o notário de recusar sua intervenção sob o fundamento de ser o ato anulável ou ineficaz, cabendo-lhe advertir as partes da existência do vício e consignar no instrumento a advertência.<sup>14</sup> De igual modo, pudemos confirmar

---

12. HILDOR LEAL, José. Ob. cit., p. 145.

13. SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Compra e venda de imóveis de ascendente para descendente. Breves anotações sobre a atuação notarial e registral. *Jus Navigandi*. n. 1443. ano 12. Teresina, 14.06.2007. Disponível em: [<http://jus.com.br/revista/texto/10010>]. Acesso em: 06.10.2012.

14. Código do Notariado, com as alterações introduzidas pelo Dec.-lei 209/2012, de 19 de setembro: “art. 174.º, Actos anuláveis e ineficazes: 1 – A intervenção do notário não

que os negócios anuláveis ou resolúveis acessam o fólio português, averbando-se as os fatos jurídicos que ensejarem sua confirmação ou anulação.<sup>15</sup>

Naquele país, determinava a alínea *e* do n. 1. do art. 92 do Código de Registro Predial que era provisório por natureza o registo de negócio jurídico anulável por falta de consentimento de terceiro ou de autorização judicial, antes de sanada a anulabilidade ou de caducado o direito de a arguir. Por outro lado, admitia-se a inscrição de negócio posterior apenas quando superada a transitoriedade do registro antecedente.

Reformado o Código de Registro Predial (CRP), o Dec.-lei 116/2008 “adotou um sistema de registro predial obrigatório, potenciando a coincidência entre a realidade física, a substantiva e a registral, e contribuindo, por esta via, para aumentar a segurança no comércio jurídico de bens imóveis”.<sup>16</sup> Eliminou-se a alínea *e* do n. 1 do art. 92 do CRP, de forma que o registro de negócio jurídico anulável por falta de consentimento de terceiro ou de autorização judicial, mesmo antes de sanada a anulabilidade ou de haver caducado o direito de a arguir, passou a ser efetuado definitivamente. O fato, embora produtor de efeitos ainda provisórios, passou a estar sujeito a registro obrigatório.<sup>17</sup>

No mesmo debate havido no Congresso de Gramado, ponderou Valestan Milhomem da Costa ser possível observar no próprio registro se, por exemplo, trata-se de venda de ascendente para descendente, em que não foi observada a anuência. Assim preferível, segundo o registrador, para preservar a segurança do ato e evitar uma averbação que poderia ser contestada por falta de previsão expressa.

Luiz Egon Richter, no mesmo sentido, defendeu que o oficial não pode avançar ao que a normatividade do direito prevê, ao fazer exigências a partir do pressuposto de que o título *pode ser* nulo. Estabelece o Código Civil os casos

---

pode ser recusada com fundamento de o acto ser anulável ou ineficaz; 2 – Nos casos previstos no número anterior, o notário deve advertir as partes da existência do vício e consignar no instrumento a advertência que tenha feito”.

15. Codigno do Registro Predial: “Art. 2.º 1 – Estão sujeitos a registro: (...) c) Os factos jurídicos confirmativos de convenções anuláveis ou resolúveis que tenham por objecto os direitos mencionados na alínea “a”.”
16. Exposição de motivos do Dec.-lei 116/2008. *Diário da República*, 1.ª série, n. 128, 04.07. 2008. Disponível em: [<http://dre.pt/pdf1s/2008/07/12800/0413404196.pdf>]. Acesso em: 01.10.2012.
17. Parecer R.P. 95/2009 SJC-CT, Instituto dos Registos e do Notariado – IRN, p. 3. Disponível em: [[www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2009/p-r-p-95-2009-sjc-ct](http://www.irn.mj.pt/sections/irn/doutrina/pareceres/predial/2009/p-r-p-95-2009-sjc-ct)]. Acesso em: 01.10.2012.

em que o negócio é nulo ou anulável, ao que deve corresponder procedimento diferenciado, considerado se o interesse tutelado é público ou privado. Dessa forma, esclareceu que costuma impugnar as anulabilidades, autorizando, porém, o interessado a declarar ciência e pugnar pelo registro. Assim, recepciona-se o título com a prudência e cautela devidas.

Finalmente, arrematou Francisco Rezende, a recomendar atenção ao tema e a indagar: Qual registrador registraria uma escritura em que o marido, devidamente qualificado como casado, vende o imóvel sem a assinatura da mulher?

Do cotejo do debate, extrai-se a opinião uniforme entre os conceituados registradores acerca da impossibilidade da interdição definitiva de acesso aos títulos que instrumentalizam negócios eivados de nulidade relativa. Provavelmente, porém, a ilustrada opinião contraste sobremaneira com as práticas de qualificação adotadas pela maior parte das serventias imobiliárias.

Aos poucos, vem o sistema de registro predial abrindo-se paulatinamente aos títulos que, conquanto eficazes, ostentam defeitos que lhes podem eventualmente fulminar. Já se observam decisões determinando o registro da maior parte dos negócios antes tratados, como a compra e venda entre ascendente e descendente sem a anuência dos demais e as hipóteses de autocontrato e conflitos de interesse entre representante e representado.

Aos 09.08.2011, em julgamento de dúvida suscitada pelo 9.º Registrador de Imóveis da Capital de São Paulo, sob fundamento de que a inscrição do compromisso de compra e venda entre ascendente e descendente encontrava óbice no art. 496 do CC/2002, proferiu o MM. Juiz da 1.ª Vara de Registros Públicos da Capital – SP, Dr. Gustavo Henrique Bretas Marzagão, precisa decisão em que destacou: “Ocorre que o Código Civil reputa anulável – e não nula – a compra e venda realizada entre ascendente e descendente (...) significa que ela produz todos os seus efeitos jurídicos até que, eventualmente, seja anulado por meio de ação judicial. E, se produz todos os seus efeitos, não se pode recusar seu regular registro na Serventia de Imóveis”.<sup>18</sup>

Em 31.05.2012, em votação unânime, o E. Conselho Superior da Magistratura paulista confirmou a sentença, firmando-se que a proteção é pertinente a interesse privado, razão pela qual não pode ser pronunciada de ofício pelo juiz, e tampouco pelo registrador, necessária ação judicial específica, sujeita ao prazo decadencial constante do art. 179 do CC/2002. O julgado restou assim ementado: “Registro de imóveis – Compromisso de compra e venda celebrado sem anuência dos demais descendentes – Negócio jurídico anulável – Interesse

---

18. Processo 0029136-53.2011.8.26.0100, 1.ª VRP.

privado – Inviabilidade do exame da validade do contrato em processo administrativo – Necessidade de processo jurisdicional – Cabimento do registro – Recurso não provido”.

Igualmente, há sinalizações no sentido de admitir o registro de escritura em que o vendedor é representado pelo comprador, caso do autocontrato, ainda que não expressamente autorizado. Como expõe Maria do Carmo de Rezende Campos Couto,<sup>19</sup> Registradora de Atibaia/SP, tal negócio será anulável somente se não houver a autorização expressa do representado para que o representante celebre negócio consigo mesmo. Contudo, não compete ao registrador fazer este controle, cabendo exclusivamente aos interessados promoverem a sua anulação.

No mesmo sentido, já se franqueou acesso à tábua real em superação de alegado óbice representado pelo art. 119 do CC/2002. No caso, aventou-se o conflito de interesses entre os representados e o representante em razão da coincidência dos sobrenomes do representante e da compradora do imóvel, indicativo de possível parentesco. Decidiu o E. Conselho Superior da Magistratura, todavia, que a regra de direito referida encerra hipótese de invalidade do negócio jurídico, especificamente anulabilidade. Desse modo, não é possível qualificação registrária para além do exame formal do título, porquanto a alusão efetuada ao conflito de interesses dependeria de apuração probatória no caso concreto, a ser promovida pelos titulares do interesse privado em processo de natureza jurisdicional.<sup>20</sup>

Existem, finalmente, julgados em que a questão em que a questão pareceu se colocar entre os motivos secundários do julgado, na esfera do *obiter dictum*, como se constata em decisão acerca da admissibilidade de doação entre cônjuges, em que se discorreu acerca dos limites da qualificação afeta ao registrador. Na concepção do relator MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria Aroldo Mendes Viotti, a qualificação abrange, como se sabe, o controle da legalidade formal dos atos jurídicos submetidos a registro. Esse controle, nada obstante amplo, circunscreve-se à detecção daqueles vícios susceptíveis de inquinar de nulidade o ato jurídico que se instrumenta no título apresentado. Não se faculta ao Oficial obstar o registro em razão de eiva que configure mera anulabilidade do ato ou do negócio jurídico. Compete ao Registrador, assim, vedar acesso, por vício da legalidade, apenas àquelas mutações jurídico-reais que a lei veda com

---

19. COUTO, Maria do Carmo de Rezende Campos, *Coleção Cadernos Irib. Compra e Venda*. n. 1. São Paulo: Irib, 2012.

20. ApCiv 0025492-83.2010.8.26.0344, Comarca de Marília.

a cominação de nulidade. Restou confirmado o parecer em julgamento pelo E. Superior da Magistratura, consignando-se que não há, no negócio jurídico que se quer levar a registro, eiva formal que ao registrador incumbisse apontar na tarefa de verificação de legalidade, recordando-se que não lhe é dado, na qualificação registral, adentrar o exame de eventuais vícios intrínsecos do título, porventura susceptíveis de macular de anulabilidade o ato jurídico.<sup>21</sup>

Não ao acaso, porém, a questão posta por Rezende ao fim dos debates em Gramado. Quanto à vênua conjugal, há julgados relativamente antigos, todos a denegar o registro sem a apresentação da outorga, na linha da tradicional posição defendida por Afrânio de Carvalho.<sup>22</sup> Por todos, destacamos a ementa do Acórdão CSM 237.012, julgado em 04.10.1974, da Comarca de São Paulo (10.º SRI), relator o Des. Márcio Martins Ferreira: “Outorga uxória – Compromisso de compra e venda – Transferência – Faltando no título a assinatura da mulher do outorgante, inviável o registro”.

Em se tratando de outorga conjugal, o risco inerente à possibilidade de anulação do negócio é relativamente maior. De acordo com os arts. 1.649 e 1.650 do CC/2002 a nulidade poderá ser pleiteada em até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal, pelo outro cônjuge ou seus herdeiros. Ora, fácil perceber que a nuvem de incerteza poderá pairar sobre o fôlio real por décadas.

Sensível a este problema, o Colégio Registral do Rio Grande do Sul se manifestou no sentido de que, em muitos casos, a questão da anulabilidade em seu aspecto formal não é tão significativa quanto as consequências advindas de cada situação objetivamente decorrente. Exemplifica com referência ao art. 1.649 do CC/2002. Trata-se de ato anulável, tal qual os demais. Entretanto, conforme a manifestação do órgão de classe, as situações não se comparam, digamos, à ausência de notificação do detentor de preferência, seja porque os efeitos que decorrem do ato são mais gravosos, seja porque a anulabilidade pode ficar prorrogada por longo tempo. Não se resolve de pronto a questão: a anulabilidade pode ser promovida até dois anos, contados a partir da data em que terminada a sociedade conjugal. Essa possibilidade chega a atingir a imponderabilidade, pois até os herdeiros do cônjuge a quem caiba a ação podem exercê-la (art. 1.650 do CC/2002). Daí porque ninguém, para segurança de seu negócio, esquece de exigir a outorga ou consentimento.<sup>23</sup>

---

21. ApCiv 12.428-0/6, Comarca de Santa Bárbara D'Oeste.

22. Acórdãos 240.363, 237.012, 229.937, 011590-0/7 CSM/SP e Processo CGJ/SP 141/90.

23. Colégio Registral do Rio Grande do Sul. Seção Perguntas e Respostas, Registro de Imóveis, palavra-chave “anuláveis”. Resposta publicada em 20.03.2012. Disponível em: [www.colegioregistrals.org.br]. Acesso em: 01.10.2012.

Ainda assim, forçoso reconhecer, tal qual as demais nulidades relativas, que os atos praticados sem a autorização do consorte são plenamente eficazes até que eventualmente se anulem. A confiança que se deduz do matrimônio indica a razoabilidade de se conferir ao negócio, desde já, eficácia plena. Presta-se a nulidade relativa justamente a casos em que se pode presumir a boa-fé, embora não se ignore risco de possível lesão ao interesse de determinadas pessoas.

Considerado que a hipótese de nulidade relativa se restringe à alienação ou oneração de bens excluídos da comunhão, torna-se limitado o campo para a desconstituição do negócio.<sup>24</sup> Mais importante, consagrar que da ausência de vênua conjugal resulta nulidade meramente relativa foi indisputada opção do legislador.

Em nosso sistema, a inscrição não tem eficácia saneadora, razão por que todos os títulos são, em tese, passíveis de anulação. Na hipótese da doação inoficiosa, tratada no art. 549 do CC/2002, a inscrição é nula e nem por isso se busca controlar a disponibilidade do doador mediante, por exemplo, a transcrição de certidões no corpo título.

Em parte, o problema da relutância em admitir o ingresso ao fôlio real de títulos plenamente eficazes, embora maculados de relativa nulidade, deriva de equivocada compreensão do princípio da legalidade e da imprópria redação de alguns dispositivos legais.

Com efeito, diz o Código: *nenhum dos conjugues pode, sem autorização do outro alienar bens imóveis; cabe ao juiz suprir a outorga quando um dos conjugues a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la*. Ora, ao interprete mais afoito pode perfeitamente parecer que o vício é de nulidade, e a única forma de lidar com a falta da vênua conjugal é recorrer ao Judiciário. Apesar das expressões atécnicas, a lei claramente afirma que a falta de autorização torna anulável o ato praticado.

Assim, não deve o interprete, mesmo o mais ceoso da segurança jurídica, apegar-se a palavras isoladas e abstrair o sentido completo do texto normativo. Não há maior segurança jurídica para os registros públicos que o primado da legalidade. Como disse o grande Ruy, fora da lei não há salvação.

Em que pese a uniformidade das decisões apresentadas, a mais recente é de 1990, razão porque é plausível que o assunto seja debatido a medida em que surjam novos casos. Sobretudo, porque não há diferença ontológica entre a ausência de vênua conjugal e as demais hipóteses de anulabilidade, sendo as

---

24. HILDOR LEAL, José. Ob. cit., p. 147.

manifestações recentes tanto da Corregedoria-Geral quanto do E. Conselho Superior da Magistratura pela a admissão das nulidades relativas.

Finalmente, vale dizer que algumas situações citadas no bojo da consulta respondida pelo Colégio Registral do Rio Grande do Sul em 20.03.2012 não revelam casos de nulidade relativa, mas negócios resolúveis. Na hipótese descrita no art. 504 do CC/2002, bem como no caso do art. 27 da Lei 8.245/1991, podem, respectivamente, os condôminos ou locatários exercer o direito de preferência à aquisição, nos prazos que a lei indica. Em ambas circunstâncias, não há dúvida quanto ao acesso desimpedido dos títulos ao fôlio real, tendo em vista que os negócios desde logo são dotados de eficácia e o próprio registro é o termo *a quo* do prazo decadencial, nos termos do art. 504 c/c o art. 1.245 do CC/2002 e art. 33 da Lei 8.245/1991.<sup>25</sup>

Em decisão não unânime, concluiu o Colégio Registral do Rio Grande do Sul pela registrabilidade da compra e venda, sugerindo que o registrador incluisse no texto do registro alerta nos seguintes termos: “Observação: consta na escritura que a compra e venda foi celebrada sem ter havido anuência nem comunicação aos demais condôminos para que exercessem o direito de preferência assegurado no art. 504 do CC”.

Diante do fato de que constituição de direitos reais sobre imóveis só se verifica com o registro (art. 1.245 do CC/2002), bem como de que este serve justamente à publicidade aos negócios jurídicos imobiliários (art. 173 da Lei 6.015/1973), no interesse portanto dos eventuais lesados que a anulabilidade visa proteger, parece-nos possível aplicar analogicamente a previsão acima para concluir que nos casos de negócios resolúveis ou anuláveis, em geral, o registro é o termo *a quo* do prazo decadencial.

Assim, em verdade, a inscrição opera a favor dos interesses protegidos pela lei, na medida em que torna públicos os negócios que eventualmente os vulneraram, de forma que aos legitimados seja dado conhecer o ocorrido.

## 5. CONCLUSÃO

A qualificação registrária é um dos pilares da segurança jurídica da propriedade. Incumbe ao Oficial impor um filtro que, à entrada do registro, impeça a passagem de títulos que rompam a malha da lei.

---

25. Art. 33 da Lei 8.245/1991. “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 6 (seis) meses, *a contar do registro* do ato no Cartório de Imóveis” (grifo nosso).

Questão que se coloca com frequência e pendente de uniformização é compatibilizar tal sistema consagrado à profilaxia e à higidez das transações com uma categoria de atos viciados em si mesmos, que indicam riscos ostensivos, aos quais, todavia, insiste a ordem jurídica em outorgar eficácia plena: os negócios jurídicos anuláveis.

Eis um choque considerável de valores. O Registro de Imóveis, de sua parte, destina-se precipuamente à garantia da segurança jurídica, que não se compatibiliza, à primeira vista, com o abrigo de negócios viciados, nem se compadece de transitoriedades.

Apesar das controvérsias sobre o assunto no seara registral, é noção relativamente simples, assentada em todos os manuais, que os atos jurídicos anuláveis são dotados de plena eficácia enquanto não eventualmente desconstituídos, bem como que as causas de nulidade relativa protegem interesses privados e que, por isso, apenas são pronunciáveis pelos interessados.

Assim sendo, não se pode recusar eficácia a negócios jurídicos aos quais o legislador, indubitavelmente, outorgou plenos efeitos enquanto permanecerem inatacados pelos interessados.

A dificuldade em compatibilizar os dois institutos reside no fato de o registro ser feito por extratos. Admitir o ingresso de tais títulos sem cautelas específicas seria desastroso, na medida em que os defeitos perceptíveis do exame do título já não o seriam do exame do fólio.

Porém, a anulabilidade não representa riscos consideráveis ao sistema registral, bastando que averbe ou observe tal circunstância, como sugerem respeitados registradores, cuidando-se do devido destaque na matrícula e certidões fornecidas. Ademais, deve o tabelião orientar as partes e fazer constar declaração de ciência da anulabilidade, bem como requerimento ao Oficial de que o registro seja feito em termos. Essa, aliás, a experiência portuguesa.

Ao admitir os títulos eivados de nulidade relativa, o Registro de Imóveis cumpre uma de suas finalidades precípua, que é conferir publicidade aos atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais. Contribui, assim, ao saneamento dos vícios e à proteção dos interesses potencialmente lesados que as anulabilidades previstas em lei visam tutelar. No mais das vezes, é o registro o termo *a quo* do prazo decadencial que ensejará a convalidação do negócio jurídico ou, se for o caso, o manejo da ação desconstitutiva.

Em que pese a necessidade de se estimar a cautela, não há maior segurança jurídica para os registros públicos que o primado da legalidade. Não deve o interprete apegar-se a termos isolados do texto normativo em detrimento de seu conteúdo amplo. Como disse o grande Ruy, fora da lei não há salvação.

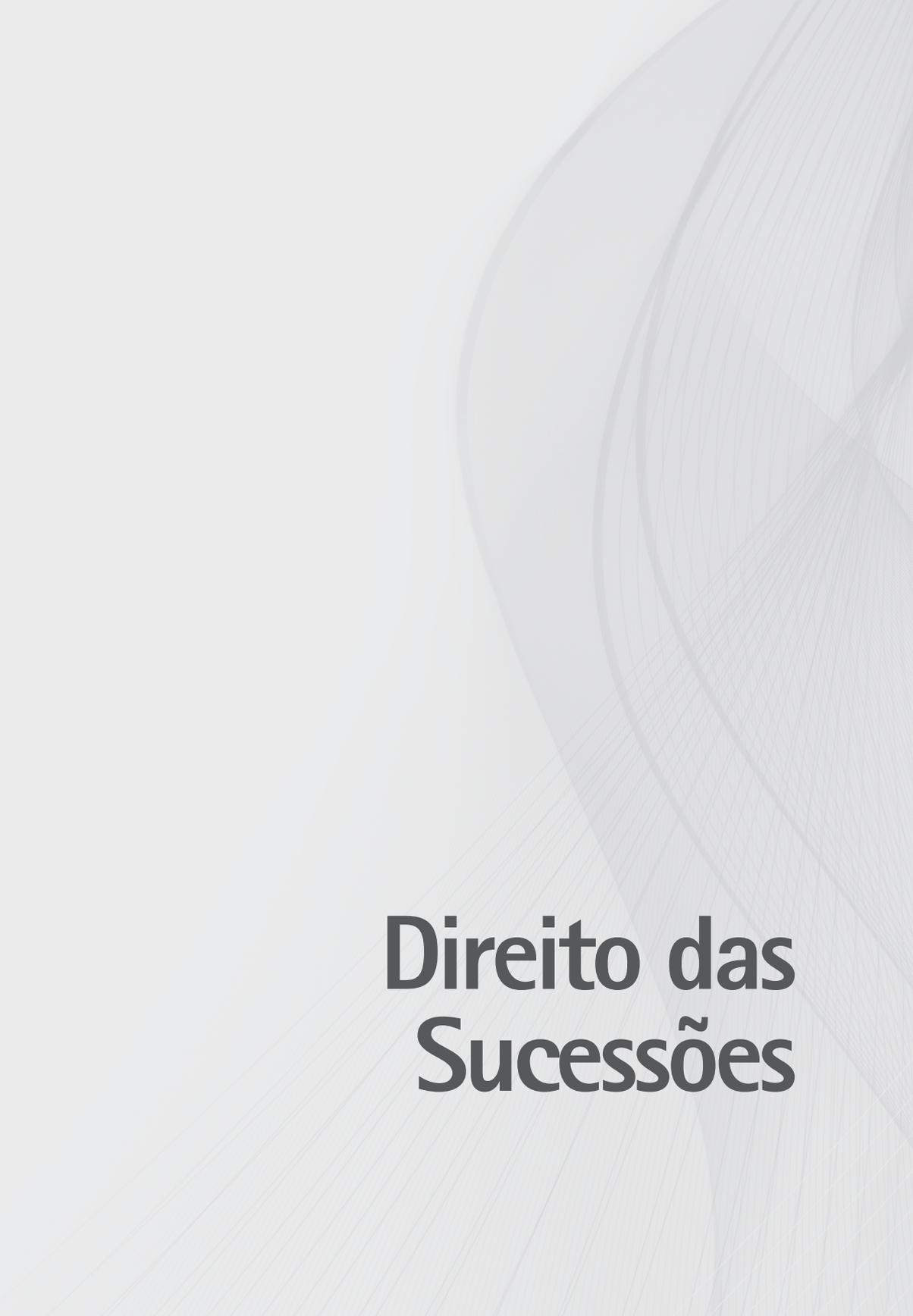
## 6. REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de (coord.). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal/Centro de Estudos Judiciários, 2012.
- CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973, com alterações da Lei n. 6.216/75*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Registro de imóveis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- Colégio Registral do Rio Grande do Sul. Seção Perguntas e Respostas, Registro de Imóveis, palavra-chave “anuláveis”. Disponível em: [www.colegioregistrals.org.br]. Acesso em: 01.10.2012.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 3. ed. Addison-Wesley Longman Inc, 2000.
- COUTO, Maria do Carmo de Rezende Campos. *Coleção Cadernos Irib. Compra e Venda*. n. 1. São Paulo: Irib, 2012.
- HILDOR LEAL, José. Anulabilidade e validade da alienação sem anuência conjugal e venda de ascendente a descendente – Escritura pública e registro. *Revista de Direito Imobiliário*. vol. 60. p. 144. São Paulo: Ed. RT, jan. 2006.
- Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Disponível em: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\_outline\_edition\_en.pdf]. Acesso em: 01.10.2012.
- RODRIGUES, Marcelo Guimarães et al. *Boletim do IRIB em revista*. 339 ed. p. 21-22 e 27-29. São Paulo: Irib, 2000.
- ROSENVALD, Nelson. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. e atual. Manole: Barueri, 2010.
- SANTOS, Flauzilino Araújo dos. Algumas linhas sobre a prenotação. Disponível em: [www.primeirosp.com.br/flauzilino1.htm]. Acesso em: 03.10.2012.
- SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Compra e venda de imóveis de ascendente para descendente. Breves anotações sobre a atuação notarial e registral. *Jus Navigandi*. n. 1.443. ano 12. Teresina, 14.06.2007. Disponível em: [http://jus.com.br/revista/texto/10010]. Acesso em: 06.10. 2012.
-

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A publicidade no sistema registral imobiliário, de Marcelo Krug Fachin Torres – *RDI* 72/101;
- Cancelamento de registro. Nulidade de pleno direito. Escritura pública. Servidão de passagem. Anulabilidades, de Venício Antonio de Paula Salles – *RDI* 55/368; e
- Do cancelamento no Registro de Imóveis, de Elvino Silva Filho – *RDI* 27/7.

The background features a light gray, abstract design consisting of several overlapping, semi-transparent circular shapes and a network of fine, intersecting lines that create a subtle grid or mesh pattern. The overall aesthetic is clean and modern.

# **Direito das Sucessões**



# O CÔNJUGE COMO HERDEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

# 1

**BRUNO JOSÉ BERTI FILHO**

Mestre em Direito Obrigacional pela Universidade Estadual Paulista – Unesp, campus de Franca-SP. Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Votuporanga. Ex-Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Ex-Professor de Direito Processual Civil e Direito do Consumidor na Universidade Camilo Castelo Branco-Unicastelo – Campus de Fernandópolis-SP.

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral; Civil

**RESUMO:** O presente trabalho pretende analisar a situação do cônjuge do *de cuius* como herdeiro deste, em face da nova sistemática decorrente do Código Civil vigente, instituído pela Lei 10.406, de 10.01.2002.

**PALAVRAS-CHAVE:** Herança – Cônjuge – Código Civil de 2002 – *De cuius*.

**ABSTRACT:** The present paper intends to analyze the situation of the spouse of the deceased as it heir, under the new Brazilian Civil Code of 2002, established by the Act n. 10.406, of January 10<sup>th</sup> of 2002.

**KEYWORDS:** Heir – Spouse – Brazilian Civil Code of 2002 – Deceased.

**SUMÁRIO:** 1. Apresentação – 2. A posição do cônjuge do autor da herança como herdeiro no direito brasileiro – 3. A situação do cônjuge supérstite como herdeiro no Código Civil de 2002 – 4. A controvérsia sobre a interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002 – 5. Proposta de interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002 – 6. Proposta para evitar conflitos futuros – 7. Conclusões – 8. Referências bibliográficas

## 1. APRESENTAÇÃO

O presente trabalho pretende analisar a situação do cônjuge do *de cuius* como herdeiro deste, em face da nova sistemática decorrente do Código Civil

vigente, instituído pela Lei 10.406, de 10.01.2002. Como se trata de tema bastante polêmico, por si só, não será apreciada a sucessão entre companheiros (ou conviventes).

Referido diploma legal trouxe grande inovação ao tema, pois alterou a posição do cônjuge no rol dos herdeiros, como se verá, motivo pelo qual é necessário analisar, brevemente, a evolução histórica do direito sucessório entre os cônjuges.

## 2. A POSIÇÃO DO CÔNJUGE DO AUTOR DA HERANÇA COMO HERDEIRO NO DIREITO BRASILEIRO

Quando do descobrimento do Brasil passaram a vigorar aqui as Ordenações de Portugal.

As primeiras Ordenações foram as Afonsinas, ou Código Afonso, as quais consolidaram as leis gerais que vigoraram em Portugal desde Afonso II. Referidas Ordenações foram “*editadas entre 1446 e 1447 sob o reinado de Afonso V, filho de D. Duarte*”, como leciona J. Motta Maia (*Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981. vol. 56, p. 288).

Mas Haroldo Valladão ensina que “duraram pouco as Ordenações Afonsinas, substituídas que foram pelas Manuelinas, pelo Código Manuelino de 1511 ou 1512, com uma edição definitiva de 1521” (op. cit., p. 294).

Em 1603 foram editadas as Ordenações Filipinas, por ordem dos reis Filipe I e Filipe II, que foram aplicadas no Brasil até a Independência.

Nestas Ordenações, havia a regra pela qual o cônjuge somente herdava após os colaterais, até o 10.º grau, *in verbis*:

“TÍTULO XCIV.

“Como o marido e a mulher sucedem hum a outro.

“Fallecendo o homem casado abintestado, e não tendo parente até o décimo grao contado segundo Direito Civil, que seus bens deva herdar, e ficando sua mulher viva, a qual juntamente com ele estava e vivia em casa teúda e manteúda, como mulher com seu marido, ella será sua universal herdeira.

“E pela mesma maneira será o marido herdeiro da mulher, com que estava em casa manteúda, como marido com sua mulher, se ella primeiro falecer sem herdeiro até o dito décimo grao. E Nestes casos não terão que fazer em taes bens os nossos Almojarifes” (*Ordenações Filipinas*. Livro IV, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Livros IV e V, s. d., reprodução “*fac-simile*” da edição feita por Candido Mendes de Almeida, 1870, p. 947-948).

Assim, no Brasil colônia imperava a regra segundo a qual o cônjuge somente herdaria na ausência de descendentes, ascendentes e colaterais até o 10.º grau. Tal situação permaneceu após a Independência e mesmo após a proclamação da República.

Somente com o Dec. 1.839, de 31.12.1907 (art. 1.º), foi corrigida esta disparidade, colocando o cônjuge sobrevivente antes dos colaterais. Assim estava redigido o dispositivo legal:

“Art. 1.º. Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão ab intestato ao cônjuge sobrevivo, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto grão por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Distrito Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicílio em território não incorporado a qualquer delas”.

A partir daí, esta regra foi mantida, como se pode ver no Código Civil de 1916 (art. 1.603), que vigorou até ser expressamente revogado pelo atual Código Civil. No novo diploma civil, o cônjuge sobrevivente passou a ser herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes e os ascendentes (art. 1.829 e ss. do CC/2002).

Arnaldo Rizzardo explica a mudança:

“No pertinente ao cônjuge, à semelhança do Código Civil português, deu-se a sua inclusão como herdeiro concorrente com os descendentes pelo Código de 2002, rompendo uma tradição secular, e refletindo uma tendência que vinha se fazendo sentir fazia algum tempo, especialmente a partir da adoção do regime de comunhão parcial como o oficial. Passou a se levar em conta que normalmente, em face do regime de comunhão parcial, que predomina, fica o cônjuge mais sujeito à debilidade econômica, se não resultar patrimônio durante a vigência do casamento. No dizer de Miguel Reale, ‘seria injusto que o cônjuge somente participasse daquilo que é produto comum do trabalho, quando outros bens podem vir a integrar o patrimônio a ser objeto da sucessão’. Destaca duas razões que justificam para tanto: ‘De um lado, uma razão de ordem jurídica, que é a mudança do regime de bens do casamento; e a outra, a absoluta equiparação do homem e da mulher, pois a grande beneficiada com tal dispositivo é, no fundo, mais a mulher do que o homem’” (*Direito das sucessões: Lei 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 178).

A sucessão é regida pela lei vigente no momento do falecimento. É o que dispõe o art. 1.787 do vigente Código Civil, ao determinar que “regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela”. Como o Código Civil de 2002 começou a vigorar um ano após a sua publica-

ção (art. 2.044 do CC/2002), somente as mortes ocorridas de 11.01.2003 em diante serão por ele regidas.

### 3. A SITUAÇÃO DO CÔNJUGE SUPÉRSTITE COMO HERDEIRO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Nos termos do art. 1.829, I, do CC/2002, a sucessão legítima cabe, em primeira linha: “aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único, do CC/2002); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”.

Assim, como regra o cônjuge sobrevivente herda em concorrência com os descendentes, na forma estabelecida no art. 1.832 do CC/2002.

Na falta de descendentes e se houver ascendentes, o cônjuge herda em concorrência com estes (inc. II do art. 1.829 do CC/2002), independentemente do regime de bens adotado, segundo as regras dos arts. 1.836 e 1.837 do referido Código.

Na ausência de descendentes e ascendentes, a sucessão é deferida por inteiro ao cônjuge sobrevivente (arts. 1.829, III e 1.838 do CC/2002).

Além disso, o cônjuge supérstite tem assegurado direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, qualquer que seja o regime de bens, conforme determina o art. 1.831 do citado Código. O direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido, previsto no art. 1.611, § 1.º, do CC/1916, não foi mantido no vigente dispositivo legal civil.

É importante ressaltar que há necessidade da constância do casamento para que o cônjuge sobrevivente possa herdar (art. 1.830 do CC/2002). Este não pode estar separado judicial ou extrajudicialmente nem divorciado. A única exceção é se houver ausência de trânsito em julgado da decisão. Se separado de fato a mais de dois anos também não herda, salvo se o sobrevivente provar que não teve culpa na impossibilidade da convivência. Na época em que foi aprovado o Código Civil de 2002 não havia previsão da separação e do divórcio extrajudiciais (instituídos pela Lei 11.441, de 04.01.2007, que deu nova redação a alguns artigos do Código de Processo Civil), motivo pelo qual estes devem ser acrescentados ao rol legal. Também ainda não havia sido aprovada a Emenda do Divórcio (EC 66, de 13.07.2010), que suprimiu o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos para o divórcio.

#### 4. A CONTROVÉRSIA SOBRE A INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CC/2002

Vista, brevemente, a posição do cônjuge sobrevivente no atual Código Civil, é necessário adentrar nas discussões que se seguiram à vigência do novo estatuto civil.

A controvérsia se encontra nos casos em que o cônjuge sobrevivente é herdeiro em concorrência com os descendentes do “*de cujus*”, diante dos termos do supratranscrito inc. I do art. 1.829 do CC/2002. Há dúvidas na doutrina sobre a correta interpretação deste dispositivo, dada a ambiguidade da redação da norma legal.

Luciano Lopes Passarelli bem resume a questão:

“Para Euclides de Oliveira, a redação do art. 1.829 e seus incisos não merece aplausos, posto apresentar séria dificuldade hermenêutica em face da sua dicção complexa e confusa. Referido autor propugna que para enfrentar esse artigo torna-se necessário investigar em qual condição se dá a concorrência sub exame, conforme o regime de bens adotado no matrimônio, e como calcular o quinhão do cônjuge. Assim, o operador do direito que se depara com essa situação (e no Registro de Imóveis isso ocorrerá de forma cotidiana) deverá, por primeiro, verificar se a hipótese é realmente de concorrência. Superado esse momento, prosseguirá realizando os cálculos necessários para encontrar o valor do pagamento a ser atribuído ao cônjuge e aos demais herdeiros” (*Direito civil e registro de imóveis*. São Paulo: Método, 2007. p. 258).

Para a melhor apreciação da questão, é salutar a análise do primeiro julgado que enfrentou a matéria no STJ, no julgamento do REsp 992.749/MS, no qual foi relatora a Min. Nancy Andrighi, o qual foi publicado no Diário de Justiça de 05.02.2010. Referido julgado, além de ser considerado o *leading case*, é uma boa síntese da matéria, já que a Ministra analisou as principais correntes existentes e até fez quadros que resumem a posição de casa uma delas.

Consta expressamente do acórdão citado, o dissenso doutrinário a respeito do assunto e a relatora esclarece que “a redação ambígua dessa norma tem suscitado muitas dúvidas na doutrina, e três correntes se estabeleceram, interpretando o dispositivo legal de maneira completamente diferente”.

Segundo a relatora, a primeira corrente é a baseada no Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil. Referido enunciado tem a seguinte redação:

“Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da

comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.”

A consequência desta posição se demonstra pelo seguinte quadro resumo, feita pela Ministra Andrighi:

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Sim, em concurso com os descendentes.	Não
Separação obrigatória	Não definido	Não	Não
Separação convencional	Não, em princípio	Sim, em concurso com descendentes.	Não há, em princípio, bens comuns.

Na sequência do julgado, a Ministra traz a segunda corrente, que ela denomina de majoritária, *in verbis*:

“A segunda e majoritária corrente doutrinária acerca da interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002, defende uma ideia substancialmente diferente. Os partidários dessa corrente, a exemplo dos defensores do Enunciado 270 das Jornadas, separam, no casamento pela comunhão parcial, a hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, e a hipótese em que ele não tenha deixado bens particulares (sempre considerando a existência de descendentes). Se o cônjuge pré-morto não tiver deixado bens particulares, o sobrevivente não recebe nada, a título de herança. Contudo, se o autor da herança tiver deixado bens particulares, o cônjuge herda, nas proporções fixadas pela Lei (arts. 1.830, 1.832 e 1.837), não apenas os bens particulares, mas todo o acervo hereditário.”

O quadro que a relatora fez resume esta posição nos seguintes termos:

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Sim, em concurso com os descendentes.	Sim, em concurso com os descendentes
Separação obrigatória	Não definido	Não	Não
Separação convencional	Não, em princípio	Sim, em concurso com os descendentes.	Sim, se os houver, em concurso com os descendentes

A terceira corrente, que a Ministra denominou de interpretação invertida, é encabeçada por Maria Berenice Dias, defendendo que a sucessão do cônjuge fica excluída na hipótese de o falecido ter deixado bens particulares, resultando no seguinte quadro resumo:

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Não há herança do cônjuge, se houver bens particulares.	Sim, em concurso com os descendentes.
Separação legal	Não definido	Não	Não
Separação convencional	Não, em princípio	Sim, em concurso com os descendentes	Sim, se os houver, em concurso com os descendentes

Por fim, o julgado resultou em uma quarta posição, privilegiando a livre convenção das partes quanto ao regime da separação de bens, que pode se condensada no seguinte quadro que também consta nele:

Regimes	Meação	Cônjuge herda bens particulares?	Cônjuge herda bens comuns?
Comunhão universal	Sim	Não	Não
Comunhão parcial	Sim	Não	Sim, em concurso com os descendentes.
Separação de bens, que pode ser legal ou convencional.	Não	Não	Não

Diante de tantas posições diversas, resta tentarmos uma interpretação que seja a mais coerente com o sistema legal implantado pelo novo Código Civil.

## 5. PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.829, I, DO CC/2002

O artigo em questão parte da regra de que o cônjuge é sempre herdeiro, em obediência à regra que colocou o cônjuge sobrevivente entre os herdeiros necessários (art. 1.845 do CC/2002).

Em outras palavras: a regra é o cônjuge supérstite herdar, sendo exceção a sua exclusão da herança.

Nesse sentido, a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“(…) Como o art. 1.829, I, do CC/2002 estabelece exceção à regra geral sobre sucessão do cônjuge (CC 1830 e 1845), essa exceção deve ser interpretada restritivamente, como manda o princípio de hermenêutica – *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (Maximiliano, *Hermenêutica*, ns. 235 e 271, p. 105 e 225) (…)” (*Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 1.170).

Ou, nas palavras do próprio Carlos Maximiliano:

“O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico – *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (‘interpretam-se as exceções estritissimamente’) – no art. 6.º da antiga Introdução, assim concebido: ‘A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica’” (*Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 225).

As exceções do inciso citado são: (a) se casado com o falecido no regime da comunhão universal; (b) se casado no regime da separação obrigatória de bens; e, (c) se casado no regime da comunhão parcial e o autor da herança não houver deixado bens particulares.

No anteprojeto do Código Civil de 1975, a questão era regulada pelo art. 2.016, que dizia:

“Art. 2.016. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal; ou, se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

II – Aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge.

III – Ao cônjuge.

IV – Aos colaterais.”

Na Exposição de Motivos Complementar do Prof. Torquato Castro, responsável pela parte de Direito das Sucessões na Comissão que fez o anteprojeto de 1975, liderada pelo Prof. Miguel Reale, fica clara a opção dos autores do Anteprojeto:

“O anteprojeto, indo além do nosso esboço, e sob inspiração de V. Ex.<sup>a</sup>, firmou o direito sucessório do cônjuge na sucessão do outro cônjuge, não só quando casados no regime da separação de bens como também em regime de comunhão parcial em que o cônjuge autor da herança houver deixado bens particulares” (*Código Civil: anteprojetos*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989. vol. 5, t. 2, p. 93).

Assim, a intenção dos autores do Anteprojeto que resultou no vigente Código Civil era que o cônjuge sobrevivente sempre herdasse, salvo se casado pelo regime da comunhão universal de bens ou então no da comunhão parcial se o autor da herança não houvesse deixado bens particulares.

Contudo, referida regra foi alterada pelo legislador que optou por incluir o regime da separação obrigatória de bens, como se pode ver na atual redação do art. 1.829, I, do CC/2002.

O entendimento da maioria da doutrina é de que a intenção do legislador foi evitar que o cônjuge ficasse desamparado, herdando quando não recebesse meação. Ou, em outras palavras: se o cônjuge recebe meação, não herda. Nesse sentido, é a lição de César Fiuza (*Direito civil: curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 1026).

Da mesma forma, Maria Helena Diniz defende que o cônjuge somente herdará em concorrência com os descendentes se o falecido possuía patrimônio particular (*Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 6. p. 105), concluindo que:

“(...) Se o falecido não possuía bens particulares, o consorte sobrevivente não será herdeiro, mas tem assegurada a sua meação, sendo o regime de comunhão universal ou parcial (...)” (op. cit., p. 106).

A lição mais clara pertence a Mauro Antonini que, após analisar a exclusão da concorrência do cônjuge sobrevivente no caso dos regimes da comunhão universal e da comunhão parcial de bens, conclui:

“Dessas duas exceções, extrai-se a regra que inspirou o legislador: o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes nos bens particulares, não nos comuns. Em outras palavras, herda quanto não tem meação. Seria de grande conveniência a alteração deste artigo, fixando-se essa regra com clareza e simplicidade, o que evitaria graves dissensos interpretativos, como adiante se verá” (*Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 2.061).

De acordo com o julgado citado, o cônjuge sobrevivente não herda nos casos em que o casamento foi pelo *regime da comunhão universal de bens*, já que nesta ocasião o cônjuge sobrevivo estará protegido pela meação a que tem direito.

Todavia, é de se observar que é possível não haver bens comuns, nas exceções previstas no art. 1.668 do CC/2002. Aplica-se, ao caso, a advertência de Flávio Tartuce e José Fernando Simão:

“Entretanto, um aspecto interessante de se ressaltar é que mesmo no regime da comunhão universal podem existir bens que não são comuns, mas que per-

tencem a apenas um dos cônjuges, sendo, portanto, bens particulares” (*Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 180).

Referidos autores citam idêntica posição de José Luiz Gavião de Almeida, Francisco Cahali e Miguel Reale, para concluírem:

“A interpretação literal pela qual não haverá concorrência sobre os bens particulares torna o casamento pelo regime da comunhão universal menos protetivo aos cônjuges que o da comunhão parcial em termos de concorrência com os descendentes, conforme será demonstrado no presente capítulo” (op. cit., p. 181).

Quanto ao regime da comunhão parcial de bens, a lei é clara ao dizer que o cônjuge sobrevivente será herdeiro, salvo se o falecido não houver deixado bens particulares (art. 1.829, I, do CC/2002). Ou seja, se o *de cujus* houver deixado bens particulares, o cônjuge sobrevivente herdará, mas este herdará se não houver tais bens.

Aplica-se, à hipótese, a parte final do citado Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil, pelo qual, havendo bens particulares do falecido, a concorrência entre o cônjuge sobrevivente e os descendentes se restringe aos bens particulares, enquanto os bens comuns (meação) devem ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.

É o que também entende Luiz Guilherme Loureiro, segundo o qual “(...) O cônjuge casado no regime da comunhão parcial concorre com os descendentes, sem prejuízo da metade que lhe cabe no patrimônio comum (meação), no que tange aos bens particulares do falecido” (*Curso completo de direito civil*. São Paulo: Método, 2007. p. 1197).

No que diz respeito ao regime da participação final nos aquestos, a lei foi silente, mesmo havendo previsão deste regime no anteprojeto. Assim, a intenção do autor do projeto foi referendada pelo legislador, havendo herança em tal caso. Quanto a isto, o mencionado Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil previu a mesma regra da comunhão parcial de bens, ou seja, herda sobre os bens em que não haja meação (bens particulares).

Quanto ao regime da separação de bens, como acima mencionado, o anteprojeto do Código Civil não o colocou entre as exceções que impedem a herança do cônjuge sobrevivente, mas o legislador entendeu oportuno alterar tal regra e impedir que houvesse herança no regime da separação obrigatória de bens, como está na atual redação do art. 1.829, I, do CC/2002. O legislador levou em consideração que o regime da separação obrigatória é uma sanção aos nubentes, que não poderiam se casar nas hipóteses estabelecidas no art. 1.641 do CC/2002.

Porém, mesmo com a imposição da separação obrigatória de bens, ocorria a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento (chamados aquestos), por força da Súmula 377 do STF, que diz:

“No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

Como consequência da aplicação da citada Súmula, na prática o regime da separação obrigatória de bens se equiparou ao regime da comunhão parcial de bens. O fundamento legal da Súmula estava no art. 259 do CC/1916, segundo o qual “embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”. No entanto, tal dispositivo não encontra correspondente no diploma civil de 2002, motivo pelo qual parte da doutrina defende a revogação da citada Súmula.

No novo Código Civil, o legislador claramente optou por não acatar o entendimento da Súmula 377 do STF, já que esta foi adotada pelo autor do anteprojeto, mas este foi alterado neste ponto, excluindo expressamente a possibilidade do cônjuge sobrevivente ser herdeiro no caso da *separação obrigatória de bens*.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery são categóricos:

“Não se aplica ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação obrigatória, a regra geral sobre sucessão legítima do cônjuge (arts. 1.830 e 1.845 do CC/2002), mas sim a exceção do CC 1829 ( ...)” (op. cit., p. 1.170).

Quanto à *separação convencional de bens*, os quadros resumos do julgado revelam que todas as correntes são pela herança do cônjuge sobrevivente, já que não consta das exceções em que o cônjuge não herda. Todavia, o aresto chega à conclusão contrária, fundamentando-se na necessidade de ser privilegiada a livre convenção das partes quanto ao regime da separação de bens. Ou seja, se as partes não queriam que houvesse comunicação quanto aos bens (tanto que adotaram o regime da separação de bens), deve ser respeitada essa vontade.

Tal interpretação não nega eficácia ao art. 1.845 do CC/2002, que colocou o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário. Isto porque o próprio Código, nas hipóteses do art. 1.830 e também do inc. I do art. 1.829 do CC/2002, traz exceções à condição de herdeiro necessário do cônjuge.

É o que lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“(...) Cônjuge herdeiro necessário, no sentido do art. 1.945 do CC/2002 e para os fins do art. 1.829, I a III do CC/2002, é aquele que, quando da morte do de cujus, mantinha o vínculo de casamento, não estava separado judicial-

mente, ou não estava separado de fato há mais de dois anos, salvo, nesta última hipótese, se comprovar que a separação de fato se deu por impossibilidade de convivência, sem culpa do cônjuge sobrevivente (...)” (op. cit., p. 1.169).

Por outro lado, tal posição do STJ está de acordo com o novo espírito do vigente Código Civil, que adotou amplamente o princípio da autonomia privada. Com efeito, observamos que a Constituição da República, promulgada em 05.10.1988, deu grande destaque ao direito à liberdade, e a autonomia de vontade é uma das formas de expressão desse direito constitucional. Com isso, temos que o princípio da autonomia da vontade não se limita aos contratos, já que a norma do art. 421 do CC/2002 apenas explicita que o princípio constitucional da liberdade é aplicável aos contratos.

Vale a observação de Flávio Tartuce sobre tal ponto:

“Dessa dupla liberdade da pessoa, sujeito contratual, é que decorre a autonomia privada, que constitui a liberdade que a pessoa tem para regular os próprios interesses. De qualquer forma, que fique claro que essa autonomia não é absoluta, encontrando limitações em normas de ordem pública” (*Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 85).

Assim, desde que as partes interessadas não ofendam alguma norma cogente, poderão livremente pactuar, inclusive nos pactos antenupciais.

No Código de 1916, havia uma tímida disposição sobre a estipulação quanto aos bens, contida no art. 256, que dizia que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver (arts. 261, 273, 277, 283, 287 e 312)”.

O Código vigente trouxe várias disposições gerais sobre o regime de bens entre os cônjuges (arts. 1.639 a 1.652) e ainda criou um capítulo para o pacto antenupcial (capítulo II do subtítulo I do Título II do Livro de Direito de Família), com os arts. 1.653 a 1.657 do CC/2002.

Com isso, o legislador reconheceu a importância do pacto antenupcial e, em consequência, o direito que as pessoas têm à autonomia de sua vontade, desde que não estejam contra norma cogente. Tanto que houve o reconhecimento da liberdade de criação de um regime de bens produto da fusão de duas ou mais espécies de regime previstas em lei, ao mencionar que poderão estipular o que lhes aprouver quanto aos seus bens (art. 1.639, *caput*, do CC/2002).

Na verdade, o pacto antenupcial sempre teve importância maior que a dirigida pela lei, como lembrou Clóvis Bevilacqua:

“A Ord. 4, 46, permitia que se fizessem quaisquer convenções antenupciais, para regular o modo de administrar e dispor dos bens de ambos os cônjuges,

na constância do matrimônio. A essa ampla liberdade do velho Código filipino, apenas opunham-se as restrições, nascidas da ofensa às leis, aos bons costumes e aos fins naturais e sociais do casamento. Se cláusulas, por esses motivos ilícitas, fossem adicionadas ao pacto antenupcial, pelo qual se haviam de regular as relações econômicas ou não, entre os cônjuges, ter-se-iam por não escritas; e, anuladas elas, nulas eram todas as estipulações delas dependentes; mas subsistiria o pacto em tudo o mais que fosse substancial e desrelacionado com as partes viciosas” (*Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 172).

O vigente Código Civil trouxe diversas inovações no Direito pátrio, dentre elas vários princípios referentes aos contratos, alguns deles já previstos no Código de Defesa do Consumidor. O que mais nos interessa é o princípio da autonomia da vontade, invocado com fundamento da decisão mencionada.

Como explica Luiz Guilherme Loureiro:

“Prevalece na doutrina e jurisprudência atuais a ideia de que a vontade das partes deve permanecer intocável e prevalecer sobre tudo, inclusive sobre o interesse da sociedade. Considera-se, hoje, que o Estado pode intervir nas relações entre os contratantes, a fim de garantir que o contrato cumpra sua função social e para que as prestações assumidas pelas partes não se vejam extremamente desequilibradas” (op. cit., p. 337).

Diante de tamanha importância que se deu à autonomia da vontade, obrigar os cônjuges à comunicação dos bens fere o espírito que norteou a elaboração de todo o Código Civil, motivo pelo qual a posição do Superior Tribunal de Justiça no julgamento analisado se revela mais adequada aos tempos atuais.

## 6. PROPOSTA PARA EVITAR CONFLITOS FUTUROS

A lei estabelece formalidades para os atos jurídicos, a fim de chamar atenção para a gravidade do ato que será praticado. Quanto mais importante, maiores as formalidades exigidas da lei. Tanto é assim que o casamento tem várias formalidades, não existentes para os demais atos (habilitação para o casamento, com todas as formalidades e as específicas para a celebração do casamento); o pacto antenupcial também é ato importante, pois exigida a forma pública (art. 1.653 do CC/2002).

Com isso, notamos que os Tabeliães de Notas têm um grande poder na sua mão, ao redigirem as escrituras públicas de pacto antenupcial.

A Lei 8.935, de 18.01.1994 (denominada “Lei dos Notários e Registradores”), define o notário, ou tabelião, e o oficial de registro, ou registrador, como

profissionais do direito dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro (art. 3.º).

Explica Paulo Roberto Gaiger Ferreira:

“O tabelião é um delegado do Estado, operando em caráter privado, a serviço dos particulares. O tabelião é o Estado a serviço dos particulares. O tabelião não trabalha para o Estado. O tabelião, na sua competência, é o Estado. Esta dualidade, similar ao mitológico deus romano Jano, pode ser representada por duas faces: uma fixando o interesse do Estado, a outra buscando realizar o interesse do particular” (*Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 20).

Assim, a função notarial (e a registral também) é guiada pelos princípios gerais dos registros públicos, insculpidos principalmente no art. 1.º da Lei 6.015, de 31.12.1973.

Vale a precisa observação de Leonardo Brandelli, segundo o qual:

“A função notarial tem o escopo de produzir segurança e certeza jurídicas a priori, isto é, antes de instaurada a lide, prevenindo o seu surgimento, atuando como um importante agente de profilaxia jurídica” (*Teoria geral do direito notarial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 172).

Diante da controvérsia existente e da possibilidade de haver litígios no futuro, bem agirá o Tabelião ao orientar os nubentes a regulamentarem todas as relações que digam respeito aos bens.

Isto porque, muitas vezes, o pacto antenupcial é visto simplesmente como o meio pelo qual as partes escolhem o regime de bens que vai vigorar durante o casamento. A respeito, veja-se a lição de César Fiuza:

“O pacto antenupcial é acordo entre os noivos, visando regular o regime de bens do futuro casamento. Nele será escolhido um dos quatro regimes, além de serem estabelecidas outras regras complementares. Será obrigatório o pacto antenupcial, no caso da comunhão universal, da separação de bens e da participação final nos aquestos. O pacto deve ser feito por escritura pública, registrada no Registro Imobiliário do domicílio dos futuros cônjuges, passando a partir daí a ter validade contra terceiros” (*Direito civil: curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 962).

Não é diferente o ensinamento de *Luiz Guilherme Loureiro*:

“O pacto antenupcial é um negócio jurídico solene pelo qual os nubentes dispõem sobre o regime de bens que vigorará entre eles desde a data do casamento. A escritura pública é da substância do ato. Assim, o pacto antenupcial

celebrado sem a observância da forma legal é nulo de pleno direito. A escritura pública de pacto antenupcial deve ser lavrada antes do casamento, mas o negócio jurídico somente produz efeitos com a realização do matrimônio. Como se trata de um pacto acessório, que segue a sorte do principal, o acordo antenupcial não produz efeitos se o casamento não se realizar” (op. cit., p. 1.022).

Tais entendimentos são limitadores do efetivo valor do pacto antenupcial. Este, na verdade, tem o efeito de um verdadeiro contrato antenupcial, não se limitando a escolher o regime de bens, mas podendo regular todas as relações patrimoniais entre os futuros cônjuges.

Não apenas no vigente Código Civil se extrai tal conclusão, mas antes mesmo, como se pode ver na lição de Pontes de Miranda:

“Os princípios que dominam o direito brasileiro e, em geral, o dos povos contemporâneos são ao da variedade dos regimes matrimoniais e o da liberdade das convenções matrimoniais, prévias no direito brasileiro. Quer dizer: o Código Civil, salvo excepcionalmente, não impõe o regime. O princípio de liberdade permite não só escolher um dos regimes previstos e regulados como também modificá-los, combiná-los ou, até, adotar-se o de outro direito ou algum regime que tenha sido criado por alguém, em livro, artigo, ou folheto de propaganda. (...)” (*Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. VIII, p. 225 e 226).

Mesmo nos tempos atuais, essa lição permanece a mais correta, como podemos ver no entendimento de Milton Paulo de Carvalho Filho:

“A convenção sobre o regime de bens depende da escolha dos cônjuges a ser feita antes da celebração do casamento e pode revestir-se de uma das quatro formas legais: a) comunhão parcial (regime legal); b) comunhão universal; c) separação de bens e d) participação final de aquestos. Poderá haver outra criada pelos nubentes, desde que não seja contrária a princípio de ordem pública ou em fraude à lei, especialmente no que se refere aos direitos e deveres do casamento. Assim, a nova legislação concede a liberdade de criação de um regime de bens produto da fusão de duas ou mais espécies de regime previstas na lei, ou com disposições na forma que melhor convier aos cônjuges” (*Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p. 1.764).

Assim, se ficar claro no pacto antenupcial que as partes não desejam qualquer comunicação dos bens e que, caso haja esforço comum na aquisição dos bens, estes serão registrados em nome dos dois, de acordo com a participação efetiva na aquisição do bem, não pairará dúvida na hora de ser feita a partilha.

Poder-se-ia argumentar que não é possível pactuar a exclusão do cônjuge sobrevivente como herdeiro, já que este é herdeiro necessário. Mas a questão não é resolver previamente uma sucessão, pois não é válida a partilha de bens de pessoa ainda viva: a questão é prever as possibilidades quanto às relações relativas aos bens do futuro casal, disciplinando-as sem margem para dúvidas.

Portanto, um pacto bem elaborado regulará totalmente as relações futuras dos nubentes quanto aos bens, eliminando fontes de atritos e de litígios.

Como o legislador deu mostras de acreditar no trabalho dos notários e registradores, cabe a estes mostrarem à sociedade o seu efetivo valor. Com o aumento do volume de processos que chegam diariamente ao Poder Judiciário, a “desjurisdicionalização” vem se tornando urgente, resultando em leis para otimizar a prestação da Justiça a todo o povo.

É o que explica Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza:

“Verifica-se, portanto, uma tendência de afastar do Poder Judiciário conflitos que comportem outro meio de solução. A morosidade do Poder Judiciário, já bastante assoberbado, e o custo do acesso à justiça incrementam as atividades que permitem aos interessados ver suas questões decididas sem intervenção do Poder em foco, que deve ser reservado para decidir conflitos em que seu atuar seja imprescindível” (*Noções fundamentais de direito registral e notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 222).

Neste sentido, houve a edição da Lei 11.441/2007, que permitiu a realização de separações e divórcios consensuais extrajudiciais, bem como de inventários nos Tabelionatos de Notas. Também é preciso citar a Lei 10.931/2004, que deu nova redação ao art. 213 da Lei dos Registros Públicos e permitiu a realização das retificações administrativas (ou extrajudiciais), diretamente perante o registro de imóveis.

A importância de tais instrumentos é inegável, valendo citar o ensinamento de Christiano Cassettari:

“Dessa forma, abre-se uma possibilidade de duplo favorecimento para ambos os lados: o jurisdicionado ganha uma nova forma de realizar separação, divórcio e inventário muito mais ágil, e o Judiciário ganha mais tempo para se dedicar a questões complexas, com a redução da tramitação desses processos” (*Separação, divórcio e inventário, por escritura pública: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2007. p. 19).

Em face de tal situação, os Tabeliães e os Registradores não podem se esquivar do exercício de suas funções públicas, mas, ao contrário, devem exercê-las com mais afinco, demonstrando para toda a sociedade a relevância dos serviços notariais e registrais existentes no Brasil.

## 7. CONCLUSÕES

Houve grande evolução na situação do cônjuge sobrevivente no Código Civil de 2002, que passou à condição de herdeiro necessário (art. 1.845), herdando em concorrência com os descendentes nas hipóteses legais; e também com os ascendentes, no caso de ausência de descendentes (art. 1.829).

O cônjuge sobrevivente sempre terá direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar, qualquer que seja o regime de bens (art. 1.831 do CC/2002), mas não tem mais direito ao usufruto da quarta parte dos bens do falecido porque não houve repetição da norma do diploma anterior que o permitia.

Para que o cônjuge sobrevivente tenha direito sucessório é necessário que, ao tempo da morte do outro, não estivessem separados judicialmente (ou divorciados), nem separados de fato há mais de dois anos. Nesta última situação, o cônjuge supérstite ainda pode herdar se provar que a convivência se tornara impossível sem sua culpa (art. 1.830 do CC/2002).

Preenchidos os requisitos do parágrafo anterior, nos termos do decidido pelo STJ no julgamento do REsp 992-749/MS (rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 05.02.2010), o cônjuge herdará em concurso com os descendentes se casado no regime da comunhão parcial de bens e apenas quanto aos bens particulares (ou seja, aqueles em que não haja meação). Segundo referida decisão, o cônjuge sobrevivente não herdará no regime da comunhão universal de bens, no da separação obrigatória de bens e no da separação convencional de bens (em razão da vontade expressa no pacto antenupcial que optou por este regime).

A doutrina aponta que o correto seria uma regra mais simples, limitando-se a dizer que o cônjuge não herda quanto recebe meação, mas herdará quanto os bens sobre os quais não haja meação, solucionando a discórdia existente.

No regime da participação final dos aquestos, o cônjuge herdará em concorrência com os descendentes quanto aos bens particulares.

Se concorrer com os ascendentes, o cônjuge sobrevivente sempre herdará, independentemente do regime de bens adotados (art. 1.829, II, do CC/2002).

Finalmente, a fim de prevenir litígios, os pactos antenupciais devem ser bem formulados, com a previsão de todas as relações dos futuros cônjuges com relação aos bens patrimoniais, evitando futuros litígios graças às funções dos Notários e Registradores, no exercício do nobre papel a eles destinado.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

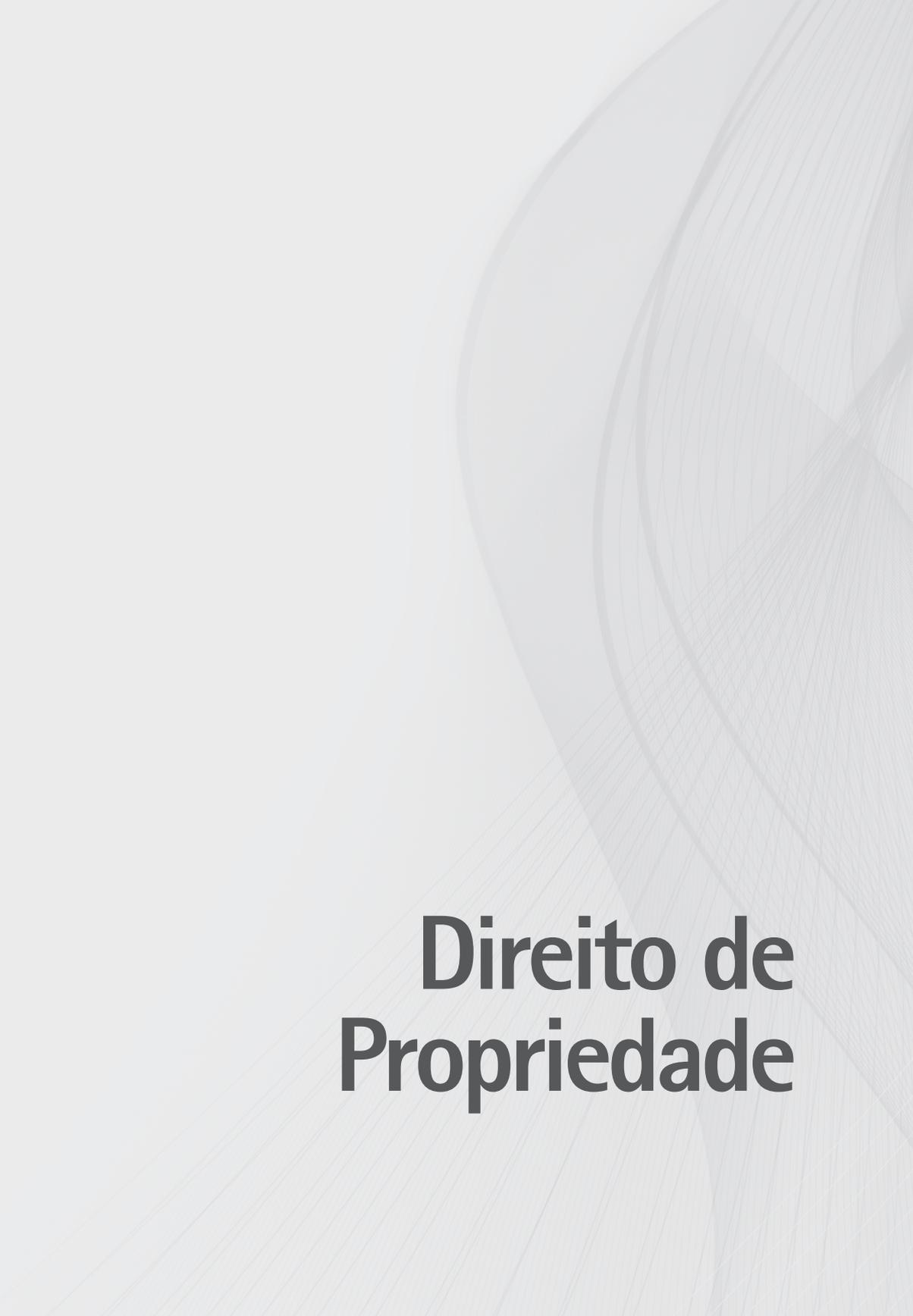
- ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 3. ed. Barueri: Manole, 2009.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria geral do direito notarial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAHALI, Francisco José et al. *Escrituras públicas: separação, divórcio, inventário e partilha consensuais: análise civil, processual civil, tributária e notarial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário, por escritura pública: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 6.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil*. São Paulo: Método, 2007.
- MAIA, J. Motta. Ordenações Afonsinas – II. In: FRANÇA, R. Limongi (org.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- PASSARELLI, Luciano Lopes. In: BRANDELLI, Leonardo (coord.). *Direito civil e registro de imóveis*. São Paulo: Método, 2007.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. VIII.
- PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Livro IV, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Livros IV e V, s. d., reprodução “fac-simile” da edição feita por Candido Mendes de Almeida, 1870.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. *Noções fundamentais de direito registral e notarial*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- \_\_\_\_\_; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- VALLADÃO, Haroldo. Ordenações Manuelinas – I. In: FRANÇA, R. Limongi (org.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1981.

## PESQUISA DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil, de Inacio de carvalho Neto – *RT* 803/11;
- A vocação hereditária e a concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes do falecido, de João Agnaldo Donizeti Gandini e Cristiane Bassi Jacob – *RT* 834/11;
- Cônjuge sobrevivente, herdeiro concorrente, de Wilson J. Comel – *RT* 820/50; e
- Sucessão concorrential pelo cônjuge e pelo companheiro de acordo com o novo Código Civil, de Jorge Shiguemitsu Fujita – *RIASP* 18/112.



The background features a light gray, abstract design consisting of several overlapping, semi-transparent circular shapes and a dense pattern of thin, intersecting lines that create a grid-like texture. The overall aesthetic is clean and modern.

# **Direito de Propriedade**



# CLÁUSULAS RESTRITIVAS DA PROPRIEDADE (INALIENABILIDADE, IMPENHORABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE)

# 1

**TONI BAZARELLI BORGES**

Bacharel em Direito pela Universidade Ritter dos Reis (UniRitter) e em Ciências Contábeis pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra). Escrevente.

**ÁREA DO DIREITO:** Imobiliário e Registral; Constitucional

**RESUMO:** As cláusulas restritivas da propriedade tiveram sua origem mais remota em Roma. No Brasil foram inseridas através da Lei Feliciano Penna (Lei 1.839/1907), posteriormente incorporadas pelo Código Civil de 1916 (arts. 1.676, 1.677 e 1.723) e, atualmente no Código Civil de 2002 (arts. 1.848 e 1.911), mas com importantes alterações. A cláusula de inalienabilidade proíbe a alienação do bem. A cláusula de impenhorabilidade proíbe que o bem seja objeto de execução por dívidas. A cláusula de incomunicabilidade visa impossibilitar que o bem se transmita do patrimônio de seu proprietário ao cônjuge. Tais restrições podem ser impostas conjunta ou separadamente. O bem gravado com a cláusula de inalienabilidade, por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade. A parte disponível da propriedade poderá ser clausulada livremente, contudo, em relação à legítima, somente poderá sê-lo com especificação de justa causa, detalhada e pontual. A lei permite sua sub-rogação mediante autorização judicial, entretanto, deverá existir justa causa ou conveniência econômica do possuidor. As cláusulas poderão ser instituídas por doação, doação modal ou testamento. Os objetos podem ser tanto móveis quan-

**ABSTRACT:** The restrictive property clauses had its earliest origins in Rome. In Brazil they were inserted by Feliciano Penna Law (Law 1839/1907), later on incorporated by the 1916 Civil Code (arts. 1.676, 1.677 and 1.723) and currently in the 2002 Civil Code (articles 1.848 and 1.911), but with significant changes. The inalienability clause prohibits the disposal of the property. The unseizability clause prohibits that the good is subject to execution for debt. The incommunicability clause aims to don't let that the property is conveyed to the owner spouse heritage. Such restrictions may be imposed jointly or separately. The real estate within the inalienability clause, by act of liberality, implies unseizability and incommunication. The "available" part of the property can be imposed with such clauses freely, however, regarding to the "legitimate", it can only be so with fair cause. The law allows its subrogation through judicial authorization, however, there must exist fair cause or economic convenience for the owner. The clauses may be imposed by donation, modal donation or will. Objects can be both mobile and immobile. Such clauses can be extinguished by subrogation, implement of the

to imóveis. Tais cláusulas podem ser extintas por sub-rogação, implemento da condição, revogação ou decisão judicial. No registro de imóveis tais cláusulas são lançadas à margem da matrícula por averbação. Seus cancelamentos poderão ocorrer de forma administrativa ou judicial. O foro competente é o do local do imóvel clausulado. Haverá a necessidade de citação de todos os interessados. A sentença possui eficácia desconstitutiva retroagindo seus efeitos até a morte do doador ou testador. No direito comparado algumas das regras trançam semelhança ao direito brasileiro. Na Alemanha, o beneficiário consegue vender o bem, resolvendo-se com perdas e danos; na França a clausulação poderá ser vitalícia, todavia, tem que haver motivo sério e legítimo; por fim, na Argentina a imposição não poderá ocorrer por mais de 10 anos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inalienabilidade – Impenhorabilidade – Incomunicabilidade – Propriedade – Restrição.

condition, revocation or judicial decision. In the real estate registry such clauses are released on the sidelines of registration sheet. Its cancellations may occur administrative or judicial. The jurisdiction is in the location of the claused property. There will be the need to summons all the interested people. The sentence has unconstitutive effects retroacting to the death of the donor or testator. In comparative law some of the rules braid resemblance to Brazilian law. In Germany, the beneficiary can sell the property, resolving in fiduciary damages; in France the imposition of such clauses can be for lifetime, however, there must be serious and legitimate reason, and finally in Argentina the restrictions clauses can not be imposed for more than 10 years.

**KEYWORDS:** Inalienability – Unseizability – Incommunicability – Real estate property restriction.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. As cláusulas limitadoras da propriedade: significado e instituição: 2.1 As cláusulas típicas quanto as limitações possíveis na transmissão da propriedade: 2.1.1 Cláusula de inalienabilidade; 2.1.2 Cláusula de impenhorabilidade; 2.1.3 Cláusula de incomunicabilidade; 2.1.4 Os efeitos das cláusulas restritivas da propriedade estudadas sobre o fôlo real; 2.2 Vicissitudes relacionadas às cláusulas limitadoras da propriedade e principais aspectos processuais: 2.2.1 Objeção a imposição das cláusulas; 2.2.2 Cláusulas restritivas em outros países; 2.2.3 Aspectos processuais – 3. O bem clausulado sob o aspecto de sua real utilidade para quem o recebe e a extinção das cláusulas restritivas trabalhadas: 3.1 Previsão legal da substituição das cláusulas do bem gravado e as exigências para sua concreção: 3.1.1 Sub-rogação das cláusulas; 3.1.2 Necessidade da justa causa para deferimento – Art. 1.848 do CC/2002; 3.1.3 Conveniência econômica do beneficiário – Art. 1.911 do CC/2002; 3.2 Da extinção das cláusulas restritivas: 3.2.1 Implemento da condição ou caducidade; 3.2.2 Revogação; 3.2.3 Decisão judicial – 4. Considerações finais – 5. Referências.

*“Eu não troco a justiça pela soberba. Eu não deixo o direito pela força. Eu não esqueço a fraternidade pela intolerância. Eu não substituo a fé pela superstição, nem a realidade pelo ídolo.”*

Ruy Barbosa

## 1. INTRODUÇÃO

As cláusulas restritivas da propriedade são institutos limitadores, sendo consideradas por muitos como antissocial, limitando injustificadamente o livre co-

mércio e a função social da propriedade. Contudo, embora com a observância de certos aspectos, sempre foram recepcionadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Segundo o especialista Carlos Alberto Dabus Maluf,<sup>1</sup> o berço das cláusulas limitadoras da propriedade foi no direito romano. Refere que a mais remota origem das cláusulas restritivas da propriedade encontra-se na Lei *Iulia de fundo dotali*, que impedia o marido de alienar o imóvel dotal sem a anuência de sua mulher; também em um edito de Augusto, que proibia a venda de terrenos itálicos litigiosos; relembra, ainda, outra origem, de acordo com uma determinação de Justiniano, que proibia a alienação de uma maneira geral das coisas litigiosas, salientando que, em época anterior, as leis agrárias de T. Gracchus, de Sulla e de César declararam a inalienabilidade de seus terrenos rurais.

Sobredito autor, afirma que os romanos admitiam, ainda, a imposição de determinações legais e de decisões pretorianas, em duas ocasiões: ou pela vontade do próprio testador interessado em sua criação, a fim de proteger o beneficiado de sua inexperiência em razão da idade; ou para impedir a dissipação do patrimônio do tendente à prodigalidade.

Neste diapasão, Ademar Fioranelli<sup>2</sup> contribui dizendo que as desavenças familiares, a prodigalidade ou a perspectiva de dilapidação do patrimônio por má administração foram os grandes geradores das restrições ao direito de propriedade. Refere, ainda, que no direito romano tais restrições tornaram-se obrigatórias por força do “direito de testar livremente”. Vale dizer, o testador podia dispor de seus bens como bem entendesse.

Seguindo nesta esteira, o Prof. Luiz Paulo V. de Carvalho,<sup>3</sup> complementa informando que a proibição de alienação no direito romano deriva do direito de testar livremente estatuído pela Lei das XII Tábuas. Contudo, o testador deveria respeitar algumas restrições legais impostas à liberdade de testar.

Neste sentido, Ademar Fioranelli<sup>4</sup> conclui que o direito brasileiro influenciado pelo direito romano, abrigou as restrições da propriedade sob o mesmo manto da “proteção da família.”

- 
1. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 14.
  2. FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.
  3. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito civil – Questões fundamentais e controvérsias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 457.
  4. FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade...* cit., 2009, p. 4.

Quanto ao Direito pátrio, Claudio Luiz Bueno de Godoy,<sup>5</sup> informa que as cláusulas restritivas da propriedade realmente tiveram sua origem em Roma. Dos mesmos incidentes sobre a legítima e por inspiração próxima, surgiu em nosso sistema jurídico, pela promulgação da Lei 1.839/1907<sup>6</sup> (Lei Feliciano Penna), a qual estava absolutamente incorporada pelo Código Civil de 1916 (arts. 1.676, 1.677 e art. 1.723) e, agora, o que revela salienta, mantidas no Código Civil de 2002 (art. 1.848 e art. 1.911), com importantes alterações.

Na vigência do Código Civil de 1916, o uso das cláusulas restritivas, previstas no art. 1.676,<sup>7</sup> impossibilitava a absoluta derrogação dos gravames, ressalvadas apenas as hipóteses de desapropriação e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos próprios bens.

Ressalta-se que, na ocorrência de uma das duas hipóteses, acima referidas, nem assim estaria o beneficiário liberado dos gravames, já que o art. 1.677 do CC/1916,<sup>8</sup> determinava, em tais casos, a conversão dos vínculos para outros bens, que ficariam sub-rogados nas obrigações dos primeiros.

Na inteligência do art. 1.723 do CC/1916,<sup>9</sup> pode-se afirmar que este permitia a clausulação livre da legítima dos herdeiros necessários. Autorizava ainda,

- 
5. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Dos herdeiros necessários e da gravação da legítima no novo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 736.
  6. “Art. 3.º O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras espécies de bens que constituírem a legítima, prescreva-lhes a incomunicabilidade, atribua à mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentária e na falta desta, a transferência dos bens aos herdeiros legítimos, desembaraçadas de qualquer ônus” (Brasil – Lei 1.839/1907).
  7. “Art. 1.676. A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de qualquer espécie, sob pena de nulidade” (Brasil – Lei 3.071/1916).
  8. “Art. 1.677. Quando, nas hipóteses do artigo antecedente, se der alienação de bens clausulados, o produto se converterá em outros bens, que ficarão sub-rogados nas obrigações dos primeiros” (Brasil – Lei 3.071/1916).
  9. “Art. 1.723. Não obstante o direito reconhecido aos descendentes e ascendentes no art. 1.721, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira, e estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária e vi-

a conversão dos bens que a constituíam em outras espécies. Igualmente, permitia empregar a incomunicabilidade, confiando o bem a livre administração da mulher herdeira, sendo condições temporárias ou vitalícias. A imposição de cláusula de incomunicabilidade, não obstava a livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão desembaraçados de quaisquer ônus, aos herdeiros legítimos.

Observa-se que na vigência deste Código foi editada a Súmula 49 pelo STF, consolidando o entendimento que “a cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens”.

Atualmente, o Código Civil de 2002 prevê em seu art. 1.848, *caput* e §§1.º e 2.º,<sup>10</sup> que não é permitido a conversão de bens da legítima em outros de espécie diversa como, em regra, assim como não se admite sua clausulação, senão por justa causa declarada no testamento. Permite alienação mediante autorização judicial, havendo justa causa. Entretanto, vale lembrar que o produto deverá ser convertido em outros bens, ficando ditas cláusulas sub-rogadas nestes.

Contudo, o art. 1.911 do CC/2002,<sup>11</sup> permite ainda livremente a clausulação da parte disponível da herança. A legítima, total ou parcial, só mesmo de maneira excepcional poderá ser gravada, que deverá obrigatoriamente apontar a causa determinante, que deverá ser justa.

O mesmo dispositivo contempla o entendimento sumulado na vigência da legislação anterior, referindo que a cláusula de inalienabilidade imposta aos bens por ato de liberalidade implica a impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Possibilita ainda que, o bem mesmo clausulado, possa ser alienado por conveniência econômica do beneficiário, desde que haja chancela do Judiciário, o

---

talícia. A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará à livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, desembaraçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos” (Brasil – Lei 3.071/1916).

10. “Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima. § 1.º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. § 2.º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros” (*Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 268).
11. “Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade” (*Vade Mecum Saraiva*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 271).

qual determinará que o produto da venda seja convertido em outro bem para que ocorra a sub-rogação das restrições.

Realizadas essas breves considerações iniciais, passaremos à primeira parte desse estudo, qual seja, apresentar ao leitor algumas considerações de cunho objetivo sobre as restrições ao direito de propriedade, consistentes nas cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade.

## 2. AS CLÁUSULAS LIMITADORAS DA PROPRIEDADE: SIGNIFICADO E INSTITUIÇÃO

Conforme observa o Prof. Cláudio Luiz Bueno de Godoy,<sup>12</sup> há a possibilidade de clausular tanto bens imóveis quanto bens móveis. Refere que desde o direito pré-codificado as restrições já vinham sendo apontadas em qualquer espécie de bem. Porém, considera que, como as restrições forçosamente repercutem a terceiros, é imprescindível que as levem a registro. Entende que todos os bens móveis que são suscetíveis de registro, há sim, a possibilidade de clausulá-los. Contudo, observa que sua eficácia, ficaria condicionada a publicidade,<sup>13</sup> visto que descabida qualquer imposição verbal.

Pontes de Miranda<sup>14</sup> seguindo o mesmo entendimento, referenciando a decisão da 4.<sup>a</sup> Câmara Civil da Corte de Apelação de São Paulo, do ano de 1935, já entendia que, “o registro é indispensável à eficácia da cláusula, quer de inalienabilidade, quer de incomunicabilidade, quer de impenhorabilidade.”

Nesse passo, complementa Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>15</sup> que, “a imposição poderá gravar sobre bem móvel, imóvel, fungível ou infungível”.

Quanto à constrição dos frutos e rendimentos, Humberto Theodoro Júnior<sup>16</sup> sugere que em princípio estes sejam impenhoráveis. Os credores comuns do titular do bem inalienável, por isso, não podem penhorar seus frutos e rendi-

---

12. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 733.

13. Princípio da publicidade – princípio que visa garantir os direitos submetidos a título registral a oponibilidade *erga omnes* – art. 172 da Lei 6.015/1973 (Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1246).

14. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das sucessões. Sucessão testamentária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. vol. 57. p. 85.

15. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 464.

16. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 3. p. 54-55.

mentos. A imunidade, contudo, não é total. Prevalece enquanto seja possível o gravame executivo recair sobre outros bens livres do executado. Faltando os bens livres, cessará a impenhorabilidade. Desta forma, os frutos e rendimentos a que alude o art. 650 do CPC,<sup>17</sup> terão de submeter-se à penhora.

Contrário senso, o louvado *expert* Caio Mário da Silva Pereira, citado na obra de Luiz Paulo Vieira de Carvalho,<sup>18</sup> pondera:

“Mas não se considera viável que a inalienabilidade abranja igualmente os frutos e rendimentos, porque, neste caso, o direito do herdeiro ou legatário seria nada; faltar-lhe-ia disponibilidade juntamente com o aproveitamento de seus créditos. Uma cláusula gravando a herança de inalienabilidade e impenhorabilidade, com extensão dos rendimentos, somente pode interpretar-se com o entendimento que a extensibilidade prevista é relativa apenas à impenhorabilidade, restando os bens inalienáveis, mas disponíveis os frutos e rendimentos, salvo os ainda não percebidos.”

Nesse mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro<sup>19</sup> tem como inválida a imposição da cláusula de inalienabilidade sobre os frutos e rendimentos sobre os bens, pois tornariam por certo inúteis ao proprietário. Todavia, entende serem passíveis de limitação executiva com a clausulação, a estes extensivas, de impenhorabilidade, visto que não prejudicará a utilização do bem pelo beneficiário.

Quanto à clausulação dos frutos e rendimentos com a cláusula de incomunicabilidade, a Profa. Maria Berenice Dias observa o que está estatuído no art. 1.669 do CC/2002: “A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente [art. 1.668, I, do CC/2002]<sup>20</sup> não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento”, ou seja:

“(…) a regra que admite a imposição de cláusulas restritivas ao quinhão hereditário, nada explícita sobre o âmbito de sua abrangência. Mas a norma que

---

17. “Art. 650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia” (Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 408).

18. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., 2010. p. 474.

19. BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil – Direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 113.

20. “Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I – Os bens dados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar” (Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 257).

trata do regime de bens do casamento afasta a incomunicabilidade dos frutos e rendimentos dos bens clausulados (...). Como se trata de regra cogente, limita a vontade do testador, se tendo por ineficaz cláusula testamentária estendendo a restrição aos frutos e rendimentos de modo que, imposta a cláusula de incomunicabilidade, esta não incide sobre os acréscimos do bem. Tal restrição afasta a possibilidade do testador clausular também os frutos e rendimentos dos bens incomunicáveis.”

Novidade nos traz, Maria Berenice Dias,<sup>21</sup> quanto às edificações, benfeitorias ou beneficiamentos, apensados a bem gravado com a cláusula de inalienabilidade, ao afirmar que estas, não ficam sujeitas ao gravame, não ficando impedido o beneficiário de vender dita unidade edificada. Refere ainda que, neste caso não se aplica a regra de que o acessório segue o principal, bastando invocar para desvincular medida proibitiva o parágrafo único do art. 1.255 do CC/2002: “Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo”.

Mario Roberto Carvalho de Faria<sup>22</sup> alerta que, caso o testador possua um único imóvel e este gravar a parte disponível, conseqüentemente inviabilizará a comercialização do todo.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>23</sup> discorre que as cláusulas restritivas não surgem de doação ou testamento, não sendo lícita a imposição em contratos de compra e venda, permuta ou outra modalidade aquisitiva onerosa. “Nem se tolera que resultem de ato do próprio dono”, sendo, portanto, inválida em relação aos seus próprios bens.

Trilhando o mesmo caminho, Ademar Fioranelli<sup>24</sup> traz a lume que tais cláusulas não podem ser estabelecidas pelo próprio proprietário quanto aos seus próprios bens, pois estes necessariamente derivam da lei ou da vontade do doador ou testador, não se admitindo em atos onerosos. Concluiu que admiti-las, *afora o instituto de família* [grifo nosso] (regulado nos arts. 1.711 à 1.722 do CC/2002), seria contrariar as normas e princípios legais.

---

21. DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 275.

22. FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direitos das sucessões – Teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 210.

23. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Op. cit.*, p. 458.

24. FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade...* cit., 2009, p. 51.

Acrescenta ainda que o dispositivo do art. 1.475 do CC/2002,<sup>25</sup> reforça a impossibilidade de inserção de cláusula de inalienabilidade nos contratos onerosos, pois refere que será declarada nula e não escrita qualquer disposição que impeça a alienação do imóvel hipotecado.

De qualquer forma, o Código Civil de 1916 encerrou a discussão, ao prever, de modo cristalino, em seu art. 1.676, que a cláusula de inalienabilidade poderia ser imposta aos bens pelos testadores e pelos doadores.

Essa configuração legal se coaduna na totalidade, com os ditames do art. 1.911 do CC/2002, ao regular que a inalienabilidade induz a incomunicabilidade e impenhorabilidade, confirmando ainda que os três gravames serão impostos por atos de liberalidade.

Por outro lado, verificamos o instituto da doação modal, situação em que ocorre a doação da quantia (dinheiro) *sub modus*, ou seja, para que com ela fosse adquirido determinado imóvel clausulado.

Cumprе lembrar que tais atos podem ser formalizados na mesma escritura de compra e venda (título oneroso). Neste sentido, afirma Pontes de Miranda, que “no contrato de doação, pode-se estabelecer que o *modus* seja atendido simultaneamente à prestação com que se conclui o contrato”.

Portanto, conclui, Ademar Fioranelli:<sup>26</sup>

“São perfeitamente possíveis e legítimos os atos praticados num único título, envolvendo compra e venda em decorrência da doação do numerário para a aquisição; bem como a imposição de gravame das cláusulas, e ainda, num segundo plano, a constituição do usufruto em favor dos doadores.”

Eduardo de Oliveira Leite<sup>27</sup> informa que não havendo no testamento especificação sobre quais os bens incidirão as cláusulas, quando da realização da partilha, em sendo os herdeiros todos maiores, poderão consensualmente definir quais os bens ficarão gravados, do contrário o juiz deverá decidir quais os bens comporão o quinhão onerado.

A seguir, trataremos de forma mais específica das três cláusulas restritivas da propriedade, as quais consistem o objeto central do presente trabalho.

---

25. “Art. 1.475. É nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado” (Vade Mecum: Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 243).

26. FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade...* cit., 2009, p. 37.

27. LEITE, Eduardo de Oliveira. Do direito das sucessões – Arts. 1.784 a 2.027. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). *Comentários ao novo Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. XXI. p. 275.

## 2.1 *As cláusulas típicas quanto às limitações possíveis na transmissão da propriedade*

### 2.1.1 *Cláusula de inalienabilidade*

Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>28</sup> conceitua a cláusula de inalienabilidade como:

“Um gravame imposto, em regra, em negócios jurídicos gratuitos (doação e testamento) de maneira a restringir o direito de propriedade do beneficiado (donatário ou herdeiro), que fica proibido de transferir o objeto do seu direito, total ou parcialmente.”

O emérito civilista Silvio Rodrigues<sup>29</sup> a definiu como:

“Disposição imposta pelo autor de uma liberdade, determinando que o beneficiário não pode dispor da coisa recebida, de sorte que o domínio que o beneficiário recebe é um domínio limitado, pois, embora tenha ele a prerrogativa de usar, gozar e reivindicar a coisa, falta-lhe o direito de dela dispor.”

Ademar Fioranelli<sup>30</sup> acrescenta que por força dessa circunstância, o bem não poderá ser alienado a qualquer título (venda, doação, permuta, dação em pagamento etc.) tampouco onerado com hipoteca.

Mesmo entendimento tem Eduardo de Oliveira Leite<sup>31</sup> referindo que: “sendo inalienáveis os bens ficam indisponíveis, não podendo ser alienados nem a título oneroso, nem a título gratuito”.

Para o Prof. Claudio Luiz Bueno de Godoy,<sup>32</sup> a cláusula de inalienabilidade pode ser absoluta ou relativa. Pela primeira, proíbe-se veementemente a alienação, a qualquer título. Já a segunda permite-se a alienação em algumas circunstâncias. Nesse sentido, refere que a relatividade está na impossibilidade de incidir sobre os frutos e rendimentos, dado que privaria o beneficiário de toda a potencialidade econômica do bem, e não só de sua disponibilidade, admitindo-se tão somente a constrição com a impenhorabilidade.

Ademar Fioranelli<sup>33</sup> revela que a relatividade da cláusula é condicionada à permissão de se realizar alienação a determinadas pessoas ou restritiva apenas a certos bens da herança.

---

28. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 458.

29. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – Direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 190.

30. FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade...* cit., 2009, p. 20.

31. LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 275.

32. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 733.

33. FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade...* cit., 2009. p. 21.

Esse mesmo doutrinador pondera que dita cláusula poderá ser vitalícia ou temporária, lembrando que a vitaliciedade visa proibir a alienação durante toda a vida do beneficiário, não sendo admissível a sua perpetuidade, visto que tal situação não recebeu guarida pelo nosso direito.

Ressalta que, após a morte do beneficiário a cláusula fica extinta, sendo o bem transferido livre do gravame aos seus herdeiros.

Quanto a cláusula ser fixada por tempo ou por implemento de condição, dita proibição desaparece com o cumprimento de tal condição, ou com o advento do termo estabelecido.

Cabe ressaltar que, conforme o art. 1.911 do CC/2002, “a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.”

O regime jurídico é explicado por Luiz Paulo Vieira de Carvalho,<sup>34</sup> como sendo:

“(...) a cláusula de inalienabilidade é uma indisponibilidade real, uma qualidade real, um limite real, um gravame ou ônus real. É a teoria da indisponibilidade real, em suma, que explica todos os casos em que a alienação fere diretamente texto de lei ou interesses de terceiros, seja no terreno do direito de família, seja no terreno do direito das obrigações, seja no terreno do direito da sucessão.”

Nessa esteira, Pontes de Miranda<sup>35</sup> também inferiu que são cláusulas de restrição de poder, isto é, não condicionam a disposição, nem subordinam-se a termo; não contém *modus*, incidindo objetivamente nos bens e atingindo-lhe quanto à eficácia, não havendo nelas um dever, mas sim restrição de poder (*nicht ein Sollen, sondern eine Beschränkung*), não podendo, portanto, ser eficaz a venda de um herdeiro para outro, mesmo que registrado.

De outra banda, em recente trabalho, sob a definição de ônus reais, Luciano Lopes Passarelli,<sup>36</sup> defende que: “as cláusulas restritivas não são direitos reais nem obrigações *propter rem*, pois não se transmitem aos adquirentes, já que possuem natureza *intuitu personae*, contudo também chamadas de “ônus” no art. 1.848, § 2.º do CC/2002.” [grifo nosso].

---

34. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 460.

35. PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO Cavalcanti. *Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das sucessões. Sucessão testamentária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. vol .56. p. 303.

36. PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão registral imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro eletrônico*. São Paulo: Quinta Editorial, 2010. p. 194.

Ainda nessa perspectiva, cabe referir fenômeno importante e corrente no âmbito registral, qual seja, o da usucapião de imóvel clausulado com inalienabilidade.

Eduardo de Oliveira Leite<sup>37</sup> e Paulo Nader<sup>38</sup> observam em suas obras que, como o herdeiro fica impedido de vender, doar, permutar ou dar em pagamento os bens clausulados com a constrição de inalienabilidade, consequentemente há a paralisação integral do bem. Afirmam ainda que: “por isso este bem entra na categoria dos bens fora de comércio e que, *por isso mesmo, também não admite usucapião*” (grifo nosso).

De outra banda, Alcides Leopoldo Silva Junior<sup>39</sup> afirma sobre o tema, “que a inalienabilidade não pode impedir a usucapião, por ser forma originária de aquisição da propriedade.”

Na mesma ideia preleciona Maria Berenice Dias<sup>40</sup> aduzindo que, “como a usucapião é forma originária de aquisição do domínio, não há como deixar de reconhecer o direito do possuidor de longa data de assumir a titularidade. Afinal, não há venda do bem, mas sim aquisição.”

Assim também é o entendimento do Prof. Rodrigo Santos Neves,<sup>41</sup> ao afirmar que a usucapião é uma forma de aquisição originária da propriedade, diante da inércia do proprietário, por não dar à propriedade uma função social, mediante o abandono da coisa.

Nesta senda, conclui o autor:

“A clausulação de um bem como inalienável e impenhorável não é capaz de afastar a prescrição aquisitiva da usucapião, porque uma cláusula testamentária não pode afetar a esfera jurídica de terceiros, além dos herdeiros e legatários instituídos. A inalienabilidade instituída impossibilita que o herdeiro gravado transfira o bem com ato *inter vivos*, mas não o impossibilita de abandonar.”

De qualquer sorte, o STJ, no julgamento do REsp 207.167-RJ/2001, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgou procedente a ação de usu-

---

37. LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 276.

38. NADER, Paulo. *Curso de direito civil – Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 172.

39. SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade na alienação imobiliária. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcel (coords.). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 596.

40. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 276.

41. NEVES, Rodrigo Santos. A inalienabilidade, a incomunicabilidade, a impenhorabilidade e o direito das sucessões. *Revista IOB de Direito de Família*. n. 59. p. 43-62. Porto Alegre: IOB, abr.-maio 2010.

capião de imóvel adquirido de boa-fé por contrato de promessa de compra e venda, com gravame de inalienabilidade imposto, aduzindo que a existência de tal ônus não obsta o reconhecimento da usucapião, por tratar-se de modalidade de aquisição originária do domínio.<sup>42</sup>

De outra parte, alerta que o herdeiro gravado poderá se utilizar da via da usucapião para se livrar da cláusula, mediante fraude, simulando o abandono do bem até que ocorra a prescrição aquisitiva para o possuidor simulado.

Nesta situação relatada (fraude na prescrição aquisitiva) o Judiciário vem diligenciando, a fim de vê-la afastada. Neste sentido, já decidiu o TJMG:

“Usucapião – Promessa de Compra e Venda – Cláusula de inalienabilidade – Intenção de fraudar – Impossibilidade de aquisição – O bem gravado com cláusula de inalienabilidade, conforme tem admitido parte da doutrina e da jurisprudência, pode ser usucapido, mormente, quando não vislumbra a possibilidade de fraude. *Entretanto, diante da peculiaridade do caso, onde se vislumbra a nítida intenção de burlar a restrição imposta pelo doador, reconhece-se a inalienabilidade da usucapião*” (grifo nosso).<sup>43</sup>

Ademais, ressalta Benedito Silvério Ribeiro<sup>44</sup> que, o usucapiente não adquire de alguém, adquire, simplesmente. “Se a propriedade anterior existiu sobre o bem é direito que morreu, suplantado pelo usucapiente, sem transmitir ao direito novo qualquer de seus vícios ou limitações.” Afirma ainda que é de todo irrelevante, do ponto de vista da prescrição aquisitiva, a existência de qualquer direito anterior.

Findando, conclui sobredito autor que, “a modalidade de aquisição de propriedade originária por usucapião é tão relevante que o legislador atribui índole constitucional a esta modalidade aquisitiva” (grifo nosso).

### 2.1.2 Cláusula de impenhorabilidade

Para Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>45</sup> a impenhorabilidade consiste “em estabelecer que o bem gravado não poderá ser objeto de penhora por dívidas contraídas por seu titular”.

42. Brasil. STJ, REsp 207.167/RJ, 4.ª T., j. 21.06.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 03.09.2001.

43. TJMG, AC 1.0183.03.047359-3/001.1, 11.ª Câm. Civ., rel. Des. Maurício Barros, 2006.

44. RIBEIRO, Benedito Silvério. A sentença de usucapião e o registro de imóveis. In: PÉREZ, Diego Selhane (coord). *Titulos judiciais e o registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário, 2005. p. 163.

45. MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 61.

Afirma ainda que a impenhorabilidade está implícita na inalienabilidade, pois o que não se pode alienar também não poderá ser objeto de penhora. *Complementa referindo que os bens impenhoráveis podem ser voluntariamente alienados, com ou sem a permanência da cláusula (grifo nosso).*

Salienta que a cláusula de impenhorabilidade, como as demais, não pode ser instituída pelos proprietários em seus próprios imóveis, pois deriva de lei ou da vontade do testador ou doador. Ressalta que dita cláusula poderá ser vitalícia ou temporária, sendo que na vitalícia, os credores não poderão penhorar os bens, nem em vida, nem depois da morte do herdeiro ou legatário por dívidas contraídas na vigência da cláusula. No mesmo sentido, na imposição de cláusula temporária, os bens não poderão ser penhorados após transcorrido o tempo fixado, ou, com a confirmação do implemento da condição.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>46</sup> também afirma o mesmo conceito, e completa-o citando os ensinamentos da Profa. Ana Luiza Maia Nevares:

*“(...) imposta de forma autônoma, terá efeito próprio e de menor abrangência do que aquele oriundo da cláusula de inalienabilidade, determinando que os bens gravados serão insuscetíveis de penhora pelos credores do beneficiado. Poderão ser alienados livremente, através de procedimento de sub-rogação de gravame, que apenas verificará a equivalência ou superioridade do valor do bem a ser permutado ou do preço da compra e venda, no qual ficará sub-rogada a cláusula, não cabendo qualquer análise quanto aos motivos da disposição do bem” (grifo nosso).*

Em entendimento contrário, Mario Roberto Carvalho de Faria,<sup>47</sup> sob o fundamento contido no § 2.º do art. 1.848 do CC/2002,<sup>48</sup> afirma que os imóveis gravados com as cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade também devem ser alienados com autorização judicial.

Alcides Leopoldo e Silva Júnior,<sup>49</sup> salienta que:

*“(...) a coisa não pode ser dada em garantia nem aprendida para a satisfação de débitos do herdeiro, legatário ou donatário, mas responde apenas por dívidas do próprio bem, como tributos e despesas de condomínio, sendo oponível a todos os demais credores.”*

---

46. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 475.

47. FARIA, Mario Roberto Carvalho de. Op. cit., p. 216.

48. “Art. 1.848 (...) § 2.º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros” (Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 268).

49. SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. Op. cit., p. 592.

Alerta ainda o renomado autor que os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, à luz o que dispõe o art. 650 do CPC, estes podem ser penhorados, na falta de outros bens, salvo se destinados à satisfação de prestação alimentícia, por ser tratar de norma de ordem pública, que se opõe contra disposição contrária do testador ou donatário.

Por fim, Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>50</sup> buscando uma maior abrangência às exceções da cláusula restritiva de impenhorabilidade, complementa que a Lei 6.830/1980, mais especificamente seu art. 30,<sup>51</sup> estabelece que as cláusulas restritivas fiquem sem eficácia frente aos créditos fazendários. De outra banda, quantos aos bens declarados impenhoráveis pela Lei 8.009/1990 (Bem de Família), *esses não podem sofrer restrição legal das Fazendas Públicas* (grifo nosso).

### 2.1.3 Cláusula de incomunicabilidade

Para Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>52</sup> a cláusula de incomunicabilidade é a restrição patrimonial que impede que um bem recebido de herança ou por doação não se comunique com o outro cônjuge,<sup>53</sup> independente do regime de bens estabelecido, impedindo, sobre maneira, o ingresso no patrimônio comum do casal, permanecendo no acervo do cônjuge beneficiado, a título de bem próprio ou particular.

Martha Heloísa Winkler da Costa e Silva Vianna<sup>54</sup> leciona citando o ensinamento de Álvaro Villaça Azevedo, que conceitua tal instituto de incomunicabilidade como sendo:

---

50. MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 75.

51. “Art. 30. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da dívida ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real, ou cláusula de inalienabilidade, ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constrição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e renda que a lei declare absolutamente impenhoráveis” (Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1333).

52. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 485.

53. Assim também é o disciplinado no art. 1.668 do CC/2002 – “São excluídos da comunhão: I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar” (Vade Mecum: Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 257).

54. VIANNA, Martha Heloísa Winkler da Costa e Silva. Das cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sér-

“(…) um dispositivo negocial em que se impõe um ônus sobre um objeto, a impossibilitar que ele se transmita do patrimônio de seu proprietário ao cônjuge deste, criando, dessa forma, bens particulares de um cônjuge, seja qual for o regime de bens de seu casamento”.

Na lição de Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>55</sup> a cláusula de incomunicabilidade é uma precaução contra possíveis desmandos do outro cônjuge. Geralmente, utilizada para a hipótese da filha ou do filho ser “mal casado”, sendo prevenido contra o cônjuge estroina ou pródigo. Também lançada para afastar pessoa mais interessada na fortuna do que no amor.

Salienta ainda que, dita cláusula obterá maior eficácia quando acompanhada do comando de que os bens da legítima, então incomunicáveis, serão administrados única e exclusivamente pelo cônjuge herdeiro. Dita prerrogativa prevista no art. 1.723 do CC/1916, embora não recepcionada no Código de 2002, pode ser imposta pelo testador ou doador, visto não existir proibição legal.

#### 2.1.4 Os efeitos das cláusulas restritivas da propriedade estudadas sobre o fôlio real

Consta do art. 167, II, n. 11, da Lei 6.015/1973 que no Registro de Imóveis, além da matrícula, será feita a averbação: “das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas a imóveis.”

Averbar, segundo o entendimento de Iolanda Moreira Leite,<sup>56</sup> “é anotar ou declarar à margem de um registro todas as modificações sofridas pelo imóvel, quer quanto à sua situação fática (por exemplo, alteração do nome da rua), quer quanto à situação jurídica do seu estado de direito real (por exemplo, proprietário antes solteiro, agora casado).”

Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes,<sup>57</sup> as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade independentemente de terem sido impostas por testadores ou doadores, dependem de averbação na matrícula. Esclarece ainda que, em se tratando de doação, a averbação se faz com a apre-

---

gio (org.). *Direito registral – Registro imobiliário: propriedade e direitos reais limitados*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 777, vol. 5.

55. MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Op. cit.*, p. 52.

56. LEITE, Iolanda Moreira Leite. *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência. Registro imobiliário e ação e retificação*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 530.

57. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado de registros públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957. vol. 4, p. 203.

sentação da respectiva escritura e, em se tratando de testamento, o título será vinculado ao processo de inventário, que ensejará a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação.

Alcides Leopoldo e Silva Júnior<sup>58</sup> reforça que da mesma forma da inscrição das cláusulas, o cancelamento, total ou parcial, também se efetua por averbação.

Moacir Pantaleão<sup>59</sup> refere que quando não estiverem lançados no registro de imóveis os vínculos impostos pelo testador, esses não produzirão efeitos em relação a terceiros.

Para a Registradora Substituta Caroline Castilhos von Saltiel,<sup>60</sup> em havendo somente as cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade vitalícias lançadas na matrícula do imóvel, o proprietário poderá vendê-lo, visto, estas terem interpretação restritiva, pois não há a restrição de dispor. Contudo, cabe ao Oficial do Registro Imobiliário observar o seguinte rito: 1 – certificar se o Tabelião de Notas fez referência aos gravames na escritura, ora apresentada, apontando a possibilidade de sub-rogação, se for o caso, para eventual imóvel que venha adquirir. O que importa ressaltar nesta afirmação é que referido apontamento visa esclarecer a origem do recurso que será aplicado ao próximo imóvel adquirido; 2 – em ato simultâneo, contudo, após o registro da alienação, poderá realizar a averbação de cancelamento das cláusulas, visto não mais persistirem neste bem, e, considerando o contido no art. 252 da Lei 6.015/1973.<sup>61</sup>

Neste passo, entende-se que a referida averbação é feita *ad cautelam*, para futuras operações e visando um esclarecimento aos leigos, não sobrepassando qualquer tipo de dúvida.

Reforçando o procedimento registral, complementa ainda que, essas cláusulas não subsistem em razão da adjudicação, arrematação, expropriação e partilha (atos de transferência definitiva do imóvel), o que autoriza a averbação de cancelamento dos gravames de impenhorabilidade e incomunicabilidade *ex-officio* no álbum imobiliário, concomitantemente, ao ato de transferência da

---

58. SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e.. Op. cit., p. 595.

59. PANTALEÃO, Moacir. *Tratado prático de registro público – Atividades notariais, judiciais e registrárias*. Campinas: Bookseller, 2003. p. 36.

60. SALTIEL, Caroline Castilhos Von. *Entrevista concedida a Toni B. Borges*. Porto Alegre, 05.05.2012.

61. “Art. 252. O registro, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido” (Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1253).

propriedade, mesmo que, cientes de não produzir mais efeitos, sob os fundamentos já expostos.

Ademar Fioranelli,<sup>62</sup> acrescenta que é de suma importância que o mandado judicial de sub-rogação esclareça se o bem que receberá os vínculos pertence ao casal, indicando qual dos cônjuges é o beneficiário do gravame para que, com sua morte, ocorra a extinção dos mesmos vínculos. Até porque existe a possibilidade de retirar o bem da comunhão, que passará ser exclusivo de apenas um deles.

Quanto ao fornecimento de certidões negativas de ônus reais, disciplinadas no Dec. 93.240/1986, atinentes a imóveis clausulados com inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, sejam estas conjuntas, em pares ou individuais, Luciano Lopes Passarelli<sup>63</sup> observa que efetivamente são tipificados como ônus pelo nosso ordenamento pátrio. Nesta senda, o Oficial do Registro de Imóveis deverá ressaltar ditos gravames como ônus em suas matrículas.

Dando sequência ao trabalho, abordaremos algumas controvérsias quanto a imposição dos gravames, suas semelhanças e diferenças com o direito estrangeiro, bem como apontaremos aspectos processuais quanto a sua sub-rogação e cancelamento.

## 2.2 *Vicissitudes relacionadas às cláusulas limitadoras da propriedade e principais aspectos processuais*

### 2.2.1 *Objecção a imposição das cláusulas*

A doutrina aponta vários motivos que ensejam a rejeição das cláusulas restritivas, tanto de cunho econômico quanto constitucional.

Nesse passo, Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>64</sup> e Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>65</sup> asseveram que, sob o ponto de vista da resistência econômica, a rejeição se impõe sob o fundamento da proteção do princípio da livre circulação de riquezas, o qual dispõe que: a circulação dos bens é uma fonte perpétua de renda para o Estado. Acrescentam ainda que: “os impostos mais produtivos e mais levemente suportados são os que pesam sobre os direitos de transmissão. A inalienabilidade priva, portanto, o Estado de recursos abundantes.”

---

62. FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade...* cit., 2009, p. 88.

63. PASSARELLI, Luciano Lopes. Op. cit., p. 194.

64. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 472.

65. MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 35.

Argumentam ainda que, a restrição imposta é uma fonte de fraudes da parte do devedor. Recebe ainda críticas quanto a sua instituição, pois retira o bem fora do comércio por longo período de tempo, afrontando o interesse comum da circulação de bens e riquezas.

Eduardo de Oliveira Leite<sup>66</sup> vê as cláusulas como um reforço ao despotismo do autor da herança, expressão de arbítrio e prepotência do testador.

No âmbito constitucional, Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>67</sup> e Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>68</sup> informam que há sim afrontamento aos princípios da liberdade do trabalho, cuja faculdade de alienar seria um dos seus atributos; ao princípio relativo à intangibilidade da legítima dos herdeiros necessários, pois dentro do princípio da liberdade de testar, o testador somente pode dispor da metade de seus bens; aos princípios da igualdade e da liberdade, aduzindo só caber a limitação desta última pelos superiores interesses da ordem social, sob o manto da livre circulação de bens e igualdade no acesso de todos à riqueza em geral.

Com advento da Constituição Federal de 1988, os autores supramencionados estratificaram o respeitável argumento doutrinário constante do *caput* do art. 5.º, XXII e XXIII, referindo ser o direito de propriedade inviolável, que uma vez atendida a sua função social, será elevado a um direito fundamental e, como tal, deverá ser protegido pelo Estado.

Ainda sobre tais argumentos, Maria Berenice Dias<sup>69</sup> observa que, “a imposição das cláusulas restritivas ao direito de propriedade do herdeiro necessário é um flagrante afrontamento à garantia constitucional do direito à herança.”

Por fim, acrescenta Paulo Nader<sup>70</sup> que a imposição destas cláusulas torna o bem fora do comércio, deixando-o de exercer a plenitude de sua função social. Ressalta ainda que a cláusula impede, muitas das vezes, que pessoas interessadas na aquisição do bem iniciem empreendimentos e investimentos de grande valia para a sociedade.

Na sequência, realizaremos breves e pontuais comentários acerca das cláusulas restritivas ora trabalhadas tendo em vista a legislação alóctone.

---

66. LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 275.

67. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 472.

68. MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 35.

69. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 270.

70. NADER, Paulo. Op. cit., p. 172.

### 2.2.2 Cláusulas restritivas em outros países

No âmbito do direito Alemão, podemos iniciar referenciando a obra da Profa. Marta Heloísa Winkler da Costa e Silva Vianna que<sup>71</sup> sintetiza:

“(...) consoante o Código Civil alemão (BGB), em vigor desde 1900, cujos § 135, 136 e 137 regulam a matéria, a cláusula de inalienabilidade produz uma simples obrigação de não alienar, que não é oponível a terceiros, isto é, que permite não a evicção dos adquirentes dos bens inalienáveis, mas somente uma ação pessoal de restituição destes bens, ou tendendo à ação de perdas e danos, dirigida contra o proprietário que o contratou.”

Neste mesmo sentido, Carlos Alberto D. Maluf<sup>72</sup> faz tais considerações, acrescentando, ainda, que o Código Civil Alemão, permite a inalienabilidade em seu § 2.338, ao dispor que:

“(...) quando um herdeiro é pródigo e tem tantas dívidas que a sua herança corre perigo, o testador pode determinar a inalienabilidade da sua reserva hereditária, que passará a seus sucessores quando falecer, como também pode confiar a administração de tal reserva a um testamenteiro, recebendo aquele herdeiro uma renda anual certa.”

No direito Francês, acentua Marta Heloísa Winkler da Costa e Silva Vianna,<sup>73</sup> que desde o Código de Napoleão a inalienabilidade foi repudiada, por contrariar a lei.

Contudo, no final do século XIX a Corte de Cassação começou a estabelecer exceção à regra do art. 6.º do *Code Civil de 1804*, que efetivamente proibia convenções particulares que derogavam as leis que interessavam à ordem pública e aos bons costumes, *passando a considerar válida a cláusula de inalienabilidade, desde que fosse temporária e determinada por um motivo sério e legítimo* (grifo nosso).

Nesta senda, assevera Marta Heloísa W. da Costa e Silva Vianna:<sup>74</sup>

“Tal entendimento foi normatizado pelo Decreto de 04.01.1955, em seu art. 28, § 2.º, reiterado pela Lei 71.526/1971, dispondo esta última que as cláusulas de inalienabilidade que afetam um bem doado ou legado não são válidas, *a não ser que sejam elas temporárias e justificadas por um interesse sério e legítimo*. A

71. VIANNA, Martha Heloísa Winkler da Costa e Silva. Op. cit., p. 780.

72. MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 115.

73. VIANNA, Martha Heloísa Winkler da Costa e Silva. Op. cit., p. 778.

74. Idem, p. 779.

jurisprudência francesa considera motivo sério e legítimo, quando a cláusula fosse estabelecida para proteger o herdeiro ou donatário, contra atos de disposição prejudicial, a ponto de reduzi-los à fome e miséria, garantindo-lhe renda durante a sua existência.”

No direito latino, mais precisamente no Argentino, o Prof. Rodrigo Santos Neves, em seu artigo publicado na Revista IOB de Direito de Família,<sup>75</sup> informa que existe a condição de não alienar, contudo, em regra, é dita condição ilícita, nos termos do art. 381 do Código Civil argentino.

Por outro lado, certifica que o art. 2.613 do mesmo Código Civil<sup>76</sup> argentino, torna válida tal disposição, desde que tal proibição não seja superior a 10 anos. Ou seja, “*é possível estabelecer a cláusula de inalienabilidade no direito argentino, desde que temporária e não superior a 10 anos*” (grifo nosso).

Por fim, ainda serão objeto de nossas considerações os principais aspectos processuais envolvendo a sub-rogação e cancelamento das cláusulas restritivas aqui abordadas.

### 2.2.3 Aspectos processuais

Do que se infere dos regramentos disciplinados nos arts. 1.848 e 1.911 do CC/2002, é imprescindível que se busque a autorização judicial, tanto para a realização da sub-rogação, quanto para o cancelamento das cláusulas restritivas, salvo aqueles casos, já declinados no tópico (extinção), que podem ser cancelados de forma administrativa.

Maria Berenice Dias<sup>77</sup> ressalta que nenhuma das demandas está sujeita ao prazo prescricional, em face da situação continuativa do gravame, sendo que o procedimento para a sub-rogação ou para o cancelamento dos vínculos encontra-se disciplinado no Título II, dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, nas disposições dos arts. 1.103 e ss. do CPC.<sup>78</sup>

---

75. NEVES, Rodrigo Santos. Op. cit.

76. “Art. 2.613. Los donantes o testadores no pueden prohibir a los donatarios o sucesores en sus derechos, que enajenen los bienes muebles o inmuebles que les donaren o dejaren en testamento, por mayor término que el de diez años” (Argentina. Lei 340/1869).

77. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 279.

78. “Art. 1.103.– Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem a jurisdição as disposições constantes deste Capítulo” (Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 440).

Analisando o Código de Processo Civil, verifica-se que a lei processual reservou o art. 1.112, para compor o rol dos institutos jurídicos que se submetem ao procedimento de jurisdição voluntária, sendo abarcado, entre outros, a sub-rogação, deixando de fora os cancelamentos de vínculos.

Nesse ponto, na lição de Nelson Nery Junior e de Rosa Maria de Andrade Nery,<sup>79</sup> ao comentarem tal norma, advertem que referido rol é meramente exemplificativo, podendo ser utilizado em hipóteses não previstas neste artigo, mesmo as não imaginadas pelo legislador, mas de cuja autorização judicial não se possa prescindir.

Nesse passo, entendem ser perfeitamente admissível os cancelamentos de vínculos por intermédio da jurisdição voluntária.

Acrescentam os autores em consonância com a Profa. Maria Berenice Dias<sup>80</sup> que, a competência para o julgamento do pedido é dada ao foro do lugar da coisa. Por outro lado, se já existente processo em andamento, e o pedido puder ser considerado como acessório deste, entendem que a competência será dada ao juízo onde tramita a causa que ensejou a necessidade do pedido de sub-rogação. Concluem que será competente o juízo do lugar onde o imóvel com cláusula de inalienabilidade se localiza, para a sub-rogação de vínculo de inventário já encerrado, no qual se deu o cumprimento de testamento.

Nesse sentido, foi firmada a douta sentença:

“Processo civil. Competência. Alienação e sub-rogação de imóvel com cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade. Art. 1.112 do CPC. I – *Competente é o juízo do lugar onde o imóvel com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade se localiza*, [grifo nosso] para sub-rogação de vínculo pedida por quem é proprietário e assim se tornou em virtude de inventário já encerrado. II – Conflito de que se conhece, a fim de declarar-se a competência do MM. Juízo suscitado.”<sup>81</sup>

Seguindo nesta esteira, Maria Berenice Dias<sup>82</sup> argumenta que é citado para a ação o testamentário, pois a ele cabe a defesa do testamento (art. 1.981 do CC/2002).<sup>83</sup>

---

79. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Processual Extravagante*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 1256.

80. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 279.

81. Brasil. STJ, CComp 34167/RS, 2.ª Seção, j. 11.09.2002. rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 11.11.2002.

82. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 279.

83. “Art. 1.981. Compete ao testamentário, com ou sem o concurso do inventariante e dos herdeiros instituídos, defender a validade do testamento” (Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 274).

Por outro lado, assevera que quando a restrição é imposta ao quinhão do herdeiro necessário, é seu o ônus de provar que o fundamento indicado pelo testador não se justifica.

Trata-se de ação de eficácia desconstitutiva, pois exclui os gravames. Acolhida a demanda e afastada as restrições impostas ao quinhão do herdeiro, os efeitos da sentença retroagirão à data da morte do testador.

Comenta ainda, a nobre autora, que se a causa que justificou a limitação do quinhão do herdeiro desaparecer, este, ao seu juízo, poderá requerer o desligamento do gravame imposto. Cita exemplo da herança de um filho clausulada com incomunicabilidade, por ser casado com uma pródiga, e, depois do divórcio o herdeiro poderá buscar a exclusão desta cláusula para que não incida em novo casamento.

De outra banda, impostas cláusulas restritivas sobre a parte disponível da herança, não há como serem afastadas. Não cabe demanda judicial, carecendo o herdeiro de interesse de agir (art. 267, VI, do CPC),<sup>84</sup> eis que o testador não precisa justificar a restrição que fez incidir sobre o quinhão do herdeiro testamentário. Cabe tão só pedido de sub-rogação.

Maria Berenice Dias,<sup>85</sup> ao declinar o procedimento para sub-rogação de cláusulas, afirma que a demanda de sub-rogação das cláusulas é de jurisdição voluntária. Esta não se submete ao juízo do inventário e *não cabendo a citação nem do testamenteiro, nem do inventariante ou dos herdeiros* (grifo nosso), entretanto, conclui que é indispensável a participação do Ministério Público, pois a cláusula foi imposta em testamento (art. 82, II, do CPC).<sup>86</sup>

Nesse diapasão, Humberto Theodoro Júnior,<sup>87</sup> refere que “na jurisdição voluntária, o Estado apenas exerce, através de órgãos do Judiciário, atos de pura administração, pelo que não seria correto o emprego da palavra jurisdição para qualificar tal atividade, não existindo parte adversária.” Acrescenta ainda que, neste procedimento os envolvidos não são chamados de parte, mas de interessados.

---

84. “Art. 267, *caput* e inc. VI: “Extingue-se o processo sem resolução de mérito: (...) VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (*Vade Mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 376).

85. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 279.

86. “Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: (...) II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade” (*Vade Mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 363).

87. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 343.

Ao contrário ao que afirma a Profa. Maria Berenice Dias, relata Humberto Theodoro Júnior,<sup>88</sup> que muito embora seja voluntária a jurisdição o resultado sempre constituirá novas relações jurídicas, situação que conforme *art. 1.105 do CPC*,<sup>89</sup> *haverá a necessidade de citação de todas as partes suscetíveis a ser atingidas pelo ato produzido* (grifo nosso).

Em caso de alienação irregular, Maria Berenice Dias<sup>90</sup> ressalta que a legitimidade para propor a ação de anulação de negócio jurídico é dada a todo aquele que pode se beneficiar com a desconstituição do negócio. Assim, os sucessores do herdeiro que recebeu o bem inalienável e o vendeu podem propor a ação. Isso porque, retornando o bem ao patrimônio do seu antecessor, tal lhes garante futuro direito sucessório.

Outrossim, ressaltamos que o TJRS, em julgamento do recurso de apelação a ação de sub-rogação de cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, *admitiu que o valor da causa seja o de alçada*, (grifo nosso) visto que na sub-rogação, há mera transferência de gravame de um bem para outro de valor praticamente idêntico, não havendo vantagem econômica para o interessado, permanecendo inalterado o seu patrimônio, razão pela qual se deve considerar adequado o valor de alçada dado à causa.<sup>91</sup>

Quanto ao juízo competente para processar e julgar a sub-rogação e cancelamentos dos vínculos, na Comarca de Porto Alegre/RS, segundo seu Código de Organização do Judiciário (Coje) – Lei 7.356/1980<sup>92</sup> (art. 84, VIII, c/c art. 73, VI), a competência é dada ao Juízo da Vara dos Registros Públicos, por consequente cancelamento do registro público. Por outro lado, nas comarcas do Estado do Rio Grande do Sul que não dispõem desta Vara especializada, tal competência é dada ao Juízo que cabe processar e julgar matéria de direito de família e sucessões, assim como dispõe o art. 73, III, J, da Lei 7.356/1980.

Ademais, Mario Roberto Carvalho de Faria<sup>93</sup> assegura que homologado o cálculo de sub-rogação, o Juiz determinará a expedição de ofício para cancelamento junto ao Registro de Imóveis, autorizando a venda do imóvel gravado. A parte beneficiária ficará obrigada a consignar judicialmente o depósito do produto da

---

88. Idem, *ibidem*.

89. “Art. 1.105. Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público” (*Vade Mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 440).

90. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 279.

91. TJRS, Ap 70021478276, 18.<sup>a</sup> Câ. Civ., Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, 2009.

92. Rio Grande do Sul – Lei 7.356/1980.

93. FARIA, Mario Roberto Carvalho de. Op. cit., p. 210.

venda, em caderneta de poupança, colocando assim à disposição do juízo para posterior aquisição de outro imóvel. Caso o requerente indique outro imóvel de sua propriedade, o Juiz determinará a expedição de novo ofício ao Registro de Imóveis para a averbação da sub-rogação das cláusulas que oneravam o imóvel.

Quanto à regra de transição do Código Civil de 2002, conforme afirma o Prof. Eduardo de Oliveira Leite,<sup>94</sup> os testamentos realizados anteriormente a este dispositivo legal, e que testaram com a inserção de cláusulas restritivas sobre os bens da legítima, o art. 2.042,<sup>95</sup> deste novo dispositivo, prestou o comando legislativo para que os testadores em um prazo de 1(um) ano, após a entrada em vigor do novo Código, aditassem o testamento discriminando “a justa causa” da cláusula inserta, sob pena de não realizando no prazo estipulado, não subsistir a restrição quando da abertura da sucessão, ou seja, o legislador estabeleceu um prazo para adaptar a nova disposição normativa à situação fática.

Neste sentido, Mario R. Carvalho de Faria<sup>96</sup> e Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>97</sup> esclarecem que na verdade não existe na lei essa previsão de aditamento da cédula testamentária, mas sim a realização de novo testamento ratificando o anterior, trazendo a causa para imposição dos gravames.

Nesse passo, considerando o encerramento da abordagem da primeira parte do estudo, realizaremos a transposição para a segunda parte, no qual apresentaremos a abrangência da clausulação dos gravames, sua real necessidade e utilidade.

### 3. O BEM CLAUSULADO SOB O ASPECTO DE SUA REAL UTILIDADE PARA QUEM O RECEBE E A EXTINÇÃO DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS TRABALHADAS

Na ótica do Prof. Silvio de Salvo Venosa,<sup>98</sup> o testador deve descrever a justa causa de que fala a lei de forma suficientemente clara. Fatos genéricos ou superficiais não terão como sustentar a cláusula no futuro. Assim, por exemplo,

---

94. LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 279.

95. “Art. 2.042. Aplica-se o disposto no *caput* do art. 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei n. 3071 de 1.º de janeiro de 1916; se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula oposta à legítima, não subsistirá a restrição” (*Vade Mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 278).

96. FARIA, Mario Roberto Carvalho de. Op. cit., p. 210.

97. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 506.

98. VENOSA, Silvio de Salvo. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. In: BRANDELLI, Leonardo (coord). *Direito civil e registro de imóveis*. São Paulo: Método, 2007. p. 349.

não bastará dizer que o herdeiro seja um perdulário ou estroina e poderá dissipar seus bens. Cabe ao testador dizer que impõe a cláusula porque o herdeiro é casado com pessoa condenada por crime contra o patrimônio, e isso poderá influenciar a alienação impensada dos bens.

Nesse sentido, assim complementa Maria Helena Diniz,<sup>99</sup> que o testador precisa justificar as limitações, mencionando os fatos que o levaram restringir o quinhão do herdeiro, não havendo necessidade que os prove. De qualquer modo, é indispensável que aponte um fato concreto, para que não acabe o herdeiro com o ônus de provar fato inexistente.

Para Martha Heloísa Winkler da Costa e Silva Vianna,<sup>100</sup> a expressão “justa causa” tem cunho de generalidade, deixando ao puro arbítrio do juiz de direito, nem sempre sensível aos problemas de família, concordar com a justificativa. Assim e sempre, haverá um risco futuro de o juiz denegar a cláusula, não aceitando a justificativa do testador. Conclui que essa insegurança, criada pelo texto, é, inadmissível.

Para Luiz Paulo Vieira de Carvalho,<sup>101</sup> citando os ensinamentos de Mario Roberto Carvalho de Faria, justa causa é o “motivo verdadeiro, razoável e suficiente alegado pelo testador que justifique a restrição imposta para uso do bem”. *Entende que deverá haver uma justificação para cada cláusula imposta já que cada uma possui uma finalidade diferente* (grifo nosso).

O mesmo autor, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, relata que o fato do novo Código Civil “obrigar a indicação de justa causa, desestimula os testadores a inserirem cláusulas restritivas nos bens da legítima, pois clausulará somente aqueles que realmente tiverem fortes motivos.”

Nessa esteira, justificando seu pensamento, afirma que, muitas das vezes a finalidade da clausulação está nas particularidades da vida pregressa daqueles que serão beneficiários dos imóveis. Desta forma, poderão ser justas para o caso concreto, contudo injustas para a função social e o livre comércio.

Outrossim, apesar de não estar expresso, nos arts. 1.848 e 1.911 que disciplinam a matéria, é dedução lógica e admissível a de que o juiz, reconhecendo ausência de justa causa ao interpretar o testamento, possa considerar não escrita uma tal disposição.<sup>102</sup>

---

99. DINIZ, Maria Helena. *Manual de sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 271.

100. VIANNA, Martha Heloísa Winkler da Costa e Silva. Op. cit., p. 773.

101. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 503.

102. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 276.

Nesse passo, o TJRS, ao enfrentar a temática, vem lapidando os contornos jurídicos da expressão “justa causa” em restringir a disposição da propriedade, relacionando o efetivo intuito do testador com a sua repercussão que efetivamente não poderá resultar na ocorrência da miserabilidade do beneficiário. Neste sentido, decidiu o acórdão que julgou a apelação:

Ação de exclusão de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. *O levantamento dos gravames instituídos por testamento, cuja finalidade é preservar o patrimônio do titular para que não fique na miserabilidade, só se dá em casos excepcionais* (grifo nosso). Não demonstrada a justa causa, mas sim, que sua finalidade foi atingida, mantém-se a improcedência da ação. Descabe pedido indenizatório pela dilapidação do patrimônio comum do ex-casal, ora litigantes.<sup>103</sup>

Nesse sentido, no tópico subsequente, passaremos ao estudo do regime jurídico da substituição das cláusulas restritivas apostas aos bens objeto do presente estudo.

### 3.1 *Previsão legal da substituição das cláusulas do bem gravado e as exigências para sua concreção*

#### 3.1.1 *Sub-rogação das cláusulas*

Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>104</sup> conceitua sub-rogação como: “A sub-rogação consiste na transferência da cláusula de inalienabilidade que recaia sobre determinado bem para outro da mesma pessoa.”

O autor supra mencionado afirma ainda que, “a sub-rogação, ou substituição, pode ocorrer de imóvel por imóvel; de imóvel por dinheiro; de imóvel por apólices da dívida pública; de imóvel por depósito em caderneta de poupança etc.”<sup>105</sup>

Washington de Barros Monteiro<sup>106</sup> acrescenta que, não é válida a disposição do testador ao estipular a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa, visto que tal proibição é absoluta, não comportando outra modalidade que permita incluí-la no testamento. *Contudo, no tocante a sub-rogação, o juízo poderá autorizar a conversão do produto da venda em bens de outra espécie.* [grifo nosso]

---

103. TJRS, Ap 70009082561, 8.<sup>a</sup> Câm. Civ., rel. Des. José S. Trindade, 2006.

104. MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 78.

105. FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade...* cit., 2009. p. 87.

106. BARROS MONTEIRO, Washington de. Op. cit., p. 113.

Clóvis Bevilaqua, autor citado na obra de Carlos Alberto Dabus Maluf,<sup>107</sup> comenta que como o Código permite a sub-rogação, poderá ensejar abusos, mas sua proibição, em absoluto, seria injusta e lesiva aos legítimos interesses. Refere ainda que o proprietário muitas vezes está impedido de utilizar o bem por falta de recursos, ou por este estar completamente em ruínas.

Os tribunais, em geral, têm tido entendimento mais liberal, permitindo a sub-rogação sempre que razoável ao interesse do dono da coisa.

Carlos Alberto Dabus Maluf,<sup>108</sup> analisa, principalmente, sob o ponto de vista jurisprudencial, sendo inadmissível:

“a) venda do bem vinculado para futura aplicação do produto. Para deferir-se o pedido é preciso que sejam indicados desde logo os bens para os quais se transferirão os vínculos; b) sub-rogação para títulos particulares, como ações de sociedades anônimas, ou dinheiro em depósito; c) sub-rogação para imóvel a adquirir-se mediante compromisso de compra e venda, com o pagamento em prestações.”

Claudio Luiz Bueno de Godoy<sup>109</sup> e Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>110</sup> afirmam que a necessidade da venda decorre de inúmeras circunstâncias que são deixadas ao alvitre e prudente critério dos juízes, e, uma vez admitida, possibilitará a substituição, desde que o bem que tomar lugar do substituído equivalha em valor àquele.

Nesse passo, por força de se provarem esses dois requisitos (necessidade e equivalência entre os valores dos bens) é que o pedido de sub-rogação, imperiosamente, será autorizado pelo juiz, que de pronto determinará a realização dos atos simultaneamente.

Alguns doutrinadores entendem que a necessidade há de decorrer da própria coisa inalienável, ou seja, defendem a sub-rogação somente quando o imóvel esteja em ruínas e os herdeiros ou legatários não dispuserem de meios para custear as obras necessárias.<sup>111</sup>

Na melhor justificativa para deferimento de autorização para alienação de imóvel clausulado com tal impedimento, e conseqüente sub-rogação, assim

---

107. MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 78.

108. Idem, p. 79.

109. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 742.

110. MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 80.

111. MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 78.

contribuiu Claudio Luiz Bueno de Godoy:<sup>112</sup> que é preciso ter em pauta os princípios constitucionais fundamentais à pessoa humana, como o da dignidade e projeções como o direito à vida, à integridade física, à saúde, dentre outros, que, quando em xeque, e só preserváveis pelo levantamento da cláusula, como no exemplo, de um beneficiário acometido de séria moléstia, cujo tratamento envolva despesas que somente poderão ser enfrentadas com o produto da alienação.

De outra parte, lembra o autor que contribui com a solução do pedido ao juízo o próprio dispositivo do art. 1.109 do CPC,<sup>113</sup> que estabelece a jurisdição de equidade para os efeitos júris-integrativos, pois este permite que o julgador não fique obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

No tocante ainda à possibilidade de sub-rogação, Ernane Fidélis dos Santos,<sup>114</sup> lembra que o Dec.-lei 6.777/1944, encontra-se totalmente vigente, sendo que este permite que haja a sub-rogação de imóvel gravado ou alienável, substituindo-o por outro, ou por apólices da dívida pública. Cumpre lembrar que para substituição por apólices o juiz determinará a venda em hasta pública, para utilizar o valor na respectiva substituição.

No Código Civil de 1916, conforme Luiz Paulo Vieira de Carvalho,<sup>115</sup> os arts. 1.676 e 1.677 autorizavam por chancela judicial a sub-rogação do produto da alienação dos bens, quando provenientes de expropriação ou execução por dívidas vinculadas ao imóvel.

Argumenta ainda que à época de sua vigência legal vários doutrinadores, em posição majoritária, manifestavam-se a favor da sub-rogação por real conveniência ou necessidade do interessado, desde que autorizada pelo juiz.

Acrescenta que diversas alienações foram permitidas para que o produto da venda fosse investido em outro imóvel que lhe trouxesse maiores rendimentos.

---

112. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 743.

113. “Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado ao observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna” (*Vade Mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 440).

114. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual: procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 383.

115. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 491.

Tais alienações eram permitidas, pois o bem clausulado se demonstrava improdutivo, somado ao seu estado de ruína ou até mesmo por ser muito distante do local do domicílio do beneficiário.

No entanto, o Código Civil de 2002, no § 2.º do art. 1.848, estabelece que *mediante autorização judicial e havendo justa causa*, (grifo nosso) podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

Frisa-se, mais uma vez, que a ideia do poder de disposição alcançada ao sujeito, cujos bens encontram-se gravados com as restrições, não deve prescindir da inefável exigência do constituinte e do codificador infraconstitucional, do cumprimento de sua função social.

Esclarece-nos sobre o tema o Desembargador e Professor da Universidade Federal Fluminense, Luis Roldão de Freitas Gomes, que:

“Longe de ser um direito absoluto e soberano, vale dizer, ao invés de reconhecer no interesse do proprietário uma incondicional prevalência, de sorte que todos e quaisquer atos ou omissões de sua parte estariam automaticamente legitimados, insiste-se em que o direito de propriedade deve desempenhar, mais do que quaisquer outros direitos, uma função social, no sentido de que a ordem jurídica confere ao titular um poder em que estão conjugados o interesse do proprietário e o interesse social.”<sup>116</sup>

Desta forma, vale enfatizar que a possibilidade de substituição das cláusulas restritivas deve ser analisada sob dois aspectos: em primeiro lugar, quanto aos interesses de quem recebe o bem; em segundo, de acordo com a necessária preservação da circulação econômica do objeto da disposição, tendo em vista, entre outros aspectos, o de sua função social, cujo regime jurídico é de ordem pública, como preceituam os arts. 2.035, parágrafo único<sup>117</sup> e o 421<sup>118</sup> do CC/2002.

No próximo tópico, nos deteremos na necessária justificação para que se processe a sub-rogação desejada por aquele destinatário do bem.

---

116. GOMES, Luis Roldão de Freitas. Notas sobre o “Direitos das Coisas” no Projeto do Código Civil. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Doutrina e Jurisprudência*. n. 45, p. 61. Rio de Janeiro, out.-nov. 2000.

117. Art. 2.035, parágrafo único – “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos” (*Vade Mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 278).

118. “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (*Vade Mecum* Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176).

### 3.1.2 *Necessidade da justa causa para deferimento – Art. 1.848 do CC/2002*

Na ótica de Eduardo de Oliveira Leite,<sup>119</sup> para ser perfectibilizada a sub-rogação, deverá haver dois fatores: a autorização judicial e a justa causa. Sendo a segunda eminentemente subjetiva, esta será definida pelo Judiciário.

Para ele, justa causa, embora tenha cunho subjetivo, serão condições malélicas que podem estender-se por décadas e até por gerações e, que de certa forma, irão resgatar a supremacia do herdeiro face à legítima.

A jurisprudência pátria há muito tempo já vinha mitigando o alcance das restrições, afirmando que a manutenção das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, instituídas pelo doador sobre o imóvel doado somente devem persistir se observada a função social da propriedade. Nesse sentido, e considerando o regramento do novo código, o TJRS, vem definindo, se há ou não justa causa presente. Para tanto, realizamos referência a dois acórdãos que comprovam tal tratamento:

O acórdão n. 70015600802 da 17.<sup>a</sup> Câmara Cível, originário de recurso de apelação, indeferiu a sub-rogação dos gravames, aduzindo que a autorização somente será deferida à parte interessada que demonstrar a real necessidade da sub-rogação. Os julgadores observaram, no presente caso, que o pedido estava vazio, ou seja, sem qualquer demonstração da sua real necessidade ou utilidade em obter o cancelamento dos gravames, sendo tais imposições testadas pelo autor da herança, justas, próprias e legais.<sup>120</sup>

Nesse passo, o acórdão n. 70014084396 da 18.<sup>a</sup> Câmara Cível, também originário de recurso de apelação deferiu a transferência das cláusulas restritivas, sob a alegação de que quando a propriedade se tornar óbice à própria fruição da coisa pelo proprietário, não há razão para a sua paralisação, visto que se deve respeitar a exegese da função social da propriedade. No caso, o imóvel era muito distante do domicílio do beneficiário, sendo impossível sua utilização e manutenção. No mais, referiu ainda que, colabora com o deferimento, a razão do autor não ter postulado somente sua revogação, mas a sub-rogação das cláusulas para outro imóvel a ser adquirido, ou seja, verificaram a boa-fé do pedido e manutenção da vontade do doador.<sup>121</sup>

119. LEITE, Eduardo de Oliveira. Op. cit., p. 279.

120. TJRS, Ap 70015600802, 17.<sup>a</sup> Câm. Civ., rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, 2007.

121. TJRS, Ap 70014084396, 18.<sup>a</sup> Câm. Civ., rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, 2006.

Ainda na esteira da possibilidade de sub-rogação, passaremos à análise da questão da conveniência econômica do destinatário, importante aspecto a ser considerado para o deferimento ou não da substituição.

### 3.1.3 Conveniência econômica do beneficiário – Art. 1.911 do CC/2002

Seguindo nesta esteira, Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>122</sup> ao comentar o conteúdo do art. 1.911, mais especificamente seu parágrafo único, acrescenta que em sendo a venda economicamente vantajosa para o herdeiro ou donatário que, demonstrando em juízo a conveniência da alienação por motivos dignos de proteção jurídica, poderá concretizá-la, mediante autorização judicial, transferindo o produto da venda para outros bens que passarão a suportar os vínculos que recaiam sobre o primeiro.

Ademar Fioranelli<sup>123</sup> esclarece que na sua visão, a sub-rogação não pode ser utilizada como mero capricho ou conveniência do testamentário e donatário. Deverá justificar a conveniência econômica consoante estabelece o parágrafo único do art. 1.911 do CC/2002.<sup>124</sup> Segundo ele tal situação necessita de três condições para que possa ser efetivada: “prova de necessidade de alienação, equivalência de valores e autorização judicial”. Ressalta que, a necessidade de venda decorre de inúmeras circunstâncias que deverão ser analisadas pelo juízo com prudência.

Conveniência econômica, assim como disciplinado no regramento civil, para Mario Roberto Carvalho de Faria<sup>125</sup> é *aquela que diz respeito exclusivamente ao desejo do herdeiro ou donatário, do qual não poderá haver a intromissão do juiz* [grifo nosso], embora necessite tão somente de sua homologação. De outra banda, acrescenta o dito autor que a justa causa sim, necessita de interpeleção do juiz para esta se confirmar.

Assim, também acrescenta o referido autor, ser possível a autorização de sub-rogação das cláusulas para imóvel com valor superior ao originário da constrição, entretanto, observa que as cláusulas deverão recair somente sobre a fração proporcional ao valor daquele, ficando parte livre dos gravames.

122. MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 50.

123. FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade...* cit., 2009, p. 88.

124. “Art. 1.911. (...) Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros” (Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 271).

125. FARIA, Mario Roberto Carvalho de. Op. cit., p. 220.

Para Rodrigo Santos Neves,<sup>126</sup> *a conveniência econômica também é uma justa causa* (grifo nosso). O nobre doutrinador cita, em seu artigo publicado, casos que entende se enquadrar como justa causa para deferimento da alienação e subsequente sub-rogação, como por exemplo, a situação de herdeiros que se encontram acometidos de doenças graves necessitando do dinheiro para seu tratamento, bem como, de propriedades que se encontram em crescente desvalorização.

Ademais, sob o fundamento disciplinado no art. 1.911, parágrafo único, conveniência econômica, transcreve-se ementa de um julgado que aborda tal enquadramento legal, o qual defere a venda do imóvel para aquisição de outro, sob o fundamento que a manutenção da propriedade originária gera sérios prejuízos ao beneficiário:

“Ação de sub-rogação de inalienabilidade de imóvel. Venda. Autorização. Possibilidade. Ao tempo do disposto no art. 1.676 do antigo Código Civil, a jurisprudência sempre admitiu temperamento, admitindo em circunstâncias excepcionais e para evitar prejuízos aos proprietários, a venda do bem vinculada à aquisição de outro, com sub-rogação. *Atualmente o bem gravado com cláusula de inalienabilidade pode ser vendido para aquisição de outro, com sub-rogação do gravame (art. 1.911, parágrafo único). No caso, está demonstrada a situação precária do imóvel que acarreta prejuízos aos proprietários que tiveram declarada a inalienabilidade do bem por decisão judicial. Possibilidade de venda vinculada à aquisição de outro imóvel, com sub-rogação da inalienabilidade*” (grifo nosso).<sup>127</sup>

### 3.2 Da extinção das cláusulas restritivas

#### 3.2.1 Implemento da condição ou caducidade

Cumpramos esclarecer que nem sempre é necessária a intervenção judicial para o cancelamento das restrições. Dependendo da extensão e das condições impostas, o cancelamento poderá ser alcançado por via administrativa, como assevera Ademar Fioranelli.<sup>128</sup>

Observa ainda que, para alguns casos basta mera apresentação de requerimento, com exibição de documento hábil, nos termos do art. 250, III, da Lei 6.015/1973.<sup>129</sup> Também serve o dito procedimento quando do cumprimento da

---

126. NEVES, Rodrigo Santos. Op. cit.

127. TJRS, Ap 70028928893, 21.<sup>a</sup> Câm. Civ., rel. Des. Marco Aurélio Heinz, 2011.

128. FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade...* cit., 2009, p. 79.

129. Art. 250 da Lei 6.015/1973: “Far-se-á o cancelamento: (...) III – a requerimento do interessado, instruído com documento hábil”.

condição ou o advento do termo (certo ou incerto), instituto esse denominado, por Luiz Paulo V. de Carvalho,<sup>130</sup> como caducidade.

Para Alcides Leopoldo e Silva Júnior,<sup>131</sup> a cláusula de inalienabilidade será excluída/cancelada ocorrendo a desapropriação do imóvel, se arrematado ou adjudicado na execução por dívidas vinculadas a imóvel (*propter rem*) e pela sub-rogação.

### 3.2.2 Revogação

Outra modalidade administrativa de cancelamento das cláusulas seria sua revogação.

Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>132</sup> e Alcides Leopoldo da Silva Júnior<sup>133</sup> referem que, enquanto vivo for o doador, a este é permitido levantar o vínculo se lhe convir, anuindo o donatário. Complementam que, como o contrato de doação exprime a vontade das partes, livremente manifesta, podem estes modificá-lo e até mesmo rescindi-lo. Contudo, deverá observar eventuais direitos de terceiros estabelecidos.

Tal possibilidade revogatória poderá ocorrer ainda, por somente um dos doadores, quando o imóvel for clausulado na escritura de doação e desta constar que a dispensa das vinculações poderá ser autorizada pelos doadores em vida, ou, por somente um deles, se o outro for morto.

Por outro lado, Claudio Luiz Bueno de Godoy<sup>134</sup> acrescenta que, “sendo doador o casal, e falecendo um dos cônjuges, o sobrevivente apenas pode se manifestar sobre o levantamento do vínculo quanto à sua meação, e não acerca daquela do falecido.”

Contrário ao posicionamento de revogação das cláusulas, Mario Roberto de Faria<sup>135</sup> sustenta que as cláusulas impostas através de escritura de doação não podem ser revogadas ou anuladas por outra escritura celebrada entre o doador e donatário. Argumenta que uma vez concretizada a doação, o bem sai do patrimônio do doador para o patrimônio do donatário não possuindo mais

---

130. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 508.

131. SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. Op. cit., p. 595.

132. MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit., p. 92.

133. SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. Op. cit., p. 595.

134. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 741.

135. FARIA, Mario Roberto Carvalho de. Op. cit., p. 212.

aquele, qualquer direito sobre o mesmo, a não ser sobre o usufruto instituído, quando assim instituído.

### 3.2.3 *Decisão judicial*

A extinção das cláusulas por medida judicial poderá decorrer do pedido de cancelamento ou de sua sub-rogação, como já referido, devendo o beneficiário do bem, quando do pedido de cancelamento, demonstrar, entre outros motivos, que tais cláusulas não respeitam sua justificativa e ainda por vedar-lhe a utilização do bem.

Nesse sentido, e sob a exegese da constituição federal de 1988, que traz como um dos direitos e garantias fundamentais, a função social que a propriedade deve atender (art. 5.º, XXIII),<sup>136</sup> e sob o fundamento que os legatários por vezes não podem usufruir o bem, diante da existência de tais gravames, nossa jurisprudência vem deferindo seus cancelamentos sob esta guarida, sem obrigar a realização da sub-rogação dos vínculos.

Nesse diapasão, seguem os julgados nos acórdãos 70029096302;<sup>137</sup> 70020707279;<sup>138</sup> 70018483115;<sup>139</sup> e 70006893879,<sup>140</sup> todos do TJRS, por versarem na possibilidade de cancelamento das cláusulas restritivas da propriedade quando evidente o prejuízo ao beneficiário. os desembargadores referem em seus votos que essas restrições não devem prevalecer de modo absoluto, principalmente quando estes gravames impossibilitam a fruição do bem, fundamentam ainda que, a leitura da legislação infraconstitucional deve ser realizada sob a ótica dos valores fundamentais contidos na Constituição Federal. *concluem ainda que, não se tem como justa a perpetuação da vontade do titular do patrimônio para além de sua vida quando impede a plena fruição da propriedade* (grifo nosso).

Paulo Nader<sup>141</sup> assinala, em sua obra a tendência do STJ em admitir a desconstituição da impenhorabilidade quando a medida melhor aproveitar os bens herdados. Assim se pronunciou o Min. Aldir Passarinho Júnior no REsp

136. Art. 5.º, XXIII, da CF/1988: “A propriedade atenderá a sua função social” (Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 8).

137. TJRS, Ap 70029096302, 8.ª Câm. Civ., rel. Des. José S. Trindade, 2009.

138. TJRS, Ap 70020707279, 20.ª Câm. Civ., rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, 2007.

139. TJRS, Ap 70018483115, 7.ª Câm. Civ., rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 2007.

140. TJRS, Ap 70006893879, 8.ª Câm. Civ., rel. Des. Rui Portanova, 2003.

141. NADER, Paulo. Op. cit., p. 170.

303.424/GO, referindo que a orientação adotada pela Corte é no sentido de se atenuar a aplicação do art. 1.676 do CC/1916, quando verificado que o cancelamento da cláusula de impenhorabilidade se faz necessária para proporcionar o melhor aproveitamento do bem deixado e o bem-estar do herdeiro. Impende ressaltar que a decisão se harmoniza com a intenção real do testador que é o de proteger os interesses do beneficiário.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As cláusulas restritivas da propriedade, muito embora com sérias objeções quanto a sua utilização, foram e continuam sendo recepcionadas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Com advento do Código Civil de 2002, surgiram novos requisitos para sua constituição, sub-rogação e cancelamento.

As principais e importantes observações realizadas com fito de considerações finais para o estudo aqui empreendido são aquelas que dizem respeito ao fato de que os gravames trabalhados, quais sejam, as cláusulas restritivas da propriedade (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade) deverão ser instituídos através de atos gratuitos de disposição, como testamento e escritura pública de doação, podendo esta ser na modalidade de doação *modal*, ou seja, firmada como compra e venda, contudo, com dinheiro originário de doação.

Infere-se que a parte da herança disponível pode ser clausulada livremente. Entretanto, a parte da legítima, somente poderá sê-lo, através de justa causa, detalhadamente exposta nos atos de instituição das limitações impostas.

Por isso, cabe enaltecer a importância da orientação do advogado, bem como do Tabelião de Notas na elaboração dos instrumentos instituidores dos gravames, pois esses devem conter os exatos motivos que ensejaram as restrições, sob pena de não produzirem efeitos.

As cláusulas restritivas podem versar sobre bens móveis e imóveis, fungíveis e infungíveis, ficando seus efeitos condicionados ao registro nos órgãos competentes. Para bens imóveis, os efeitos *erga omnes* são alcançados com o seu lançamento no fôlio real. Esse ato e seu cancelamento se dão por averbação.

Quanto à sub-rogação, essa ficará subordinada a autorização judicial, a qual somente poderá ser deferida uma vez comprovada justa causa, incluindo nesta, a conveniência econômica do beneficiário em alienar.

A doutrina e a jurisprudência vêm flexibilizando os motivos que se enquadram como justa causa e conveniência econômica. Neste passo, destacam-se

os princípios constitucionais da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana. Também com esse intuito, o Judiciário vem autorizando os cancelamentos das cláusulas restritivas sem a obrigatoriedade de sua sub-rogação em outros imóveis.

Ademais, o cancelamento das cláusulas poderá ocorrer de forma administrativa, quando se tratar de disposição vitalícia, temporária ou condicionada, bastando a apresentação de requerimento à Serventia Registral competente, acompanhado de prova hábil.

A regra de transição, disciplinada no art. 2.042 do CC/2002, para testamentos que contém as cláusulas restritivas, sem observação de justa causa, elaborados antes da sua vigência, prevê que o testador deverá editar novo testamento, a fim de consignar a justa causa de imposição de cada cláusula, sob pena de a mesma não subsistir.

A usucapião de bem clausulado com inalienabilidade é aceita por boa parte da doutrina e jurisprudência, visto não se tratar de alienação, mas de forma de aquisição originária por desídia do proprietário.

Quanto ao procedimento judicial para sub-rogação de vínculos ou cancelamento, a doutrina e jurisprudência apontam que o processo seguirá o rito de jurisdição voluntária, assim disposto no art. 1.112 do CPC, sendo o foro competente, o foro do imóvel onde está averbada a constrição.

Desta forma, o Juízo competente no Estado do Rio Grande do Sul, em regra, é da justiça que cabe processar e julgar matéria de direito de Família e Sucessões. Todavia, em se tratando de ação ajuizada na comarca de Porto Alegre, o Juízo competente será o da Vara dos Registros Públicos. Cumpre lembrar, que haverá a necessidade de intimação do Ministério Público, bem como a citação de todos interessados.

Ademais, ressalta-se que as cláusulas restritivas da propriedade são ainda uma forma de proteção da família, visando, mormente, afastar que os insucessos financeiros e matrimoniais da vida do beneficiário tenham reflexos no patrimônio, que a muito custo foi construído pelos testadores e doadores.

Felizmente, o legislador, atento às condições severas que por vezes decorrem a imposição destes gravames, ampliou consideravelmente as possibilidades de cancelamento e sub-rogação. Todavia, essas possibilidades ainda são condicionadas a apreciação do Judiciário, o qual vem otimizando a aplicação das normas, haja vista a coerência existente em seus julgados.

Por fim, imperioso ressaltar que as limitações da propriedade, ora estudadas, cumprem o seu propósito, o que se deve, em grande medida, por não apresentarem caráter absoluto ou perpétuo, pois, uma vez comprovada sua

inutilidade ao favorecido, poderão ser, mediante seu pleito e através da pertinente apreciação judicial, afastadas por cancelamento ou sub-rogação.

## 5. REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. Lei 340 de 29 de setembro de 1969. Disponível em: [www.codigocivilonline.com.ar/codigo\_civil\_online\_2611\_2660.html]. Acesso em: 15.05.2012.
- BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de imóveis – Doutrina – Prática e jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil – Direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. Lei 1.839/1907. Disponível em: [www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html]. Acesso em: 07.04.2012.
- BUONE, Pedro de. Os imóveis vinculados de inalienabilidade são comunicáveis. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcel (coord.). *Direito imobiliário brasileiro – São Paulo: Quartier Latin, 2011*.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito civil – Questões fundamentais e controversias na parte geral, no direito de família e no direito das sucessões*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIAS, Maria Benenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Manual de sucessões*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões – Teoria e prática*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FIORANELLI, Ademar. *Das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Das cláusulas de inalienabilidade – Impenhorabilidade – Incomunicabilidade – Sub-rogação. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO Marcel (coord.). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Dos herdeiros necessários e da gravação da legítima no novo Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Luis Roldão de Freitas. Notas sobre os “Direitos das coisas” no Projeto do Código Civil. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Doutrina e jurisprudência*. n. 45. p. 61-63. Rio de Janeiro, out.-nov., 2000.
- GONZALES JÚNIOR, Astyr. A sub-rogação nas cláusulas limitadoras do direito de propriedade. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO Marcel (coord.). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

- LEITE, Eduardo de Oliveira. Do direito das sucessões – Arts. 1.784 a 2.027. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). *Comentários ao novo Código Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. XXI.
- LEITE, Iolanda Moreira Leite. *Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência. Registro imobiliário e ação e retificação*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado de registros públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957. vol. 4.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil – Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 6.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- NEVES, Rodrigo Santos. A inalienabilidade, a incomunicabilidade, a impenhorabilidade e o direito das sucessões. *Revista IOB de Direito de Família*. n. 59. p. 43-62. Porto Alegre: IOB, abr.-maio 2010.
- PASSARELLI, Luciano Lopes. *Teoria geral da certidão registral imobiliária: o princípio da publicidade na era do registro eletrônico*. São Paulo: Quinta Editorial, 2010.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil. Direitos reais*. São Paulo: Forense, 2009.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado. Parte especial – Direito das sucessões. Sucessão testamentária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi., 1969. vol. 56-57.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. A sentença de usucapião e o registro de imóveis. In: PÉREZ, Diego Selhane (coord). *Títulos judiciais e o registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Instituto de Registro Imobiliário, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – Direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SALTIÉL, Caroline Castilhos Von. *Entrevista concedida a Toni B. Borges*. Porto Alegre, 05.05.2012.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual: procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade na alienação imobiliária. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcel (coords.). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 3.
- Vade Mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. In: BRANDELLI, Leonardo (coord). *Direito civil e registro de imóveis*. São Paulo: Método. 2007.

VIANNA, Martha Heloísa Winkler da Costa e Silva. Das cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Direito registral – Registro imobiliário: propriedade e direitos reais limitados*. São Paulo: Ed. RT, 2012. vol. 5.

---

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Cláusulas restritivas: de inalienabilidade, de incomunicabilidade e de impenhorabilidade, de Zulema Anacleto de Stefano, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, organizada por Gustavo José Mendes Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 399.
- Cláusulas restritivas: inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade, de Eugênio Carlos Callioli, *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, organizada por Gustavo José Mendes Tepedino e Luiz Edson Fachin. São Paulo: Ed. RT, 2011, vol. 2, p. 81.

The background features a light gray grid of thin lines. Overlaid on this are several large, semi-transparent, overlapping circles in shades of gray, creating a layered, geometric effect.

# Contratos



# CONSEQUÊNCIAS DA MORTE DO ARRENDATÁRIO NO CONTRATO DE ARRENDAMENTO URBANO PARA HABITAÇÃO

# 1

## Confronto entre o Direito português e o Direito brasileiro

**GABRIELA MESQUITA SOUSA**

Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra. Advogada.

### ÁREA DO DIREITO: Civil

**RESUMO:** O presente estudo é resultado do trabalho de pesquisa realizado no curso de Doutoramento em Direito Civil da Universidade de Coimbra no âmbito do Seminário Especializado "Contratos de Relação". A análise proposta tem por objeto o contrato de arrendamento para habitação e seu destino no caso de morte do primitivo arrendatário. Para tanto apresentamos o conceito do contrato em questão para a seguir, a partir das legislações pertinentes ao tema em Portugal e no Brasil, expor o tema proposto e as questões controversas eventualmente encontradas, apresentando decisões jurisprudenciais prolatadas pelos Tribunais dos referidos países, bem como os posicionamentos dos doutrinadores acerca da matéria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato de locação – Arrendamento urbano para habitação – NRAU – Transmissão – Morte do arrendatário – Direito português – Locação de imóvel para habitação – Lei do Inquilinato – Morte do locatário – Direito brasileiro.

**ABSTRACT:** The present study is the result of the research made in the course of PhD in Civil Law of the University of Coimbra in the area of Specializing Seminar in "Contracts of Relation". The analysis proposed has as mainly objective the habitation leasing and its destiny in case of death of the original lessee. Therefore, we present the concept of such agreement type in order to, from the relevant legislations regarding the subject in Portugal and Brazil, expose the subject in matter and the controversial issues eventually found, presenting jurisprudential decisions rendered by the Courts of the countries in reference, as well as the thoughts of the indoctrinators regarding the subject.

**KEYWORDS:** Leasing agreement – Habitation urban leasing – NRAU – Transmission – Death of the lessee – Portuguese Law – Leasing of habitation property – Tenant Law – Death of the leasing agency – Brazilian Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Locação no Direito português – 3. Transmissão por morte do contrato de arrendamento: 3.1. Cônjuge com residência no locado; 3.2. Pessoa que com o arrendatário vivesse em união de fato e há mais de um ano; 3.3. Pessoa que com o arrendatário residisse em economia comum e há mais de um ano – 4. Ordem sucessória – 5. Transmissão por morte do arrendatário no Regime Transitório – 6. Locação no Direito brasileiro – 7. Transmissão da locação por morte do locatário: 7.1 Sub-rogação do cônjuge; 7.2 Sub-rogação do companheiro; 7.3 Herdeiros necessários e as pessoas que vivam na dependência econômica do *de cujus* – 8. Considerações finais – 9. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o contrato de arrendamento e tem como tema as “Consequências da morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano para habitação – Confronto entre o Direito português e o Direito brasileiro”. A locação desempenha uma importante função econômica, pois permite ao titular de determinada coisa obter rendimento concedendo o gozo dessa coisa a outrem que, por vezes não tendo capacidade econômica para adquiri-la, tem na locação a possibilidade de obter o gozo dessa coisa, satisfazendo assim, nos contratos de arrendamento para habitação, sua necessidade de moradia.

Em Portugal a Lei 6/2006, de 27 de fevereiro, que entrou em vigor em 27.06.2006, revogou o Dec.-lei 320-B/1990, de 15 de outubro (RAU), e estabeleceu o Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU), que reintegrou o regime do arrendamento urbano no Código Civil, de onde havia sido retirado pelo RAU. No Brasil a matéria é regulada pela Lei 8.245, de 18.10.1991 (Lei do Inquilinato), que revogou a Lei 6.649/1979. Os dois países cuidaram em regulamentar as hipóteses em que a morte do locatário não terá como resultado a extinção da relação locatícia. No ordenamento jurídico português, observada a regra geral de que o contrato de locação caduca com a morte do locatário,<sup>1</sup> prevê o art. 1.106.º do Código Civil português a sub-rogação da posição contratual em relação a pessoas determinadas pela legislação em caso de morte do locatário. Enquanto no Brasil tanto Código Civil quanto a Lei do Inquilinato estabelecem que a morte do locatário não extingue a locação.

## 2. LOCAÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

A locação encontra-se regulada nos arts. 1.022.º a 1.113.º do Código Civil português onde é definida, em seu art. 1.022.º como “o contrato pelo qual uma

---

1. A regra geral está prevista no Código Civil português no art. 1.051.º, n. 1, segundo o qual “o contrato de locação caduca: (...) d) Por morte do locatário ou, tratando-se de pessoa colectiva, pela extinção desta, salvo convenção escrita em contrário”.

das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição”.<sup>2</sup> O Código estabelece ainda a distinção entre o aluguer, que incide sobre coisas móveis, e o arrendamento, que versa sobre coisa imóvel (art. 1.023.º); esse último pode ser constituído para fins habitacionais (arts. 1.092.º e ss.), não habitacionais (arts. 1.108.º e ss.) ou rústico (art. 1.108.º). O contrato de arrendamento, que constitui uma espécie do contrato de locação, pode ser classificado como um contrato nominado e típico, que será formal, sujeito a forma escrita sempre que celebrado por um período superior a seis meses (art. 1.069.º do Código Civil português), e de execução duradoura, pois de acordo com Menezes Leitão “as prestações de qualquer das partes aparecem relacionadas a um certo período de tempo que delimita o seu conteúdo e extensão”.<sup>3</sup>

As disposições especiais pertinentes ao contrato de arrendamento para habitação estão previstas nos arts. 1.092.º a 1.107.º, devendo ser observadas as normas contidas nas disposições gerais sobre a matéria, e o regime transitório previsto no NRAU.<sup>4</sup>

2. A locação é definida no Código como um contrato, mas é certo que a relação locatícia pode ter origem diversa, como nos “casos de constituição de relação de arrendamento em virtude de sentença de execução específica, proferida nos termos do art. 830.º do Código Civil”, ou nos termos dos arts. 1.793.º e 1.794.º. Cfr. BARATA, Carlos Lacerda. Formação do contrato de arrendamento urbano. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO; Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (orgs.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 51.
3. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Arrendamento urbano*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 50.
4. Além de devolver a matéria ao Código Civil, o NRAU veio afastar o sistema vinculista do regime anterior (RAU). De acordo com Menezes Cordeiro o vinculismo consubstancia-se na presença de alguns pontos básicos, quais sejam: “– o contrato não cessa por livre opção do senhorio; – a resolução por iniciativa do senhorio está limitada; – há degradação das rendas; – verifica-se uma judicialização e burocratização que aumentam os custos marginais do despejo, dissuadindo-os; – os contratos circulam à margem dos senhorios; – a circulação da propriedade é dificultada por figuras como a preferência dos inquilinos ou o direito a novo arrendamento”. CORDEIRO, António Menezes. O NRAU: dezesseis meses depois, a ineficiência econômica no direito. *O Direito*. vol. V. p. 959. ano 139. Lisboa: Almedina, 2007. Aduz Luís Manuel Teles de Menezes Leitão que o NRAU aboliu definitivamente a renovação obrigatória nos contratos de arrendamento admitindo a sua denúncia pelo senhorio, observados os arts. 1.097.º e 1.101.º, c), do Código Civil. Mas pelo regime transitório estabelecido no NRAU manteve-se ainda o vinculismo nos contratos antigos, conservada a proibição da denúncia pelo senhorio (arts. 26.º, n. 4 e 28.º do NRAU), “instituído-se ainda um processo custoso, burocrático e altamente demorado de actualização das rendas (arts. 30.º e ss. do NRAU), que tem deixado desactualizada a esmagadora maioria das rendas”. Ob. cit., p. 38.

### 3. TRANSMISSÃO POR MORTE DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO

A regra geral em sede de locação constitui a caducidade do contrato de arrendamento por morte do locatário, como previsto no art. 1.051.º, n. 1, alínea d) do Código Civil português, ressalvados os casos em que as haja convenção das partes em sentido contrário, e desde que observada a forma escrita, como previsto no art. 1.059.º, n. 1, do Código Civil português. Aos contratos de arrendamento para habitação a lei prevê outras exceções à regra da caducidade, além do acordo entre as partes, ao estabelecer hipóteses de transmissão da posição contratual no caso de morte do arrendatário, que não resultam de convenção entre as partes contratantes. Estabelecida no art. 1.106.º do Código Civil português a transmissão por morte do arrendatário era prevista, em termos distintos no art. 85.º do RAU. Apesar das distinções que adiante veremos, as hipóteses de transmissão do contrato de arrendamento constantes nesses dispositivos legais têm caráter imperativo,<sup>5</sup> assim, no âmbito do previsto no art. 1.059.º, n. 1, do Código Civil português, não é possível convencionar a transmissão em favor de outros beneficiários, quando houver sujeitos que atendam as condições estabelecidas no art. 1.106.º e que pretendam a transmissão, devendo ser observada a hierarquia e a ordem de preferência ali estabelecidas. Menezes Leitão afirma que ante as alterações impostas pelo NRAU “a transmissão por morte do arrendatário deixou de ser prejudicial ao senhorio, dado que não afecta a duração normal do contrato, atento o abandono legal do vinculismo arrendatício”,<sup>6</sup> uma vez que, nos casos em que o contrato for celebrado por prazo certo,<sup>7</sup> não impede a denúncia pelo senhorio, nos termos do prazo (art. 1.097.º); nos contratos de duração indeterminada a transmissão

---

5. Nesse sentido João Sérgio Teles de Menezes Correia Leitão, cuja análise recai sobre o art. 85.º do RAU, ao que complementa o autor: “não podem as partes predispor a transmissibilidade do contrato de arrendamento por morte do arrendatário habitacional em termos que contrariem o funcionamento das hipóteses do art. 85.º. Portanto, à partida, é certo que a intervenção da autonomia contratual no âmbito da determinação da transmissibilidade *mortis causa* do arrendamento urbano habitacional só se pode considerar perante a inexistência no momento da morte do arrendatário dos beneficiários a que se reporta o n. 1 do art. 85.º”. Morte do arrendatário habitacional e sorte do contrato. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO; Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2002. vol. III, p. 300-301.

6. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Ob. cit., p. 119.

7. Os contratos com prazo certo devem observar o prazo mínimo de cinco anos estabelecido no n. 2 do art. 1.095.º do Código Civil.

não afeta o direito do senhorio denunciar com antecedência mínima de cinco anos sobre a data que pretenda a cessação (art. 1.101.º, c), podendo concretizar a denúncia em relação ao seu sucessor (art. 1.104.º), observada a regra constante do n. 3 do art. 1.106.º.

Segundo o art. 1.106.º, n. 1, do Código Civil português, o arrendamento para habitação não caduca por morte do arrendatário se lhe sobreviva alguma das pessoas mencionadas nas suas alíneas, quais sejam:

a) cônjuge com residência no locado ou pessoa que com o arrendatário vivesse no locado em união de facto e há mais de um ano;

b) pessoa que com ele residisse em economia comum e há mais de um ano.

O n. 2 do art. 1.106.º do Código Civil estabelece uma ordem de prioridades, na qual figuram em primeiro lugar, em igualdade de circunstâncias, o cônjuge sobrevivente ou pessoa que, com o falecido, vivesse em união de fato, seguido do parente ou afim mais próximo ou de entre estes para o mais velho, ou na falta de parentes ou afins, para o mais velho de entre as restantes pessoas que com ele residissem em economia comum há mais de um ano.

O n. 3 prevê que a morte do arrendatário nos seis meses anteriores à data da cessação do contrato dá ao transmissário o direito de permanecer no local por período não inferior a seis meses a contar do decesso.

A transmissão ou concentração no cônjuge sobrevivente deve ser comunicada ao senhorio no prazo de três meses a contar do óbito, com cópia dos documentos comprovativos. Não sendo observada essa exigência o transmissário deverá indenizar pelos danos derivados da omissão (art. 1.107.º, n. 1 e 2).

### 3.1 *Cônjuge com residência no locado*

O cônjuge<sup>8</sup> surge em primeiro lugar, junto à pessoa com quem se viva em união de fato, na ordem hierárquica imposta pelo art. 1.106.º do Código Civil português, mas a lei impõe condições distintas a cada uma das figuras, devendo o cônjuge para o fim ali previsto residir no imóvel locado, independente do tempo de convivência entre o cônjuge sobrevivente e o arrendatário, sendo determinante a própria condição de cônjuge.

A transmissão referida nesse artigo não se confunde com a comunicabilidade prevista no art. 1.068.º do Código Civil português segundo a qual “o

---

8. O casamento está definido no art. 1.577.º do Código Civil como “o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

direito do arrendatário comunica-se ao seu cônjuge, nos termos gerais e de acordo com o regime de bens vigente”<sup>9</sup> e que, prevista nas disposições gerais dos arrendamentos de prédios urbanos,<sup>10</sup> aplica-se tanto aos arrendamentos para fins habitacionais quanto para fins não habitacionais. Segundo Francisco Pereira Coelho a comunicabilidade do direito ao arrendamento “significa apenas que a posição do cônjuge arrendatário se comunica ao outro, ou seja, que este *também é arrendatário*, para todos os efeitos daí decorrentes”,<sup>11</sup> e deve ser analisada de acordo com o regime de bens adotado pelos cônjuges, a partir do qual é possível determinarmos se há comunicabilidade do contrato de arrendamento, ou seja “sendo o imóvel tomando de arrendamento por um arrendatário casado num dos regimes de comunhão de bens, o direito ao arrendamento comunica-se ao seu cônjuge, passando, portanto, o contrato a ter automaticamente dois arrendatários”,<sup>12</sup> dando origem a uma situação de co-arrendamento onde os sujeitos, cônjuges, são “simultaneamente e compativelmente arrendatários do mesmo objecto”,<sup>13</sup> tendo assim comunhão do gozo do imóvel “enquanto decorrência de um direito subjectivo (não conflitante) de cada um dos sujeitos relativamente à totalidade desse objecto”.<sup>14</sup> A transmissão do contrato de arrendamento terá relevância quando o regime adotado pelos cônjuges for o da separação ou o da comunhão de adquiridos,

- 
9. A previsão actual opõe-se à constante no regime anterior, segundo o art. 83.º do RAU: “seja qual for o regime matrimonial, a posição do arrendatário não se comunica ao cônjuge e caduca por morte, sem prejuízo do disposto nos dois artigos seguintes”.
  10. Nesse sentido o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, rel. Isabel Fonseca, de 06.04.2010: “Com o NRAU, como já aludimos, a regra passou a ser a da comunicabilidade, em função do regime de bens do casamento e independentemente do tipo de arrendamento, ou seja, quer nos arrendamentos habitacionais quer não habitacionais”. Disponível em: [www.trg.pt]. Acesso em: 08.06.2011.
  11. COELHO, Francisco M. Pereira. Anotação ao AC. do STJ de 2 de abril de 1987. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. ano 122. p. 140. Coimbra: Coimbra Ed., 1990. No mesmo sentido afirma Aragão Seia “a comunicabilidade do direito ao arrendamento significa que o cônjuge do arrendatário passa também a ser arrendatário e a haver um só direito com dois titulares. Trata-se de um património que pertence em comum aos dois cônjuges, mas sem se repartir entre eles em quotas ideais como na compropriedade”. SEIA, Jorge Alberto Aragão. *Arrendamento urbano*. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2003. p. 358.
  12. GARCIA, Maria Olinda. *A nova disciplina do arrendamento urbano*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 17.
  13. GARCIA, Maria Olinda. *O arrendamento plural: quadro normativo e natureza jurídica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 25.
  14. *Idem*, p. 26.

sendo nesse último caso o contrato de arrendamento anterior ao casamento e celebrado por apenas um dos cônjuges,<sup>15</sup> não haverá comunicabilidade. Nos casos em que o contrato de arrendamento se comunica entre os cônjuges em virtude do regime de bens ambos são considerados arrendatários, e ocorrendo a morte de um dos cônjuges haverá a concentração do arrendamento no cônjuge sobrevivente, não havendo, portanto, transmissibilidade da posição de arrendatário.<sup>16</sup> Conforme Rita Lobo Xavier “só haverá transmissão por morte nas situações em que o direito ao arrendamento não se comunicou entre os cônjuges, em virtude do regime de bens”.<sup>17</sup> Nas situações em que não ocorra a concentração do arrendamento na figura do cônjuge sobrevivente apenas será alcançado pela transmissão prevista no art. 1.106.º do Código Civil português o cônjuge com residência no locado, assim “a separação não obsta à transmissão desde que o cônjuge sobrevivente seja o residente no locado”.<sup>18</sup> A transmissão do contrato de arrendamento ao cônjuge que, mesmo separado de fato, permanece no locado arrendado foi discutida na vigência do art. 85.º do RAU, onde a alínea a) do n. 1 previa que “o arrendamento para habitação não caduca por morte do primitivo arrendatário ou daquele a quem tiver sido cedida a sua posição contratual, se lhe sobreviver: a) cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens ou de facto”.<sup>19</sup> Pereira Coelho, na vigência

- 
15. DIAS, Urbano. Transmissão do arrendamento por morte e em vida. *O Direito*. ano 138. p. 337. Coimbra: Almedina, 2006. FALCÃO, José Diogo. A transmissão do arrendamento para habitação por morte do arrendatário no NRAU. *Revista da Ordem dos Advogados*. n. 3. ano 67. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2007. Disponível em: [www.oa.pt]. Acesso em: 10.06.2011.
  16. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Ob. cit., p. 118, nota 106.
  17. XAVIER, Rita Lobo. O regime dos novos arrendamentos urbanos e a perspectiva do direito da família. *O Direito*. vol. II-III. ano 136. p. 331. Lisboa: Juridireito, 2004.
  18. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O novo regime do arrendamento urbano: contributos para uma análise. *Cadernos de Direito Privado*. n. 14. p. 14. Braga: Cejur, abr.-jun. 2004. No mesmo sentido José Diogo Falcão “(...) não sendo o contrato de arrendamento comunicável – se o cônjuge que celebrou o contrato abandonar o lar e passar a residir noutro local (mera separação de facto), continuando a viver no local arrendado o outro cônjuge, com a morte do cônjuge arrendatário o arrendamento transmite-se ao cônjuge sobrevivente”. Ob. cit.
  19. A separação de pessoas e bens não dissolve o vínculo conjugal, porém determina a cessação dos deveres de coabitação e assistência, sem prejuízo do direito a alimentos (art. 1.795.º-A do Código Civil); enquanto a separação de facto tem seu conceito previsto, para efeitos do divórcio litigioso, no art. 1.782.º, n. 1, do Código Civil onde, é definida como a situação em que “não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer”. Na separação de pessoas

do art. 1.111.<sup>o20</sup> do Código Civil português, ante a hipótese de transmissão do arrendamento mesmo nos casos em que os cônjuges estivessem separados de fato aduz que “o preceito só terá querido excluir da sucessão o cônjuge sobrevivente que, separado de facto do arrendatário falecido tinha estabelecido residência em outro local e, por isso, presumivelmente, não carecia do prédio arrendado para sua habitação; pretendendo proteger a estabilidade da habitação familiar, não se entenderia porém, que se aplicasse no caso contrário, ou seja, no caso de ser o próprio cônjuge sobrevivente que, após a separação de facto, continuou a viver no prédio arrendado, tendo sido o outro cônjuge que estabeleceu em local diferente a sua habitação”.<sup>21</sup> Esse foi o entendimento adotado pelo NRAU ao estabelecer como condição à transmissão do contrato de arrendamento apenas que o cônjuge sobrevivente tenha residência no local. Acerca dessa exigência, entendemos que, apenas se justifica o benefício da transmissão do arrendamento quando tratar-se de residência permanente, entendida como “a casa em que o arrendatário tem o centro ou sede da sua vida familiar e social e da sua economia doméstica; a casa em que o arrendatário, estável ou habitualmente, dorme, toma as suas refeições, convive e recolhe a sua correspondência; o local em que tem instalada e organizada a sua vida familiar e a sua economia doméstica – o seu lar, que constitui o centro ou sede dessa organização”.<sup>22</sup>

---

e bens podem as partes acordarem acerca do destino da casa da morada de família e do direito ao arrendamento, o que, na falta de acordo, pode ser decretado pelo Tribunal (arts. 1.105.º, 1.793.º e 1.794.º do Código Civil e art. 84.º do RAU).

20. Art. 1.111.º, n. 1: “O arrendamento não caduca por morte do primitivo arrendatário ou daquele a quem tiver sido cedida a sua posição contratual, se lhe sobreviver cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens ou de facto (...)”.
21. COELHO, Francisco Manuel Pereira. Anotação... cit., p. 142. Esse entendimento foi sufragado pela jurisprudência, como no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20.02.2011, rel. Sampaio Beja: “O facto do arrendatário falecido, uns anos antes da sua morte ter abandonado o lar conjugal, não impede a transmissão do arrendamento para o cônjuge sobrevivente, que se manteve no arrendado”; e no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.02.2000, rel. Ferreira Mesquita, segundo o qual “a alínea a) do n. 1 do art. 85.º do RAU deve ser interpretada restritivamente, naqueles casos em que o cônjuge arrendatário abandona o arrendado, continuando a viver neste o cônjuge sobrevivente, após a separação de facto. Nestes casos, o arrendamento não caduca por morte do primitivo arrendatário, transmitindo-se ao cônjuge sobrevivente, observados que se mostrem os requisitos previstos neste diploma”. Disponível em: [www.trl.pt]. Acesso em: 10.06.2011.
22. Trecho do Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Portugal, de 03.05.1985, relator Amaral Aguiar. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 345, p. 372.

### 3.2 Pessoa que com o arrendatário vivesse no locado em união de fato e há mais de um ano

O NRAU alterou o regime da transmissão<sup>23</sup> da posição de arrendatário em relação à pessoa que vive em união estável<sup>24</sup> que agora figura na mesma posição hierárquica do cônjuge sobrevivente.<sup>25</sup> A união de fato, tal como no casamento, pressupõe uma comunhão de leito, mesa e habitação,<sup>26</sup> mas a equiparação hierárquica reconhecida na alínea a) do art. 1.106.º do Código Civil entre o cônjuge e a pessoa que viva em união de fato opera apenas para efeito de transmissão da posição contratual por morte do arrendatário. Sendo instituto diverso do casamento não se aplicam às pessoas que vivam em união de fato as considerações acerca da comunicabilidade do contrato de arrendamento em

- 
23. Na vigência da lei anterior (RAU) os filhos do arrendatário tinham prioridade em relação à pessoa que vivia em união de facto. A transmissão por morte estava prevista no art. 85.º e pela ordem de prioridade ali estabelecida figurava em primeiro lugar o cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens ou de facto, seguido do descendente com menos de um ano de idade ou que com ele convivesse há mais de um ano, e só posteriormente figurava a pessoa que com ele viva em união de facto há mais de dois anos, quando o arrendatário não fosse casado ou estivesse separado judicialmente de pessoas e bens.
  24. A união estável é tratada na Lei 7/2001, de 11 de maio, que em seu art. 1.º, n. 2 estabelece que “união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”.
  25. Não há concorrência entre o cônjuge e o membro sobrevivente da união de facto na transmissão da posição de arrendatário. É que apesar de ambos ocuparem o mesmo lugar na ordem hierárquica estabelecida no art. 1.106.º do Código Civil para que haja o reconhecimento da união de facto cumpre observar os impedimentos estabelecidos no art. 2.º da Lei 7/2001, dentre os quais figura o casamento não dissolvido. Segundo o referido artigo “são impeditivos dos efeitos jurídicos decorrentes da presente lei: a) Idade inferior a 16 anos; b) Demência notória, mesmo nos intervalos lúcidos, e interdição ou inabilitação por anomalia psíquica; c) Casamento anterior não dissolvido, salvo se tiver sido decretada separação judicial de pessoas e bens; d) Parentesco na linha recta ou no 2.º grau da linha colateral ou afinidade na linha recta; e) Condenação anterior de uma das pessoas como autor ou cúmplice por homicídio doloso ainda que não consumado contra o cônjuge do outro”. Portanto não é possível haver a transmissão da posição de arrendatário aqui tratada em favor do cônjuge com residência no locado e do sobrevivente da união de facto.
  26. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito de família*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. vol. I, p. 62. José António de França Pitão acrescenta que a coabitação é o principal efeito pessoal da união de facto “na medida em que não se pode entender uma sem a outra”. *Unões de facto e economia comum*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 114-115.

consequência do regime de bens<sup>27</sup> que, como vimos, pode fazer que, com a morte de um dos cônjuges, o contrato de arrendamento se concentre no cônjuge sobrevivente. Todavia assim como os cônjuges casados em regime de separação de bens podem, por convenção expressa,<sup>28</sup> figurar como coarrendatários do contrato de arrendamento, as pessoas que vivam em união de fato também podem fazê-lo por acordo entre senhorio e arrendatários.

A redação da alínea a) acrescenta dúvidas para a transmissão do arrendamento nos casos de união de fato ao estabelecer que se desenrole no local “e há mais de um ano”. Essa previsão gera algumas questões interpretativas, quais sejam: se o critério temporal se refere à união de fato, à permanência do casal no local arrendado ou a ambos simultaneamente. Como pontua Sousa Ribeiro não é tarefa fácil tomar posição sobre a matéria seja pela ausência de trabalhos preparatórios que esclareçam a intenção legislativa, seja pelo fato “de não deporem em sentido único as inferências a retirar dos elementos disponíveis”.<sup>29</sup>

A primeira interpretação implica em um encurtamento do prazo de dois anos previsto no art. 1.º, n. 1, da Lei 7/2001, ou seja, para os efeitos previstos nesse dispositivo, a transmissão da posição do arrendatário em caso de morte, o prazo mínimo constitutivo da união de fato passa a ser de um ano. No segundo caso trata-se de uma exigência suplementar aos requisitos gerais da união

---

27. O legislador estendeu à união de facto alguns efeitos jurídicos atribuídos ao casamento no âmbito da assistência social, direito a alimentos e garantia de habitação (arts. 3.º, 4.º e 6.º da Lei 7/2001, de 11 de maio). Os direitos que a lei faz depender da declaração judicial de dissolução da união de facto é o da constituição de um direito ao arrendamento ou de transmissão do direito de arrendamento para o não arrendatário, cfr. art. 4.º, n. 4, da Lei 7/2001, não sendo aplicáveis à união de facto as normas pertinentes ao regime de bens do casamento. Nesse sentido o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Portugal, de 07.05.2001, rel. Armando Lourenço: “Contrariamente à sociedade conjugal o legislador, embora tenha tomado partido quanto à regulamentação de alguns aspectos das relações derivadas da união de facto, não tomou posição sobre a regulamentação dos patrimónios. No que toca ao regime de bens entre os unidos de facto, dependerá da vontade deles regular o uso e fruição desses bens. Na falta de regulamentação voluntária, temos sempre que, sobre os patrimónios de cada um, o outro nada tem, é estranho”. No mesmo sentido o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 02.19.2004, rel. Alziro Cardoso: “I – A união de facto dissolve-se por vontade de um dos seus membros não tendo, em regra, de ser declarado judicialmente. II – Interposta a acção nessas circunstâncias, existirá falta de ‘interesse em agir’. III – Na união de facto não há ‘bens comuns’ sujeitos a partilha finda a união”. Disponíveis em: [www.dgsi.pt]. Acesso em: 10.06.2011.

28. GARCIA, Maria Olinda. *O arrendamento...* cit., p. 127.

29. RIBEIRO, Joaquim Sousa. *Ob. cit.*, p. 14.

de fato, segundo a qual, além de viver em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos, é necessário que já residissem há pelo menos um ano no local arrendado à data da morte do arrendatário. A interpretação pela via da simultaneidade dos prazos impõe que, para que se verifique o direito à transmissão, a união de fato dure há mais de um ano e que tenha decorrido, por igual período, no local arrendado.

Cunha de Sá e Leonor Coutinho advogam essa última via de interpretação. Os autores confrontam a norma do referido artigo com o previsto nas normas transitórias (art. 53.º, n. 1, alínea b), segundo o qual o arrendamento para habitação não caduca por morte do primitivo arrendatário quando lhe sobreviva “pessoa que com ele vivesse em união de facto com residência no locado”. Segundo os autores o regime transitório é mais favorável em relação ao previsto no NRAU vez que “nos arrendamentos de pretérito, não se exige à pessoa que, à data da morte do arrendatário, viva com ele no local arrendado em união de facto um período mínimo para tal união de facto ou para utilização conjunta do locado”, enquanto que aos contratos celebrados depois do NRAU “exige-se que essa pessoa viva no local em união de facto com o arrendatário há mais de um ano – o requisito temporal abrange as duas modalidades: união de facto e coabitação no local arrendado”.<sup>30</sup>

Pinto Furtado ao confrontar o tema aduz que não há união de fato sem que seja observada a imposição legal de uma consolidação de dois anos, e portanto, “o mínimo que se pode exigir é que, quando elas se tenham iniciado em outra residência, terão, ao menos, de, dentro dos dois anos, somar um ano na do arrendatário pré-defunto”.<sup>31</sup> Olinda Garcia atenta que a leitura isolada da última parte da alínea a) pode suscitar dúvida quanto a que se refere, afinal, o lapso temporal ali mencionado: se ao tempo de união de fato ou ao tempo de vivência no local. Caso o lapso temporal recaia sobre o tempo de vivência no local, e não sobre a união de fato, essa união teria então de observar o prazo de dois anos estabelecido na Lei 7/2001 para a generalidade dos seus efeitos.

---

30. SÁ, Fernando Augusto Cunha de; COUTINHO, Leonor. *Arrendamento urbano*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 103.

31. FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Manual de arrendamento urbano*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. vol. II, p. 622. No mesmo sentido Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira: “cremos que a expressão deve ser entendida no seu sentido literal: o arrendamento transmite-se à pessoa que tenha vivido com o arrendatário em união de facto há mais de dois anos (como o exige o art. 1.º, n. 1, da Lei 7/2001) e, além disso, tenha vivido com ele no locado há mais de um ano (naturalmente, bastam dois anos de vivência em união de facto se pelo menos um não tiver sido vivido no local arrendado)”. *Curso de Direito...* cit., p. 86.

Sendo assim “existiria uma grave discrepância entre a pessoa que vivesse em economia comum com o arrendatário porque para esta categoria de pessoas resulta claramente da alínea b) que o prazo de um ano se refere ao tempo de vivência em economia comum, não fazendo nenhuma referência ao local arrendado, pelo que tal convivência poderia ter-se iniciado numa residência anterior”.<sup>32</sup> A autora afirma ainda que “entendendo-se que o prazo de um ano, referido na alínea a), respeita ao modo de vivência, tal como na alínea b), deverá notar-se que o favorecimento destas duas categorias de sujeitos não se traduz num agravamento da posição do senhorio, porquanto este sujeito tem agora um poder mais amplo para extinguir o arrendamento do que tinha anteriormente. Deste modo, o favorecimento daqueles sujeitos na transmissão por morte não faz alongar a relação de arrendamento como poderia fazer no anterior regime vinculístico”.<sup>33</sup> Sousa Ribeiro considera que a literalidade do texto deve ceder diante de outros elementos hermenêuticos que devem prevalecer, e que considerada a história legislativa do tratamento da matéria “a exigência de um ano de convivência foi posta apenas às situações em que o título de chamamento não era garantia bastante de uma residência permanente comum com o arrendatário falecido. O direito à transmissão visa assegurar a continuidade do gozo da casa de morada da família, não a aquisição desse direito”.<sup>34</sup> Segundo o Autor a exigência de perduração mínima de convivência no locado,<sup>35</sup> não exigida para os casos da alínea b), “comportaria um tratamento diferenciado do membro sobrevivente de união de facto em relação

---

32. GARCIA, Maria Olinda. *A nova...* cit., p. 41.

33. *Idem*, *ibidem*.

34. RIBEIRO, Joaquim Sousa. *Ob. cit.*, p. 15.

35. Pereira Coelho, reportando-se ao texto original da alínea e) do n. 1 do art. 85.º do RAU, aduz que “a lei não exige que o arrendatário e a pessoa que pretenda suceder-lhe no direito ao arrendamento tenham convivido durante cinco anos em união no local arrendado; na ideia da lei, só uma união estável justifica a atribuição ao sobrevivente de um direito à transmissão do arrendamento, e o decurso do prazo de cinco anos é um índice de estabilidade da relação, não importando, porém, deste ponto de vista, que a convivência tenha decorrido durante parte dos cinco anos em outro lugar”. *Breves notas ao regime do arrendamento urbano. Revista de Legislação e Jurisprudência*. ano 131. p. 233-234. Coimbra: Coimbra Ed., 1999, nota de rodapé n. 87. No mesmo sentido João Sérgio Teles de Menezes Correia Leitão sobre a alínea c) do n. 1 do art. 85.º do RAU ante ao prazo do art. 1.º, n. 1, da Lei 7/2001 ‘não julgamos (...) que esta formulação tautológica constante da alínea c) do n. 1 do art. 85.º em face do referido na Lei 7/2001 possua como objectivo marcar que a vivência comum em sede de união de facto tem que decorrer durante aquele período de dois anos *no local arrendado*’. *Ob. cit.*, p. 328-329.

aos restantes chamados, contraditório com a sua parificação ao cônjuge na ordem de chamada e com menor valia, no novo quadro legal de oposição à renovação e de denúncia pelo senhorio, do benefício alcançado”,<sup>36</sup> e conclui que o período referido na alínea a) traduz uma alteração de pressupostos legais com a facilitação da transmissão “onde anteriormente se exigia dois anos de relação, passa a exigir-se apenas um”.<sup>37</sup> Diogo Falcão considera que estará caracterizada a união de fato desde que se verifique uma comunhão de cama, mesa e habitação, e que tal união para efeitos da transmissão do direito ao arrendamento terá de durar há, pelo menos, um ano.<sup>38</sup> Menezes Leitão acompanha a doutrina segundo a qual a interpretação de que o lapso temporal se refere tanto à permanência no locado como à duração da união de fato “levaria a estabelecer um requisito para o cônjuge de facto, que não se estabeleceria nem para o cônjuge do arrendatário, nem para as pessoas que vivem em economia comum”, e conclui que “o prazo geral de dois anos para a relevância jurídica da união de facto, estabelecido no art. 1.º, n. 1, da Lei 7/2001, de 11 de maio, vem a ser objecto de excepção no art. 1.106.º, que a considera relevante apenas ao fim de um ano”.<sup>39</sup>

Parece-nos que a interpretação no sentido de que o prazo em comento atenua o exigido pela Lei 7/2001, de 11 de maio, sem impor a necessidade de que residência no locado há mais de um ano, para efeitos da transmissão do direito ao arrendamento é a mais coerente com a leitura do artigo e com o contexto da lei.<sup>40</sup> Seguimos o entendimento de que não há razões para haver um tratamento mais rígido sobre a pessoa que viva em união de fato (alínea a) em relação à

---

36. RIBEIRO, Joaquim Sousa. Ob. cit., p. 15.

37. Idem, p. 16.

38. FALCÃO, José Diogo. Ob. cit.

39. LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Ob. cit., p. 118, nota 107.

40. França Pitão, face à rigidez do prazo estabelecido pela legislação anterior para que fosse atribuída relevância à união de facto no caso de transmissão do arrendamento *mortis causa*, pondera quanto à justeza do critério estabelecido o qual considera “nada consentâneo com a proteção que deveria ser dada em matéria socialmente tão delicada como é o arrendamento para habitação”. A crítica do autor recai sobre o prazo mínimo de cinco anos então estabelecido no RAU – art. 85.º, n. 1, alínea e) – para que a união de facto relevasse em matéria de transmissão do arrendamento *mortis causa* quando à possibilidade de atribuição de alimentos por morte de um dos companheiros a previsão legal era de que vivessem em *união de facto há mais de dois anos* (disposição do art. 85.º foi entretanto alterada pela redacção que lhe foi dada pelo art. 5.º da Lei 135/1999, e posteriormente pelo art. 5.º da Lei 7/2001). Ob. cit., p. 233.

que viva em economia comum (alínea b), quando a essa última a lei estabelece que a vivência se dê “há mais de um ano”. A opção legislativa<sup>41</sup> de atenuação do prazo mínimo de duração da união de fato previsto no art. 1.106.º do Código Civil português releva apenas para os efeitos ali previstos e não afasta a necessidade de observação dos demais pressupostos da qualificação de uma relação como união de fato, como a comunhão de leito, mesa e habitação, observados os impedimentos previstos no art. 2.º da Lei 7/2001, de 11 de maio.

### 3.3 *Pessoa que com o arrendatário residisse em economia comum e há mais de um ano*

A Lei 6/2001, de 11 de maio, que tutela o regime de proteção das pessoas que vivam em economia comum acrescentou a alínea f) ao art. 85.º do RAU que passou a prever a possibilidade de transmissão da posição do arrendatário em favor da pessoa que com ele vivesse em economia comum. Assim passaram a ser titulares do direito à transmissão do arrendamento as “pessoas que com ele vivessem em economia comum há mais de dois anos”. A Lei 6/2001 traz o conceito de economia comum em seu art. 2.º, de acordo com o qual “entende-se por economia comum a situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entreatajuda ou partilha de recursos”, o n. 2 do mesmo artigo acrescenta que “o disposto na presente lei é aplicável a agregados constituídos por duas ou mais pessoas, desde que pelo menos uma delas seja maior de idade”.

A transmissão da posição do arrendatário por morte em favor da pessoa que com ele viva em economia comum é também tutelada no NRAU. A alínea b) do art. 1.106.º do Código Civil português encurtou, face ao previsto no regime anterior e na Lei 6/2001, de dois para um ano o prazo estabelecido para que a vivência em economia comum releve para efeito da transmissão do direito ao arrendamento por morte do arrendatário.<sup>42</sup> Para ter direito à transmissão é preciso residir<sup>43</sup> no locado e viver em economia comum com o arrendatário. Para

---

41. DIAS, Urbano. Ob. cit., p. 337.

42. Esse prazo coincide com o estabelecido na alínea c) do n. 1 do art. 1.072.º do Código Civil, que trata do dever do arrendatário de efetivamente usar a coisa para o fim contrato, não podendo deixar de a utilizar por mais de um ano, salvo, entre outras hipóteses, a sua utilização por quem tendo direito a fazê-lo o faça há mais de um ano. Caso contrário o senhorio pode resolver o contrato com base no art. 1.083.º, n. 1, alínea d), do Código Civil.

43. Nesse sentido Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa 06.01.2006, rel. Aguiar Pereira: “O conceito de residência permanente não é exclusivamente definido pelo

caracterizar a economia comum não basta viver no local arrendado e tomar ali suas refeições, é também necessário que a convivência entre essas pessoas e o arrendatário prossiga algum dos objetivos estabelecidos pela Lei 6/2001, ou seja, entreajudada ou partilha de recursos.<sup>44</sup> Devem também ser observados os impedimentos à produção dos efeitos jurídicos à situação de economia comum, previstos no art. 3.º da Lei 6/2001, quais sejam: a) a existência entre as pessoas de vínculo contratual, designadamente sublocação e hospedagem, que implique a mesma residência ou habitação comum; b) a obrigação de convivência por prestação de actividade laboral para com uma das pessoas com quem viva em economia comum; c) as situações em que a economia comum esteja relacionada com a prossecução de finalidades transitórias; d) encontrar-se alguma das pessoas submetida a situação de coacção física ou psicológica

---

facto de se dormir ou de se tomar refeições em determinado local, embora tais circunstâncias sirvam, na generalidade dos casos, para esse efeito, posto que tais actos sejam praticados com estabilidade; releva de igual modo ter o arrendatário, de forma estável, nesse local organizado e instalado o centro da sua vida doméstica, nele praticar os actos em que se desdobra a vida quotidiana”. Disponível em: [www.trl.pt]. Acesso em: 10.06.2011.

44. Nesse sentido o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Portugal, de 25.11.2004, rel. Cardona Ferreira: “(...) II. O conceito de ‘economia comum’ pressupõe uma comunhão de vida, com base num lar em sentido familiar, moral, e social, uma convivência conjunta com especial ‘affectio’ ou ligação entre as pessoas envolvidas, convivência essa que não impõe a permanência no sentido físico, antes admitindo eventuais ausências, sem intenção de deixar a habitação, com sujeição a uma economia doméstica comum com a quebra dos laços estabelecidos, verificando-se, assim, apenas uma única economia doméstica, contribuindo todos ou só alguns para os gastos comuns. III. A ‘ratio legis’ radica na protecção da estabilidade do agregado familiar com sede no arrendado (que não no interesse económico do senhorio)”. Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28.06.2006, rel. Maria do Rosário Morgado: “I – A transmissão por morte do arrendamento para habitação verifica-se, nos termos da alínea f) do n. 1 do art. 85.º do Regime do Arrendamento Urbano, a favor das pessoas que vivessem com o arrendatário em economia comum há mais de dois anos. II – A prova dessa vivência em comum não se satisfaz com a demonstração de que o transmissário dorme e/ou toma as refeições (mesmo que isso aconteça todos os dias) na casa do arrendatário. III – Exige-se a prova de uma real e efectiva integração na vida familiar do arrendatário sob pena de uma mera relação de hospedagem entre parentes se converter em relação familiar para o efeito de preenchimento do aludido segmento legal (...) o que verdadeiramente importa é apurar se os laços estabelecidos entre o arrendatário e o ‘transmissário’, não são (apenas) de natureza jurídico-formal, antes traduzem uma verdadeira malha relacional capaz de justificar a excepção prevista na lei”. Disponível em: [www.dgsi.pt]. Acesso em: 12.06.2011.

ou atentatória da autodeterminação individual. Os impedimentos à constituição da situação de economia comum não coincidem com aqueles que o art. 2.º da Lei 7/2001 estabelece relativamente à união de facto. O n. 3 do art. 1.º da Lei 6/2001 estabelece que “não constitui facto impeditivo da aplicação da presente lei a coabitação em união de facto”;<sup>45</sup> assim, verificado algum dos obstáculos ao reconhecimento da união de facto e não podendo haver a transmissão ao abrigo da alínea a), a pessoa que vivia com o arrendatário poderá ainda ser tutelada havendo transmissão do arrendamento “à pessoa que vivia objectivamente em união de facto com o arrendatário, no caso de se apurar que aquela residia com este em economia comum e há mais de um ano, nos termos da alínea b) do n. 1 do art. 1.106.º do Código Civil”.<sup>46</sup>

O art. 1.093.º do Código Civil português enumera as pessoas que podem residir no local arrendado, além do arrendatário, nos arrendamentos para habitação, e aponta no n. 1.º, alínea a) “todas as pessoas que com ele vivam em economia comum”, o n. 2 prevê que “consideram-se sempre como vivendo com o arrendatário em economia comum a pessoa que com ele viva em união de facto, os seus parentes ou afins na linha recta ou até 3.º grau na linha colateral, ainda que paguem alguma retribuição, e bem assim as pessoas relativamente às quais, por força da lei ou de negócio jurídico que não respeite à habitação, haja obrigação de convivência ou de alimentos”.<sup>47</sup> Esses sujeitos previstos no n. 2, desde que vivessem com o arrendatário, “são presumidos *juris et de jure* como tendo-o feito em economia comum, os outros sujeitos que não tenham com o arrendatário qualquer das relações referidas no citado n. 2 do art. 1.093.º, são onerados com a prova da ocorrência dos requisitos da economia comum”.<sup>48</sup>

Por força do previsto no n. 2 do art. 1.093.º são excluídas da presunção as pessoas que habitem o local arrendado por força de negócio jurídico que respeite diretamente à habitação, como é caso da hospedagem e do subarrendamento, e são incluídas na presunção de economia comum as pessoas que habitem o local em função de um negócio que não respeite diretamente à habitação, como por exemplo, uma empresa doméstica interna ou uma pessoa

---

45. Cfr. Pitão França “na prática, a fronteira entre a situação de economia comum entre duas pessoas e de união de facto nem sempre pode ser fácil de determinar ou delimitar face à dificuldade de se provar se existem relações sexuais entre elas e, em caso afirmativo, se têm carácter de assiduidade”. Ob. cit., p. 343, nota 14.

46. FALCÃO, José Diogo. Ob. cit.

47. Assim também já previa o art. 76.º, n. 2, do RAU, em relação ao qual o novo regime acrescentou apenas a “pessoa que com ele viva em união de facto”.

48. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Ob. cit., p. 13.

que preste cuidados de permanentes ao arrendatário. Todavia, apesar da presunção de que vivem em economia comum com o arrendatário, não poderão ser integradas na categoria prevista na alínea b) do art. 1.106.º do Código Civil português, uma vez que “tais vínculos contratuais constituem impedimentos à produção dos correspondentes efeitos jurídicos, nos termos das alíneas a) e b) do art. 3.º da Lei 6/2001”.<sup>49</sup>

#### 4. ORDEM SUCESSÓRIA

O n. 2 do art. 1.106.º do Código Civil português estabelece uma regra de hierarquização das transmissões segundo a qual a posição do arrendatário transmite-se em igualdade de circunstâncias, sucessivamente ao cônjuge sobrevivente ou pessoa que, com o falecido, vivesse em união de fato, em segundo lugar para o parente ou afim mais próximo ou de entre estes para o mais velho, ou na falta de parentes ou afins, para o mais velho de entre as restantes pessoas que com ele residissem em economia comum há mais de um ano. Assim, fica afastada a possibilidade da transmissão do arrendamento abranger uma pluralidade de beneficiários.

A ordem sucessória agora estabelecida difere da prevista no Regime anterior (RAU), onde o descendente com menos de um ano de idade ou que vivesse

---

49. GARCIA, Maria Olinda. Transmissão do direito ao arrendamento habitacional por morte do arrendatário – Alterações introduzidas pelas Leis n. 6/2001 e n. 7/2001, ambas de 11 de maio. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. n. 78. p. 633. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2002. Segundo França Pitão o conceito de economia comum, antes da Lei 6/2001, de 11 de maio, “começou por pontuar a propósito do leque de pessoas que podiam residir com o arrendatário, as quais estavam consideradas na alínea a) do n. 1 do art. 1.109.º do Código Civil, revogada pelo n. 1 do art. 3.º do Dec.-lei 321-B/1990, de 15 de outubro, que aprovou o Regime do Arrendamento Urbano. Ora, no domínio de aplicação do Código Civil, na sua redacção original, para que se falasse de economia comum em matéria de arrendamento não era necessário que se verificasse exactamente uma situação de comunhão nas despesas e encargos ou mesmo que as refeições fossem preparadas ou tomadas em comum. De facto, o n. 2 do citado preceito não determinava a obrigação de convivência e alimentos, mas antes a disjuntiva *obrigação de convivência* ou *de alimentos*, o que se permitia que se considerasse abrangida por esse direito de transmissão do arrendamento uma *empregada doméstica residente*, a qual prestando serviços na casa, ocupando-se da sua limpeza, lavando roupa e cozinhando, enquadrava uma situação fáctica correspondente ao desenvolvimento de uma actividade integrada no cumprimento de contrato de trabalho ou de prestação de serviços, que se traduzem em negócios jurídicos que não respeitavam directamente à habitação, mas que implicavam convivência obrigatória, quando se tratava de empregada residente”. Ob. cit., p. 337-338.

com arrendatário há mais de um ano tinha preferência em relação à pessoa que vivesse com o arrendatário em união de fato, bem como em relação aos ascendentes para efeitos de transmissão do arrendamento por morte do arrendatário. Preceituava o n. 3 do revogado art. 85.º do RAU que “(...) a posição do arrendatário transmite-se, pela ordem das respectivas alíneas, às pessoas nele referidas, preferindo, em igualdade de condições, sucessivamente, o parente ou afim mais próximo e mais idoso”.

Na ordem estabelecida pelo NRAU a pessoa que vive em união de fato está na mesma posição hierárquica do cônjuge, tendo assim preferência sobre os demais na transmissão, posteriormente o parente ou afim mais próximo e entre esses para o mais velho, assim “caso o arrendatário seja solteiro, viúvo, divorciado e não viva em união de facto, mas resida com os seus pais e com um ou vários filhos, à sua morte o contrato de arrendamento transmite-se aos seus pais (e, de entre estes, para o progenitor mais velho), porquanto sendo os pais e filhos parentes no 1.º grau da linha reta do arrendatário, os pais do arrendatário serão necessariamente mais velhos que o filho ou filhos deste”.<sup>50</sup>

O n. 3 do art. 1.106.º do Código Civil português estabelece que “a morte do arrendatário nos seis meses anteriores à data da cessação do contrato dá ao transmissário o direito de permanecer no local por período não inferior a seis meses a contar do decesso”. O prazo de seis meses ali previsto coincide com o prazo estabelecido no art. 1.053.º, segundo o qual verificada alguma das hipóteses de caducidade do contrato de arrendamento previstas nas alíneas b) e seguintes do art. 1.051.º, dentre as quais está a hipótese de morte do arrendatário, a restituição do prédio arrendado só pode ser exigida passados seis meses sobre a verificação do fato que determina a caducidade. De acordo com Romano Martinez o prazo do art. 1.051.º para desocupação do imóvel é justificável porque, exceto na hipótese de fim do prazo estipulado ou estabelecido por lei, “nos restantes casos de caducidade, o arrendatário poderia não estar prevenido e seria gravosa a obrigação de entrega imediata do bem locado”.<sup>51</sup> Todavia na situação prevista no n. 3 do art. 1.106.º o contrato já seria extinto quando o arrendatário veio a falecer, assim a entrega do bem já era esperada, nesse quadro

---

50. FALCÃO, José Diogo. Ob. cit..

51. MARTINEZ, Pedro Romano. Regime de locação civil e contrato de arrendamento urbano. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO; Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2002. vol. III, p. 31. Cumpre esclarecer que os comentários do autor são anteriores ao NRAU, que alterou o prazo estabelecido no art. 1.053.º do Código Civil, que com a nova redação passou de três para seis meses.

não vemos, em princípio, nenhuma razão para que a permanência do morador sobrevivo seja prolongada. Sousa Ribeiro considera que imposição do prazo estabelecido pelo n. 3 do art. 1.106.º “não se coadunando com os princípios que regem a sucessão de posições contratuais e não estando em causa a tutela de expectativas razoáveis – o transmissário, tal como o arrendatário, tem conhecimento da próxima desocupação do prédio –, não vemos justificação para ela, pelo menos quando a extinção resulta de um acto anterior do inquilino ou de um acto revogatório”.<sup>52</sup>

## 5. TRANSMISSÃO POR MORTE DO ARRENDATÁRIO NO REGIME TRANSITÓRIO

O critério geral para aplicação da lei no tempo previsto no art. 59.º da Lei 6/2006 – NRAU, determina no n. 1.º que “o NRAU aplica-se aos contratos celebrados após a sua entrada em vigor, bem como às relações contratuais que subsistam nessa data, sem prejuízo do previsto nas normas transitórias”. Essas últimas constam dos arts. 26.º a 58.º da Lei 6/2006 e estabelecem os arts. 26.º, n. 2, e 27.º que aos contratos de arrendamento para habitação celebrados antes da entrada em vigor do NRAU e que subsistam na data da sua entrada em vigor, são aplicadas, aos casos de transmissão por morte, as regras constantes do art. 57.º cuja epígrafe é “transmissão por morte no arrendamento para a habitação”. Esta disposição legal encontra-se integrada na Secção III do Capítulo II do Título II, o qual é, por inteiro, dedicado às normas transitórias.

Dispõe o art. 57.º:

“1 – O arrendamento para habitação não caduca por morte do primitivo arrendatário quando lhe sobreviva:

- a) Cônjuge com residência no locado;
- b) Pessoa que com ele vivesse em união de facto, com residência no locado;
- c) Ascendente que com ele convivesse há mais de um ano;
- d) Filho ou enteado com menos de um ano de idade ou que com ele convivesse há mais de um ano e seja menor de idade ou, tendo idade inferior a 26 anos, frequente o 11.º ou 12.º ano de escolaridade ou estabelecimento de ensino médio ou superior;
- e) Filho ou enteado maior de idade, que com ele convivesse há mais de um ano, portador de deficiência com grau comprovado de incapacidade superior a 60%.

---

52. RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Ob. cit., p. 16.

2 – Nos casos do número anterior, a posição do arrendatário transmite-se, pela ordem das respectivas alíneas, às pessoas nele referidas, preferindo, em igualdade de condições, sucessivamente, o ascendente, filho ou enteado mais velho.

3 – Quando ao arrendatário sobreviva mais de um ascendente, há transmissão por morte entre eles.

4 – A transmissão a favor dos filhos ou enteados do primitivo arrendatário, nos termos dos números anteriores, verifica-se ainda por morte daquele a quem tenha sido transmitido o direito ao arrendamento nos termos das alíneas a), b) e c) do n. 1 ou nos termos do número anterior”.

O artigo acima transcrito, assim como o art. 85.º do RAU, refere-se ao “primitivo arrendatário”, mas a conclusão inicial de que a transmissão da posição do arrendatário só pode ocorrer uma vez,<sup>53</sup> é afastada pelos n. 3 e 4 do mesmo artigo. No regime transitório, face ao previsto no RAU, há uma redução das hipóteses de transmissão do direito ao arrendamento,<sup>54</sup> e em todas as hipóteses faz-se a exigência de residência no locado.<sup>55</sup> Aos contratos celebrados antes do NRAU pela ordem hierárquica estabelecida no art. 57.º o contrato de arrendamento se transmitirá ao cônjuge, a quem a lei estabelece apenas que deve residir no locado, ou à pessoa que com o arrendatário vivesse em união de fato; ao ascendente que com ele viva há mais de um ano, ou ao filho ou enteado

---

53. MORAIS, Fernando Gravato. *Arrendamento para habitação – Regime transitório*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 60.

54. Além da alteração dos critérios para transmissão aos descendentes, foi retirada a possibilidade de transmissão do arrendamento às pessoas que com o arrendatário vivessem em economia comum há mais de dois anos, como perversa a alínea f), do n.º 1 do artigo 85.º do RAU.

55. FRAGA, Francisco Castro. O regime do novo arrendamento urbano – As normas transitórias. *Revista da Ordem dos Advogados*. vol. I. ano 66. 2006. Disponível em: [www.oa.pt]. Acesso em: 01.06.2011. Acreditamos que o legislador deveria ter optado pelo uso do termo “residência” em substituição à “convivência”, como fez no art. 1.106.º do Código Civil, isso porque o art. 85.º do RAU também condicionava a transmissão do arrendamento à convivência com o arrendatário; o emprego do termo levantou algumas dúvidas acerca do seu significado. Concordamos com a doutrina segundo a qual a convivência, para fins de transmissão do arrendamento urbano, deve corresponder à ideia de residência permanente, como aduz Francisco Pereira Coelho “a protecção *excepcional* concedida a determinados familiares no n. 1 do art. 85.º só encontra justificação se esses familiares já *residiam* com o arrendatário à data da morte deste”. *Breves notas... cit.*, p. 232. Também nesse sentido: SOUSA, António Pais de. *Anotações ao regime do arrendamento urbano*. 6. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2001. p. 272-274.

desde que observadas as imposições legais. De acordo com o previsto no n. 2 a transmissão deve respeitar a ordem das alíneas a) a e), e deve ser observada a preferência do transmissário mais velho. A solução é aplicável, por exemplo, à hipótese de ambos os ascendentes residirem com o primitivo arrendatário há mais de um ano no momento da morte.

A alínea b) não aponta qual o prazo de vivência em união de fato para que o direito à transmissão do arrendamento seja adquirido, portanto acompanhamos o entendimento<sup>56</sup> de que se deve observar o prazo mínimo relevante para a produção dos efeitos da união de fato em geral, bem como os impedimentos estabelecidos na Lei (arts. 1.º e 2.º, alíneas a) a e) da Lei 7/2001).

No regime transitório foi alterada a posição de descendentes e ascendentes face ao RAU, passando esses últimos a ter prioridade face aos descendentes, coincidindo com o previsto no n.º 2.º do art. 1.106.º do Código Civil português. O n. 4 estabelece a possibilidade de haver uma dupla transmissão quando do arrendamento for transmitido aos filhos ou enteados do primitivo arrendatário por ocasião da morte do cônjuge, da pessoa que com ele vivesse em união de fato ou ascendente a quem tenha sido transmitido prioritariamente o arrendamento. Pela conjugação dos n. 3 e 4 pode ocorrer uma tripla transmissão quando verificada uma dupla transmissão entre os ascendentes do primitivo arrendatário (n. 3), à data da morte do segundo beneficiário da transmissão resida com ele um filho ou enteado do primitivo arrendatário que preencha os requisitos definidos nas alíneas d) e e) do n. 1.

O Regime limita a transmissão por morte ao filho ou enteado do arrendatário às seguintes hipóteses: aos com menos de um ano de idade;<sup>57</sup> aos menores de idade, desde que convivesse com o arrendatário há mais de um ano; aos que, tendo idade inferior a 26 anos, frequente o 11.º ou 12.º ano de escolaridade ou estabelecimento de ensino superior; ou àqueles que tendo atingindo a maior idade, convivesse com o arrendatário a mais de um ano e seja portador de deficiência com grau comprovado de incapacidade superior<sup>58</sup> a 60%.

---

56. GARCIA, Maria Olinda. *O novo...* cit., p. 75; MORAIS, Fernando Gravato. *Ob. cit.*, p. 66.

57. Não é estabelecido nenhum prazo de convivência com o transmitente.

58. Sobre a matéria no Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 28.10.2010, rel. Ferreira de Almeida, foi enfatizada a exigência legal de que o grau de deficiência seja superior a 60%, afastando o direito à transmissão do arrendamento ao filho que, embora atendesse às demais condições legais, não atendia a esse critério: "(...) dispõe o art. 57.º, n. 1, do NRAU (cujo regime será, no caso, o aplicável) que o arrendamento para habitação não caduca por morte do primitivo arrendatário designadamente quando lhe sobreviva (al. e) filho ou enteado maior de idade, que com ele convivesse

## 6. LOCAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A locação de coisas está prevista no art. 565 do CC/2002 nos seguintes termos: “Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”. Na sua classificação jurídica diz-se que a locação é um contrato pessoal, bilateral, oneroso, consensual e de execução sucessiva.<sup>59</sup> Caio Mário observa que “é um contrato pessoal, no sentido de que gera um direito de crédito. Mesmo quando, por força de convenção ou de lei, ocorre o dever de respeitá-la o terceiro adquirente, não chega a constituir um ônus real. Mas não chega a ser personalíssimo, porque não se constitui *intuitu personae*; ao contrário, a sua transmissibilidade a terceiros, por ato entre vivos ou *mortis causa*, é prevista e regulada em lei”.<sup>60</sup>

Em regra a morte do locatário, ou do locador, não extingue o contrato de locação por tempo determinado que, de acordo com o art. 577 do CC/2002, transfere-se aos seus herdeiros. Trata-se de uma sub-rogação contratual, pela qual os herdeiros “assumem a posição econômica do *de cuius*. Mas, caso a he-

---

há mais de um ano, portador de deficiência com grau comprovado de incapacidade superior a 60%. Assente achar-se o apelante nas demais condições a que se reporta o citado dispositivo legal, considerou-se na sentença recorrida que, estando o mesmo afetado de incapacidade de, precisamente, 60%, lhe não seria extensível a previsão naquele contida. Independentemente de se questionar a justeza da opção legislativa, perante o aludido preceito, não é, com efeito, possível deixar de entender que a sua aplicabilidade se acha restrita às situações em que o grau de incapacidade do descendente maior exceda 60% – estando, pois, dela excluídas todas as demais, incluindo aquelas em que o respectivo grau seja igual a essa percentagem”. Disponível em: [www.dgsi.pt]. Acesso em: 12.06.2011.

59. BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. V. p. 186.

60. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. III, p. 272. Segundo Orlando Gomes, sobre o contrato de locação: “nem para o locador nem para o locatário, o contrato é *intuitu personae*, senão contrato impessoal. Por isso a morte de qualquer dos contratantes não o extingue. Admite, ademais, a *cessão*. (...) trata-se pois de um direito de natureza pessoal. A regra *emptio non tollit locatum* disciplina uma hipótese de sucessão *ex lege* do novo proprietário da coisa na posição do locador, da qual não pode libertar-se porque o dever pessoal do alienante de manter o contrato se transmite, de direito, ao adquirente. Tanto assim, que esse dever é exclusivamente do adquirente da coisa locada, não existindo para outras pessoas, como deveria existir se o locatário tivesse direito real”. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 275-276.

rança não suporte a locação, não poderá o locador exigir débitos vencidos do locatário (art. 1.792 do CC/2002).<sup>61</sup>

O art. 2.036 do CC/2002 estabelece que: “A locação de prédio urbano, que esteja sujeito à lei especial, por esta continua a ser regida”. A locação<sup>62</sup> de imóvel urbano<sup>63</sup> é regida pela Lei 8.245 de 18.10.1991 (Lei do Inquilinato), que substituiu a Lei 6.649/1979, sendo também aplicadas, aos casos de omissão, as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil (cfr. art. 79 da Lei 8.245/1991).

## 7. TRANSMISSÃO DA LOCAÇÃO POR MORTE DO LOCATÁRIO

O art. 11 da Lei 8.245/1991 estabelece que a morte do locatário, não extingue a relação locatícia estabelecendo os sujeitos que ficarão sub-rogados em seus direitos e obrigações, desde que residam no imóvel locado. Essa sub-rogação *ex lege* atende aos objetivos sociais inspiradores da lei e ao seu espírito protetivo, segundo Sylvio Capanema “seria iníquo que a família do locatário morto ficasse sujeita ao desalijo, quando mais precisa de proteção, e ainda não refeita do trauma provocado pela sua perda. Na locação residencial, a sub-rogação decorre, inclusive, do seu caráter *intuitu familiae*”.<sup>64</sup> Nas locações residenciais, pela ordem estabelecida no inc. I do art. 11 da Lei 8.245/1991, ficam

---

61. ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. Organizada por Antônio Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2010. p. 614.

62. No Brasil o termo “locação” é utilizado tanto para bens móveis quanto para imóveis. A parte que concede o uso e gozo da coisa chama-se locador, nas locações imóveis também se designa senhorio. A quem recebe a coisa chama-se locatário, que na locação de imóveis chama-se também de inquilino. A retribuição pelo uso e gozo da coisa chama-se aluguel ou aluguer.

63. Nesse trabalho abordaremos a locação de imóveis residenciais, regida pela Lei 8.245/1991 (do Brasil). Ressalte-se que algumas locações de imóveis são excluídas do âmbito da presente lei, como prevê seu art. 1.º: “A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei. Parágrafo único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de espaços destinados à publicidade; 4. em *apart-hotéis*, *hotéis-residência* ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar; b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades”.

64. SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 71.

sub-rogados nos direitos e obrigações do locatário o cônjuge sobrevivente ou o companheiro<sup>65</sup> e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cuius*, desde que residentes no imóvel; não é estabelecido nenhum lapso temporal para a vivência dos sub-rogados no imóvel, também não é previsto nenhum prazo para que a sub-rogação seja comunicada ao locador,<sup>66</sup> de acordo com Sylvio Capanema “o contrato se transfere ao sub-rogado nas mesmas condições, dispensando-se a celebração de novo instrumento e bastando que o locador passe a extrair os recibos de pagamento do aluguel em nome do sub-rogado, desde que também residente no imóvel, e incluído entre aqueles que podem suceder”.<sup>67</sup> A sub-rogação *ex lege* atende aos objetivos sociais inspiradores da lei, busca proteger a família em consonância com as leis pretéritas sobre a matéria, e não podem as partes estipular no contrato cláusula em contrário, ou mesmo que estabeleça ordem sucessiva diversa da prevista em lei, pois esta é uma norma de ordem pública.<sup>68</sup> O artigo estabelece uma ordem de prioridade que deve ser observada, exigindo-se, para que haja sub-rogação, que os sujeitos enumerados tenham residência no imóvel, por ocasião do óbito.<sup>69</sup> Assim, por exemplo, se o locatário estava separado de

---

65. A legislação em vigor ampliou, em relação a anterior, os sujeitos aos quais a locação se transmite ao incluir o companheiro como beneficiário da sub-rogação. A sub-rogação por morte do locatário estava prevista no art. 12 da Lei 6.649, de 16.05.1979 (revogada), segundo o qual “Art. 12 – Morrendo o locatário, terão direito a continuar a locação ajustada por tempo indeterminado ou por prazo certo: I – nas locações residenciais, o cônjuge sobrevivente e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do locatário, desde que residentes no prédio; II – nas locações não residenciais, o espólio do inquilino falecido e, a seguir, se for o caso, seu sucessor no negócio”.

66. O § 1.º do art. 12 da Lei 8.245/1991 estabelece apenas que a sub-rogação prevista no art. 11 será comunicada por escrito ao locador e ao fiador, nos casos em que for essa a modalidade de garantia locatícia.

67. SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano: direito e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 114.

68. VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada – Doutrina e prática*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 79.

69. Nesse sentido o Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de 04.12.2002, rel. Des. Gilberto Fernandes: “(...) sendo a locação residencial, podem integrar o polo passivo, em caso de falecimento do Locatário, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que vive na dependência econômica do *de cuius*, desde que residentes no imóvel”. Disponível em: [www.tjrj.jus.br]. Acesso em: 15.06.2011.

fato não mais estando o cônjuge a residir no imóvel, e sim um herdeiro necessário, caberá a este último a sub-rogação.

### 7.1 *Sub-rogação do cônjuge*

O casamento é previsto no Código Civil como uma comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, e 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 (arts. 1.511 e 1.514 do CC/2002).<sup>70</sup> O cônjuge sobrevivente será sub-rogado nos direitos e obrigações do locatário desde que resida no imóvel arrendado; nos casos em que haja separação é preciso observar a norma constante do art. 12 da Lei 8.245/1991, segundo a qual: “Em caso de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução de união estável, a locação residencial prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel”. Assim como a morte, a retirada de um dos membros do lar não extingui a locação, o ex-consorte que continuar no prédio locado sub-rogar-se-á na locação, e passa a ter o dever de pagar o aluguel e demais encargos locativos.

Na separação judicial, quando consensual, devem as partes explicitar no acordo qual delas permanecerá no imóvel para efeito de sub-rogação; sendo litigiosa, deverá o juiz, em sentença, decidir a respeito. Assim também no divórcio direto, ou no que resultar de conversão da separação judicial. Na separação de fato “quando o cônjuge figurante na parte contratual locatária deixar de residir no imóvel por causa de separação de fato, o consorte que permanecer na antiga morada conjunta restará legalmente sub-rogado na posição de locatário”.<sup>71</sup>

### 7.2 *Sub-rogação do companheiro*

O companheiro surge junto ao cônjuge na ordem hierárquica estabelecida pelo art. 11 da Lei 8.245/1991, e, assim como ao cônjuge a exigência legal para que ocorra a sub-rogação é de que o companheiro sobrevivente tenha residência no locado, afastando a hipótese de cônjuge e companheiro concorrerem na

---

70. Silvio Rodrigues define casamento como “o contrato de direito de família, que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regular as suas relações sexuais, cuidarem de prole comum e se prestarem mútua assistência”. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. VI. p. 63.

71. TOMASETTI JR., Alcides. *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*. Coordenada por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 160.

sub-rogação. A união estável é regulamentada pelo art. 1.723 do CC/2002, ao estabelecer que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com objetivo de constituição de família”, desde que sejam observados os impedimentos legais à sua constituição.<sup>72</sup> De acordo com o art. 1.724 do CC/2002 as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e, se houver filhos devem obedecer quanto a eles os deveres de guarda, sustento e educação. Às relações patrimoniais na união estável será aplicado, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros (art. 1.725 do CC/2002). A lei não estabelece um prazo mínimo de convivência para que a relação seja reconhecida como união de fato, assim como a Lei do Inquilinato não estabelece um prazo de vivência comum, ou no locado, para que haja sub-rogação em caso de morte do locatário.<sup>73</sup>

### 7.3 Herdeiros necessários e as pessoas que vivam na dependência econômica do de cujus

Os herdeiros necessários são os descendentes e ascendentes em qualquer grau e o cônjuge (art. 1.845 do CC/2002). Quanto às pessoas que vivam na dependência econômica do *de cujus* a Lei do Inquilinato faz alusão genérica, e não há, mesmo no Código Civil, norma que a defina ou que enumere alguma presunção acerca da figura. Assim, cabe àquele que viva no locado constituir prova de sua dependência econômica para efeito de sub-rogação na posição contratual do locatário (cfr. art. 333 do CPC). Sylvio Capanema aduz que “os dependentes a que alude a norma são aquelas pessoas, parentes ou

---

72. Os impedimentos estão previstos no art. 1.521.º do Código Civil; deve também ser observada a exceção ao n. IV do referido artigo, pois ainda que um dos companheiros seja casado pode constituir união estável desde que esteja separada de fato ou judicialmente.

73. A jurisprudência aponta alguns elementos como caracterizadores da existência da união estável, à luz dos preceitos do Código Civil, como os considerados pelo STJ, no REsp 1.107.192/PR, 3.ª T., j. 20.04.2010, rel. p/ o acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe 27.05.2010: “(...) ainda que a coabitação não constitua requisito essencial para o reconhecimento de união estável, sua configuração representa dado relevante para se determinar a intenção de construir uma família, devendo a análise, em processos dessa natureza, centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a fidelidade, a continuidade da união, entre outros, nos quais se inclui a habitação comum”. Disponível em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 15.12.2011.

não, que têm as suas necessidades de subsistência providas pelo locatário, se não integralmente, pelo menos de maneira preponderante. Tal ajuda deve ser permanente, estável, continuada, a criar um vínculo de natureza econômica, que tornasse impossível, ou muito difícil, a sobrevivência da pessoa, sem o amparo da outra que o assiste”.<sup>74</sup> Pelo critério da dependência econômica, os empregados do locatário, desde que residentes no imóvel, podem sub-rogar-se na posição do locatário, vez que uma das características da relação de trabalho é a dependência econômica. Mas acreditamos que essa hipótese seja afastada pelo caráter *intuitu familiae* da norma.<sup>75</sup>

Para que haja sub-rogação a presença do seu pretendente deve ser estável, e ele não deve dispor de outra residência, não ocorre a sub-rogação se sua presença decorre do dever de cortesia ou de hospitalidade.<sup>76</sup> A dependência econômica, nos termos em que é prevista, resultará sempre de cuidadoso exame das circunstâncias de fato. A Lei do Inquilinato não estabelece nenhum prazo para restituição do imóvel nos casos em que não haja sub-rogação,<sup>77</sup> mas caso

---

74. SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei...* cit., p. 73.

75. A Lei do Inquilinato, ou mesmo o Código Civil de 2002, não estabelecem critérios acerca da dependência econômica; pela leitura das decisões jurisprudenciais observamos que, para efeitos da sub-rogação por morte na locação residencial, são considerados dependentes econômicos os parentes ou afins que, não sendo herdeiros necessários, tenham residência no locado no momento do óbito. Como ressaltado em trecho do Acórdão da 2.<sup>a</sup> Câm. Civ. do TJRJ, de 17.08.2005, rel. Des. Elisabete Filizzola Assunção: “o que ficou caracterizado é a convivência do Sr. O. com sua irmã e seu cunhado, todos sob o mesmo teto, como forma de ajuda mútua, visto que o Sr. O. era uma pessoa idosa e doente e necessitava da ajuda de sua irmã e seu cunhado, que dependiam economicamente dele, pois não tinham onde morar. Ora, o fato do locatário originário ter convidado com sua irmã e seu cunhado para morarem com ele no imóvel locado não configura qualquer infração contratual, uma vez que ausente risco de dano ao locador e ao imóvel. Ao contrário, demonstrou-se que o Sr. O., o primeiro Réu e a segunda Ré, conviviam em caráter familiar, atendendo ao objeto social da lei de locações que é de proteção da família. (...) Com a morte do locatário (...) sub-rogaram-se nos direitos daquele. O contrato se transfere ao sub-rogado nas mesmas condições, dispensando-se a celebração de novo instrumento e bastando que o locador passe a extrair os recibos de aluguel em nome do sub-rogado (...)”. Disponível em: [www.tjrj.jus.br]. Acesso em: 15.06.2011.

76. SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei...* cit., p. 74.

77. O prazo para desocupação do imóvel em caso de denúncia por fim do prazo contratual é de 30 dias, acreditamos que o locador deve observar esse mesmo prazo de 30 dias para que o morador desocupe o imóvel, contados a partir do recebimento da notificação referida no § 1.º do art. 12 da Lei 8.245/1991, ou na sua ausência, a partir do seu conhecimento da morte do locatário. Estabelece o art. 46 da Lei 8.245/1991 que nos

o locador venha a impetrar uma ação de despejo para reaver o imóvel com fundamento na ocupação por sujeito que não atende aos critérios da sub-rogação do art. 11 da Lei 8.245/1991 pode o juiz conceder liminar para que o imóvel seja desocupado no prazo de 15 dias (cfr. art. 59, § 1.º, IV, da Lei 8.245/1991).

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Direito português o contrato de arrendamento para habitação não caduca pela morte do arrendatário, desde que haja acordo entre as partes, ou ocorra alguma das hipóteses previstas no art. 1.106.º do Código Civil e no art. 57.º do Regime Transitório previsto no NRAU. As normas previstas nesses dispositivos legais têm caráter imperativo, sobrepondo-se a eventual acordo celebrado entre as partes que disponha em sentido diverso.

O art. 1.106.º estabelece uma ordem hierárquica na qual o cônjuge e a pessoa que vive em união de fato com o locatário estão em primeiro lugar. Em relação ao cônjuge para que haja transmissão é necessário que ele tenha residência no locado, havendo assim transmissão mesmo em caso de separação. O NRAU prevê a comunicabilidade do contrato de arrendamento, que deve ser analisada de acordo com o regime de bens adotado. No regime anterior não era possível a comunicabilidade do arrendamento entre os cônjuges.

Há divergência doutrinária quanto à transmissão do arrendamento à pessoa que viva em união estável com o arrendatário, isso porque a ausência de trabalhos preparatórios que esclareçam a intenção legislativa, a redação do dispositivo, e sua leitura isolada, levam à interpretações distintas quanto às exigências legais para que haja a transmissão do arrendamento na união de fato. A união de fato é definida no art. 2.º da Lei 7/2001, de 11 de maio, segundo o qual o prazo para que a união estável tenha relevância para a generalidade dos efeitos é de dois anos. Ao que parece, para efeito da transmissão da posição de arrendatário em caso de morte, há um encurtamento do prazo de vivência do arrendatário com a pessoa com a qual viva em união que passa de dois para um

---

casos de locação com prazo certo igual ou superior a 30 meses, contratada por escrito, a resolução ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso. No entanto, findo o contrato e permanecendo o locatário no imóvel locado por mais de 30 dias sem oposição do locador, ocorrerá a prorrogação tácita da locação por prazo indeterminado, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato (art. 46, § 1.º, da Lei 8.245/1991). Neste último caso, poderá o locador reaver o imóvel a qualquer tempo, porém, com a exigência de que notifique previamente o locatário, concedendo prazo de 30 dias para a desocupação (art. 46, § 2.º, da Lei 8.245/1991).

ano, mesmo que parte deste período tenha decorrido em outro local. Trata-se de uma opção legislativa que, dentro do novo regime, não impede a denúncia pelo senhorio. Enquanto nos contratos sujeitos ao Regime Transitório deve ser observado o prazo de dois anos para que haja união de fato relevante.

A Lei 6/2001 estabelece um regime de proteção legal às pessoas que vivam em economia comum há mais de dois anos. Pelo previsto no n. 2 do art. 1.106.º do Código Civil português para efeitos de transmissão do arrendamento em caso de morte do arrendatário, o prazo para que seja configurada a vida em economia comum, também foi reduzido de dois para um ano.

No Direito brasileiro a locação residencial é regulada por Lei Especial à qual são aplicadas supletivamente as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil. Na locação residencial segundo o art. 11 da Lei 8.245/1991 em caso de morte do arrendatário ficarão sub-rogados nos seus direitos e obrigações o cônjuge sobrevivente ou o companheiro, e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que vivam na dependência econômica do *de cujus*, desde que tenham residência no locado quando ocorrer o óbito do locatário.

A sub-rogação ao cônjuge dar-se-á desde que no momento do óbito tenha residência no locado, o mesmo vale quando houver separação de fato. Na separação judicial ou no divórcio deve constar no acordo ou na sentença quem permanecerá no imóvel, ficando assim sub-rogado na posição de locatário. A sub-rogação ao companheiro também não está sujeita a nenhum prazo de vivência em comum, uma vez que os dispositivos do Código Civil que regulam a união estável não o estabelecem; nesse diapasão, a Lei do Inquilinato não estabelece prazo de vivência em comum ou residência no locado para efeitos da transmissão do arrendamento. Os herdeiros necessários são os previstos no art. 1.845 do CC/2002. A dependência econômica não é conceituada em lei, sendo necessária uma análise casuística para que seja configurada sua ocorrência.

## 9. BIBLIOGRAFIA

- BARATA, Carlos Lacerda. Formação do contrato de arrendamento urbano. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO; Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (orgs.). *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2002.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. V.
- COELHO, Francisco M. Pereira. Anotação ao AC. do STJ de 2 de abril de 1987. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. ano 122. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.
- \_\_\_\_\_. Breves notas ao regime do arrendamento urbano. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. ano 131. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

- \_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito de família*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. vol. I.
- CORDEIRO, António Menezes. O NRAU: dezesseis meses depois, a ineficiência econômica no direito. *O Direito*. vol. V. ano 139. Lisboa: Almedina, 2007.
- DIAS, Urbano. Transmissão do arrendamento por morte e em vida. *O Direito*. ano 138. Coimbra: Almedina, 2006.
- FALCÃO, José Diogo. A transmissão do arrendamento para habitação por morte do arrendatário no NRAU. *Revista da Ordem dos Advogados*. n. 3. ano 67. Lisboa: Ordem dos Advogados, 2007. Disponível em: [www.oa.pt]. Acesso em: 10.06.2011.
- FRAGA, Francisco Castro. O regime do novo arrendamento urbano – As normas transitórias. *Revista da Ordem dos Advogados*. vol. I. ano 66. 2006. Disponível em: [www.oa.pt]. Acesso em: 01.06.2011.
- FURTADO, Jorge Henrique da Cruz Pinto. *Manual de arrendamento urbano*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. vol. II.
- GARCIA, Maria Olinda. *O arrendamento plural: quadro normativo e natureza jurídica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.
- \_\_\_\_\_. *A nova disciplina do arrendamento urbano*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
- \_\_\_\_\_. Transmissão do direito ao arrendamento habitacional por morte do arrendatário – Alterações introduzidas pelas Leis n. 6/2001 e n. 7/2001, ambas de 11 de maio. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. n. 78. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2002.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LEITÃO, João Sérgio Teles de Menezes Correia. Morte do arrendatário habitacional e sorte do contrato. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO; Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2002. vol. III.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Arrendamento urbano*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- MARTINEZ, Pedro Romano. Regime de locação civil e contrato de arrendamento urbano. In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO; Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (orgs.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*. Coimbra: Almedina, 2002. vol. III.
- MORAIS, Fernando Gravato. *Arrendamento para habitação – Regime transitório*. Coimbra: Almedina, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. III.
- PITÃO, José António de França. *Uniões de facto e economia comum*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O novo regime do arrendamento urbano: contributos para uma análise. *Cadernos de Direito Privado*. n. 14. Braga: Cejur, abr.-jun. 2004.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. VI.
- ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. Organizada por Antônio Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2010.
- SÁ, Fernando Augusto Cunha de; COUTINHO, Leonor. *Arrendamento urbano*. Coimbra: Almedina, 2006.
- SEIA, Jorge Alberto Aragão. *Arrendamento urbano*. 7. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2003.
- SOUSA, António Pais de. *Anotações ao regime do arrendamento urbano*. 6. ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2001.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Da locação do imóvel urbano: direito e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- TOMASETTI JR., Alcides. *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*. Coordenada por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1992.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do Inquilinato comentada – Doutrina e prática*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- XAVIER, Rita Lobo. O regime dos novos arrendamentos urbanos e a perspectiva do direito da família. *O Direito*. vol. II-III. ano 136, Lisboa: Juridireito, 2004.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- O direito real de habitação no direito das sucessões, de Luciano Lopes Passarelli, *Doutrinas Essenciais de Família e Sucessões*, organizada por Yussef Said Cahali e Francisco José Cahali, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 6, p. 613.

### Veja também Jurisprudência

- Direito real de habitação de companheira sobrevivente: *RT922/937*; e
- Direito real de habitação do cônjuge supérstite: *RePro 202/496*.



# CONTRATOS AGRÁRIOS

# 2

MELINA LEMOS VILELA

Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Advogada.

**ÁREA DO DIREITO:** Civil; Imobiliário e Registral

**RESUMO:** O presente artigo tem a finalidade de analisar os tipos de contratos agrários previstos no Estatuto da Terra e em legislações esparsas, conhecidos como *contratos típicos*, bem como o estudo de outros tipos contratuais utilizados no meio agrário, identificados como *contratos atípicos*, abordando as características de cada instrumento e sua aplicabilidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratos agrários – Estatuto da Terra – Propriedade rural – Função social.

**ABSTRACT:** The present article intends to analyze the types of agrary contracts provided by the Brazilian Land Statute and other legislation, known as *typical contracts*, as well as the other contract forms commonly used on the Land Law, identified as *atypical contracts*, addressing the characteristics and applicability of each instrument.

**KEYWORDS:** Agrarian contracts – Typical Contracts – Lease – Partnership – Atypical contracts – characteristics of contracts.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Contratos agrários – 3. Contratos típicos: 3.1 Arrendamento; 3.2 Parceria; 3.3 Da diferença entre parceria e arrendamento – 4. Contratos atípicos: 4.1 Roçado ou cessão de roça; 4.2 Pastoreio ou invernagem ou de pastagem; 4.3 Cambão; 4.4 Contrato do fica; 4.5 Outras formas de contratos: 4.5.1 Empreitada; 4.5.2 Comodato; 4.5.3 Depósito – 5. Das características dos contratos típicos: 5.1 Das cláusulas obrigatórias ou cláusulas gerais; 5.2 Dos direitos e deveres das partes: 5.2.1 Dos direitos e deveres do arrendador e do parceiro-outorgante; 5.2.2 Dos direitos e deveres do arrendatário e do parceiro-outorgado; 5.3 Da forma; 5.4 Do prazo; 5.5 Do preço e do reajuste; 5.6 Das benfeitorias: 5.6.1 Do direito de indenização e da possibilidade de retenção; 5.7 Do direito de preferência; 5.8 Da prorrogação ou renovação automática; 5.9 Das causas de extinção dos contratos agrários; 5.9.1 Da resolução por dolo ou culpa; 5.10 Da retomada – 6. Da ação de despejo e reintegração de posse – 7. Conclusão – 8. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, a propriedade sempre teve um valor muito importante na sociedade, seja rural ou urbana. E não é difícil tal constatação, na medida em que, se observarmos a evolução dos contratos, desde as primeiras trocas feitas através de grupos, percebemos que o contrato, em geral, sempre esteve voltado para esta idéia de posse ou propriedade.

Veremos que desde o Código de Hamurabi sempre houve a preocupação com a função social da terra, a conservação de seus recursos naturais e da produtividade da terra, bem como pudemos verificar que sempre existiram nas normas jus-agraristas, a busca pela conservação da propriedade rural.

Embora esse tipo de contrato ser pouco estudado, o presente trabalho tem como objetivo principal abordar quais são os tipos de Contratos Agrários previstos no Estatuto da Terra e em outras legislações agrárias esparsas, também conhecidos como contratos típicos, bem como tentar identificar outros tipos de contratos usuais no meio agrário que são identificados como contratos atípicos.

Nesta tentativa, procuraremos abordar as características dos contratos agrários típicos e ao final verificaremos qual é ação cabível para os contratos agrários típicos, quando há resolução contratual.

## 2. CONTRATOS AGRÁRIOS

Há diversos contratos praticados que derivam da atividade agrária, que tem como característica fundamental o fim produtivo ou vinculado à produção agropecuária.

Arruda Alvim entende que os Contratos Agrários “são as modalidades contratuais às quais se aplicam de modo mais atenuado ao princípio da autonomia da vontade”, e de forma complementar,<sup>1</sup> Pinto Ferreira afirma que esses Contratos tem características que não resultam do acordo de vontades, mas obedecem normas obrigatórias e imperativas, visando o interesse coletivo.<sup>2</sup>

A regulação dos Contratos Agrários sempre foi necessária, tanto que já no Código de Hamurabi havia a previsão nos seus parágrafos 42 a 47<sup>3</sup> dos contratos de arrendamento. Nos parágrafos 42, 43 e 44 trata-se de imóvel arrendado que não produziu ou sua produção foi insuficiente, por incompetência

---

1. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Ação Cautelar – Não propositura da ação principal em 30 dias – Cessão dos efeitos produzidos. *RePro* 75/217.

2. FERREIRA, Pinto. *Curso de direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 220.

3. “§ 42 – Se um homem arrendou um campo para cultivá-lo e não produziu grão no campo, comprovarão contra ele que não trabalhou o campo convenientemente e ele dará ao proprietário do campo grão correspondente à produção de seu vizinho.

ou negligência do arrendatário, e nos parágrafos 45, 46 e 47 tratam do imóvel arrendado que foi inundado.<sup>4</sup>

Posteriormente também encontraremos no Codex XI à época de Constantino, no direito romano, sob a rubrica de *Colunum Partiarium*. Em Portugal, apesar da existência desses tipos de contratos na prática, somente foram regulados após o advento das Ordenações Afonsinas (Livro 4, Título 75), Manuelinas, (livro 4, Título 60) e Filipinas (livro 4, Título 44<sup>5</sup>).<sup>6</sup>

§ 43 – Se ele não cultivou o campo e deixou-o árido, dará ao seu proprietário o grão correspondente à produção do seu vizinho, e, além disso, afofará a terra que deixou baldia e a devolverá ao proprietário do campo.

§ 44. Se um homem arrendou um campo baldio por três anos para arroteá-lo, mas o negligenciou no quarto ano, afofará, cavará e destorroará o campo e o devolverá ao proprietário. Além disso, medirá dez *gur* de grão por *bur* de terreno.

§ 45. Se um homem arrendou o seu campo a um agricultor e já recebeu a rende de seu campo e, depois disso, o campo foi inundado fortuitamente, o prejuízo será do agricultor.

§ 46. Se ele ainda não recebeu a rende de seu campo, quer tenha arrendado o campo pela metade, quer pela terça parte da produção, o agricultor e o dono do campo dividirão o grão que foi produzido no campo na proporção fixada.

§ 47. Se o agricultor, por não ter recuperado seu investimento do ano anterior, disse: 'Eu quero cultivar o campo', o proprietário do campo não o impedirá. O agricultor cultivará seu campo e na colheita levará o grão conforme o seu contrato."

4. BARROSO, Lucas Abreu; MANIGLIA, Elisabete; MIRANDA, Alvir Gursen de (coords.). *A Lei Agrária nova*. 1. ed. (ano 2006). 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2011. vol. III. p. 19.

5. Título IV

Da venda de bens de raiz, feita com condição, que tornando-se até certo dia o preço, seja a venda desfeita (venda a retro)

Licita coisa he,' que o comprador e vendedor ponham na compra e venda, que fizerem, qualquer cautela, pacto e condição, em que/ambos acordarem, comtanto que seja honesta, e conforme a Direito: e portanto se o comprador e vendedor na compra e venda se acordassem, que tornando o vendedor ao comprador o preço, que houvessem pela coisa vendida, até tempo certo, ou quando quizesse, a venda fosse desfeita, e a coisa vendida tornada ao vendedor, tal avença e condição, assi acordada pelas partes val: e o comprador, havendo a coisa comprada a seu poder, ganhará e fará cumpridamente seus todos os fructos e novos, e rendas, que houver da coisa comprada, até que lhe o dito preço seja restituído.

§ 2.º E bem assi, se o contracto de compra e venda fosse feita com o dito pacto per homem, que tivesse em costume onzenar, ainda que fosse a venda feita por justo preço, será o contracto julgado por usurario; porque o dito pacto, assi posto no contracto da compra e venda per homem costumado onzenar, j faz o contracto ser usurario quer fosse culpado em o dito costume o comprador, quer o vendedor." (CERNE, João Baptista Guimarães. *Ordenações em vigor. Estudos sobre o Código Philippino na nossa actualidade*. Empresa, 1897. p. 290-291).

6. SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 177.

No Brasil, durante os períodos colonial, imperial e republicano esses contratos eram regidos pela legislação portuguesa, e somente com o advento do Código Civil em 1916 é que se passou a regular os contratos agrícolas no capítulo XII (da parceria rural), estatuinto sobre a parceria agrícola (arts. 1.410 a 1.415 do CC/1916), e pecuária (arts. 1.416 a 1.423 do CC/1916), e também houve a previsão nos arts. 1.211 a 1.215 do CC/1916 sobre o arrendamento ou locação de prédio rústico. No entanto o tratamento dos contratos agrários não teve previsão no Código Civil de 2002.

Diante das pressões pelos camponeses trabalhadores para que houvesse a reforma agrária, foi editado o Estatuto da Terra<sup>7</sup> que dispôs sobre o uso ou a posse temporária da terra, em seu art. 92 do Capítulo IV do Título III, os contratos agrários que deveriam ser realizados na forma expressa ou tácita, entre o proprietário e terceiros que exerçam atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa,<sup>8</sup> abrangendo também os ocupantes de Terras Públicas em situações excepcionais.<sup>9</sup>

Wellington P. Barros afirma que com a entrada em vigor do Estatuto da Terra houve uma substituição da autonomia da vontade das partes pelo dirigismo estatal, pois entedia o legislador àquela época que o proprietário impunha sua vontade, retirando do homem que utilizasse das terras a liberdade de contratação, por este motivo surgiu a figura interventora do Estado para desigualar essa desigualdade.<sup>10</sup>

Em 1966 foi editada a Lei 4.947 que fixou normas de Direito Agrário determinando em seus arts. 13 a 15 (Capítulo III – Dos Contratos Agrários) que nos

---

7. Lei 4.504, de 30.11.1964.

8. Art. 92. A posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa, nos termos desta Lei.

9. Art. 94. É vedado contrato de arrendamento ou parceria na exploração de terras de propriedade pública, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. *Excepcionalmente, poderão ser arrendadas ou dadas em parceria terras de propriedade pública, quando:*

a) razões de segurança nacional o determinarem;

b) áreas de núcleos de colonização pioneira, na sua fase de implantação, forem organizadas para fins de demonstração;

c) forem motivo de posse pacífica e a justo título, reconhecida pelo Poder Público, antes da vigência desta Lei.

10. BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito agrário – Doutrina, jurisprudência e exercícios*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. vol. 1. p. 112.

contratos que dizem respeito ao uso e a posse temporária da terra deverão ser disciplinados pelo Estatuto da Terra.<sup>11</sup>

Com o Dec. 59.566/1966 houve a regulamentação do Estatuto da Terra, e diante disso também foram regradados os contratos agrários celebrados em território nacional, sendo dois, o arrendamento rural e a parceria, sendo que neste último poderá ser agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa e mista, ambos os contratos serão estes tratados em capítulo específico.

Em 1975 houve o I Seminário Ibero-Americano de direito agrário, I Seminário Brasileiro de direito agrário e I Conferência sobre alimentação e foram aprovadas recomendações que integraram a Carta de Cruz Alta<sup>12</sup>, nesta Carta há disposições que trata dos contratos agrários, vejamos:

“1.4 Para os contratos agrários – fiscalização e controle

- 
11. “Art. 13. Os contratos agrários regulam-se pelos princípios gerais que regem os contratos de Direito comum, no que concerne ao acordo de vontade e ao objeto, observados os seguintes preceitos de Direito Agrário:

I – artigos 92, 93 e 94 da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, quanto ao uso ou posse temporária da terra;

II – artigos 95 e 96 da mesma Lei, no tocante ao arrendamento rural e à parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa;

III – obrigatoriedade de cláusulas irrevogáveis, estabelecidas pelo Ibra, que visem à conservação de recursos naturais;

IV – proibição de renúncia, por parte do arrendatário ou do parceiro não proprietário, de direitos ou vantagens estabelecidas em leis ou regulamentos; normas de ordem pública

V – proteção social e econômica aos arrendatários cultivadores diretos e pessoais.

§ 1.º *O disposto neste artigo aplicar-se-á a todos os contratos pertinentes ao Direito Agrário e informará a regulamentação do Capítulo IV do Título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.*

§ 2.º Os órgãos oficiais de assistência técnica e creditícia darão prioridade aos contratos agrários que obedecerem ao disposto neste artigo.

Art. 14. Fica o IBRA autorizado a permitir, a título precário, nas áreas pioneiras do País, a utilização de terras públicas sob qualquer das formas de uso temporário previstas na Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, e a promover sua progressiva adaptação às normas estabelecidas na referida Lei.

Art. 15. O inciso III do art. 95 da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, passa a ter a seguinte redação:

“III – o arrendatário, para iniciar qualquer cultura cujos frutos não possam ser recolhidos antes de terminado o prazo de arrendamento, deverá ajustar, previamente, com o locador, a forma de pagamento do uso da terra por esse prazo excedente.”

12. BARROSO, Lucas Abreu; MANIGLIA, Elisabete; MIRANDA, Alvir Gursen de (coords.). *A Lei Agrária nova*. 1. ed. (ano 2006), 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2011. vol. I, p. 296-300.

“Que seja promovida a efetiva fiscalização dos contratos agrários, criando-se uma infra-estrutura administrativa que garanta a efetiva aplicação das normas em vigor, e a realização dos objetivos por ela visados.”

#### 1.5. Para o contrato de parceria – preferência renovatória e aquisitiva

Que a lei expressamente adote à parceria agrícola e pecuária, as mesmas regras que disciplinam o direito de preferência do arrendatário rural, quer para a renovação do contrato quer para a aquisição do imóvel em caso de venda, e que, neste, se faculte ao arrendatário ou ao parceiro agrícola ou pecuário exercer a preferência sobre a parte arrendada ou cedida em parceria, desde que respeitadas os limites de indivisibilidade do imóvel rural”.

Porém, o mesmo Decreto menciona em seu art. 39 sobre a possibilidade também de existência de modalidades diversas de contratos, nos quais as partes aproveitam de um certo grau de flexibilidade existentes em normas supletivas, Pinto Ferreira cita como exemplo o roçado.<sup>13</sup>

Segundo Igor Tenório os contratos “que tenham por objeto imóveis rurais podem ser: I – Típicos (de Direito Agrário); II – atípicos (de Direito Civil). Os Contratos típicos são os que se subordinam à disciplina de modelos legais (como de arrendamento e de parcerias rurais, que se sujeitam às normas dos arts. 92 a 96 da E. T., da Lei 4.947/1966 e de sua regulamentação, contida no Dec. 59.566/1966, e na Instrução Especial do Incra de 14.12.1972. ‘Os Contratos atípicos são os celebrados com plena liberdade de regulamentação das relações jurídicas, tais como as que versem sobre direitos reais sobre coisas alheias, de sociedade, compáscuo, etc., embora tendo como finalidade direta ou indireta, a exploração da atividade agropecuária’.”<sup>14</sup>

Nunziata Paiva afirma que os contratos agrários são somente aqueles dispostos no Estatuto da Terra e no Dec. 59.566/1966, quais sejam, arrendamento e parceria, sendo que os demais contratos não previstos na legislação agrária brasileira, serão regidos pelo Código Civil, sem qualquer prerrogativa legal pelo fato de serem ligados à atividade agrária.<sup>15</sup>

Os contratos agrários são contratos (i) bilaterais, pois ambas as partes assumem obrigações recíprocas;<sup>16</sup> (ii) onerosos, porque suportam redução

13. FERREIRA, Pinto, op. cit.

14. TENÓRIO, Igor. *Manual de direito agrário brasileiro*. São Paulo: Resenha Universitária, 1975. p. 152.

15. PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. *Contratos agroindustriais de integração econômica vertical*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 134.

16. Cf. RAMOS, Helena Maria Bezerra. *Contrato de arrendamento rural – Teoria e prática*. Curitiba: Juruá. 2012. p. 52. “De um lado, o possuidor do imóvel, que o cede ao

patrimonial;<sup>17</sup> (iii) consensuais ou não solenes, tendo em vista que não dependem da entrega efetiva;<sup>18</sup> e, (iv) expresso ou tácito, pois o consentimento poderá ser expresso, escrito ou verbal, ou tácito.<sup>19</sup>

Maria Helena Diniz afirma que “o contrato agrário constitui uma limitação ao direito do proprietário das terras rurais de usá-las e gozá-las, devido à exigência da participação dos frutos na parceria, do teto máximo de preço no arrendamento e da fixação de prazos mínimos em ambos os contratos”, de forma a possibilitar a função social, tendo em vista que o proprietário irá outorgar poderes para que outrem explore a terra de forma a torna-la produtiva, mediante pagamento.<sup>20</sup>

No entanto, o Estatuto da Terra em seu art. 92 § 2.<sup>o</sup><sup>21</sup> e no art. 88 do Regulamento<sup>22</sup> afirmam que na hipótese de não haver previsão para a solução dos contratos típicos ou atípicos deverão ser aplicadas as disposições do Código Civil, no que couber.

---

arrendatário e tem que garantir a posse deste. De outro, o arrendatário, que recebe o imóvel para seu uso e gozo, e deve pagar o preço do aluguel, porque cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, produzindo direitos e obrigações para ambos.”

17. Idem, p. 53. “O arrendador autoriza o uso da terra e o arrendatário paga uma prestação fixa, a despeito da quantidade de produtos que retira das terras. Ambos têm vantagens com o contrato; não é mera liberalidade de uma das partes, como ocorre com o contrato gratuito, que importa em aumento de patrimônio de um e redução no patrimônio do outro”.
18. Idem, *ibidem*. “No contrato de arrendamento, para sua validade há de existir apenas o consentimento, que é a manifestação livre e espontânea das duas partes, visto que o contrato agrário de arrendamento rural é bilateral.”
19. MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 179-180.
20. DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva. 2003. vol. 2., p. 505.
21. “Art. 92. A posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, estabelecido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa, nos termos desta Lei.  
(...)  
§ 9.º Para solução dos casos omissos na presente Lei, prevalecerá o disposto no Código Civil.”
22. “Art. 88. No que forem omissas as Leis 4.504-64, 4.947-66 e o presente Regulamento, aplicar-se-ão as disposições do Código Civil, no que couber.”

### 3. CONTRATOS TÍPICOS

#### 3.1 *Arrendamento*

Como dissemos anteriormente, os contratos agrários existem há milhares de anos, vejamos que no Código de Hamurabi, do século XVII, antes de Cristo, já havia a previsão nos seus parágrafos 42 a 47 dos contratos de arrendamento. Nos parágrafos 42, 43 e 44<sup>23</sup> trata-se de imóvel arrendado que não produziu ou sua produção foi insuficiente, por incompetência ou negligência do arrendatário, e nos parágrafos 45, 46 e 47<sup>24</sup> tratam do imóvel arrendado que foi inundado.<sup>25</sup>

No Brasil, no entanto veremos que o Contrato de Arrendamento rural tem sua origem no regime das sesmarias,<sup>26</sup> previstas nas Ordenações Manuelinas e

---

23. “§ 42 – Se um homem arrendou um campo para cultivá-lo e não produziu grão no campo, comprovarão contra ele que não trabalhou o campo convenientemente e ele dará ao proprietário do campo grão correspondente à produção de seu vizinho.

§ 43 – Se ele não cultivou o campo e deixou-o árido, dará ao seu proprietário o grão correspondente à produção do seu vizinho, e, além disso, afofará a terra que deixou baldia e a devolverá ao proprietário do campo.

§ 44. Se um homem arrendou um campo baldio por três anos para arroteá-lo, mas o negligenciou no quarto ano, afofará, cavará e destorroará o campo e o devolverá ao proprietário. Além disso, medirá dez *gur* de grão por *bur* de terreno.” Cf. Código de Hamurabi. VIEIRA, Jair Lot. *Código de Hamurabi, Código de Manu, excertos (livro oitavo e nono): Lei das XII Tábuas*. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2011. p. 15.

24. “§ 45. Se um homem arrendou o seu campo a um agricultor e já recebeu a rende de seu campo e, depois disso, o campo foi inundado fortuitamente, o prejuízo será do agricultor.

§ 46. Se ele ainda não recebeu a rende de seu campo, quer tenha arrendado o campo pela metade, quer pela terça parte da produção, o agricultor e o dono do campo dividirão o grão que foi produzido no campo na proporção fixada.

§ 47. Se o agricultor, por não ter recuperado seu investimento do ano anterior, disse: “ Eu quero cultivar o campo”, o proprietário do campo não o impedirá. O agricultor cultivará seu campo e na colheita levará o grão conforme o seu contrato”. Cf. Código de Hamurabi. VIEIRA, Jair Lot. *Código de Hamurabi, Código de Manu, excertos (livro oitavo e nono): Lei das XII Tábuas*. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2011. p. 15

25. MIRANDA, Alcir Gursen de. *O direito agrário e o Código de Hamurabi. – A Lei Agrária nova*. Curitiba: Juruá, 2012. vol. III. p. 19.

26. “Terras de sesmarias são aqueles terrenos com ou sem casa, que, uma vez cultivados, se encontravam incultos, para que fossem concedidos autoritariamente a terceiros para serem cultivados e melhorados. A definição revela o escopo do legislador português de recuperar a produção, substancialmente confiscando, em caso de não cul-

Filipinas,<sup>27</sup> e após a República houve sua previsão no Código Civil de 1916, em seus arts. 1.211 a 1.215<sup>28</sup>, que tratava sobre a locação de prédio rústico.

O conceito de arrendamento encontra-se no art. 3.º do Dec. 59.566/1966, que o definiu como contrato agrário “pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nêle ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da Lei.”

Da leitura do artigo acima mencionado podemos concluir que o arrendamento é (i) um contrato agrário, (ii) há a cessão da posse; (iii) com prazo de duração do contrato por tempo determinado ou não; (iv) que tem como objeto

---

tivo, a propriedade territorial privado. Nisto consistia a atividade dos sesmeiros que através do contrato de arrendamento, conferia o uso e posse temporária da terra a quem pretendesse cultivá-la.” cf. VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Empresa agrária e contratos agrários. vol. 757, p. 29. São Paulo: Ed. RT, nov. 1998. p. 29.

#### 27. Título XL III

##### Das Sesmarias

Sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes, ou pardieiros, que foram, ou são de alguns Senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são.

As quaes terras, e os bens assi danificados e destruídos podem e devem ser dados de sesmarias, pelos Sesmeiros, que para isso forem ordenados. E a Nós somente pertence dar os ditos Sesmeiros, e os pôr nos lugares, onde houver terras ou bens de raiz que de sesmaria se devam dar.

E se as terras onde se as sesmarias houverem de dar, forem foreiras, ou tributarias a Nós, quer se os fóros e tributos arrecadem para Nós, quer para outrem, a que os tenhamos dados, costumamos dar por Sesmeiros os nossos Almoxarifes dos lugares, ou Almoxarifados onde os taes bens, ou terras estão.” (CERNE, João Baptista Guimarães. Ob. cit., p. 334).

28. “Art. 1.211. o locatário de prédio rústico utilizá-lo-á no mister a que se destina, de modo que o não danifique, sob pena de rescisão do contrato e satisfação de perdas e danos.

Art. 1212. A locação de prazo indefinido presume-se contratada pelo tempo indispensável ao locatário para uma colheita.

Art. 1.213. Na locação por tempo indeterminado, não querendo o locatário continuá-la, avisará o senhorio seis meses antes de a deixar.

Art. 1.214. Salvo ajuste em contrário, nem a esterilidade, nem o malogro da colheita por caso fortuito, autorizam o locatário a exigir abate no aluguel.

Art. 1.215. O locatário, que sai, franqueará ao que entra o uso das acomodações necessárias a este para começar o trabalho; e, reciprocamente, o locatário, que entra, facilitará ao que sai o uso do que lhe for mister para a colheita, segundo o costume do lugar.”

o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades; e, (v) tem por finalidade a atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista.

O Estatuto da Terra no art. 95, XI, dispõe as condições contratuais que deverão obrigatoriamente constar nos contratos de arrendamento rural, quais sejam, “a) limites da remuneração e formas de pagamento em dinheiro ou no seu equivalente em produtos; b) prazos mínimos de arrendamento e limites de vigência para os vários tipos de atividades agrícolas; c) bases para as renovações convencionadas; d) formas de extinção ou rescisão; e, e) direito e formas de indenização ajustadas quanto às benfeitorias realizadas”.

Tendo em vista que o contrato de arrendamento rural visa certa retribuição ou aluguel, podemos afirmar que o contrato é oneroso. Diante de tal fato, o inciso XII do art. 95 do Estatuto da Terra fixou o quantum para fins de remuneração.<sup>29</sup>

Não podemos olvidar de classificar as partes que praticam o arrendamento rural, sendo elas definidas no art. 3.º, § 2.º do Dec. 59.566/1966, que dispõe que o Arrendador é o que cede o imóvel rural ou o aluga e o Arrendatário é a pessoa ou conjunto familiar, representado pelo seu chefe que o recebe ou toma por aluguel.

O mesmo Decreto também previu a hipótese no § 1.º do art. 3.º de possibilitar o contrato de subarrendamento, no qual são transferidos todos os direitos e obrigações do arrendatário, dependendo de autorização expressa do proprietário,<sup>30</sup> para que este contrato seja válido, nesta hipótese o arrendatário outorgante de subarrendamento será o arrendador, conforme disposto no art. 3.º, § 3.º do Dec. 59.566/1966.

O 2.º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo já decidiu que os Contratos de Arrendamento Rural, regido pelo Estatuto da Terra, não são aplicados à pessoa jurídica.<sup>31</sup>

---

29. “XII – a remuneração do arrendamento, sob qualquer forma de pagamento, não poderá ser superior a 15% (quinze por cento) do valor cadastral do imóvel, incluídas as benfeitorias que entrarem na composição do contrato, salvo se o arrendamento for parcial e recair apenas em glebas selecionadas para fins de exploração intensiva de alta rentabilidade, caso em que a remuneração poderá ir até o limite de 30% (trinta por cento)” (Redação dada pela Lei 11.443/2007).

30. “§ 1.º Subarrendamento é o contrato pelo qual o Arrendatário transfere a outrem, no todo ou em parte, os direitos e obrigações do seu contrato de arrendamento.”

31. “Cumpre também ponderar que a tutela do trabalhador rural, através de restrições nos contratos agrários, nem sempre se justifica, havendo hipóteses em que a igual-

### 3.2 *Parceria*

Vejamos também o Código de Hamurabi também previu sobre a hipótese de Contrato de Parceria Agrícola em seus parágrafos 60 a 65. No § 62 prevê a formação de pomar, no qual o proprietário entrega a terra trabalhada e preparada para o cultivo e no § 63 o proprietário entrega um terreno inculto e nos § 64 e § 65, o dono da terra já entrega o pomar formado para o arboricultor fazê-lo frutificar.<sup>32-33</sup>

---

dade das partes é patente. Cite-se, por exemplo, o caso de contrato celebrado entre proprietário de imóvel rural e pessoas jurídicas, como usinas de açúcar e entidades de crédito, de forte estrutura financeira e administrativa, a dispensar qualquer tratamento protecionista”. (JTACSP, 2.º TACSP, 3.ª Câm. Civ., Ap. 122.896, j. 29.12.1980, rel. Roberto Rodrigues).

“Parceria agrícola – Descaracterização – Contrato firmado por pessoa jurídica de forte estrutura financeira e administrativa – Estatuto da Terra que somente protege o trabalhador rural em atuação direta e pessoal – Inteligência dos arts. 13, V, da Lei 4.947/1966 e 8.º do Dec. 59.566/1966.

As normas do Estatuto da Terra destinam-se a amparar o homem do campo, a quem não se pode assemelhar a pessoa jurídica de cunho empresarial.

Contratos agrários realizados entre o proprietário do imóvel e pessoas jurídicas, como usinas de açúcar e entidades de crédito, de forte estrutura financeira e administrativa, não se encontram sob a proteção das normas do Estatuto da Terra.” (Ap. Sum. 256/795-9 – RT 654/138)

32. MIRANDA, Alcir Gursen de. Ob. cit., p. 20.

33. “§ 60. Se um homem deu a um arboricultor um campo para plantar um pomar, durante quatro anos ele fará crescer o pomar e o arboricultor dividirá com o dono do pomar, em partes iguais, os frutos. O dono do pomar escolherá sua parte e tomará para si.

§ 61. Se o arboricultor não terminou de plantar o campo e deixou uma parte não cultivada, colocarão a parte não cultivada entre a parte do arboricultor.

§ 62. Se ele não plantou em pomar o campo que lhe foi dado, se a terra era trabalhada, o arboricultor medirá para o dono do campo a renda do terreno pelos anos que negligenciou conforme a renda de seu vizinho; além disso, trabalhará o campo e o restituirá ao dono do campo.

§ 63. Se era um terreno baldio, ele trabalhará o campo e o entregará ao dono; além disso, medirá por cada *bur* 10 *gur* de grão por ano.

§ 64. Se um homem deu o seu pomar a um arboricultor para fazê-lo frutificar, enquanto o arboricultor retiver o pomar dará ao dono do pomar dois terços da produção; um terço ele tomará para si.

§ 65. Se o arboricultor não fez frutificar o pomar e diminuiu o rendimento, o arboricultor medirá a renda do pomar conforme a do seu vizinho.” Cf. Código de Hamurabi. VIEIRA, Jair Lot. *Código de Hamurabi, Código de Manu, excertos (livro oitavo e nono)*:

A Parceria no Brasil foi prevista primeiramente no Código Civil de 1916 nos artigos 1.410 a 1.423, no entanto abrangue a parceria agrícola<sup>34</sup> e pecuária,<sup>35</sup> e somente em 30.11.1964, com a edição da Lei 4.504, mais conhecida como Estatuto da Terra, é que houve também a previsão das parcerias agroindustrial e extrativa.

Com a edição do Decreto regulamentador em 1966 também definiu a parceria rural como um contrato agrário em seu art. 4.º, no qual “uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias,

---

*Lei das XII Tábuas.* Supervisão editorial Jair Lot Vieira. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2011. p. 17-18.

34. “Art. 1.410. Dá-se a parceria agrícola, quando uma pessoa cede um prédio rústico a outra, para ser por esta cultivado, repartindo-se os frutos entre as duas, na proporção que estipularem.

Art. 1.411. O parceiro incumbido da cultura não responderá pelos encargos do prédio, se os não assumir.

Art.1.412. Os riscos de caso fortuito, ou força maior, correrão em comum contra o proprietário e o parceiro.

Art. 1.413. A parceria não passa aos herdeiros dos contraentes, exceto se estes deixaram adiantados os trabalhos de cultura, caso em que durará, quanto baste, para se ultimar a colheita.

Art. 1.414. Aplicam-se a este contrato as regras da locação de prédios rústicos, em tudo o que nesta seção não se acha regulado.

Art. 1.415. A parceria subsiste, quando o prédio se aliena, ficando o adquirente sub-rogado nos direitos e obrigações do alienante.”

35. “Art. 1.416. Dá-se a parceria pecuária, quando se entregam animais a alguém para os pastoreais, tratar e criar, mediante uma quota nos lucros produzidos.

Art. 1.417. Constituem objeto de partilha as crias dos animais e os seus produtos, como pele, crinas, lãs e leite.

Art. 1.418. O parceiro proprietário substituirá por outros, no caso de evicção, os animais evictos.

Art. 1.419. Salvo convenção em contrário, o parceiro proprietário sofrerá os prejuízos resultantes do caso fortuito, ou força maior.

Art. 1.420. Ao proprietário caberá o proveito, que se obtenha dos animais mortos, pertencentes ao capital.

Art. 1.421. Salvo clausula em contrário, nenhum parceiro, sem licença do outro, poderá dispor do gado.

Art. 1.422. As despesas com o tratamento e criação dos animais, não havendo acordo em contrário, correrão por conta do parceiro tratador e criador.

Art. 1.423. Aplicam-se a este contrato as regras do de sociedade, no que não tiver regulado por convenção das partes, e, na falta, pelo disposto nesta seção.”

outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nêle ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa vegetal ou mista; e ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias primas de origem animal, mediante partilha de riscos do caso fortuito e da fôrça maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei (art. 96, VI, do Estatuto da Terra)”.

O art. 5.º define como sendo 4 (quatro) os tipos dos contratos de parceria, quais sejam, parceria agrícola<sup>36</sup>, pecuária<sup>37</sup>, agroindustrial<sup>38</sup>, extrativa<sup>39</sup> e mista.<sup>40</sup>

As partes contratantes no contrato de parceria são chamadas de parceiro-outorgante e parceiro-outorgado, e o objeto deste contrato é a cessão apenas do uso específico do imóvel, mediante partilha dos frutos, pois os riscos e as vantagens são de ambas as partes, e os resultados, lucros ou prejuízos, deverão ser partilhados.<sup>41</sup>

As regras do arrendamento rural presentes nos arts. 16 a 33 do Dec. 59.566/1966 são também utilizadas ao contrato de parceria.

Antonino Moura Borges afirma que apesar de os contratantes terem liberdade para contratar, deverão constar nos contratos alguns requisitos, quer sejam, (i) nomen iuris do contrato elaborado; (ii) nomes completos, qualificações e endereços contratantes; (iii) características de cada parte contratual são números das cédulas de identidades, números dos CPFs; (iv) objeto do contrato, incluindo o tipo de atividade, destinação e os bens fornecidos; (v) descrição do imóvel, incluindo as benfeitorias nele existentes; (vi) o prazo de vigência;

---

36. “I – agrícola, quando o objeto da cessão fôr o uso de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, com o objetivo de nêle ser exercida a atividade de produção vegetal”.

37. “II – pecuária, quando o objetivo da cessão forem animais para cria, recria, invernagem ou engorda”.

38. “III – agro-industrial, quando o objeto da sessão fôr o uso do imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, ou maquinaria e implementos, com o objetivo de ser exercida atividade de transformação de produto agrícola, pecuário ou florestal”.

39. “IV – extrativa, quando o objeto da cessão fôr o uso de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, e ou animais de qualquer espécie, com o objetivo de ser exercida atividade extrativa de produto agrícola, animal ou florestal”.

40. “V – mista, quando o objeto da cessão abranger mais de uma das modalidades de parceria definidas nos incisos anteriores.”.

41. MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 179.

(vii) foro de eleição; (viii) cláusulas obrigatórias atendendo a lei agrárias; e, (ix) lugar, data e assinatura.<sup>42</sup>

Segundo Edson Ferreira de Carvalho a natureza jurídica do contrato de parceria é de uma sociedade *sui generis*, e continua ao afirmar que o contrato é necessariamente bilateral, não permitindo a intervenção dos sócios, tendo em vista que existe uma dupla prestação, consistentes na concessão do imóvel e da execução do trabalho.<sup>43</sup>

### 3.3 Da diferença entre parceria e arrendamento

Por força do art. 34 do Dec. 59.566/1966 e do art. 96, VII, do Estatuto da Terra, os contratos de arrendamento e de parceria tem o mesmo objeto, a concessão do uso e posse temporária do imóvel.

O que diferencia a parceria do arrendamento é a forma da contraprestação pelo uso da terra, pois na parceria há somente a cessão parcial específica da terra, a ser definida pelo tipo de exploração, quer seja, rural, agrícola, agroindustrial ou extrativa, os direitos e as obrigações da posse do proprietário e do parceiro são divididos de forma a terem os resultados partilhados entre si, quer seja de lucros ou prejuízos, ao contrário do arrendamento que transfere a posse integral, mesmo que temporária mediante uma remuneração, cujo *quantum* é definido em lei.

Silvia e Oswaldo Optiz<sup>44</sup> distinguem arrendamento de parceria afirmando que neste predomina a produção de frutos em benefício do parceiro colono, de modo que a vantagem do proprietário está no sucesso dessa produção. O malogro da colheita afeta tanto o proprietário como o parceiro agricultor (art. 36 do Regulamento ao ET). Aqui haverá um vínculo entre os parceiros que implica o bom ou o mau sucesso, isto é, numa comunhão de riscos, contrário ao arrendamento, pois nem a esterilidade, nem o malogro da colheita autorizam o arrendatário a exigir o abate no preço do arrendamento, pois haverá uma troca de interesses.

Existe na parceria uma comunhão de fins, um espírito associativo, que não se encontra no arrendamento.<sup>45</sup>

---

42. BORGES, Antonio Moura. *Curso completo de direito agrário*. 4. ed. Campo Grande: Contemplan, 2012. p. 519-520.

43. CARVALHO, Edson Ferreira. *Manual didático de direito agrário*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 432-433.

44. OPTIZ, Silvia C. B.; OPTIZ Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 390.

45. OPTIZ, Silvia C. B.; OPTIZ Oswaldo. Ob. cit., p. 390.

Leandro Ribeiro da Silva afirma que o contrato de arrendamento é similar aos contratos de locação e os contratos de parceria são parecidos com os contratos de sociedade ou aleatórios.<sup>46</sup>

## 4. CONTRATOS ATÍPICOS

Há também contratos agrários que são considerados como atípicos, pois não há na legislação agrária brasileira, qualquer previsão em relação a alguns tipos de contratos, que são eles: roçado; pastoreio ou invernagem ou de pastagem; o de cambão e o de fica.

### 4.1 *Roçado ou cessão de roça*

Pinto Ferreira cita a existência do Contrato de Roçado, encontrado em quase todas as propriedades do semiárido nordestino.

Neste tipo de Contrato o ocupante roçou ou queimou o mato, preparou o terreno para a cultura, mas ao final entrega ao proprietário o resto da colheita, como a palha de milho, feijão cultivado ou ainda a casca da mandioca,<sup>47-48</sup> aqui o objetivo principal é a limpeza e preparação da terra para a próxima lavoura.

---

46. SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 182-183.

47. FERREIRA, Pinto, op. cit. – “Nos contratos inominados as partes interessadas aproveitam o grau de flexibilidade existentes em normas legais supletivas (também chamadas permissivas ou facultativas), submetendo-se no mais ao império das normas obrigatórias.

Como exemplo de contrato agrário inominado pode-se entender o roçado, pelo qual o ocupante entrega ao proprietário o resto das culturas, o restolho, como a palha de milho e o feijão cultivado, ou a manina, ou ainda a casca da mandioca, quando se tratar de tal cultura. O roçado é, assim, um contrato inominado de direito agrário que se encontra em quase todas as propriedades do semiárido nordestino”.

48. “Civil e processual civil. Possessória. Manutenção de posse. Possuidores que foram impedidos de efetuar roçado em sua gleba de terras. Situação fática demonstrada através de prova pericial. Possibilidade. Turbação incontroversa. Requisitos do art. 927 do código de processo civil demonstrados. Sentença mantida. Recurso desprovido. A comprovação da posse anterior do autor e da turbação praticada pelo réu induz ao acolhimento do pedido de manutenção de posse (CPC, arts. 926 e 927)”. (TJSC, ApCiv 2005.008357-3, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato).

“Direito civil e processual civil. Apelação cível. Posse. Turbação e manutenção. Construção de casa e de roçado. Usucapião. Inocorrência. Permuta de imóvel rural entre os litigantes. Pedido de anulação. Erro inescusável. Benfeitorias. Falta de especificação. Indenização. Impossibilidade. Recurso improvido. 1. A construção de pequena

Jose Fernando Coelho afirma que no Rio Grande do Sul este tipo de contrato é identificado como cessão de roça, no qual “aquele que obteve o direito de ocupar a terra, e nela plantar uma safra de feijão, por exemplo, devendo ser posteriormente ser devolvida a terra limpa para plantio do cedente, ao término da safra da leguminosa feita pelo cessionário”<sup>49-50</sup>

#### 4.2 Pastoreio ou invernagem ou de pastagem

Para os povos babilônicos, o pasto já era importante, pois desde aquela época já se tinha a noção da propriedade, tanto que a preservação dos rebanhos era um meio de negócio entre esses povos, que até mesmo foi codificado em seus § 57, § 58 e § 264 (Código de Hamurabi).

No § 264 do Código de Hamurabi constatou-se um caso típico de pastagem ou pastoreio, ao afirmar que “se o pastor, a que se deu gado de grande porte e de pequeno porte para pastorear (apascentar), recebeu todo seu salário, cujo coração está contente por isso, se há diminuído o gado maior, bem como o menor, há reduzido a reprodução, pagará a reprodução e os benefícios conforme o que houveram convencionado”<sup>51</sup>

---

casa em madeira e de roçado na área litigiosa consubstanciam atos efetivos de turbação haja vista que obstam a utilização plena do imóvel por seus proprietários/possuidores, em conseqüência, autorizados ao manejo da ação de manutenção de posse. 2. Não comprovada a posse ininterrupta e pacífica do imóvel litigioso pelo período de quinze anos (artigo 1.238 do Código Civil), bem assim verificado que a demandada não estabeleceu sua morada na área em litígio, elidida a usucapião. 3. Não são todos os tipos de erro que anulam o negócio jurídico, somente os essenciais ou substanciais, devendo, ainda, ser escusável. Inteligência do artigo 138 do Código Civil. 4. Para alcançar o direito à indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel litigioso, necessário a adequada especificação. 5. Recurso improvido” (TJAC, ApCiv 0000305-12.2007.8.01.0009. j. 19.01.2010. rel. Des. Eva Evangelista de Araujo Souza).

49. COELHO, José Fernando Lutz. *Contratos agrários de arrendamento & parceria rural no Mercosul*. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2008. p. 94-95.

50. “Contrato agrário atípico. Cessão de roça suja para que o cessionário a devolvesse limpa e pronta para o plantio. Como contraprestação, o cessionário poderia utilizar a área para efetuar plantio de uma safra de feijão. Retomada do imóvel pelo cedente, antes de efetuada a colheita pelo cessionário. Pretensão de indenização pela safra não colhida. Dúvidas quanto à área plantada e a extensão da colheita. Julgamento por equidade. Pretensão parcialmente acolhida. Recurso provido apenas para reconhecer a ilegitimidade ativa de Maria Selonir Lodéa Soares.” (Recurso Inominado 71000557579, 3.ª T. Recursal Cível da Comarca de Canela, rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j.14.09.2004)

51. OPTIZ, Silvia C. B.; OPTIZ Oswaldo. Ob. cit., p. 461.

No Brasil, não há ordenamento específico que trata o contrato de pastoreio, pastagem ou invernação, porém este tipo de contrato tem características e elementos análogos ao contrato de arrendamento, e também admite o contrato na forma de parceria, no qual se repartem as utilidades, portanto o pastoreio se trata da cessão da posse um imóvel com o fim específico de pastagem, no qual o vínculo contratual possa ser de parceria ou de arrendamento, sem perder suas características<sup>52</sup>, são contratos muito utilizados no Rio Grande do Sul, Argentina e Uruguai.<sup>53</sup>

Silvia Optiz define esses contratos, “quando o proprietário ou arrendatário recebe gado para pastar, mediante o pagamento por cabeça introduzida no campo, sob a responsabilidade e cuidados do dono do campo ou arrendatário deste”.<sup>54</sup>

Nesse tipo de contrato não haverá a cessão da posse da terra, pois se busca somente a utilização da terra para os animais usarem o pasto por um certo período, para alimentação, mediante remuneração e por um breve período.

Veja-se, que este contrato é por um pequeno período de prazo, pois normalmente os animais estão em trânsito e precisam de alimento, até chegarem ao seu fim.

O extinto Tribunal de Alçada Cível de São Paulo examinou a matéria, vejamos:

“Locação de pastos. Contratos a curto prazo, para permanência temporária de gado – Interesses em confronto, a propiciar, nítida distinção entre locatário de pasto e arrendatário – Locações de pastos, esta não regidas pelo Estatuto da Terra – Proteção unicamente à figura do arrendatário, que explora efetivamente a terra”.<sup>55</sup>

O decreto ao regulamentar o Contrato de Parceria em seu art. 4.<sup>o</sup><sup>56</sup> identificou o contrato de invernação como um contrato típico de parceria e não

---

52. VIVANCO, Antonio C. *Teoria de derecho agrario*. Imprenta: La Plata Libr. Juridica, 1967. p. 456-457.

53. COELHO, José Fernando Lutz. *Contratos agrários – uma visão neo-agrарista*. 1.<sup>a</sup> Ed. 2.<sup>a</sup> Reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 91.

54. OPTIZ, Silvia C. B.; OPTIZ Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 466.

55. JTACSP 41:167.

56. “Art. 4.<sup>o</sup> Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa vegetal ou mista; e ou lhe entrega animais para cria, recria, *invernação*, engorda ou extração de matérias primas de origem animal, mediante partilha de ris-

de pastoreio, tendo em vista que a remuneração será feita na percentagem de frutos ou lucros, no entanto é diferente daquele realizado no Rio Grande do Sul e nos outros países.

José Fernando Coelho afirma que nestes contratos utilizados na Região Sul a posse do imóvel rural continuará com o Cedente, pois os animais são entregues ao proprietário do imóvel, com o objetivo de exploração pecuária, para fins de engorda, recria, mediante pagamento em dinheiro e apresentam prazo que varia de um período de 3 (três) meses a 1 (um) ano.<sup>57</sup>

No entanto segundo Silvia e Oswaldo Optiz afirmam que no contrato de pastoreio, apesar de não estar previsto no Estatuto da Terra, aplica-lhe as regras do Estatuto e do art. 13, II do Regulamento, por ser considerado um arrendamento, no qual não poderá ser convencionado por prazo inferior a três (3) ou cinco (5) anos, e em relação ao contrato de arrendamento de pastagem ou invernação, por não haver o uso e posse da terra, não há também previsão no Estatuto da Terra, portanto seria regulado pelas regras comuns da locação prevista no Código Civil.<sup>58</sup>

Não obstante os fatos acima observados, a Res. Conama 10, de 14.12.1988, ao determinar sobre as áreas de preservação permanente, dispõe em seu art. 5.º, § 3.º, que não será admitido o pastoreio excessivo, considerando-se como tal aquele capaz de acelerar sensivelmente os processos de erosão.<sup>59</sup>

#### 4.3 Cambão

O Cambão,<sup>60</sup> muito utilizado no Nordeste, é um contrato no qual o proprietário empresta o uso de uma fração de terra ao trabalhador, mediante a prestação de trabalho de dias de trabalho, em área diversa daquela emprestada

---

cos do caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei” (art. 96, VI, do Estatuto da Terra).

57. COELHO, José Fernando Lutz. *Contratos agrários – Uma visão neo-agrарista*. 1. ed. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 92.

58. OPTIZ, Silvia C. B.; OPTIZ Oswaldo. Ob. cit., p. 469.

59. “Art. 5.º As definições adotadas para as formações vegetais de que trata o artigo 4.º, para efeito desta Resolução, são as seguintes:  
(...)

§ 3.º Não será admitido o pastoreio excessivo, considerando-se como tal aquele capaz de acelerar sensivelmente os processos de erosão.”

60. O Contrato de Cambão é diferente do denominado “puxirão”, que é a reunião de lavradores de uma região para auxiliar um vizinho num trabalho agrícola.

pelo proprietário. Segue abaixo trecho da obra de Francisco de Oliveira sobre a forma de como era realizado esse tipo de contrato.

“com exércitos de cangaceiros e jagunços que realizavam a apropriação das terras e reafirmavam, pela força, contra os camponeses recalcitrantes, o preço na ‘folha’, as obrigações do ‘cambão’, o pacto da ‘meia’ e da ‘terça’, o ‘foro’ da terra”.<sup>61</sup>

Essa forma de contraprestação por serviços pessoais foi utilizada no Nordeste pelos ‘coronéis’, principalmente nas áreas de plantação de algodão, ou na própria pecuária e com as culturas de subsistência.

Esta prática foi abolida por Portugal na metade do século XIX e o Estatuto da Terra não aceita este tipo de contrato agrário.<sup>62</sup>

#### 4.4 Contrato do fica

Este contrato é muito utilizado no Mato Grosso e no Mato Grosso do Sul e é semelhante ao contrato de depósito.

O Fica é um contrato que se caracteriza pela entrega dos animais, que ficam em poder do proprietário do imóvel, tendo que em vista que o proprietário dos animais busca espaço físico para deixar seus animais, independentemente da engorda desses animais.

É diferente dos contratos de arrendamento e parceira, pois não há o uso e a posse temporária da terra, com ajuste de renda e nem mesmo a partilha de despesas de manutenção, e também é diferente ao contrato de invernagem, pois neste há a obrigação do proprietário da terra cultivar gramíneas forrageiras, capins, para fins de engorda.<sup>63</sup>

#### 4.5 Outras formas de contratos

Apesar de não haver previsão no Estatuto da Terra, alguns contratos, que estão previstos no Código Civil, são muito utilizados no meio rural, tais como empreitada, comodato e depósito, que abaixo conceituaremos e tentaremos diferenciar com o Contrato de Arrendamento.

---

61. OLIVEIRA, Francisco de. *Elegia para uma re(li)gião: Sudene, Nordeste, planejamento e conflito de classes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977. p. 49.

62. OPTIZ, Silvia C. B.; OPTIZ Oswaldo. Ob. cit., p. 470.

63. COELHO, José Fernando Lutz. *Contratos agrários – uma visão neo-agrarista*. 1. ed. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 90, 91 e 94.

Há também contratos, tais como enfiteuse, superfície, usufruto, uso e diversos outros que não serão tratados neste momento, pois tem sua natureza jurídica no direito real, diferente daqueles que estamos mencionando neste trabalho, que são de direito pessoal.

#### 4.5.1 *Empreitada*

O contrato de empreitada previsto nos arts. 610 a 626 do CC/2002, pode ser utilizado para a construção de cercas, casas, currais, desmatamentos, formação de pastagens, de forma eventual e não repetitivos.<sup>64</sup>

Nelson Rosenvald conceitua a empreitada como contrato “pelo qual uma das partes (empreiteiro) se obriga perante outra (dono da obra) à realização de certa obra, mediante um preço, sem que se configure dependência ou subordinação.”<sup>65</sup>

Na empreitada, a remuneração é ajustada normalmente em dinheiro, mas também poderá ser ajustada em espécie, e a obra poderá ser realizada somente com o fornecimento da mão de obra ou também com o fornecimento de materiais, neste último, o risco é do empreiteiro até a entrega da obra contratada, exceto quando não der causa ao fato.<sup>66</sup>

---

64. “Prestação de Serviços – Cobrança – Contrato verbal de empreitada – Terraplanagem para plantio de cebolas – Ônus de prova do autor - Ausência de prova- do real valor contratado – Responsabilidade não caracterizada – Sentença de improcedência mantida – Tratando-se de contrato verbal entre as partes, cabe ao autor da ação de cobrança provar o” inadimplemento do requerido, na forma do inc. I do art. 333 do CPC. Não feita tal prova, o pedido de cobrança não pode ser julgado procedente, confirmando-se a sentença de improcedência, vez que a dúvida quanto aos fatos alegados sempre milita em desfavor do autor, que tem o ônus de provar o alegado na inicial. – Recurso não provido, v.u.” (TJSP, Ap 9053180-02.2005.8.26.0000, 35.<sup>a</sup> Câm. de Direito Privado, rel Des. Manoel Justino Bezerra Filho).

“Acidente do trabalho. Direito comum. Indenização. Agravo retido não conhecido. Acidente fatal. Morte por soterramento. Ausência dos equipamentos de segurança. Culpa dos réus caracterizada. Solidariedade passiva entre o dono da fazenda e o empreiteiro pela morte de obreiro. Reconhecimento. Ação julgada parcialmente procedente. Sentença reformada no tocante à responsabilidade de ambos os réus pelo acidente. Morte do corréu, empreiteiro da obra. Substituição. Possibilidade. Recurso dos autores parcialmente provido e do correu improvido” (TJSP, Ap 923548002, 32.<sup>a</sup> Câm. de Direito Privado, rel. Des. Francisco Occhiuto Júnior).

65. PELUSO, Cezar. (coord.). *Código civil comentado – doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2012. p. 640.

66. BORGES, Antonio Moura. *Curso completo de direito agrário*. 4. ed. Campo Grande: Contemplar, 2012. p. 563.

A empreitada é também muito utilizada na lavoura canavieira, realizando-se todo o processo de produção, tais como a preparação da terra, plantação e colheita.<sup>67</sup>

#### 4.5.2 Comodato

O contrato de comodato foi previsto no Código Civil, nos arts. 579 a 585, é muito utilizado no meio rural, quando o proprietário oferece de forma graciosa a moradia, com a condição de restituir quando solicitado.<sup>68</sup>

O art. 579 do CC/2002, define o Comodato como um empréstimo gratuito de coisas não fungíveis e que se perfaz com a tradição do objeto, por isso é considerado contrato real, mas também é um contrato informal e não solene, podendo até mesmo ser formalizado na forma verbal, e ainda é unilateral, pois a obrigação só há para o comodatário, qual seja, o de restituir a coisa.

Nelson Rosenvald afirma que na “promessa de comodato será considerada como contrato preliminar, cujo descumprimento da obrigação de entregar ensejará indenização por perdas e danos, à luz do art. 465 do Código Civil.”<sup>69</sup>

Nelson Nery conceitua o comodato como “Contrato unilateral, real e gratuito o comodato tem como elemento essencial a obrigação de o comodatário

---

67. SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 202.

68. “Arrendamento rural. Ação de reintegração na posse. 1. Firmando as partes contrato de arrendamento rural, a ação adequada para a retomada, em caso de inadimplemento do arrendatário, é a ação de despejo e não a de reintegração na posse. Inteligência do art. 32 do Dec. 59.666/1966 e precedentes do STJ e desta Corte. 2. Extinção do processo decretada, sem resolução do mérito, ausente o interesse processual (art. 267, VI, do CPC), carreando aos autores os encargos da lide, por força do princípio da sucumbência. 3. Deram provimento ao recurso, para acolher a preliminar e decretar a extinção do processo, sem resolução do mérito.” (TJSP, Ap. 9274797-29.2008.8.26.0000, 25.<sup>a</sup> Câ. de Direito Privado, rel. Des. Vanderci Álvares). “Apelação. Parceria agrícola. Exploração de seringal. Extração de látex. Indenização por quebra do contrato de parceria pleiteada pela parceira. Contrato de comodato para utilização de imóvel situado no sítio onde se situa o seringal. Inexistência de vínculo entre o contrato de comodato, firmado entre a autora e pessoa jurídica e o de parceria agrícola, pactuado pela autora com o réu. Reconvenção formulada pelo proprietário postulando indenização por danos causados no seringal por exploração inadequada. Ônus da prova não cumprido pela autora, nem pelo réu reconvincente. Improcedência da ação e da reconvenção mantidos. Recursos improvidos” (TJSP, Ap 00008771-84.2009.8.26.0637, 29.<sup>a</sup> Câ. de Direito Privado, rel. Des. Pereira Calças).

69. PELUSO, Cezar. Ob. cit., p. 620.

devolver a coisa. Isso porque o comodante a emprestou, vale dizer, teve ânimo de obtê-la de volta. ‘Chama-se empréstimo o contrato pelo qual uma pessoa entrega a outra, gratuitamente, uma coisa, para este se servir d’ella, com obrigação de restituir. Este contrato ou é comodato ou mútuo’ (Coelho da Rocha, Instituições, vol. II, §769, p. 611). Assim, depois de decorrido o prazo para a entrega da coisa, ou do cumprimento da finalidade para a qual foi emprestada no caso de comodato por prazo indeterminado, o comodante tem o direito de exigir a coisa de volta, e, em contrapartida, o comodatário tem a obrigação de restituí-la”.<sup>70</sup>

#### 4.5.3 Depósito

O depósito é o negócio jurídico bilateral pelo qual uma pessoa (depositante) entrega à outra (depositário) coisa móvel infungível, a fim de que esta possa guardá-la e restituí-la quando solicitado, previsto nos arts. 627 a 652 do CC/2002.<sup>71-72</sup>

O Contrato de Depósito apesar de similar ao contrato de arrendamento é diferente deste, pois no depósito o depositário tem de devolver o imóvel com todos os frutos e acréscimos, diverso do arrendamento, porque neste último os frutos pertencem ao arrendatário, outro fator que os diferenciam são os efeitos processuais, pois no contrato de depósito caberá somente ação ordinária de reintegração de posse e no arrendamento é cabível ação de despejo.<sup>73</sup>

---

70. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Ob. cit., p. 435.

71. PELUSO, Cezar. Ob. cit., p. 649.

72. “Contrato de depósito – Soja depositada em nome do autor em Cooperativa – Transferência do produto para terceiro – Inexistência de violação ao contrato de depósito – Ordem de transferência passada por quem aparentemente era dono do produto ou pelo menos tinha autorização do proprietário para movimentar a mercadoria confiada em depósito – Conjunto probatório que revela estreita relação entre o depositante e o terceiro, denotando a existência de verdadeira economia familiar – Aplicação da teoria da aparência – Apelação improvida” (TJSP, ApCiv 9252174-73.2005.8.26.0000, 15.<sup>a</sup> Câ. de Direito Privado, rel. Des. Alexandre Marcondes).  
“Armazenagem. Retenção não autorizada de sacas de milho para satisfação de crédito de empresa de defensivos agrícolas pertencente ao depositário. Inadmissibilidade. Cautelar de sequestro julgada procedente. Indenização indevida em face da entrega das sacas de milho. Dano moral não configurado pelo só inadimplemento do contrato de depósito. Recurso parcialmente provido” (TJSP, Ap 9121737-36.2008.8.26.0000, 36.<sup>a</sup> Câ. de Direito Privado, j. 19.11.2009, rel. Des. Pedro Baccarat).

73. OPTIZ, Sílvia C. B.; OPTIZ, Oswaldo. Ob. cit., p. 386-387.

## 5. DAS CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS TÍPICOS

Iremos expor suas principais características, que estão previstas na legislação agrária vigente.

Veremos neste Capítulo que nos arts. 92 e 95 do Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), art. 2.º, do seu Regulamento (Dec. 59.566/1966) e o art. 13, IV, da Lei 4.947/1966 previram normas para os Contratos Agrários que são elas obrigatórias e irrenunciáveis, nas quais as partes se submeterão, independentemente da vontade estabelecida entre as partes.

Trataremos das obrigações das partes, do arrendador e do arrendatário, e posteriormente versaremos de itens pontuais dos contratos típicos, a forma, o prazo, o preço e o reajuste, as benfeitorias, possibilidade de indenização ou retenção do imóvel, direito de preferência, prorrogação ou renovação do contrato, as causas de extinção e por último a retomada do imóvel.

### 5.1 *Das cláusulas obrigatórias ou cláusulas gerais*

O art. 13 da Lei 4.947/1966 dispõe que os Contratos Agrários deverão ser regulados por princípios gerais, no que concerne ao acordo de vontade e ao objeto, aplicando-se o Estatuto da Terra, quanto ao uso ou posse temporária da terra (arts. 92, 93 e 94, da Lei 4.504/1964) e no tocante ao arrendamento rural e à parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa (arts. 95 e 96 da Lei 4.504/1964).

Deverão constar obrigatoriamente cláusulas irrevogáveis, que visem à conservação de recursos naturais, proibição de renúncia, por parte do arrendatário ou do parceiro não proprietário, de direitos ou vantagens estabelecidas em leis ou regulamentos; e, a proteção social e econômica aos arrendatários cultivadores diretos e pessoais.

O art. 13 do Regulamento ao dispor sobre as cláusulas obrigatórias prevê que deverão assegurar a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica, atendendo as normas do Estatuto da Terra, sendo elas:

- (I) Proibição de renúncia dos direitos ou vantagens estabelecidas em Leis ou Regulamentos;
- (II) Observar os prazos mínimos e as práticas agrícolas admitidas para os vários tipos de exportação intensiva e extensiva para as diversas zonas típicas do país, visando a conservação dos recursos naturais;
- (III) Fixação, em quantia certa, do preço do arrendamento, a ser pago em dinheiro ou no seu equivalente em frutos ou produtos e das condições de partilha dos frutos, produtos ou lucros havidos na parceria;

(IV) Bases para as renovações convencionadas;

(V) Causas de extinção e rescisão;

(VI) Direito e formas de indenização quanto às benfeitorias realizadas, ajustadas no contrato; e, direitos e obrigações quanto às benfeitorias realizadas, e quanto aos danos substanciais causados por práticas predatórias na área de exploração ou nas benfeitorias, instalações e equipamentos especiais, veículos, máquinas, implementos ou ferramentas a ele cedidos;

(VII) Observar as normas de concordância para a solicitação de crédito rural; a proibição de prestação do serviço gratuito, exclusividade da venda dos frutos ou produtos; obrigatoriedade do beneficiamento da produção em estabelecimento determinado ou aquisição de gêneros e utilidades em armazéns ou barracões determinado; aceitação do pagamento de sua parte em ordens, vales, borós, ou qualquer outra forma regional substitutiva da moeda, tudo visando à proteção social e econômica dos arrendatários e parceiros-outorgados; direito e oportunidade de dispor dos frutos ou produtos repartidos.

Podemos concluir com base nas normas acima mencionadas que o poder público busca o interesse da sociedade em oposição aos interesses dos proprietários, em atenção ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, no qual não poderá vigorar entre as partes nenhum acordo que contrarie as normas agrárias, vez que poderá acarretar na nulidade do contrato celebrado.<sup>74</sup>

## 5.2 *Dos direitos e deveres das partes*

O Decreto Regulamentador em seus arts. 40 a 47 enumeram quais são os direitos e deveres do arrendador e do arrendatário, que iremos tratar a seguir.

Devem ser observadas que nos arts. 48 a 50 do Regulamento dispõe que deverão ser aplicadas as mesmas regras estatuídas ao Arrendador e Arrendatário para o parceiro – outorgante e ao parceiro-outorgado.<sup>75</sup>

---

74. CARVALHO, Edson Ferreira. *Manual didático de direito agrário*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 397.

75. Dos Parceiros-Outorgantes e dos Parceiros-Outorgados

“Art. 48. Aplicam-se à parceria, nas formas e tipos previstos no Estatuto da Terra e neste Regulamento, as normas estatuídas na Seção I deste Capítulo, e as relativas à sociedade, no que couber (art. 96, VII do Estatuto da Terra).

§ 1.º Além das obrigações enumeradas no art. 40, o parceiro-outorgante assegurará ao parceiro-outorgado que residir no imóvel rural, e para atender ao uso exclusivo da família deste, casa de moradia higiênica e área suficiente para horta e criação de animais de pequeno porte (art. 96, IV, do Estatuto da Terra).

### 5.2.1 *Dos direitos e deveres do arrendador e parceiro-outorgante*

O arrendador poderá (i) resolver o contrato por seu inadimplemento; (ii) proibir o subarrendamento, a cessão de contrato, o empréstimo do imóvel, mesmo que parcial; (iii) poderá reajustar a remuneração, em função das benfeitorias que foram realizadas ou da valorização do imóvel no mercado; (iv) poderá retomar o imóvel para uso próprio; (v) poderá promover ação judicial de despejo, nas hipóteses elencadas no art. 26 do Dec. 59.566/1966; e (vi) extinguir o arrendamento.

Também é direito do arrendador se opor a cortes ou podas, se danoso, aos fins florestais ou agrícolas a que se destina a gleba objeto do contrato. (art. 42 do Decreto).

Estabelece o art. 40 do Regulamento que o arrendador em relação ao arrendatário é obrigado a (i) entregar ao arrendatário o imóvel rural objeto do contrato, na data estabelecida ou segundo os usos e costumes da região; (ii) a garantir ao arrendatário o uso e gozo do imóvel arrendado, durante todo o prazo do contrato; (iii) a fazer no imóvel, durante a vigência do contrato, as obras e reparos necessários; (iv) a pagar as taxas, impostos e qualquer contribuição que incida ou venha incidir sobre o imóvel rural arrendado, se de outro modo não houver convencionado.

O Art. 93 do Estatuto da Terra prevê as vedações que não poderão ser impostas ao arrendatário ou parceiro – outorgante, sendo as seguintes (i) prestação de serviço gratuito; (ii) exclusividade da venda da colheita; (iii) obrigatoriedade do beneficiamento da produção em seu estabelecimento; (iv) obrigatoriedade da aquisição de gêneros e utilidades em seus armazéns ou barracões; (v) aceitação de pagamento em “ordens”, “vales”, “borós” ou outras formas regionais substitutivas da moeda.

Essas previsões do art. 93, II e III e do art. 95, XII, do Estatuto da Terra, não serão aplicadas quando o arrendamento rural for para a agroindústria canavieira, pois neste caso deverá ser regido pelo Estatuto da Lavoura Canavieira (Dec.-lei 3.855/1941) e também pelo Lei 6.969/1944.

---

§ 2.º As despesas com o tratamento e criação dos animais, não havendo acôrdo em contrário, correrão por conta do parceiro-outorgado independentemente do disposto no art. 41, no que lhe fôr aplicável (art. 96, III, do Estatuto da Terra).

Art. 49. Para todos os efeitos do presente Regulamento, o parceiro-outorgante, no caso de parceria da modalidade prevista na alínea *a*, inciso VI, do art. 96, do Estatuto da Terra, não será considerado cultivador direto.

Art. 50. O parceiro-outorgante e o parceiro-outorgado poderão a qualquer tempo, dispor livremente sôbre a transformação do contrato de parceria no de arrendamento.”

Outrossim, o parágrafo único do art. 93, o proprietário poderá exigir a venda da colheita até o limite do financiamento concedido, observados os níveis de preços do mercado local quando ele houver financiado o arrendatário ou parceiro, por inexistência de financiamento direto.

### 5.2.2 *Dos direitos e deveres do arrendatário e do parceiro-outorgado*

Terá o arrendatário assegurado o direito de preferência para a aquisição do imóvel rural arrendado, conforme previsão nos arts. 45 a 47 do Dec. 59.566/1966 e art. 92, §§ 3.º e 4.º, do Estatuto da Terra.

O arrendatário, tendo em vista a disposição no art. 41 do Dec. 59.566/1966, é obrigado a (i) a pagar pontualmente o preço do arrendamento, pelo modo, nos prazos e locais ajustados; (ii) a usar o imóvel rural com o mesmo cuidado como se fosse seu, não podendo mudar sua destinação contratual; (iii) a levar ao conhecimento do arrendador, imediatamente, qualquer ameaça ou ato de turbacão ou esbulho que, contra a sua posse vier a sofrer, e ainda, de qualquer fato do qual resulte a necessidade da execução de obras e reparos indispensáveis à garantia do uso do imóvel rural; (iv) a fazer no imóvel, durante a vigência do contrato, as benfeitorias úteis e necessárias, salvo convenção em contrário; (v) a devolver o imóvel, ao término do contrato, tal como o recebeu com seus acessórios; salvo as deteriorações naturais ao uso regular. O arrendatário será responsável por qualquer prejuízo resultante do uso predatório, culposo ou doloso, quer em relação à área cultivada, quer em relação às benfeitorias, equipamentos, máquinas, instrumentos de trabalho e quaisquer outros bens a ele cedidos pelo arrendador.

O art. 43 do Dec. 59.566/1966 e o art. 95, IX, do Estatuto da Terra que na eventual possibilidade de não haver previsão no contrato a forma de restituição de animais de cria, de corte ou de trabalho, entregues ao arrendatário, este se obriga a, rescindir o contrato, restituí-los em igual número, espécie, qualidade e quantidade.

Na hipótese de extinção ou rescisão do contrato, o arrendatário que sai deverá permitir a entrada do arrendador ou do novo arrendatário para a prática dos atos necessários à realização dos trabalhos preparatórios para o ano seguinte, bem como deverá aquele que entra permitir ao arrendatário que sai todos os meios indispensáveis à ultimação da colheita (art. 44 do Dec. 59.566/1966).

Além dos direitos e deveres acima mencionados, o art. 48, §§ 2.º e 3.º, do Dec. 59.566/1966, deverá ser assegurado ao parceiro – outorgado que residir no imóvel rural, e de forma a atender ao uso exclusivo da família, casa de moradia higiênica e área suficiente para horta e criação de animais de pequeno porte (art. 96, IV, do Estatuto da Terra), bem como correrão por conta do

parceiro-outorgado as despesas com o tratamento e criação dos animais, não havendo acordo em contrário.

### 5.3 *Da forma*

Devemos estabelecer qual será a forma do Contrato, portanto com base no princípio da liberdade da forma, os contratos poderão ser escritos ou verbais (Estatuto da Terra, art. 92 c/c art. 11 do Dec. 59.566/1966),<sup>76</sup> no entanto, neste último presume-se como reguladas as cláusulas obrigatórias dispostas no art. 13 deste Decreto, e poderão a qualquer tempo ser exigido pela outra parte a celebração do contrato por escrito (art. 11, § 2.º, do Dec. 59.566/1966).

Em relação aos contratos escritos, segundo prevê o art. 12 do Dec. 59.566/1966, deverão conter as seguintes indicações, lugar e data da assinatura do contrato; nome completo e endereço dos contratantes; características do arrendador ou do parceiro-outorgante (espécie, capital registrado e data da constituição, se pessoa jurídica, e, tipo e número de registro do documento de identidade, nacionalidade e estado civil, se pessoa física e sua qualidade (proprietário, usufrutuário, usuário ou possuidor); característica do arrendatário ou do parceiro-outorgado (pessoa física ou conjunto família); objeto do contrato (arrendamento ou parceria), tipo de atividade de exploração e destinação do imóvel ou dos bens; identificação do imóvel e número do seu registro no Cadastro de imóveis rurais do Ibra (constante do Recibo de Entrega da Declaração, do Certificado de Cadastro e do Recibo do Imposto Territorial Rural); descrição da gleba (localização no imóvel, limites e confrontações e área em hectares e fração), enumeração das benfeitorias (inclusive edificações e instalações), dos equipamentos especiais, dos veículos, máquinas, implementos e animais de trabalho e, ainda, dos demais bens e ou facilidades com que concorre o arrendador ou o parceiro-outorgante; prazo de duração, preço do arrendamento ou condições de partilha dos frutos, produtos ou lucros havidos, com expressa menção dos modos, formas e épocas desse pagamento ou partilha; cláusulas obrigatórias com as condições enumeradas no art. 13 do Dec. 59.566/1966, nos arts. 93 a 96 do Estatuto da Terra e no art. 13 da Lei 4.947/1966; foro do contrato; assinatura dos contratantes ou de pessoa a seu rogo e de quatro testemunhas idôneas, se analfabetos ou não poderem assinar.

---

76. “Art. 11. Os contratos de arrendamento e de parceria poderão ser escritos ou verbais. Nos contratos verbais presumem-se como ajustadas as cláusulas obrigatórias estabelecidas no art. 13 deste Regulamento.  
§ 2.º Cada parte contratante poderá exigir da outra a celebração do ajuste por escrito, correndo as despesas pelo modo que convencionarem.”

Apesar da disposição das cláusulas obrigatórias no art. 12, o parágrafo único possibilita às partes contratantes o ajuste de outras estipulações que julgarem convenientes, observando que não poderão infringir as regras dispostas no Estatuto da Terra, a Lei 4.947/1966 e no seu Regulamento, devendo também observar a inclusão das cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros-outorgados (art.13, *caput*, do Dec. 59.566/1966).

#### 5.4 Do prazo

O prazo de duração do contrato de arrendamento é determinado em lei, e este não fixa o limite máximo, que poderá ser por tempo indeterminado, porém não ilimitado, no entanto, deverá ser expresso ou tácito o prazo mínimo que poderá ser de três, cinco ou sete anos, de acordo com o tipo atividade a ser explorada, conforme disposto no art. 13, II, *a*, do Dec. 59.566/1966.

Os prazos estabelecidos no Decreto Regulamentador visam à conservação dos recursos naturais (art. 13, II, do Dec. 59.566/1966), portanto os prazos mínimos foram estabelecidos na forma abaixo mencionada.

- De 3 (três), anos nos casos de arrendamento em que ocorra atividade de exploração de lavoura temporária e ou de pecuária de pequeno e médio porte; ou em todos os casos de parceria;

- De 5 (cinco), anos nos casos de arrendamento em que ocorra atividade de exploração de lavoura permanente e ou de pecuária de grande porte para cria, recria, engorda ou extração de matérias primas de origem animal;

- De 7 (sete), anos nos casos em que ocorra atividade de exploração florestal;

O STJ já se manifestou sobre o prazo mínimo para o arrendamento rural<sup>77</sup> e

---

77. “Arrendamento rural (Lei 4.504/1964 e Dec. 59.566/1966). 1. Pecuária de grande, médio e pequeno porte. Prazo. Segundo o acórdão local, “Em razão das reduzidas dimensões da área arrendada para a pecuária, tem-se que se trata de pecuária de pequeno porte, cujo prazo mínimo é de três anos, como avençado. Questão envolvendo provas e interpretação do contrato, daí a incidência das Súmulas 5 e 7. 2. Despejo (renovação contratual e sinceridade do pedido). Dissídio não configurado a propósito desse tema. 3. Inocorrência de afronta a texto de lei federal. Falta de prequestionamento. 4. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 76.207/RS, 3.<sup>a</sup> T., j. 01.10.1998, rel. Min. Nilson Naves, DJ 30.11.1998, p. 149).

“Arrendamento rural. Estatuto da terra. Revisão de locativo. Teoria de imprevisão. Se a inicial, como ressaltou o acórdão, não aludiu a imprevisão como causa de pedir, não ha como examinar a questão atinente à revisão de locativo sob tal prisma. Negativa de vigência ao art. 95, II, do Estatuto da Terra não caracterizada. A disposição ali con-

para o contrato de parceria,<sup>78</sup> sendo para o primeiro o prazo de 3 (três) anos<sup>79</sup> e no segundo, no caso que foi analisado o STJ entendeu que o prazo contratado era de 1 (um) ano, portanto após esse período o bem em discussão que ainda se encontrava em posse do parceiro outorgado, caracterizou o crime de apropriação indébita.<sup>80</sup>

---

tida diz respeito ao prazo mínimo do arrendamento rural, sendo estranho ao *thema decidendum*. Dissídio jurisprudencial não configurado. A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja recurso especial (Súmula 13 do STJ), distinguindo-se a hipótese dos autos da examinada no acórdão de outro tribunal trazido a cotejo. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 69.845/SP, 3.<sup>a</sup> T., j. 24.10.1995, rel. Min. Costa Leite, DJ 18.12.1995, p. 44564).

“Estatuto da Terra – Contratos agrícolas – Prazo mínimo – Nos contratos agrícolas, o prazo legal mínimo pode ser afastado pela convenção das partes. Decreto regulamentador não pode limitar, onde a Lei não o fez. O art. 13, II, *a*, do Dec. 59.566/1966 não se afina com o art. 96 da Lei 4.504/1964” (STJ, REsp 806.094/SP, 3.<sup>a</sup> T., j. 16.11.2006, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.12.2006, p. 386).

“Arrendamento rural. Prazo mínimo. O prazo mínimo para o arrendamento rural é de três anos. Art. 13, II, *a*, do Dec. 59.566/1966” (STJ, REsp 195.177/PR, 4.<sup>a</sup> T., j. 03.02.2000, rel. Min. Barros Monteiro, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 28.08.2000, p. 88).

78. “Estatuto da Terra. A disposição do Dec. 59.566/1966, estabelecendo, indistintamente, prazo mínimo de tres anos para todos os contratos de parceria agrícola, não atendeu ao disposto no artigo 96, V, *b* da Lei 4.504/1964 que admitiu pudesse o regulamento prever prazos mínimos, consoante o tipo de atividade agrícola. Há de prevalecer o disposto no item *i* do mesmo artigo, entendendo-se que o prazo mínimo de três anos poderá ser afastado pela vontade das partes” (STJ, REsp 11.101/PR, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3.<sup>a</sup> T., j. 08.06.1992, DJ 29.06.1992, p. 10315).
- “Civil – Contrato de parceria agrícola – Indenização – Prazo determinado – Art. 37 do Dec. 59.566/1966. I – As parcerias sem prazo convencional pelas partes, presumem-se contratadas por 3 (três) anos (...) (art. 37 do Dec. 59.566/1966). II – Incontroverso nos autos que as partes firmaram entre si um contrato verbal de parceria agrícola, tendo como objeto uma safra de plantio de milho e feijão, com início em agosto de 1985 e o término em maio de 1986, após concluída a colheita. Portanto, ao contrário do que se alega, inexistente a ofensa ao citado dispositivo de lei, eis que, nele se cuida de contrato sem convenção de prazo e, na hipótese dos autos, de parceria com prazo estipulado. III – Ainda que a avença tivesse sido pelo prazo de três anos, incabível seria o recurso, porque admitida, também, a inadimplência do recorrente no acórdão impugnado, questão cujo deslinde e insuscetível de reexame no especial, remanescendo íntegra a decisão quanto a esse fundamento. IV – recurso não conhecido” (STJ, REsp 3.187/PR, 3.<sup>a</sup> T., j. 29.06.1990, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 03.09.1990, p. 8844).
79. “Arrendamento rural. Prazo mínimo. O prazo mínimo para o arrendamento rural é de três anos. Art. 13, II, *a*, do Dec. 59.566/1966” (STJ, REsp 195.177, 4.<sup>a</sup> T., j. 03.02.2000, rel. Ruy Rosado de Aguiar).
80. “Recurso em *habeas corpus*. Apropriação indébita. Direito processual penal. Trancamento da ação penal. Constrangimento ilegal. Inexistência. 1. O trancamento da

### 5.5 Do preço e do reajuste

No Contrato de Arrendamento é obrigatória a fixação da contraprestação do preço em dinheiro, fixação esta prevista na legislação.

O Dec. 59.566/1966 prevê no art. 16 que “A renda anual dos contratos de arrendamento será ajustada pelas partes contratantes, tendo como limite o estabelecido no art. 95, inciso XII, do Estatuto da Terra”,<sup>81</sup> e também prevê em seu § 1.º que os contratos poderão ser anualmente corrigidos a partir da data da assinatura<sup>82</sup> e no § 2.º, estabelece o limite máximo para fixação da correção.<sup>83</sup>

No art. 13, III, do Dec. 59.566/1966 estabelece que será fixado o preço do arrendamento em quantia certa a ser pago em dinheiro ou no seu equivalente em frutos ou rendimentos.<sup>84-85</sup>

ação penal por ausência de justa causa, medida de exceção que é, somente pode ter lugar, quando o seu motivo legal mostrar-se na luz da evidência, *primus ictus oculi*.  
2. A não devolução de gado bovino, em contrato de parceria pecuária, em que se pactuou a sua recria e engorda, pelo prazo de um ano, com a devolução dos animais, além da entrega de 150 bezerros a título de renda, caracteriza, ao menos em tese, o crime de apropriação indébita. 3. Recurso improvido” (STJ, RHC 13.754/MS, 6.ª T., j. 24.02.2005, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 09.05.2005, p. 475).

81. “Art. 95. Quanto ao arrendamento rural, observar-se-ão os seguintes princípios:

(...)

XII – A remuneração do arrendamento, sob qualquer forma de pagamento, não poderá ser superior a 15% (quinze por cento) do valor cadastral do imóvel, incluídas as benfeitorias que entrarem na composição do contrato, salvo se o arrendamento for parcial e recair apenas em glebas selecionadas para fins de exploração intensiva de alta rentabilidade, caso em que a remuneração poderá ir até o limite de 30% (trinta por cento)” (Redação dada pela Lei 11.443/2007).

82. “§ 1.º Poderão os contratos ser anualmente corrigidos a partir da data da assinatura, na parte que se refere ao valor da terra, de acordo com o índice de correção monetária fornecida pelo Conselho Nacional de Economia e divulgado pelo Ibra” (art. 92, § 2.º, do Estatuto da Terra).

83. “§ 2.º Nos casos em que ocorrer exploração de produtos com preço oficialmente fixado, a relação entre os preços reajustados e os iniciais, não poderá ultrapassar a relação entre o novo preço fixado para os produtos e o respectivo preço na época do contrato” (art. 92, § 2.º, do Estatuto da Terra).

84. “III – Fixação, em quantia certa, do preço do arrendamento, a ser pago em dinheiro ou no seu equivalente em frutos ou produtos, na forma do art. 95, inciso XII, do Estatuto da Terra e do art. 17 deste Regulamento, e das condições de partilha dos frutos, produtos ou lucros havidos na parceria, conforme preceitua o art.96 do Estatuto da Terra e o art. 39 deste Regulamento.”

85. “Arrendamento rural. Preço. Produtos. A Turma entendeu que é nula a cláusula que fixa o preço do arrendamento rural em produtos (art. 18 do Dec. 59.566/1966) e

Em relação ao contrato de parceria, em quaisquer de suas espécies, a previsão está expressa nos arts. 34 e ss. do Dec. 59.566/1966, a partilha da cota do parceiro não poderá ser superior a (i) 10% (dez por cento) quando concorrer apenas com a terra nua; (ii) 20% (vinte por cento) quando concorrer com a terra preparada e moradia; (iii) 30% (trinta por cento) caso concorra com o conjunto básico de benfeitorias, constituído especialmente de casa de moradia, galpões, banheiro para gado, cêrcas, valas ou currais, conforme o caso; (iv) 50% (cinquenta por cento), caso concorra com a terra preparada e o conjunto básico de benfeitorias enumeradas no inciso III, e mais o fornecimento de máquinas e implementos agrícolas, para atender aos tratos culturais, bem como as sementes e animais de tração e, no caso de parceria pecuária, com animais de cria em proporção superior a 50% (cinquenta por cento) do número total de cabeças objeto da parceria; ou (v) 75% (setenta e cinco por cento), nas zonas de pecuária ultraextensiva, em que forem os animais de cria em proporção superior a 25% (vinte e cinco por cento) do rebanho onde se adotem a meação do leite e a comissão mínima de 5% (cinco por cento) por animal vendido (art. 35 do Dec. 59.566/1966).

---

determinou que deve ser substituída por dinheiro, em valor apurado em liquidação de sentença por arbitramento. Precedentes citados: REsp 407.130/RS, DJ 05.08.2002; REsp 127.561/SP, DJ 01.09.2003; REsp 334.394/RS, DJ 05.08.2002, e REsp 128.542/SP, DJ 09.12.1997. REsp 566.520/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 11.05.2004” (Informativo 0208, período: 10 a 14.05.2004).

“Multa. Arrendamento rural. Monitória. Não há como se definir a quantia da multa devida pelo arrendatário em razão do descumprimento do contrato de arrendamento rural, visto que atrelada ao valor de um ano do arrendamento, que depende do preço variável da tonelada de cana-de-açúcar. Assim, à falta de valor certo, a Turma entendeu que a execução deverá continuar como ação monitória, reabrindo-se o prazo para defesa e levantando-se a penhora, quanto mais se falta devolver apenas parte da área arrendada, o que permitiria a equitativa diminuição da multa (art. 924 do CC). Precedente citado: REsp 21.655/MS, DJ 03.11.1992. REsp 445.156/AL, rel. Min. Ruy Rosado, j. 15.10.2002” (Informativo 0151, período: 14 a 18.10.2002).

“Arrendamento rural. Notificação premonitória. Trata-se de notificação realizada pela arrendatária rural, que tinha proposta para novo contrato, expressando o preço do arrendo em produto. Houve silêncio da locatária, que na ação de despejo alega nulidade da proposta diante do art. 18 do Dec. 56.566/1966. Prosseguindo o julgamento, a Turma deu provimento ao recurso por considerar que a notificação premonitória feita com a indicação de proposta mais vantajosa, apresentando o preço em quantidade de produtos, não pode ser tida como eficaz porquanto a oferta apresentada não está de acordo com a lei vigente (art. 18 do Dec. 56.566/1966) a impossibilitar que seja avaliada corretamente a oferta. REsp 334.394/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16.05.2002” (Informativo 0134, período: 13 a 17.05.2002).

O outorgante poderá sempre cobrar o preço de custo do valor dos inseticidas, fertilizantes na sua proporção estabelecida de acordo com a modalidade de parceria (art. 35, § 1.º, do Dec. 59.566/1966), na hipótese de não haver previsão, a cota adicional será fixada com base em percentagem máxima de 10% do valor das benfeitorias ou dos bens postos à disposição do parceiro-outorgado (art. 35, § 2.º, do Dec. 59.566/1966).

As cláusulas contrárias ao fixado no art. 35 não serão válidas, podendo até mesmo o parceiro que se sentir prejudicado reclamar em juízo e efetuar a consignação judicial da cota, correndo por conta todos os riscos, despesas, custas e honorários advocatícios.<sup>86</sup>

E por último, quando por motivos de força maior que acarrete na perda total do objeto do contrato de parceria acarretará em rescisão, no qual nenhum dos contratantes responderá por perdas e danos, no entanto, na hipótese de

---

86. “Parceria Rural. Aviário. Contrato atípico. Abusividade. – O contrato celebrado entre a companhia de alimentos e o pequeno produtor rural para a instalação de um aviário destinado à engorda de frangos para o abate, com recíprocas obrigações de fornecimento de serviços e produtos, é um contrato atípico, mas nem por isso excluído de revisão judicial à luz da legislação agrária e dos dispositivos constitucionais que protegem a atividade rural. - Caso em que as instâncias ordinárias, examinando a prova, inclusive pericial, concluíram pela inexistência de abusividade, seja na celebração, seja na execução do contrato e na fixação do preço final do produto. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 171.989/PR, 4.ª T., j. 20.08.1998, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 13.10.1998, p. 129).

“Despacho: Agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que tem a seguinte ementa: ‘parceria agrícola – ação de despejo por infração contratual cumulada com cobrança do preço avençado – cerceamento de defesa. Não ocorrência – prazo que ocorreu *in albis* quanto a manifestação relativa a produção de provas – matéria de mérito unicamente de direito – devolução do imóvel rural em audiência sem acerto de contas – validade e legalidade de contrato de compromisso de compra e venda antecipada de safra com percentual na ordem de 25% – multa moratória de 20% – expressa previsão contratual – proporcionalidade afastada. Preliminar rejeitada e recurso não provido.’ Verifica-se que o acórdão recorrido limitou-se a aplicar a legislação infraconstitucional pertinente ao caso: a alegada violação aos dispositivos constitucionais apontados no recurso extraordinário seria – se ocorresse – indireta ou reflexa, que não enseja reexame em sede extraordinária, conforme copiosa jurisprudência deste Tribunal. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Brasília, 28.05.2003. Min. Sepúlveda Pertence – Relator” (STF, AgIn 418.439, 1.ª T., j. 28.05.2003, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12.06.2003, p. 91).

perda parcial, os prejuízos serão repartidos entre os contratantes na proporção por eles estipuladas (art. 36 do Dec. 59.566/1966).

### 5.6 *Das benfeitorias*

O art. 95, VII, do Estatuto da Terra, com redação dada pela Lei 11.443/2007, dispôs que o arrendatário tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis; bem como que será indenizado das benfeitorias voluptuárias quando autorizadas pelo proprietário do solo.

O art. 24 do Dec. 59.566/1966 refere-se às benfeitorias realizadas no imóvel durante o período contratual, que poderão ser estas classificadas como voluptuárias, úteis e necessárias, que foram conceituadas da seguinte forma, porém na hipótese de haver dúvida sobre a finalidade da benfeitoria, prevalecerá o que foi estabelecido entre as partes contratantes.

- Voluptuárias, as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do imóvel rural, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor;

- Úteis, as que aumentam ou facilitam o uso do imóvel rural; e

- Necessárias, as que tem por fim conservar o imóvel rural ou evitar que se deteriore e as que decorram do cumprimento das normas estabelecidas neste Regulamento para a conservação de recursos naturais.

As regras das benfeitorias em relação ao contrato de arrendamento também se aplicam aos contratos de parceria, porém deverá sempre pedir a autorização do parceiro outorgante, dada a sua estrutura associativa.<sup>87</sup>

#### 5.6.1 *Do direito de indenização e da possibilidade de retenção*

Conforme disposto no art. 95, VII, do Estatuto da Terra, com redação dada pela Lei 11.443/2007, o arrendatário tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis; bem como que será indenizado das benfeitorias voluptuárias quando autorizadas pelo proprietário do solo; no entanto, enquanto o arrendatário não for indenizado das benfeitorias necessárias e úteis, poderá permanecer no imóvel, no uso e gozo das vantagens por ele oferecidas, nos termos do contrato de arrendamento e das disposições do inciso I deste artigo, ou seja, ainda caberá a possibilidade de retenção do imóvel.

É confirmado também pelo art. 25 do Dec. 59.566/1966 que afirma que ao término do contrato o arrendatário terá direito à indenização das benfeitorias

---

87. VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Empresa agrária e contratos agrários. RT 757/29.

necessárias e úteis, e em relação às voluptuárias, somente será indenizado se sua construção for expressamente autorizada pelo arrendador, e também no § 1.º afirma que “enquanto o arrendatário não for indenizado das benfeitorias necessárias e úteis, poderá reter o imóvel em seu poder (...)”.<sup>88</sup>

---

88. “Arrendamento rural. Retenção. Benfeitorias. A embargante sustentou, em síntese, que os embargos declaratórios tiveram o propósito de prequestionar a matéria relativa ao direito à indenização por benfeitorias, não podendo, pois, ser considerados procrastinatórios. No mérito, aduziu que os melhoramentos efetuados no imóvel foram provados, relacionados e valorizados nos autos, razão pela qual devem ser indenizados nos termos do Estatuto da Terra. Contudo, uma vez que assentado pelas instâncias ordinárias que as alegadas benfeitorias não foram especificadas nem valorizadas como determina a lei, o Min. relator entendeu que não há como infirmar tais fundamentos sem reexaminar o conjunto probatório coligido aos autos. É descabida a penalidade imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, quando o escopo da recorrente, ao aviar os embargos, foi o de preencher o requisito do prequestionamento. Isso posto, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento. STJ, REsp 134.537/MG, j. 28.10.2008, rel. Min. Luís Felipe Salomão” (Informativo 374, período: 27 a 31.10.2008).

“Parceria agrícola. Indenização por benfeitorias. Improcedência do pedido. Caso em que não ocorreu ofensa a Lei 4.504/1964, art. 96, incs. V e VII e nem ao Decreto 59.566/1966, arts. 13, IV e 34. Súmula 7/STJ. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 28.901/RS, rel. Min. Nilson Naves, 3.ª T., j. 31.05.1993, DJ 28.06.1993, p. 12887).

“Processual civil e agrário. Arrendamento rural. Despejo. Adimplemento das obrigações contratuais. Prova testemunhal. Admissibilidade. Benfeitorias. Comprovação. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa configurado. I – Os arts. 400 e 403 do CPC vedam a prova ‘exclusivamente’ testemunhal para comprovação do pagamento quando o valor exceder o décuplo do salário-mínimo; *mutatis mutandis*, havendo início de prova documental, perfeitamente cabível seu complemento por meio de testemunhas. II – Hipótese que, além de se amoldar à previsão acima, também se inclui na exceção do art. 402, II, do referido Estatuto, onde é admitida a prova exclusivamente testemunhal, porquanto as partes envolvidas no negócio são parentes (mãe e filho). III – Irrelevância da discussão acerca da aplicabilidade das regras probatórias do Código de Processo Civil nos contratos agrários, em razão do disposto no art. 98, §§ 8.º e 9.º, do Estatuto da Terra pois, a despeito da corrente adotada, a conclusão será no sentido do cabimento da prova testemunhal no caso em tela. V – Cerceamento de defesa caracterizado pelo julgamento antecipado da lide, onde se julgou procedente o pedido de despejo cumulado com indenização por perdas e danos, porquanto o réu não teria comprovado o pagamento das rendas anuais e o adimplemento das demais disposições contratuais e, considerou-se descabido o direito de retenção porque não teria havido realização de benfeitorias, mas apenas melhoramentos e despesas de conservação. IV – A contestação da ação de despejo é momento processual adequado para alegar-se o direito de retenção por benfeitorias. Recurso especial provido” (STJ, REsp 651.315/MT, 3.ª T., j. 09.08.2005, rel. Min. Castro Filho, DJ 12.09.2005, p. 324).

No entanto, quando as benfeitorias úteis e necessárias forem realizadas pelo proprietário e possibilitarem o aumento da produtividade do imóvel poderá acarretar o aumento do aluguel ou uma maior participação nos frutos, e não serão indenizáveis ao fim do contrato, salvo estipulação em contrário (art. 25, § 2.º, do Dec. 59.566/1966).<sup>89</sup>

### 5.7 Do direito de preferência

Vale transcrever Oswaldo e Silvia Opitz ao tratar do tema sobre o direito de preferência:

“A preferência outorgada pela lei ao arrendatário é uma garantia do uso econômico da terra explorada por ele, que a lei não quer que vá cair em mãos de terceiros, estranhos à relação contratual (art. 92 da Lei 4.504/1964). Da maneira como está concebido esse direito ao arrendatário, não há dúvida que é direito real, pois lhe cabe haver a coisa vendida (imóvel) se a devida notificação não foi feita, do poder de quem a detenha ou adquiriu (art. 92, § 4.º, da Lei 4.504/1964). Aliás, depois do art. 313 do CPC/1939, primeira parte, parece não haver mais dúvida a respeito da natureza jurídica desse direito do condômino ou do arrendatário. A violação das normas do art. 504 do CC/2002 e art. 92, § 3.º, da Lei 4.504/1964 não se resolve em perdas e danos, como ocorre com a preferência convencional (art. 518 do CC/2002). Alienado o imóvel arrendado, sem a notificação ao arrendatário, terá este ação para exigi-lo do

---

“Civil e processual. Arrendamento rural para fins de exploração de jazida de basalto. Recurso especial. Prequestionamento. Insuficiência quanto à maioria dos temas. Dissídio jurisprudencial não configurado. Acessões. Direito de retenção e indenização afastados com base em cláusula contratual e no exame dos fatos. Súmulas 5 e 7-STJ. Incidência. I. Impossível ao STJ, ao teor das Súmulas 282 e 356 do C. STF e 7 desta Corte, a apreciação de questões federais não objetivamente debatidas pelo acórdão estadual. II. Firmado em 1.ª instância que os melhoramentos introduzidos na área objeto do arrendamento rural onde explorada jazida de basalto pela ré, não constituíam benfeitorias, mas acessões, e, de outra parte, concluído pelo acórdão revisor que o contrato previa apenas o direito de retirada dos bens por parte da mineradora arrendatária, inviabilizando a sua pretensão de retenção do imóvel e indenização dos mesmos, a controvérsia resvala para o campo do reexame da prova e da interpretação de cláusulas da avença, com óbice nas Súmulas 5 e 7 do STJ. III. Recurso especial não conhecido, prejudicada a Medida Cautelar a ele correlata” (STJ, REsp 60.801/SP, 4.ª T., j. 07.03.2002, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 15.04.2002, p. 219).

89. BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito agrário – Doutrina, jurisprudência e exercícios*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. vol. 1, p. 130.

terceiro que o houver adquirido, se o requerer no prazo de 6 (seis) meses, a contar da transcrição do ato de venda no Registro de Imóveis conforme o art. 92, § 4.º, da Lei 4.504/1964. Esta é também a solução dada na hipótese do art. 504 do CC/2002, citada. Outra não deve ser a interpretação do art. 47 última parte, do Dec. 59.566/1966. As perdas e danos são pela não comunicação e não pela venda, que pode ou não se desfazer, se assim exigir o arrendatário no prazo de seis meses. O regulamento interpretou mal o art. 313 do CPC/1939 (atual art. 640 do CPC), como se quisesse dizer que o imóvel, depois de vendido, não podia mais ser exigido e a obrigação se resolve em perdas e danos. O descumprimento da obrigação não se resolve em perdas e danos, mas na exigência do arrendatário de haver o imóvel vendido sem sua ciência, do terceiro que o adquiriu, com infração legal. A reclamação das perdas e danos, ou da indenização, corresponde ao prejuízo decorrente da venda, é direito exclusivo do preferente. A ele cabe decidir se quer reaver a coisa ou reclamar perdas e danos.”<sup>90</sup>

Vejamos o art. 22 do Dec. 59.566/1966 estabelece que o arrendatário terá preferência à renovação do arrendamento em igualdade de condições com terceiros, no entanto o arrendador deverá notificar com até 6 meses antes do vencimento do contrato das propostas recebidas com cópia autêntica das propostas recebidas.

Caso o arrendatário não receba a notificação o contrato considera-se automaticamente renovado, salvo se o arrendatário, nos 30 dias seguintes ao do término do prazo para a notificação manifestar sua desistência ou formular nova proposta (art. 95, IV, da Lei 4.504/1964 e art. 22, § 1.º, do Dec. 59.566/1966).

O direito de preferência na aquisição do imóvel é assegurado ao arrendatário, pois deverá o arrendador notificar o arrendatário para exercer o seu direito no prazo de 30 dias do recebimento da notificação (art. 45 do Dec. 59.566/1966).<sup>91</sup>

---

90. OPTIZ, Silvia C. B.; OPTIZ Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 309.

91. “Apelações cíveis. Contratos agrários. Adjudicação. Preempção. Reintegração de posse. 1. Julgamento conjunto de ação de preferência ou preempção e de ação de reintegração de posse. 2. O direito de preempção é previsto no art. 92, § 3.º, da Lei 4.504/1964 – Estatuto da Terra –, restando evidente que é requisito legal que o conhecimento da venda deva chegar ao arrendatário por meio de notificação judicial ou notificação extrajudicial,

Quando houver pluralidade de arrendatários, o direito de preferência não poderá ser pela parcela por ele utilizada, mas pela totalidade do imóvel (art. 46 do Dec. 59.566/1966).

Na possibilidade de pluralidade de arrendatários e todos se manifestarem pela aquisição do imóvel, acreditamos que deverá ser aplicada a mesma regra do art. 30, parágrafo único, da Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), ou seja, caberá a preferência ao arrendatário ou ao subarrendatário mais antigo, e, se da mesma data, ao mais idoso e para a aquisição em condomínio, somente será permitida mediante acordo dos interessados.<sup>92</sup>

devendo esta ser comprovada mediante recibo. Não basta mera notícia ou comunicação verbal.

3. Descumprido, pelo arrendador, o que disposto no § 3.º do art. 92 da Lei 4.506/1964, aplica-se a consequência prevista no § 4.º do mesmo dispositivo, possibilitando-se ao arrendatário não previamente notificado a adjudicação do imóvel, desde que deposite o preço e o requeira no prazo de seis meses, contados da transcrição do ato no Registro de Imóveis.

4. O prazo decadencial de seis meses para o exercício do direito de preferência conta-se da transcrição do ato de alienação no Registro de Imóveis. Tal termo inicial foi escolhido pelo legislador evidentemente por ser o momento de consolidação da propriedade imobiliária em favor do adquirente e, principalmente, por ser o momento em que se dá publicidade ao ato de transferência da propriedade. Caso concreto em que o negócio firmado não foi compra e venda, mas sim cessão de direitos hereditários, negócio este que não configura ato de alienação passível de transcrição no Registro de Imóveis, em face da ausência de previsão da Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/1973.

5. Adotado como termo inicial do prazo decadencial estabelecido pelo art. 92, § 4.º, da Lei 4.506/1964 a data em que, segundo a prova dos autos, ficou inequívoca a ciência do arrendatário sobre a negociação do imóvel. Decadência configurada. Não procede, pois, por caducidade, a pretensão de adjudicação do imóvel.

6. Reintegração de posse procedente. Posse ilícita do arrendatário, viciada pela precariedade – art. 1.200 do CC/2002. A posse exercida pelos arrendatários não é legítima, cedendo diante da posse titulada apresentada pelos autores. Direito de retenção por benfeitorias não reconhecido. Ônus da prova. Art. 333 do CPC.

7. Litigância de má-fé inocorrente. Art. 17 do CPC.

Em relação à Apelação Cível 70029020658, deram provimento ao apelo dos autores e negaram provimento ao apelo do réu. Em relação à Apelação Cível 70029020823, deram provimento ao apelo da ré e negaram provimento ao apelo dos autores. Unânime” (TJRS, ApCiv 70029029020823, 9.ª Câm. Cível, j. 13.05.2009, rel. Iris Helena Medeiros Nogueira).

92. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada doutrina e prática*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

No entanto, na hipótese do arrendatário não ter recebido a notificação,<sup>93</sup> poderá depositar o preço acordado da venda e haver para si o imóvel, porém

---

93. “Civil e processual. Arrendamento rural. Direito de preferência. Falta de notificação aos arrendatários. Contrato não registrado. Irrelevância. Lei 4.505/1964, art. 92, §§ 3.º e 4.º. I. Irrelevante ao exercício do direito de preferência à compra de imóvel a inexistência de registro, no cartório imobiliário, do contrato de arrendamento rural, porquanto tal exigência não está contida no Estatuto da Terra, lei especial e posterior ao antigo Código Civil, a qual admite, inclusive, a avença sob a forma tácita. II. Patenteada, no caso dos autos, a falta da prévia notificação de que trata o art. 92, § 3.º, da Lei 4.505/1964, é de se reconhecer a procedência do pedido de adjudicação, mediante o depósito realizado do preço do imóvel alienado a terceiros. III. ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’ (Súmula 7/STJ). IV. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, REsp 263.774/MG, 4.ª T., j. 15.08.2006, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 05.02.2007, p. 237).

“Civil. Arrendamento rural. Direito de preferência. Falta de notificação ao arrendatário. Contrato não registrado. Irrelevância. 1. A preferência outorgada pelo estatuto da terra ao arrendatário é uma garantia do uso econômico da terra explorada por ele. 2. O direito do arrendatário à preferência, no estatuto da terra, é real, pois lhe cabe haver a coisa vendida (imóvel) se a devida notificação não foi feita, do poder de quem a detenha ou adquiriu. 3. O art. 92, *caput*, da Lei 4.505/1964 é claro em prever a possibilidade de contrato tácito, além da forma escrita, e o § 3.º, ao fixar se deva dar preferência ao arrendatário, mediante notificação, absolutamente não distingue entre a forma escrita e verbal, nem traz qualquer exigência quanto à necessidade de registro do contrato no cartório imobiliário. 4. Diante da especialidade das normas em comento não há como se constituir exegese sobre o direito de preferência a partir do código civil de caráter geral, pois a regência, no caso, se dá pelo estatuto da terra, que instituiu em prol do arrendatário direito real aderente ao imóvel. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 164.442, 4.ª T. j. 21.08.2008, rel. Luis Felipe Salomão).

“Civil. Arrendamento rural. Direito de preferência. Falta de notificação ao arrendatário. Contrato não registrado. Irrelevância. 1. A preferência outorgada pelo estatuto da terra ao arrendatário é uma garantia do uso econômico da terra explorada por ele. 2. O direito do arrendatário à preferência, no estatuto da terra, é real, pois lhe cabe haver a coisa vendida (imóvel) se a devida notificação não foi feita, do poder de quem a detenha ou adquiriu. 3. O art. 92, *caput*, da Lei 4.505/1964 é claro em prever a possibilidade de contrato tácito, além da forma escrita, e o § 3.º, ao fixar se deva dar preferência ao arrendatário, mediante notificação, absolutamente não distingue entre a forma escrita e verbal, nem traz qualquer exigência quanto à necessidade de registro do contrato no cartório imobiliário. 4. Diante da especialidade das normas em comento não há como se constituir exegese sobre o direito de preferência a partir do Código Civil – de caráter geral, pois a regência, no caso, se dá pelo estatuto da terra, que instituiu em prol do arrendatário direito real aderente ao imóvel. Recurso

deverá ser feita essa requisição no prazo de 6 meses, a contar da transcrição da escritura de compra e venda no Registro Geral de Imóveis local, resolvendo-se em perdas e danos o descumprimento da obrigação (art. 92, § 4.º, do Estatuto da Terra e art. 47 do Dec. 59.566/1966).<sup>94</sup>

### 5.8 Da prorrogação ou renovação automática

O Estatuto da Terra em seu art. 95, IV e o art. 22 do Dec. 59.566/1966 estipula a renovação automática, quando há o silêncio dos contratantes ou quando há manifestação no período de até 6 meses, dispensando-se a notificação.

Diz-se haver uma preferência do arrendatário para a renovação do contrato, em igualdade de condições com terceiros, pois conforme disposto na primeira parte do art. 95, IV, do Estatuto da Terra, o proprietário deverá notificar o arrendatário de que há terceiros interessados em arrendar o imóvel, bem como deverá anexar a notificação cópia autêntica da proposta recebida.

Na hipótese de renovação automática por igual prazo,<sup>95</sup> ou como Pinto Fer-

---

especial conhecido e provido” (STJ, REsp 164.442, 4.ª T., j. 21.08.2008, rel. Luis Felipe Salomão).

94. “Arrendamento rural – Direito de preferência – Exercício – Prazo – Seis meses – Notificação – Ausência – Fluência a partir da data da transcrição – Reconhecimento – Exegese do art. 92, § 4.º, da Lei 4.504/1964 – Tanto o Estatuto da Terra, quanto o Dec. 59.566/1966 preveem que o arrendatário terá o direito de preferência quanto à aquisição do imóvel em igualdade de condições, desde que o faça dentro de seis meses da data do registro do título de alienação em cartório. Decorrido tal lapso, opera-se a decadência do direito” (2.º TACSP, Ap 656.144-00/2, 3.ª Câmara, rel. Juíza Regina Capistrano, DJ 27.06.2003).

95. “Arrendamento rural. Não efetuada a notificação prevista nos itens IV e V do art. 95 do Estatuto da Terra, tem-se o contrato por renovado” (STJ, REsp 72.461/SP, 3.ª T., j. 10.06.1997, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 18.08.1997, p. 37860).

“Arrendamento rural. Alegação de julgamento *extra petita*. Prazo e preço. – Limitação imposta pelo julgado, na verdade uma simples observação, que não ofende as regras dos arts. 128, 264 e 460 do CPC.

– Aplicação, por analogia, do art. 16, § 1.º, do Dec. 59.566, de 14.11.1966, quanto à incidência da correção monetária. Inexistência de contrariedade à norma de lei federal. Fundamentos expostos pela decisão recorrida que, de resto, não foram objeto de impugnação por parte dos recorrentes. – Declarada a ineficácia da notificação dirigida pelos arrendadores ao arrendatário, considera-se o contrato renovado automaticamente. A renovação importa em nova vigência do contrato com todas as suas cláusulas, inclusive a concernente ao prazo, que permanece determinado. Recurso

reira afirma, por prazo indeterminado,<sup>96</sup> o arrendador ainda terá 30 dias para se manifestar se deseja a desistência ou formular nova proposta, no entanto todos os atos deverão ser registrados no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

### 5.9 Das causas de extinção dos contratos agrários

O Decreto Regulamentador em seu art. 26 delinea os motivos pelos quais o contrato de arrendamento se extinguirá, são eles: I – Pelo término do prazo do contrato e do de sua renovação; II – Pela retomada; III – Pela aquisição da gleba arrendada, pelo arrendatário; IV – Pelo distrato ou rescisão do contrato; V – Pela resolução ou extinção do direito do arrendador; VI – Por motivo

---

especial conhecido, em parte, mas improvido” (REsp 56.067/PR, 4.<sup>a</sup> T., j. 24.08.1999, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 29.11.1999, p. 164).

“Civil e processo civil. É nula cláusula que fixa o preço em contrato de arrendamento rural, em quantidade de produtos ou seu equivalente em dinheiro (art. 18, parágrafo único, do Dec. 59.566/1966). Ausência de interesse processual quando a matéria foi decidida no mesmo sentido do que pretende o recorrente. Fundamento suficiente não impugnado, com incidência da Súmula 283/STF Pleito de renovação automática do contrato que, a despeito da oposição dos embargos, não foi objeto de deliberação pelo tribunal *a quo*, nem poderia ser tratada em sede de ação monitória. Súmula 211/STJ. 1. Segundo deflui dos arts. 95, XI, *a*, da Lei 4.504, de 30.11.1964 (Estatuto da Terra), e 18, parágrafo único, do Dec. 59.566, de 14.11.1966, é defeso ajustar como preço do arrendamento quantidade fixa de frutos ou produtos, ou o seu equivalente em dinheiro. 2. Conforme precedentes desta Corte, ‘a cláusula que fixa o preço do arrendamento rural em quantidades de produtos é nula’. 3. Não tendo o recorrente impugnado especificamente o fundamento do tribunal de origem no sentido que a nulidade da cláusula não contamina o contrato, persistindo o débito, incide, no ponto, o Enunciado da Súmula 283/STF. 4. Falece ao recorrente interesse processual quando o tribunal julga a matéria no mesmo sentido do reclamado no recurso. 5. A renovação automática do contrato, impossível de ser discutida em sede de ação monitória, também não foi objeto de prequestionamento, mesmo após a interposição de embargos de declaração. ‘É inviável a apreciação da questão federal trazida no recurso especial se não houve o debate prévio no acórdão recorrido, mesmo após a interposição de embargos de declaração, a teor do Enunciado 211 da Súmula do STJ’. 6. Não há falar em dissídio interpretativo quando os paradigmas se mostram no mesmo sentido do acórdão recorrido. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 231.177/RS, 4.<sup>a</sup> T., j. 26.08.2008, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15.09.2008).

“Imóvel rural. Arrendamento: renovação. Pertencendo a interdito, e, por força de lei, locado em hasta pública, através desta merece renovada a locação. Aplicação dos arts. 453, 427, V, do CC/2002 e 88 do Dec. 59.566/1966. Recurso não conhecido” (RE 64.949, rel. Min. Thompson Flores, 2.<sup>a</sup> T., j. 16.06.1969, DJ 05.12.1969, p. 5844).

96. FERREIRA, Pinto, op. cit., p. 246.

de força maior, que impossibilite a execução do contrato; VII – Por sentença judicial irrecurável; VIII – Pela perda do imóvel rural; IX – Pela desapropriação, parcial ou total, do imóvel rural; X – por qualquer outra causa prevista em lei.

No entanto não é motivo para a extinção do contrato, a morte do arrendatário, pois seus sucessores, caso sejam capazes, poderão dar continuidade na execução do contrato (do art. 26, parágrafo único, do Dec. 59.566/1966).

Tanto o art. 92, § 6.º, do Estatuto da Terra, quanto o art. 27 do Dec. 59.566/1966, dispõem que o inadimplemento das obrigações assumidas por qualquer das partes, e a inobservância de cláusula asseguidora dos recursos naturais, poderão acarretar a rescisão do contrato, ficando a parte inadimplente obrigada a ressarcir a outra as perdas e danos causados. Resolvido o contrato, o arrendatário terá garantido ainda o direito de permanecer no imóvel até o término dos trabalhos (art. 28 do Dec. 59.566/1966).

Caso ocorra a perda total do objeto do contrato, derivado de força maior, nenhum dos contratantes responde por perdas e danos, porém na hipótese de perda parcial, cada um dos contratantes arcará com seus prejuízos. (art. 29 do Dec. 59.566/1966).

E por último, na hipótese de ocorrer a desapropriação do imóvel, o arrendatário terá seu direito assegurado de resolver o contrato ou reduzir proporcionalmente a renda (art. 30 do Dec. 59.566/1966).

### *5.9.1 Da resolução por dolo ou culpa*

Quando houver a resolução ou findo o contrato, deverá o arrendatário restituir o imóvel no estado em que recebeu, salvo as deteriorações naturais ao uso, conforme disposto no art. 40 do Dec. 59.566/1966 e do art. 569, IV, do CC/2002,<sup>97</sup> no entanto, será responsável por qualquer prejuízo resultante do uso predatório, culposo ou doloso, quer em relação à área cultivada, quer em relação às benfeitorias, equipamentos, máquinas, instrumentos de trabalho e quaisquer outros bens a ele cedidos pelo arrendador, nesta hipótese, terá o contrato resolvido e indenizará o arrendador em perdas e danos decorrentes de quaisquer atos prejudiciais ao imóvel.

---

97. “Art. 569. O locatário é obrigado:

(...)

IV – a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular.”

Após findo o contrato, o proprietário ao receber o imóvel deverá se manifestar caso haja irregularidades, pois caso contrário se entenderá que o arrendatário restituiu o imóvel em condições normais.<sup>98</sup>

---

98. “Arrendamento Rural. Inadimplemento da arrendatária. Perdas e danos. O descumprimento de obrigações assumidas no contrato de arrendamento de gleba rural, das cláusulas sobre as condições em que deveria ser devolvida a terra ao término do prazo, permite o deferimento da parcela de lucros cessantes em favor da arrendante, cujo valor deve corresponder à diferença entre o proveito que a arrendante teria se tais melhorias tivessem sido feitas e o que teria com a terra nas condições em que foi depositada em juízo no dia final do prazo. Recurso conhecido em parte e nessa parte provido” (STJ, REsp 279.311/GO, 4.ª T., j. 20.02.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 26.03.2001, p. 430).

“AgIn 1.350.930/RS (2010/0166127-5), rel. Min. Sidnei Beneti. Decisão – 1.– João Iare Penz e outro interpõem agravo de instrumento contra decisão denegatória de admissibilidade de recurso especial interposto com fundamento na letra *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de relatoria do E. Des. Túlio de Oliveira Martins. O acórdão recorrido ficou assim ementado (e-STJ, f.): Apelação cível. Contratos agrários. Arrendamento rural. Inadimplemento contratual. Rescisão. Danos materiais, lucros cessantes e danos configurados. Incontrovérsia quanto à existência do contrato de arrendamento. A prova testemunhal demonstrou de fato que o demandado/arrendador inadimpliu com a obrigação que lhe cabia em razão do contrato (assegurar a posse do imóvel), dando causa eficiente à rescisão do contrato. Perícia a demonstrar os prejuízos sofridos pelo autor da ação. Sentença confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos. Apelação desprovida. Foram interpostos Embargos de Declaração, ao final rejeitados (e-STJ, f.). 2. Nas razões recursais, alegam os recorrentes que o aresto recorrido violou os arts. 535, II, do CPC, 92, § 5.º, do Estatuto da Terra e 15 do Dec. 59.566/1966, 1.092 do CC/1916, por omissão no aresto recorrido. Demais disso, sustentam a ilegitimidade passiva, pois o contrato de arrendamento foi feito com Dário Mendes de Oliveira após o desfazimento do contrato de compra e venda do imóvel com os recorrentes e, por isso, não se pode responsabilizá-los pelos supostos prejuízos sofridos pelo recorrido. Além disso, asseveram que este vinha pagando o arrendamento diretamente a Dário Mendes de Oliveira, para quem a propriedade do imóvel havia retornado. Ademais, o recorrido não está autorizado a exigir reparação pecuniária dos recorrentes pelo descumprimento contratual sem que cumpra as obrigações decorrentes do contrato, qual seja, o pagamento do arrendamento no ano de 2001 a 2003, ou seu abatimento no valor da indenização, sob pena de enriquecimento ilícito. É o relatório. 3. O inconformismo não merece prosperar. 4. Cumpre observar, de início, que o Tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia nos limites do que lhe foi submetido. Portanto, não há que se falar em violação do art. 535, I e II, do CPC. Com efeito, não se detecta qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão estadual, uma vez que a lide foi dirimida com a devida e suficiente fundamentação, apenas não se adotou a tese do recorrente. 5. O

### 5.10 Da retomada

O art. 95, V do Estatuto da Terra trata da possibilidade de intenção do arrendador em retomar o imóvel, desde que haja a notificação, que poderá ser extrajudicial, no entanto a denúncia para fins de retomada do imóvel não poderá ser vazia, pois deverá ser explorado pelo arrendador ou por seu descendente.

O art. 23 do Decreto Regulamentador dispõe que se o imóvel for partilhado entre vários herdeiros, devido a sucessão causa mortis, os descendentes poderão exercer o direito de retomada, todavia é assegurado ao arrendatário o direito à renovação do contrato, quanto às partes dos herdeiros não interessados na retomada.

Edson Ferreira de Carvalho afirma que nesta outra hipótese deverá ser o arrendatário notificado da intenção de retomada pelos herdeiros do imóvel no prazo de 6 meses antes do vencimento do contrato ou de ultimação de colheita, acarretando na renovação do contrato em caso de silêncio.<sup>99</sup>

## 6. DA AÇÃO DE DESPEJO E REINTEGRAÇÃO DE POSSE

A ação de despejo é a ação própria para tirar o arrendatário do imóvel na hipótese de extinção do contrato ou quando houver resistência injustificada para a desocupação do imóvel rural, que deverá ser ajuizada no local do imóvel e deverá obedecer o rito sumário previsto no art. 275, II, *a*, do CPC.

---

Tribunal de origem decidiu que os ora recorrentes possuem legitimidade passiva para o feito com base nas provas trazidas aos autos (e-STJ, f.): Feitas essas ponderações e porque o suplicante não está querendo a manutenção do pacto original, repita-se é parte passiva legítima o réu João Iare Penz que, ao menos por negligência e imprudência, ao não provar o rompimento daquela promessa de compra e venda, causou prejuízos ao postulante, pelo que deve responder, modo solidário (arts. 186 e 942, 2.<sup>a</sup> parte, do CC/2002). A corresponsabilidade de Dário Mendes de Oliveira, substituído por seu espólio, é idêntica àquela de João Iare Penz, por não haver provado, modo idôneo o convincente, o desfazimento daquela promessa de compra e venda, atingindo diretamente os direitos do suplicante e o próprio pacto de arrendamento, ainda em vigor, quando da alienação da gleba a Neimar. Dessa forma, os argumentos utilizados para fundamentar a pretensa violação legal somente poderiam ter sua procedência verificada mediante reexame das circunstâncias fáticas, providência que encontra óbice na Súmula 7 deste Tribunal. 6. Ante o exposto, com apoio no art. 34, VII, do RISTJ, nega-se provimento ao agravo de instrumento. Intimem-se. Brasília, 01.02.2011. Min. Sidnei Beneti, relator, 10.02.2011.”

99. CARVALHO, Edson Ferreira. *Manual didático de direito agrário*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 423-424.

O art. 32 do Dec. 59.566/1966 enumera as hipóteses que são admitidas para o ajuizamento da ação de despejo, quais sejam, término do prazo contratual ou de sua renovação (inc. I); se o arrendatário subarrendar, ceder ou emprestar o imóvel rural, no todo ou em parte, sem o prévio e expresso consentimento do arrendador (inc. II); se o arrendatário não pagar o aluguel ou renda no prazo convencionado (inc. III); dano causado à gleba arrendada ou às colheitas, provado o dolo ou culpa do arrendatário (inc. IV); se o arrendatário mudar a destinação do imóvel rural (inc. V); abandono total ou parcial do cultivo (inc. VI); inobservância das normas obrigatórias fixadas no art. 13 deste Regulamento (inc. VII); nos casos de pedido de retomada, permitidos e previstos em lei e neste regulamento, comprovada em Juízo a sinceridade do pedido (inc. VIII); e, se o arrendatário infringir obrigado legal, ou cometer infração grave de obrigação contratual (inc. IX).

A notificação premonitória é imprescindível para a propositura da ação de despejo, exceto na hipótese de mora do arrendatário, não será necessária a notificação.

Há a possibilidade de cumular a ação de despejo com outros pedidos tais como a rescisão de contrato, cobrança, indenização.

O foro preferencialmente será o de eleição, porém no silêncio entre as partes, será competente o juiz do local do imóvel.

A jurisprudência é unânime pela aplicação da Ação de Despejo, vejamos alguns exemplos:

“Parceria agrícola – Extinção do contrato – Retomada do imóvel através de possessória com liminar *initio litis* – Inadmissibilidade – Hipótese de ação de despejo – Aplicação do Dec. 59.566/1966.

Mandado de Segurança – Ato judicial – Decisão passível de recurso ou correição – Inadmissibilidade – Abrandamento, entretanto, de tal Enunciado do para decisões provisórias ou teratológicas – Ordem concedida – Inteligência da Súmula 267 do STF

O Dec. 59.566 estabelece que e de despejo razão que compete aos parceiros outorgantes, pelo término do prazo contratual de parceria agrícola. Não se pode permitir, seja proposta ação possessória, ainda mais com direito a liminar, se a legislação determina que seja a de despejo.

É certo que, nos termos da Súmula 267 do STF, não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição, mas, não é menos verdade que a própria Suprema Corte tem abrandado o rigor desse enunciado, seja no caso de decisão que, embora recorrível e de natureza provisória, seja

contra decisão que se convencionou chamar de teratológica” (2.º TACivSP, MS 201.617-6, 7.ª Câm. j. 09.04.1987, rel. Gildo dos Santos).<sup>100</sup>

“Parceria Agrícola – Despejo – Prazo determinado – Desnecessidade de notificação prévia pra desocupação – Extinção do contrato resultante da expiração do prazo contratual – Inteligência dos arts. 95 e 96 da Lei 4.504/1964 e 22 do Dec. 59.566/1966 – Procedência da ação mantida – Declaração de voto.<sup>101</sup>

Despejo – Imóvel rural arrendado – Denúncia vazia – Descabimento – Retomada disciplinada pela Lei 4.504/64 e seu regulamento, Dec. 59.566/1966 – Inadmissibilidade da aplicação subsidiária do Código Civil sob invocação do ‘art. 92, § 9.º, do Estatuto da Terra – Contrato com prazo certo e que não se prorroga por tempo indeterminado, renovando-se pelo mesmo prazo no silêncio das partes. Retomada somente admitida para exploração direta ou por descendente do arrendador, com prévia notificação do arrendatário seis meses antes do término do prazo – Aplicação e inteligência dos arts. 95, II, IV, V e XI, c, da Lei 4.504/64 e 26, I, e 32, VIII, do Decreto – Declarações de votos vencedor e vencido.

O contrato de arrendamento de imóvel rural sempre tem prazo, não se prorroga por tempo indeterminado, renova-se pelo mesmo prazo no silêncio das partes e não pode ser denunciado pelo arrendador por mera conveniência. A lei só admite retomada para exploração direta ou por descendente do arrendador, com prévia notificação do arrendatário seis meses antes do término do prazo.

É equivocado querer fundamentar o direito de ação de despejo de imóvel rural arrendado no Código civil, porque sua disciplina não pode estar senão no Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964) e seu regulamento (Dec. 59.566/1966) A lei especial trata da retomada do imóvel rural e especifica quando e como

---

100. RT 623/123.

101. RT 719/178: “2.º TACivSP – EI 414.624-01/4 – 3.ª Câm. – j. 09.05.1995 – rel. Oswaldo Breviglieri. Ementa oficial: Cuidando-se de parceria agrícola ajustada por prazo determinado, desnecessária notificação prévia seis meses antes do final do ano agrícola, pois a extinção se dá pelo término do prazo contratual. Onde a lei não distingue, ao intérprete não cabe distinguir. Prevendo o art. 22 do Regulamento do Estatuto da Terra a exigência de prévia notificação, tão-só e caso de rescisão de contrato de arrendamento rural, posto referir-se ao art. 95, onde prevista a disciplina de arrendamento rural, não há de se exigir aquele ato preliminar em parceria agrícola, cujo ordenamento está no art. 96 daquele diploma legal, não mencionado”.

ela deve ser admitida. Não cabe, pois, a invocação do § 9.º do art. 92 do Estatuto da Terra para, com amparo no Código Civil, admitir-se a denúncia vazia.”<sup>102</sup>

O STJ no REsp 408.091/SP manifestou que para fins de retomada de imóvel objeto de arrendamento rural, poderá ser postulado ação de rescisão contratual cumulada com pedido de reintegração de posse e de perdas e danos.<sup>103</sup>

Caberá reintegração de posse quando não houver relação contratual e também quando mesmo do término do contrato, o arrendatário ou parceiro outorgado permanece no imóvel, que aqui podemos afirmar que seriam nas hipóteses de contratos atípicos, que muitas vezes, são verbais, tais como o roçado, o cambão, o contrato de invernagem ou pastoreio e o contrato do fica.

Não obstante a possibilidade de propositura da ação de despejo e em algumas situações a ação de reintegração de posse, Maria Helena Diniz dispõe que também caberia (i) a ação de cobrança, na hipótese de não haver o pagamento dos aluguéis, (ii) ação de rescisão contratual, caso uma das partes viole quaisquer deveres ou obrigações legais ou previstas contratualmente; (iii) ação de indenização, a fim de obter ressarcimento por danos ilícitos; e por ultimo, (iv) a ação renovatória do contrato de parceira ou de arrendamento.<sup>104</sup>

---

102. RT 666/124 – 2.º TACivSP – Ap 278.103-5100 – 8ª. Câ. – j. 18.10.1990 – rel. Narciso Orlandi Neto.

103. “Arrendamento Rural. Falta de pagamento. Ação de rescisão do contrato. Reintegração de posse. É cabível a ação de rescisão de contrato de arrendamento rural por falta de pagamento, desde que caracterizada a mora qualificada que enseja a extinção do contrato. Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido” (STJ, REsp 408.091, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“Arrendamento rural. Não pagamento. Aluguel. Despejo. No contrato de arrendamento rural, quando o arrendatário não cumpre as obrigações assumidas e não paga as sacas de cereais colhidos na área arrendada, dá ensejo à interposição de ação de despejo e não de reintegração de posse. Ora, o art. 32, parágrafo único, do Dec. 59.566/1966, que disciplina a ação de despejo neste caso, autoriza o arrendatário, no caso do item III, *caput*, requerer, no prazo da contestação, a purgação da mora, impedindo, dessa maneira, a rescisão do contrato. Contudo, na ação reintegratória de posse, não cabe ao arrendatário exercer aquele direito. Assim, a Turma conheceu do recurso e deu-lhe provimento para cassar o acórdão dos embargos declaratórios e restabelecer o aresto da apelação. Precedente citado: AgRg na MC 1.407/SP, DJ 14.06.1999. REsp 399.222/GO, rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª T., j. 09.03.2006” (Informativo 276, período: 6 a 10.03.2006).

104. DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., p.529.

Quanto a fixação do valor da causa, os tribunais têm decidido por analogia a aplicação do art. 58, III, da Lei 8.245/1991, ou seja, três anuidades.<sup>105</sup>

## 7. CONCLUSÃO

No primeiro item ao discorrermos sobre os contratos agrários constatamos que há diversos contratos praticados que derivam da atividade agrária, que tem como característica fundamental o fim produtivo ou vinculado à produção agropecuária e que desde o Código de Hamurabi sempre houve a preocupação com a função social da terra, seus recursos naturais e a produtividade da terra.

No Brasil, somente com o advento do Código Civil em 1916 é que se passou a regular os contratos agrícolas no Capítulo XII (Da Parceria Rural), estatuidos sobre a parceria agrícola (arts. 1.410 a 1.415), e pecuária (arts. 1.416 a 1.423), e também houve a previsão nos arts. 1.211 a 1.215 sobre o arrendamento ou locação de prédio rústico.

Em 1964 foi editado o Estatuto da Terra que dispôs sobre o uso ou a posse temporária da terra, em seu art. 92 do Capítulo IV do Título III, os contratos agrários que deveriam ser realizados na forma expressa ou tácita, entre o proprietário e terceiros que exerçam atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa e com isso houve uma substituição da autonomia da vontade das partes pelo dirigismo estatal, surgindo a figura interventora do Estado para desigular essa desigualdade.

Em 1966 foi editada a Lei 4.947 que fixou normas de direito agrário determinando em seus arts. 13 a 15 (Capítulo III – Dos Contratos Agrários) que nos contratos que dizem respeito ao uso e a posse temporária da terra deverão ser disciplinados pelo Estatuto da Terra, e com o Dec. 59.566/1966 houve a regulamentação dos contratos agrários celebrados em território nacional.

Os contratos agrários são contratos (i) bilaterais, pois ambas as partes assumem obrigações recíprocas; (ii) onerosos, porque suportam redução patrimonial; (iii) consensuais ou não solenes, tendo em vista que não dependem da entrega efetiva; e, (iv) expresso ou tácito, pois o consentimento poderá ser expresso, escrito ou verbal, ou tácito.

No item 2, falamos sobre os contratos típicos, sendo eles, arrendamento e parceria, bem como tentamos diferenciá-los.

---

105. AgIn 170479800, 2001, do ex-Tribunal de Alçada do Paraná, que fixou o valor da causa em três anuidades.

Concluimos que o contrato de arrendamento é um contrato agrário, no qual há a cessão da posse, com prazo de duração do contrato por tempo determinado ou não e que tem como objeto o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades e que tem por finalidade a atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista.

Em relação ao Contrato de Parceria, concluimos que há 5 tipos, sendo eles o de parceria agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa e mista, que tem como objeto deste contrato é a cessão apenas do uso específico do imóvel, mediante partilha dos frutos, pois os riscos e as vantagens são de ambas as partes, e os resultados, lucros ou prejuízos, deverão ser partilhados.

No item 3, tentamos identificar quais são os contratos atípicos, e encontramos a existência de 4 tipos de roçado ou cessão de roça, pastoreio ou invernagem ou de pastagem, o de cambão e o de fica.

No contrato de roçado, o ocupante roçou ou queimou o mato, preparou o terreno para a cultura, mas ao final entrega ao proprietário o resto da colheita, aqui o objetivo principal é a limpeza e preparação da terra para a próxima lavoura.

O contrato de pastoreio, pastagem ou invernagem, que tem características e elementos análogos ao contrato de arrendamento, e também admite o contrato na forma de parceria, no qual se repartem as utilidades, portanto o pastoreio se trata da cessão da posse um imóvel com o fim específico de pastagem, no qual o vínculo contratual possa ser de parceria ou de arrendamento, sem perder suas características, aqui não haverá a cessão da posse da terra, buscando somente a utilização da terra para os animais usarem o pasto por um certo período, para alimentação, mediante remuneração e por um breve período.

O cambão é um contrato no qual o proprietário empresta o uso de uma fração de terra ao trabalhador, mediante a prestação de trabalho de dias de trabalho, em área diversa daquela emprestada pelo proprietário.

E por último o contrato do Fica é um contrato que se caracteriza pela entrega dos animais, que ficam em poder do proprietário do imóvel, tendo que em vista que o proprietário dos animais busca espaço físico para deixar seus animais, independentemente da engorda desses animais.

Também mencionamos a outras formas de contrato, que estão previstos no Código Civil, tais como empreitada, comodato e depósito, porém entendemos que apesar de serem muito utilizados no meio rural não deverão ser caracterizados como contratos atípicos, pois há disposição deles no Código Civil.

No item 4 tratamos das características dos contratos típicos, que estão previstas na legislação agrária vigente, as obrigações das partes, do arrendador e do arrendatário, e posteriormente versaremos de itens pontuais dos contratos

típicos, a forma, o prazo, o preço e o reajuste, as benfeitorias, possibilidade de indenização ou retenção do imóvel, direito de preferência, prorrogação ou renovação do contrato, as causas de extinção e por último a retomada do imóvel, bem como houve previsão dos Contratos Agrários que são elas obrigatórias e irrenunciáveis, nas quais as partes se submeterão, independentemente da vontade estabelecida entre as partes.

E no último capítulo pudemos concluir que para os contratos típicos a ação cabível para tirar o arrendatário do imóvel na hipótese de extinção do contrato ou quando houver resistência injustificada para a desocupação do imóvel rural é a ação de despejo e que somente caberá ação de reintegração de posse quando não houver relação contratual e também quando mesmo do término do contrato, o arrendatário ou parceiro outorgado permanece no imóvel, que aqui podemos afirmar que seriam nas hipóteses de contratos atípicos, que muitas vezes, são verbais, tais como o roçado e o cambão.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANSELMINI, Mário Russomano. Contrato agrário de pastoreio – Decisão do juiz de acordo com os costumes e princípios gerais de direito. *Revista de Processo*. vol. 45. p. 240. São Paulo: Ed. RT, jan. 1987.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Ação cautelar – Não propositura da ação principal em 30 dias – Cessão dos efeitos produzidos. *Revista de Processo*. vol. 75. p. 217. São Paulo: Ed. RT, jul. 1994.
- BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de direito agrário – Doutrina, jurisprudência e exercícios*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. vol. 1.
- BARROSO, Lucas Abreu; MANIGLIA, Elisabete; MIRANDA, Alvir Gursen de (coords.). *A Lei Agrária nova*. 1. ed. (ano 2006). 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. vol. I.
- \_\_\_\_\_. *A Lei Agrária nova*. Curitiba: Juruá, 2009. vol. II.
- \_\_\_\_\_. *A Lei Agrária nova*. Curitiba: Juruá, 2012. vol. III.
- \_\_\_\_\_. *El nuevo derecho agrário*. Curitiba: Juruá, 2010.
- BENTO, Roberto Silvestre. Crédito rural – Carta de anuência exigibilidade – Prazo de validade. *Revista dos Tribunais*. vol. 673. p. 231. São Paulo: Ed. RT, nov. 1991.
- BORGES, Antonio Moura. *Curso completo de direito agrário*. 4. ed. Campo Grande: Contemplar, 2012.
- BORGES, Marcos Afonso. Arrendamento rural – Direito de preferência do arrendamento na aquisição do imóvel – Ação própria. *Revista de Processo*. vol. 57. p. 174. São Paulo: Ed. RT, jan. 1990.
- CARDOZO, Malta. *Tratado de direito rural brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1954. vol. 2.

- CARVALHO, Edson Ferreira. *Manual didático de direito agrário*. Curitiba: Juruá, 2012.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CERNE, João Baptista Guimarães. *Ordenações em vigor: Estudos sobre o Código Philippino na nossa actualidade*. Empresa, 1897.
- COELHO, José Fernando Lutz. *Contratos agrários de arrendamento & parceria rural no Mercosul*. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Contratos agrários – Uma visão neo-agrarista*. 1. ed., 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.
- \_\_\_\_\_. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado – Doutrina e jurisprudência*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012.
- DE MATTIA, Fabio Maria. Empresa agrária e estabelecimento agrário. *Revista dos Tribunais*. vol. 715. p. 64. São Paulo: Ed. RT, maio 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. São Paulo: Saraiva. 2003. vol. 2.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito agrário*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GIUSTINA, Bianca Sant’Anna Della. Mecanismos para desoneração de passivos ambientais em imóveis rurais e seus reflexos no registro de imóveis. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 54. p. 86. São Paulo: Ed. RT, abr. 2009.
- LARANJEIRA, Raymundo (coord.). *Direito agrário brasileiro em homenagem à memória de Fernando Pereira Sodero*. São Paulo: Ed. LTr, 2000.
- LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. *Direito agrário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de uma teoria Sistemica del Contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 33. p. 51. São Paulo: Ed. RT, jan. 2000.
- LUZ, Valdemar P. da. Direito de preferência. *Revista dos Tribunais*. vol. 752. p. 737. São Paulo: Ed. RT, jun. 1998.
- MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos reais agrários & função social*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- MIRANDA, Alcir Gursen de. *O direito agrário e o Código de Hamurabi. – A Lei Agrária nova*. Curitiba: Juruá, 2012. vol. III.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- OLIVEIRA, Francisco de. *Elegia para uma re(li)gião: Sudene, Nordeste, planejamento e conflito de classes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- OLIVEIRA, Umberto Machado de. *Princípios de direito agrário na Constituição vigente*. 1. ed., 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

- OPTIZ, Silvia C. B.; OPTIZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PARDO FILHO, Milton. *Direito agrário – Aspectos reais e obrigacionais*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito das Relações Sociais, São Paulo, PUC, 2006.
- PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. *Contratos agroindustriais de integração econômica vertical*. Curitiba: Juruá, 2010.
- PELUSO, Cezar. (coord.). *Código Civil comentado – Doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2012.
- PERES, Tatiana Bonatti. Vigência do contrato de arrendamento em caso de venda judicial do imóvel arrendado. *Revista de Direito Privado*. vol. 48. p. 281. São Paulo: Ed. RT, out. 2011.
- PINTO JUNIOR, Joaquim Modesto. FARIAS, Valdez. *Coletânea de legislação e jurisprudência agrária e correlata*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário, Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2007. Nead Especial 7.
- PRADO, Antônio Orlando de Almeida. *Código de Hamurábi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei do Talião* (org.). Antônio Orlando de Almeida Prado. Florianópolis: Conceito, 2007.
- RAMOS, Helena Maria Bezerra. *Contrato de arrendamento rural – Teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2012.
- REZEK, Gustavo Elias Kallás. *Imóvel agrário – Agrariedade, ruralidade e rusticidade*. 1. ed., 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.
- SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade rural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TENÓRIO, Igor. *Manual de direito agrário brasileiro*. São Paulo: Resenha Universitária. 1975.
- TRENTINI, Flavia; SARAIVA, Luciana de Andrade. Aspectos gerais da empresa rural e atividades conexas. *Revista de Direito Privado*. vol. 5. p. 757. São Paulo: Ed. RT, jan. 2001.
- TRENTINI, Flavia. Novo conceito de empresa. *Revista dos Tribunais*. vol. 813. p. 11. São Paulo: Ed. RT, jul. 2003.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do Inquilinato comentada doutrina e prática*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Empresa agrária e contratos agrários. *Revista dos Tribunais*. vol. 757. p. 29. São Paulo: Ed. RT, nov. 1998.
- VIEIRA, Jair Lot. *Código de Hamurabi, Código de Manu, excertos (livro oitavo e nono): Lei das XII Tábuas*. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2011.
- VIVANCO, Antonio C. *Teoría de derecho agrario*. Imprenta: La Plata Libr. Juridica, 1967.

ZELEDÓN, Ricardo Zeledón. *Derecho agrario contemporáneo*. Curitiba: Juruá, 2009.

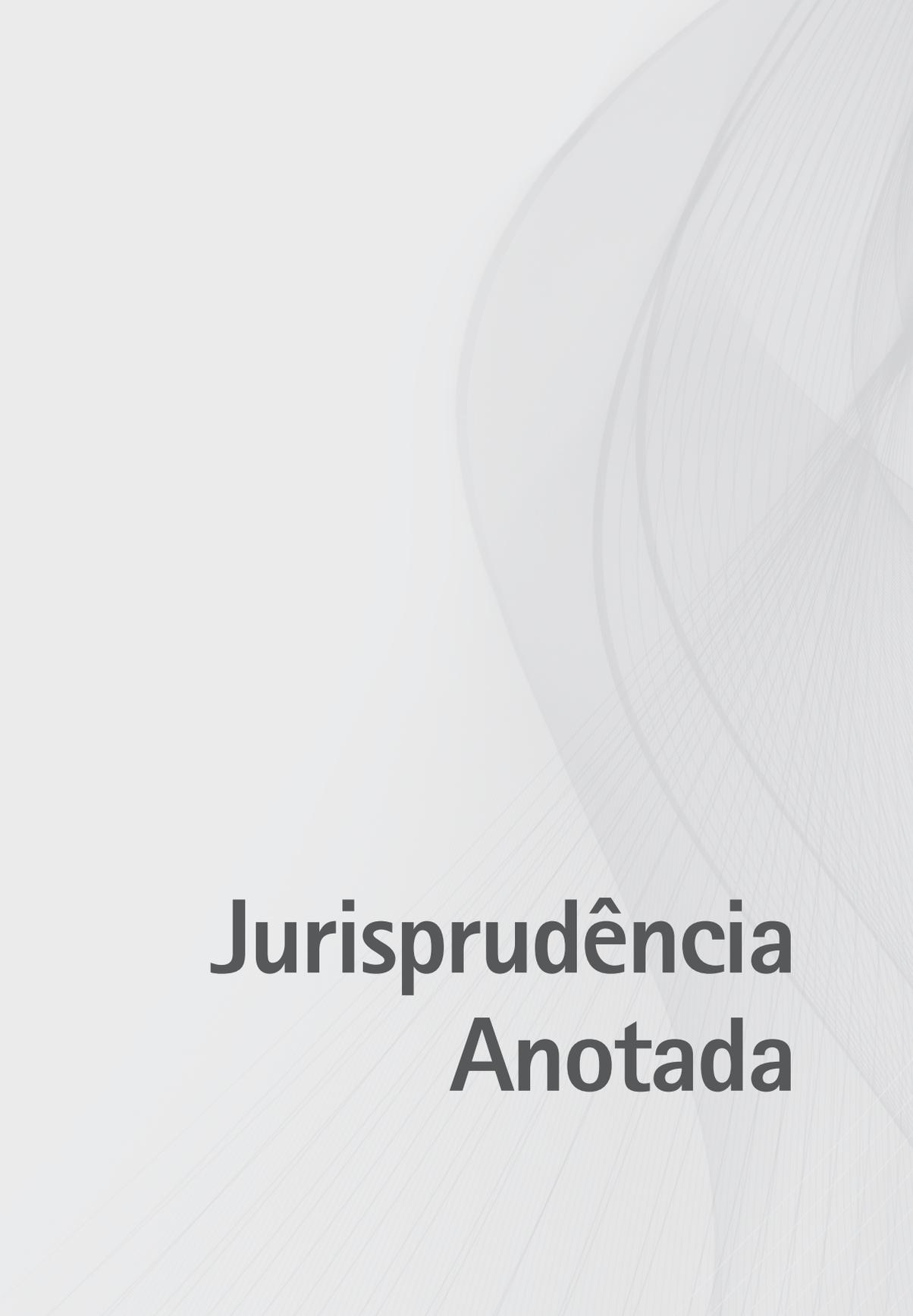
ZIBETTI, Darcy Walmor. *Teoria tridimensional da função da terra no espaço rural – econômica, social e ecológica*. 1. ed., 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

---

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Os princípios gerais do contrato agrário, de Viviane Colucci, *Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos*, organizada por Gustavo José Mendes Tepedino e Luiz Edson Fachin, São Paulo, Ed. RT, 2011, vol. 6, p. 1373.

The background features a light gray, abstract design consisting of several overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of thin, intersecting lines that create a grid-like texture. The overall aesthetic is clean and modern.

# **Jurisprudência Anotada**



# 1

## ACÓRDÃOS

### Superior Tribunal de Justiça

---

STJ – REsp 1.133.451/SP – 3.<sup>a</sup> T. – j. 27.03.2012 – v.u. – rel. Min. Nancy Andrighi – DJe 18.04.2012 – Área do Direito: Imobiliário e Registral; Civil.

---

**USUCAPIÃO TABULAR – Bloqueio administrativo da matrícula do imóvel, em decorrência da apresentação inautêntica de certidão negativa de tributos previdenciários por vendedor do imóvel – Longa inatividade do órgão legitimado para requerer a nulidade da escritura que pode ser equiparada ao cancelamento do registro, haja vista os efeitos restritivos ao direito de propriedade do adquirente do bem – Inteligência do art. 1.242, parágrafo único, do CC/2002.**

#### Veja também Doutrina

- Variações sobre a usucapião tabular: art. 1.242, parágrafo único, do novo Código Civil, de Diogo Leonardo Machado de Melo – *RIASP* 20/80.

#### RESENHA

Cuida-se de recurso especial interposto em face de acórdão proferido pelo TJSP em julgamento de recurso de apelação, cuja decisão manteve o indeferimento da petição inicial do processo proferida pelo juízo *a quo*. No caso apresentado, os recorrentes adquiriram, por escritura pública lavrada em 26.11.1996, um imóvel de propriedade de pessoa jurídica. Segundo os recorrentes, a partir da lavratura da escritura pública, levada à registro apenas em 30.09.1998, exerceu-se a posse direta do bem, de forma mansa e pacífica. Contudo, após a lavratura da escritura pública, o INSS informou ao Oficial Registrador a existência de uma suposta falsidade da certidão negativa de tributos previdenciários apresentada pelo vendedor, levando à instauração de processo de Providências Administrativas, que culminou com a determinação, pelo juízo da 1.<sup>a</sup> Vara de Registros Públicos de São Paulo, do bloqueio da correspondente matrícula, em 16.07.1999, sendo efetivado pelo Cartório de Registro

de Imóveis em 12.09.1999. Diante de diversas tentativas frustradas de levantamento do referido bloqueio, os recorrentes ajuizaram, em 21.05.2007, ou seja, mais de 10 anos após a lavratura da escritura pública e mais de sete anos após a determinação do bloqueio, a ação de usucapião tabular que deu origem ao recurso especial, com fundamento no art. 1.242, *caput* e parágrafo único do CC/2002. Na ocasião, o juízo originário proferiu sentença indeferindo a petição inicial, antes mesmo de determinar a citação no processo, alegando, em primeiro lugar, que a contagem do prazo para a prescrição aquisitiva somente poderia se iniciar na data do início da vigência do novo Código Civil e que tal data ainda seria acrescida de mais dois anos, conforme art. 2.029 do mesmo diploma, eis que a prescrição aquisitiva iniciou-se na vigência do Código Civil anterior. Desta forma, o prazo ainda não teria sido completado no momento do ajuizamento da ação. Em segundo lugar, afirmou o juízo *a quo*, que, para se promover a usucapião tabular do imóvel, seria indispensável o cancelamento do registro, o que não ocorreu, já que a matrícula foi apenas bloqueada. Inconformado, o recorrente ajuizou recurso de apelação, o qual foi indeferido pelo Tribunal de Justiça paulista, onde se alegou, também, a necessidade de obtenção da extinção de eventuais débitos fiscais previdenciários, para expedição de certidão negativa autêntica.

A relatora do acórdão, Min. Nancy Andrighi, ao analisar a questão, entendeu que o prazo para a prescrição aquisitiva foi preenchido. Ademais, ressaltou tratar-se de caso peculiar, uma vez que, nas ações de usucapião há litígio entre as partes, envolvendo a titularidade dominial do imóvel, o que não ocorre no presente caso, já que tal litígio não existe. O que existe é o interesse na propriedade *versus* o interesse no crédito por parte do INSS, garantido pelo bloqueio determinado. Contudo, a relatora ressaltou que não há, no processo, qualquer informação de que o INSS tenha executado seu crédito previdenciário, tenha pedido o reconhecimento de eventual fraude contra credores ou a penhora do imóvel. Ou seja, em nenhum momento o INSS manifestou seu interesse na realização do crédito. Além disso, a relatora afirmou que dizer que um particular tem de desconfiar de uma certidão aparentemente emitida por um órgão público é reverter a regra de direito segundo a qual é a boa-fé que se presume, nunca a má-fé e que, admitir o contrário é equivalente a dizer que os documentos públicos presumem-se falsos até prova em contrário. Afirmou, ainda, que não é o adquirente quem tem que promover a satisfação do crédito do INSS para poder regularizar sua situação, pois seria o mesmo que desconsiderar a regra de que nenhum direito perdura eternamente diante da inércia de seu titular.

Desta forma, diante do exposto, a 3.<sup>a</sup> Turma do STJ decidiu, por unanimidade e de conformidade com o voto da Desembargadora relatora, dar provimento ao recurso especial, no sentido de reconhecer o interesse de agir dos recorrentes na usucapião tabular e reformando a decisão que indeferiu a respectiva petição inicial, de modo a ser promovido o andamento processual, com a citação dos réus e dos demais legitimados.

**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).*

**REsp 1.133.451 – SP (2009/0065300-4).**

**Relatora: Min. Nancy Andrighi.**

**Recorrentes: Celso Alves Janeiro e outros – advogados: Diogo Leonardo Machado de Melo e outros.**

*Recorrido: Irmãos André Ltda. – advogado: sem representação nos autos.*

*Ementa: Civil. Usucapião tabular. Requisitos. Mero bloqueio de matrícula. Apresentação de certidão do INSS inautêntica pelos vendedores. Longa inatividade por parte do órgão. Ausência de tentativas de anulação do ato ou recebimento do crédito. Decurso de tempo. Cabimento da usucapião.*

1. A usucapião normalmente coloca em confronto particulares que litigam em torno da propriedade de um bem móvel.

2. Na hipótese dos autos, a constatação de que os vendedores do imóvel apresentaram certidão negativa de tributos previdenciários inautêntica levou o juízo da vara de registros públicos, em processo administrativo, a determinar o bloqueio da matrícula do bem.

3. O bloqueio da matrícula não colocou vendedores e compradores em litígio em torno da propriedade de um bem imóvel. Apenas promoveu uma séria restrição ao direito de propriedade dos adquirentes para a proteção do crédito financeiro do INSS.

4. Pelas disposições da Lei de Registros Públicos, o bloqueio da matrícula é ato de natureza provisória, a ser tomado no âmbito de um procedimento maior, no qual se discuta a nulidade do registro público. A lavratura de escritura de compra e venda sem a apresentação de certidão previdenciária é nula, pelas disposições do art. 47 da Lei 8.212/1991. Assim, o bloqueio seria razoável no âmbito de uma discussão acerca dessa nulidade.

5. Do ponto de vista prático, o bloqueio produz efeitos em grande parte equivalentes ao do cancelamento da matrícula, uma vez que torna impossível, ao proprietário de imóvel com matrícula bloqueada, tomar qualquer ato inerente a seu direito de propriedade, como o de alienar ou de gravar o bem.

6. Se o INSS ou qualquer outro legitimado não toma a iniciativa de requerer o reconhecimento ou a declaração da nulidade da escritura, o bloqueio da matrícula, por si só, não pode prevalecer indefinidamente. Na hipótese em que, mesmo sem tal providência, o bloqueio acaba por permanecer, produzindo efeitos de restrição ao direito de propriedade dos adquirentes do bem, a inatividade do INSS deve produzir alguma consequência jurídica.

7. Num processo de usucapião tradicional, o prazo de prescrição aquisitiva só é interrompido pela atitude do proprietário que torne inequívoca sua intenção de retomar o bem. Se, por uma peculiaridade do direito brasileiro, é possível promover a restrição do direito de propriedade do adquirente para a proteção de um crédito, a prescrição aquisitiva que beneficia esse adquirente somente pode ser interrompida por um ato que inequivocamente indique a intenção do credor de realizar esse crédito.

8. Se, após dez anos a partir do bloqueio da matrícula, o INSS não requer a declaração de nulidade da compra e venda, não executa o crédito previdenciária-

*rio que mantém perante o vendedor do imóvel, não requer o reconhecimento de fraude à execução, não penhora o bem controvertido, enfim, não toma providência alguma, é possível reconhecer, ao menos em status assertionis, a ocorrência de usucapião tabular, de modo que o indeferimento da petição inicial da ação que a requer é providência exagerada.*

*9. Recurso especial conhecido e provido, reformando-se a decisão que indeferiu a petição inicial do processo e determinando-se seu prosseguimento, com a citação dos interessados, nos termos da lei.*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 3.<sup>a</sup> Turma do STJ, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra relatora.

Brasília (DF), 27 de março de 2012 – NANCY ANDRIGHI, relatora.

RELATÓRIO – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi (relator): Trata-se de recurso especial interposto por Celso Alves Janeiro, Neyde André Janeiro, Cristina André Janeiro, Maria Helena André Janeiro e Eliana André Janeiro, para impugnação de acórdão exarado pelo TJ/SP no julgamento de recurso de apelação.

Ação: de usucapião tabular, ajuizada pelos recorrentes em face de Irmãos André Ltda.

Na inicial, os autores afirmam que adquiram, por escritura lavrada em 26.11.1996, um imóvel da sociedade Irmãos André. A partir da lavratura, que foi levada a registro quase dois anos depois, em 30.09.1998, os autores afirmam que exerceram, de forma mansa e pacífica, a posse direta do bem.

Após a lavratura da escritura, informações prestadas pelo INSS ao oficial do registro público, dando conta de uma suposta falsidade da certidão negativa de tributos previdenciários apresentada pelo vendedor, levaram à instauração o processo de Providências Administrativas 000.99.077849-5. Tendo isso em vista, em 16.07.1999 o juízo da 1.<sup>a</sup> Vara de Registros Públicos de São Paulo, Capital, determinou o bloqueio da matrícula. Tal bloqueio foi efetivado pelo Cartório de Registro de Imóveis competente em 12.08.1999.

Cientes do bloqueio, os autores procuraram levá-lo por diversos meios. Impetraram mandado de segurança, sem sucesso por decurso de prazo, e notificaram os vendedores para providências, também sem qualquer resposta.

Tendo isso em vista, ajuizaram, em 21.05.2007 – ou seja, mais de 10 anos após a lavratura da escritura, e mais de sete anos após a efetivação do bloqueio – a ação de usucapião tabular que deu origem a este recurso especial, com fundamento na norma do art. 1.242, *caput* e parágrafo único, do CC/2002.

Sentença: indeferiu a petição inicial, antes mesmo de determinar a citação no processo, por dois fundamentos.

O primeiro fundamento é o de que o art. 1.242, parágrafo único, do CC/2002, que prevê o instituto da usucapião tabular, introduziu regra nova no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a contagem do prazo da prescrição aquisitiva somente poderia se iniciar na data do início vigência do Código. Além disso, a regra do art. 2.029 do CC/2002 previu o acréscimo de dois anos ao prazo original, nas hipóteses em que a prescrição aquisitiva tenha iniciado seu cômputo na vigência do Código anterior. Tendo isso em vista, o prazo ainda não teria sido completado no momento do ajuizamento da ação.

O segundo fundamento é o de que o registro do imóvel controvertido não foi cancelado, mas apenas bloqueado. Para que seja possível pleitear a usucapião tabular, seria indispensável o requisito do cancelamento do registro.

A sentença foi impugnada mediante recurso de apelação.

Acórdão: negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

“Petição inicial – Usucapião – Imóvel urbano adquirido por escritura pública registrada na respectiva matrícula – Domínio do imóvel – Ausência de interesse processual para adquirir por usucapião direito que já integra o patrimônio dos autores – Usucapião tabular serve à aquisição do domínio por quem teve o registro cancelado – Art. 1242, parágrafo único, do CC/2002 – Bloqueio da matrícula do imóvel, porque a certidão negativa de débito junto à presidência (sic) social não era autêntica – Via inadequada para o pretendido cancelamento do bloqueio da matrícula pelo decurso do tempo – Necessidade de se obter a extinção de eventuais débitos fiscais previdenciários, para a expedição da certidão negativa autêntica, que possibilite o desbloqueio – Indeferimento da petição inicial mantido – Recurso improvido.”

Embargos de declaração: interpostos, foram rejeitados.

Recurso especial: interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional. Alega-se violação dos arts.1.242, parágrafo único, do CC/2002, bem como 591 do CPC.

Não houve contrarrazões.

Admissibilidade: o recurso não foi admitido na origem, motivando a interposição do AgIn 1.076.762/SP, a que dei provimento para melhor apreciação da controvérsia.

É o relatório.

VOTO – A Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi (relator): Cinge-se a lide a estabelecer as condições para o exercício do direito à usucapião tabular, disciplinada pelo art. 1.242, parágrafo único, do CPC (sic). Na hipótese dos autos, o acórdão impugnado confirmou uma sentença que indeferira a petição inicial de uma ação dessa natureza.

### I – O prazo da prescrição aquisitiva

Conquanto o principal fundamento da sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito tenha sido o não cumprimento do prazo da prescrição aquisitiva, dada a conjugação dos arts. 1.242, parágrafo único, e 2.029, ambos do CC/2002, o acórdão recorrido manteve a sentença por fundamento autônomo, não abordando a matéria. Provocado a se pronunciar sobre o tema quando da interposição de embargos de declaração, o TJ/SP ponderou que “a questão de direito intertemporal ficou superada, na medida em que o julgado embargado admitiu a vigência, no caso em tela, do art. 1.242, parágrafo único, do CC/2002”.

Assim, não é objeto deste recurso especial a discussão acerca da incidência do art. 2.029 do CC/2002 à espécie. O prazo para a prescrição aquisitiva, portanto, será considerado preenchido, e o recurso será apreciado tendo em vista os demais requisitos fixados pelo art. 1.242 do CC/2002 para a usucapião tabular.

II – Os requisitos da usucapião tabular. Alegada violação do art. 1.242, parágrafo único, do CC/2002.

O processo sob julgamento apresenta uma situação inusitada: tendo em vista a apresentação, pelo vendedor, de uma certidão negativa de débitos tributários inautêntica no momento da venda de bem imóvel, a aquisição, inicialmente registrada de forma normal no cartório de registro de imóveis, deu lugar ao posterior bloqueio da matrícula do bem. Esse bloqueio perdurou por muitos anos – tudo indica, até hoje – sem que qualquer providência adicional tenha sido tomada pelo antigo proprietário do imóvel ou mesmo pelo INSS, credor dos valores ocultados pela certidão falsa. Tendo em vista essa inatividade, o adquirente do imóvel, alegando boa-fé e justo título, pretende, agora, ver reconhecido seu direito à aquisição originária do bem, pelo instituto da usucapião tabular.

Menciono que a situação é inusitada porquanto a análise do instituto da usucapião tabular mostra que, em princípio, ele não foi concebido para esse propósito. Contudo, peculiaridades do direito brasileiro levam a que seja, ao menos em princípio, razoável a sua invocação.

A usucapião de bens imóveis, em termos gerais, é um instituto jurídico que coloca em oposição partes que, sempre, têm a intenção de obter, para si, a declaração de propriedade de um bem. De um lado, o(s) proprietário(s) antigo(s), que por sua negligência tenha(m) permitido a ocupação do bem por terceiro(s) durante longo período de tempo. De outro lado, o(s) possuidor(es) de longa data, que diante da falta de oposição do titular do domínio, pleiteia(m) o reconhecimento da prescrição aquisitiva do bem. Esse conflito está presente em todas as formas de usucapião, extraordinária, ordinária, constitucional.

Cada um dos polos dessa relação jurídica pode ser preenchido por múltiplos particulares, de modo que é comum o litisconsórcio ativo ou passivo nesta ação, mas o importante para ser ressaltado é que há, sempre, contraposição de interesses em torno da propriedade de um mesmo bem imóvel.

A peculiaridade da usucapião tabular está em que ela, como subespécie de usucapião ordinária, acrescenta-lhe alguns requisitos, sem contudo desvirtuar sua natureza. Diz o art. 1.242 do CC/2002, bem como seu parágrafo único:

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

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

Vê-se, a partir da transcrição do dispositivo legal, que para a ocorrência de usucapião ordinária, basta que se verifique a presença de três elementos: (a) o transcurso do prazo (10 anos) de posse sem oposição; (b) o justo título; e (c) a boa-fé. Na usucapião tabular, além da redução do prazo da prescrição aquisitiva para 5 anos, a esses requisitos somam-se ainda outros quatro: (a) a aquisição deve ser onerosa, (b) deve haver prévio registro, (c) referido registro deve ter sido cancelado e (d) o adquirente deve ter estabelecido no imóvel sua moradia ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Vê-se, portanto, que o principal elemento que difere as duas figuras, do ponto de vista substancial, está em que, na usucapião ordinária, uma pessoa que não tem o registro de propriedade litiga para obter esse registro. Na usucapião tabular, por sua vez, uma pessoa que já obteve esse registro, portanto já foi legalmente considerada proprietária, litiga para restabelecer essa propriedade, que por algum motivo teve invalidado o respectivo registro.

Mas, retomando o que já se disse acima, há sempre, tanto numa figura como na outra, uma oposição entre autor(es) e réu(s), ambos pleiteando a propriedade de um mesmo bem imóvel.

Um exemplo clássico de cabimento de usucapião tabular estaria na hipótese de dupla matrícula, incidente sobre o mesmo imóvel. Com o cancelamento de uma delas, pelo oficial de registro de imóveis ou pelo juízo da vara de registros públicos, o proprietário putativo (segundo a matrícula cancelada) que esteja residindo há muito tempo no imóvel pode ajuizar, em face do proprietário efetivo inerte, uma ação de usucapião. Há, nessa ação, a já mencionada oposição entre o proprietário putativo e o proprietário real.

Na hipótese dos autos, essa controvérsia em torno da propriedade não acontece. O antigo proprietário do imóvel, Irmãos André, não se encontra em litígio com os novos proprietários, os recorrentes. Eles tinham a intenção de vender o bem, venderam-no, passaram a respectiva escritura e se desvincularam da questão, ao menos até o bloqueio da matrícula. Os novos proprietários, autores desta ação, quiseram o imóvel, pagaram por ele, tomaram posse e promoveram melhorias no bem, inclusive lá estabelecendo, segundo consta dos autos, a sua residência. A

oposição neste processo, portanto, não está entre o proprietário real e o proprietário putativo, mas entre o proprietário putativo e o INSS, cujo interesse vem sendo administrativamente tutelado pelo bloqueio da matrícula.

Mas o INSS não pleiteia a propriedade do bem; o proprietário antigo também não a pleiteia; somente o autor da ação a requereu. Então, a pergunta a fazer é: quais os interesses protegidos neste litígio? Bem vistas as coisas, o interesse que se discute nos autos é o interesse ao crédito previdenciário.

Está claro que o que motivou todo este conflito é uma peculiaridade do direito brasileiro. Para a aquisição de um imóvel vendido por pessoa jurídica, no Brasil, é necessária apresentação de certidão negativa de débitos previdenciários (art. 47 da Lei 8.212/1991), ou seja, é preciso que o vendedor tenha quitado ou obtido a suspensão da exigibilidade dos eventuais débitos dessa natureza que tenha acumulado perante o INSS. O motivo que se pode vislumbrar para tal exigência é o de que o imóvel vendido funciona como uma garantia legal de pagamento desses débitos. Essa garantia não assume a figura de uma hipoteca legal, nem de qualquer direito real sobre coisa alheia, mas ao obstar o exercício do direito de disposição do bem pelo legítimo proprietário, a garantia comporta-se como se tivesse a eficácia de um direito real sobre coisa alheia.

O bloqueio da matrícula se deu, portanto, em última análise, para a proteção desse crédito previdenciário. Tanto que o TJSP, ao fundamentar o acórdão recorrido, menciona que, para obter o desbloqueio da matrícula, “deverão os embargantes obter a extinção do débito previdenciário, a fim de que seja expedida certidão negativa autêntica. Assim agindo, poderão voltar-se contra os vendedores, buscando ser reembolsados”.

Mas é possível que esse bloqueio da matrícula, para a proteção de um crédito, se estenda eternamente? Ele impede uma ação de usucapião?

Pois bem. O bloqueio da matrícula não produz, como efeito, a invalidade do registro de propriedade, de modo que os recorrentes não a perderem meramente por força desse ato administrativo. Esse é, inclusive, um dos fundamentos utilizados pelo TJSP para indeferir a inicial da ação de usucapião. Contudo, nos expressos termos do art. 214, § 4.º, da Lei de Registros Públicos (LRI), uma vez bloqueada a matrícula, torna-se impossível ao oficial nela praticar qualquer ato adicional, salvo

com autorização judicial. Ou seja, não é possível ao proprietário, depois do bloqueio, alienar, onerar, permutar, desmembrar ou praticar uma série de outros atos inerentes ao direito de propriedade sobre o bem. O bloqueio exerce, portanto, sem dúvida, um efeito de restrição a tal direito, conquanto não represente, por si só, a perda da propriedade pela invalidade do registro. O direito de propriedade, portanto, permanece vigente, mas limitado.

### Legislação citada

- art. 105, III, *a*, da CF/1988; arts. 47 e 48 da Lei 8.212/1991; arts. 1.242, *caput*, e parágrafo único, e 2.029 do CC/2002; arts. 591, 941 e ss., do CPC; e art. 214, *caput*, e §§ 3.º e 4.º, da Lei 6.015/1973.

Também pela dicção do art. 214 da LRP, o bloqueio da matrícula não é um ato autônomo. Ele é praticado no âmbito de um procedimento maior, tendente à nulidade da matrícula ou do registro. Esse procedimento é o que está previsto no *caput* do art. 214, que dispõe que “as nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente da ação direta”. É nesse âmbito que está inserida a possibilidade de bloqueio, previsto no §3.º da norma com a seguinte redação: “Se o juiz entender que a superveniência de novos registros poderá causar danos de difícil reparação poderá determinar de ofício, a qualquer momento, ainda que sem oitiva das partes, o bloqueio da matrícula do imóvel”. O bloqueio, portanto, opera, no âmbito administrativo, como operaria uma medida cautelar no âmbito judicial. Ele tem uma clara função provisória, uma função de preservar direitos no âmbito de um processo de cancelamento de registro. Por esse motivo, não pode, em hipótese alguma, ter seus efeitos prolongados indefinidamente no tempo.

A falta de apresentação da certidão negativa de tributos previdenciários geraria, no termos do art. 48 da Lei 8.212/1991, a nulidade da escritura pública de compra e venda. Portanto, o bloqueio da matrícula deveria persistir até que a autarquia interessada – o INSS – ou qualquer outro eventual legitimado pleiteasse, administrativa ou judicialmente, o reconhecimento da nulidade do ato, como seria de direito. Pelas informações colhidas dos autos, no entanto, nada disso foi feito. O bloqueio permaneceu hígido, por si só, sem que a nulidade da escritura fosse sequer requerida.

Disso é possível extrair algumas reflexões.

Em primeiro lugar, se o bloqueio, com todas as suas consequências restritivas ao exercício do direito de propriedade, permaneceu hígido independentemente de processo tendente à declaração de nulidade do registro, é possível equipará-lo, para os fins do art. 1.242, parágrafo único, do CC/2002, ao cancelamento do registro de propriedade. Isso porque um proprietário que não pode onerar ou alienar seu imóvel tem sua situação jurídica, do ponto de vista prático, muito aproximada à do mero possuidor com justo título. Ele pode usufruir do imóvel, nele permanecendo ou o alugando, mas não pode fazer muito mais que isso.

Em segundo lugar, a ação que originou este recurso especial não discute a eventual anulação do bloqueio. Em uma ação que tivesse essa finalidade, poder-se-ia discutir eventual prescrição ou decadência da pretensão ou do direito do INSS de cobrar os créditos que motivaram a certidão negativa. Ou também se poderia discutir, se houvesse pedido efetuado em reconvenção pela autarquia, a eventual declaração da nulidade da compra e venda. Mas não se pode impor aos compradores, aqui recorrentes, o ônus de provocar o INSS a manifestar seu interesse na declaração de nulidade que a Lei lhe confere.

Em terceiro lugar, a providência tomada pelos recorrentes é compatível com o que o direito lhes assiste. Aguardaram que o INSS se posicionasse, pleiteando a nulidade da venda para proteção de seu crédito. Tal instituição não se movimentou, nem para requerer a nulidade da escritura, nem para requerer a penhora do bem,

alegando que a venda se deu em fraude à execução. O INSS permaneceu inerte. Sendo assim, alguma consequência tem de ser extraída dessa inatividade.

Em quarto lugar, se, como dito acima, uma ação de usucapião regular coloca em oposição dois polos de interesses, ambos recaindo sobre a mesma propriedade imóvel, a situação dos autos é *sui generis*: os recorrentes têm interesse na propriedade, mas o INSS tem interesse na garantia de seu crédito. A oposição, nestes autos, não é propriedade-propriedade, mas propriedade-crédito.

De tudo decorre a seguinte conclusão.

Numa situação que envolvesse usucapião regular, qualquer manifestação, por parte do proprietário, que demonstrasse seu inequívoco interesse de retomar o bem, obstaría o prazo de prescrição aquisitiva por parte dos possuidores. Mas na peculiar situação de propriedade-crédito apresentada nestes autos, gerada pela exigência *sui generis* de certidões negativas como condição de registro de uma compra e venda, a prescrição aquisitiva somente pode se considerar interrompida caso o titular do crédito – aqui, o INSS – manifestasse de modo inequívoco seu direito de fazer valer a garantia que a Lei lhe atribui.

Neste processo não há informação de que o INSS tenha executado seu crédito previdenciário, que tenha pedido o reconhecimento de eventual fraude contra credores ou à execução por força da venda aqui discutida, que tenha solicitado a penhora do imóvel em questão, que tenha pedido a declaração de nulidade da venda, nada. Em nenhum momento ele manifestou seu interesse na realização do crédito mediante a execução da garantia que a Lei lhe conferiu.

Nessas condições, é impossível corroborar as conclusões do acórdão recorrido. Dizer que é o adquirente que tem de promover a satisfação do crédito da autarquia para poder regularizar seu imóvel equivale a desconsiderar totalmente a regra de que nenhum direito perdura eternamente diante da inércia de seu titular. Mencionar que há, nos dias de hoje, inúmeras certidões previdenciárias falsas, como justificativa para a conclusão de que os autores, ao adquirir o bem, deveriam ter duvidado da certidão que receberam, é reverter a regra de direito segundo a qual é a boa-fé que se presume, nunca a má-fé. Dizer que um particular tem de desconfiar de uma certidão aparentemente emitida por um órgão público, sob pena de arcar com as consequências da falsidade posteriormente descoberta, equivaleria a dizer que, no Brasil, os documentos públicos presumem-se falsos até prova em contrário, o que é por si só um absurdo, é o oposto do que se espera de uma sociedade organizada em torno de um Estado Democrático de Direito. Vale lembrar que, na hipótese dos autos, até mesmo o oficial do registro público enganou-se com a certidão aqui discutida, registrando inicialmente a compra e venda, para depois bloquear a matrícula. Seria possível presumir a má-fé de um adquirente nessas condições?

De tudo decorre que o indeferimento da petição inicial não poderia ter sido determinado pelo juízo, tampouco confirmado pelo Tribunal. Tal medida, inclusive, estendeu a discussão acerca do imóvel indevidamente: hoje, já faz mais de quinze

anos – prazo da usucapião extraordinária – desde que a escritura de compra e venda foi lavrada, e o adquirente ainda não goza de maneira integral do direito de propriedade. É muito tempo. O processo deve prosseguir, portanto, em regime de extrema urgência.

Forte nessas razões, conheço e dou provimento ao recurso, reconhecendo o interesse de agir dos recorrentes na usucapião tabular e reformando a decisão que indeferiu a respectiva petição inicial. O processo deve, portanto, prosseguir com a citação do réu e dos demais legitimados, nos termos dos arts. 941 e ss. do CPC.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO – 3.<sup>a</sup> T.; número de registro: 2009/0065300-4; processo eletrônico; REsp 1.133.451/SP; números de origem: 200801773169, 5441014, 5441014501, 5830020071566422, pauta: 27.03.2012, j.: 27.03.2012; rel.: Exma. Sra. Min. Nancy Andrighi; Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. João Pedro de SABOIA Bandeira de Mello Filho; secretária: bel. Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha.

Autuação: recorrente: Celso Alves Janeiro e outros – advogado: Diogo Leonardo Machado de Melo e outro(s); recorrido: Irmãos André Ltda. – advogado: sem representação nos autos.

Assunto: Direito civil – Coisas – Propriedade – Aquisição – Usucapião especial (constitucional).

Certidão: Certifico que a E. 3.<sup>a</sup> Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a) Ministro(a) relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra relatora.

(DJE 18.04.2012).

---

# Tribunal de Justiça de São Paulo

TJSP – *ApCiv 0000004-82.2011.8.26.0315* – Conselho Superior da Magistratura – j. 17.05.2012 – v.u. – rel. Des. José Renato Nalini – *DJe* 01.08.2012 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

**REGISTRO DE IMÓVEIS – Recusa do Oficial em registrar carta de adjudicação – Exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débitos – Inadmissibilidade – Situação excepcional, decorrente de compromisso de compra e venda, em que o promitente-vendedor não procedeu à regularização fiscal – Registro do título que se impõe, em razão da inviabilidade de cumprimento do requisito – Parte, ademais, que teria seu direito reconhecido em ação própria de usucapião – Inteligência do art. 198 da Lei 6.015/1973.**

## RESENHA

Cuida-se de apelação cível interposta em face de sentença proferida pelo juízo *a quo*, que decidiu pela necessidade de apresentação das Certidões Negativas de Débitos do INSS e da Receita Federal, para o registro de carta de adjudicação, expedida em decorrência de ação de adjudicação compulsória, onde o apelante, após celebrar contrato de compromisso de compra e venda, teve frustrado seu direito à lavratura de escritura pública de compra e venda e seu consequente registro. O apelante, nas razões recursais, sustentou a nulidade da decisão, por falta de fundamentação e, quanto ao mérito, argumentou pela possibilidade do registro, já que o imóvel não integra o ativo circulante da vendedora. Alegou, ainda, a impossibilidade de obtenção dos documentos exigidos, bem como a ocorrência de usucapião, a ser reconhecida no presente processo.

Ao analisar o recurso, entendeu o rel. Des. José Renato Nalini, preliminarmente, que não assiste razão ao apelante ao postular a nulidade da decisão, dada a ampla fundamentação exposta pela MM. Juíza Corregedora Permanente. Observou, também, que os títulos judiciais não são imunes à qualificação registraria, conforme pacífica jurisprudência neste sentido. Quanto ao mérito, entendeu que o recurso comporta provimento, em virtude da excepcionalidade do caso. O relator observou que, *a priori*, a recusa do Oficial Registrador deveria ser mantida, pois, diante dos dispositivos legais mencionados, as referidas certidões deveriam ser exigidas, haja vista que, o caso não se amolda às hipóteses em que o E. Conselho vem dispensado a apresentação das citadas certidões. Isso porque, após a análise das alterações do contrato social, observa-se que o objeto social da vendedora é a Incorporação de Empreendimentos Imobiliários e outras Sociedades de Participação, exceto *Holdings*, não existindo a exclusividade da atividade exigida pelo art. 16 da Portaria Conjunta da PGFN/SRF 3. Ademais, salientou o relator que, ao Registro de Imóveis, aplica-se o princípio *tempus regit actum*, segundo o qual, na qualificação do título, incidem as exigências contemporâneas ao registro, e não as que vigoravam quando de sua lavratura. Portanto, tais fatos demonstram, inicialmente, acertada a recusa do Oficial Registrador. Contudo, em virtude das particularidades do caso, o relator enten-

deu que a exigência formulada pelo Oficial Registrador, embora legal, é de impossível cumprimento pelo recorrente, uma vez que, não pode obrigar a empresa vendedora a regularizar sua situação perante o INSS ou à Receita Federal. Além disso, se mantida tal recusa, outra saída não restará ao recorrente a não ser o ajuizamento de ação de usucapião, que fatalmente será julgada procedente, principalmente em razão do trânsito em julgado da r. sentença que julgou procedente o pedido de adjudicação compulsória. Tal medida, entretanto, além de movimentar desnecessariamente a máquina do Judiciário, traria ainda mais prejuízos ao recorrente, em virtude do tempo que levaria para seu processamento. O relator afirmou, ainda, que a usucapião não pode ser reconhecida na presente ação, dada a natureza administrativa do procedimento de dúvida, além de se constituir modo originário de aquisição da propriedade, o que dispensaria a apresentação de tais certidões, postergando ainda mais o registro pretendido.

Desta forma, diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo decidiu, por unanimidade e de conformidade com o voto do Desembargador relator, dar provimento ao recurso, no sentido de que se mostra impossível o cumprimento da exigência imposta pelo Oficial Registrador, devendo esta ser afastada para possibilitar o registro do título, garantindo ao recorrente o direito constitucional à propriedade.

**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).*

*Ementa: Registro de imóveis – Dúvida julgada procedente – carta de adjudicação – apresentação de CND do INSS e da Receita Federal – exigência de absoluta impossibilidade de cumprimento pelo recorrente – excepcionalidade demonstrada – Recurso provido.*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 0000004-82.2011.8.26.0315, da Comarca de Laranjal Paulista, em que é apelante Valdir Geraldo Saccon e apelado 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 dar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Desembargador Relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores, Ivan Ricardo Garisio Sartori, Presidente do Tribunal de Justiça, José Gaspar Gonzaga Franceschini, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Antonio Augusto Corrêa Vianna, decano, Samuel Alves de Melo Junior, Antonio José Silveira Paulilo e Antonio Carlos Tristão Ribeiro, respectivamente, Presidentes das Seções de Direito Público, Direito Privado e Criminal do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 17 de maio de 2012 – JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – Trata-se de apelação interposta por Valdir Geraldo Saccon contra a r. sentença de f., que julgou procedente a dúvida suscitada, mantendo a exigência da apresentação das Certidões Negativas de Débito do INSS e da Receita Federal para o registro, no imóvel objeto da matrícula 4.607, daquela Serventia de Imóveis, da carta de adjudicação expedida nos autos do Processo 1056/10, que tramitou perante a E. Vara Judicial da Comarca de Laranjal Paulista.

O apelante sustentou a nulidade da decisão por falta de fundamentação e no mérito a possibilidade do registro imóvel por não integrar o ativo circulante da vendedora, a impossibilidade da obtenção dos documentos e ainda a ocorrência de usucapião, o qual deveria ser reconhecido no presente processo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

A preliminar de nulidade não ocorre em razão da ampla fundamentação do decidido pela MM. Juíza Corregedora Permanente, não obstante a compreensão diversa da causa pelo do apelante.

A exceção da apresentação das Certidões Negativas de Débito (CND) do INSS e da Receita Federal as demais exigências foram cumpridas (f.).

Diante disso, o Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Laranjal Paulista negou o registro da carta de adjudicação expedida nos autos do Processo 1056/10, que tramitou perante a E. Vara Judicial da Comarca de Laranjal Paulista, no imóvel objeto da matrícula 4.607.

De início, observe-se que os títulos judiciais não são imunes à qualificação do registrador de imóveis, conforme tranquila jurisprudência deste C. Conselho. Por todas, cite-se a ApCiv 464-6/9, de São José do Rio Preto:

“Apesar de se tratar de título judicial, está ele sujeito à qualificação registrária. O fato de tratar-se o título de mandado judicial não o torna imune à qualificação registrária, sob o estrito ângulo da regularidade formal, O exame da legalidade não promove incursão sobre o mérito da decisão judicial, mas à apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e a sua formalização instrumental”.

Fica claro, destarte, que o fato de se tratar de título judicial não implica automático ingresso no registro tabular.

Na questão de fundo, o recurso comporta provimento, em virtude da excepcionalidade do caso.

A sentença proferida na ação de adjudicação compulsória supre apenas a recusa do promitente vendedor em outorgar o título hábil para a transmissão da propriedade imóvel, sem atingir as obrigações laterais como apresentação de CNDs ou da guia de recolhimento de ITBI.

E a obrigação de apresentação das certidões negativas de débito do INSS e da Receita Federal decorre do art. 47 da Lei 8.212/1991:

“É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:

I – da empresa:

(...)

b) na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo.”

Além de a exigência decorrer de texto expresso de lei, o presente caso não se amolda às hipóteses em que este E. Conselho vem dispensando a apresentação de referidas certidões desde atendidos os requisitos do art. 16, da Portaria Conjunta da PGFN/SRF 3:

“Fica dispensada a apresentação de certidão conjunta na alienação ou oneração, a qualquer título, de bem imóvel ou direito a ele relativo, que envolva empresa que explore exclusivamente atividade de compra e venda de imóveis, locação, desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de imóveis destinados à venda, desde que o imóvel objeto da transação esteja contabilmente lançado no ativo circulante e não conste, nem tenha constado, do ativo permanente da empresa.”

Isto porque, do exame das alterações do contrato social de f., verifica-se que o objeto social da vendedora é a Incorporação de Empreendimentos Imobiliários e outras Sociedades de Participação, exceto Holdings, assim, não ocorre a situação de exclusividade exigida pela norma administrativa referida. Além disso, não há prova do lançamento do imóvel no ativo circulante daquela.

Anote-se, ainda, que no sistema dos registros públicos vige o princípio *tempus regit actum*, segundo o qual na qualificação do título incidem as exigências contemporâneas ao registro, e não as que vigoravam quando de sua lavratura. Por isso, não prevalece o argumento do recorrente de que ao tempo da celebração e pagamento do negócio jurídico seria possível o registro nos termos acima referidos.

O quadro acima demonstra que a recusa do Oficial deveria ser mantida, não fosse a peculiaridade que se passa a demonstrar.

O recorrente celebrou, em 31.05.1989, contrato de compromisso de compra e venda com a empresa Sidepar Participações e Imobiliária S.A. Ltda. (f.). Depois de cumprir com sua obrigação de pagar integralmente o preço ajustado, teve frustrado pela promitente vendedora seu legítimo direito à lavratura da escritura pública de compra e venda, título necessário para adquirir o domínio do imóvel na forma do art. 1.245, do Código Civil. Ajuizou, por isso, ação de adjudicação compulsória, que foi julgada procedente (f.), culminando com a expedição da carta de adjudicação (f.), cujo registro foi recusado pelo Oficial de Registro de Imóveis porque não apresentadas as certidões negativas de débito CNDs da empresa vendedora.

A exigência, conquanto legal, é de impossível cumprimento pelo recorrente, porque fora de seu alcance, haja vista que não tem como obrigar a empresa vendedora a regularizar sua situação junto ao INSS ou à Receita Federal.

E, mantida a recusa do Oficial, outra saída não lhe restará a não ser ajuizar ação de usucapião, que fatalmente será julgada procedente, principalmente em razão do trânsito em julgado da r sentença que julgou procedente o pedido de adjudicação compulsória.

Ressalte-se a impossibilidade do reconhecimento da aquisição por usucapião nesta ação, como pretendido pelo apelante, em virtude da natureza administrativa deste processo de dúvida.

Ocorre que a ação de usucapião, além de movimentar desnecessariamente a máquina do Judiciário – pois serviria apenas reafirmar, ainda que por outro título, o que já foi reconhecido pela r sentença da ação de adjudicação compulsória – traria ainda mais prejuízos ao recorrente, notadamente em virtude do tempo, uma vez que, como se sabe, apenas seu ciclo citatório não raro leva anos para ser concluído.

É importante frisar, também, que a usucapião constitui modo originário de aquisição da propriedade, o que dispensaria a apresentação das certidões ora exigidas para o registro da sentença. Assim, a manutenção da recusa serviria apenas para postergar, com elevados custos ao interessado, o registro ora perseguido, que será alcançado da mesma forma ora pleiteada, isto é, sem a apresentação das certidões negativas de débito.

Diante desse quadro excepcional, mostra-se possível a aplicação da ressalva contida no art. 198 da Lei 6.015/1973, que autoriza o juiz a afastar exigência de impossível cumprimento pelo interessado.

Portanto, embora com respaldo legal, porque de absoluta impossibilidade de cumprimento pelo recorrente, a recusa do Oficial deve ser afastada, permitindo-se o registro do título, garantindo-se ao recorrente o direito constitucional à propriedade.

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso.

JOSÉ RENATO NALINI – Corregedor-Geral da Justiça e relator.

(DJE 01.08.2012).

---

---

TJSP – ApCiv 0007745-81.2010.8.26.0066 – Conselho Superior da Magistratura – j. 12.04.2012 – v.u. –rel. Des. José Renato Nalini – DJe 04.07.2012 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

---

**REGISTRO DE IMÓVEIS – Transferência de nua propriedade e constituição de usufruto na mesma escritura – Ausência de recolhimento do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis referente à última pretensão – Inadmissibilidade – Circunstância em que há a caracterização de negócios jurídicos dessemelhantes e que, portanto, possuem fatos geradores igualmente distintos – Legislação municipal, ademais, que estabeleceu a incidência do tributo para as duas hipóteses.**

## RESENHA

Trata-se de apelação cível interposta em face de sentença proferida pelo MM. Juiz Corregedor Permanente, que manteve a recusa feita pelo Oficial Registrador, para o registro de escritura pública de compra e venda com instituição de usufruto, porquanto não recolhido, nos termos da legislação municipal, o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis e de direitos a ele relativos (ITBI), pertinente à constituição do usufruto. O apelante sustentou, em suas razões, a regularidade do recolhimento do ITBI, calculado sobre o valor venal total do imóvel e questionou a pertinência da interpretação do negócio jurídico desenvolvida pelo Oficial Registrador. Além disso, alegou que, mediante escritura pública, alienou-se a nua propriedade a três dos adquirentes e se instituiu, em favor dele e de sua esposa, o usufruto. Alegou, ainda, que o Oficial Registrador extrapolou sua competência ao formular exigências de natureza tributária.

Após analisar o recurso, o rel. Des. José Renato Nalini, afirmou que, conforme o art. 289 da Lei 6.015/1973, os registradores, no desempenho de suas funções, devem fazer rigorosa fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados em razão do ofício. afirmou, também, que o art. 30, XI, da Lei 8.935/1994 arrola que os notários e registradores devem fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar. Neste sentido, observou que, com o pretendido registro da escritura pública, objetiva-se tanto a transferência da nua propriedade, quanto à constituição onerosa de usufruto em favor do apelante e de sua esposa. Embora formalizado em um único documento, dois foram os negócios jurídicos celebrados, cada qual com sua própria fisionomia, entendendo o relator que as circunstâncias negociais demonstram, *in concreto*, que dois foram os negócios jurídicos, contemplando, então, duas operações econômicas distintas e, por conseguinte, dois fatos geradores para o pagamento do tributo municipal. O relator explicou ainda que o ITBI é imposto de competência municipal, de acordo com o art. 156, II, da CF/1988, cuja abrangência é limitada às transmissões *inter vivos* onerosas, com potencial, porém, para alcançar, dependendo das hipóteses de incidência definidas pelo legislador municipal, qualquer direito real sobre imóveis. No caso em análise, o legislador municipal, no exercício de sua competência constitucional, estabeleceu a incidência do ITBI nos casos de compra e venda e de constituição onerosa de usufruto.

Assim, diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo decidiu, por unanimidade e de conformidade com o voto do Desembargador relator, negar provimento ao recurso, no sentido de que a transmissão onerosa da nua propriedade mediante compra e venda e a constituição onerosa de usufruto são hipóteses diferentes de incidência do ITBI e ambas dão nascimento a duas relações jurídicas, com duas obrigações tributárias, assistindo razão ao Oficial Registrador na recusa do registro.

**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).*

*Ementa: Registro de imóveis – Dúvida registrária – Escritura pública de compra e venda – Alienação da nua propriedade e constituição onerosa de usufruto pelo mesmo instrumento – Admissibilidade – Negócios jurídicos distintos – Dois fatos geradores do ITBI – Desqualificação registrária mantida – Recurso não provido.*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 0007745-81.2010.8.26.0066, da Comarca de Barretos, em que é apelante João Dias Moreira e apelado 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 negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Desembargador relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores, Ivan Ricardo Garisio Sartori, Presidente do Tribunal de Justiça, José Gaspar Gonzaga Franceschini, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Samuel Alves de Melo Junior, Antonio José Silveira Paulilo e Antonio Carlos Tristão Ribeiro, respectivamente, Presidentes das Seções de Direito Público, Direito Privado e Criminal do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 12 de abril de 2012 – JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – O Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Barretos, diante do requerimento formulado pelo interessado, ora apelante (f.) – inconformado com a desqualificação registrária da escritura pública de compra e venda, que também contempla instituição de direito real de usufruto –, suscitou dúvida ao MM. Juiz Corregedor Permanente, mas mantendo a exigência impugnada e a recusa de acesso do título ao fólio real, porquanto não recolhido, nos termos da legislação municipal, o Imposto sobre transmissão de bens imóveis e de direitos a ele relativos (ITBI) pertinente à constituição do usufruto (f.).

O interessado, malgrado notificado para oferecer impugnação (f.), ficou-se inerte. Após o parecer do Ministério Público, alinhando-se às ponderações do Registrador (f.), a dúvida foi julgada procedente (f.), por meio de sentença contra a qual interposta apelação pelo interessado, que, visando à reforma da decisão, com determinação voltada ao registro do título prenotado, sustentou a regularidade do recolhimento do ITBI, calculado sobre o valor venal total do imóvel, questionou a pertinência da interpretação do negócio jurídico desenvolvida pelo Registrador, alegou que, por meio de única escritura pública, alienou-se a nua propriedade a três dos adquirentes e se instituiu, em favor dele e de sua esposa, o usufruto e afirmou que o Registrador, ao formular exigências de natureza tributária, foi além dos limites da qualificação confiada-lhe (f.).

Recebida a apelação nos efeitos devolutivo e suspensivo (f.), o Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Barretos apresentou resposta, reiterando sua manifestação anterior (f.), e a Douta Procuradoria de Justiça propôs o não provimento do recurso (f.), em manifestação seguida de ordem de remessa dos autos ao C. Conselho Superior da Magistratura (f.).

*É o relatório.*

De acordo com o art. 289 da Lei 6.015/1973, os registradores, no desempenho de suas funções, devem “fazer rigorosa fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados em razão do ofício”.

Na mesma linha, o art. 30 da Lei 8.935/1994, no seu inc. XI, arrola, entre os deveres dos notários e dos registradores, o de “fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar”.

Com o registro da escritura pública prenotada (f.), objetivava-se tanto a transferência da nua propriedade do bem imóvel objeto da matrícula n. 26.207 do Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Barretos (f.) a João Rogerio Moreira, Marcelo Dias Moreira e Rosania Aparecida Blanco Moreira Gomes (art. 1.245 do CC/2002), como a constituição onerosa de usufruto em favor de João Dias Moreira, aqui interessado/apelante, e de sua esposa Tereza Touro Blanco Moreira (art. 1.391 do CC/2002).

Embora o suporte documental – escritura pública – seja único, dois foram os negócios jurídicos aperfeiçoados, com fisionomias próprias: o primeiro, expresso nas manifestações de vontade dirigidas à transmissão, mediante compra e venda, da nua propriedade do bem imóvel, e o segundo, revelado pelas declarações de vontade destinadas à constituição do usufruto.

As circunstâncias negociais, nota distintiva e, por conseguinte, o verdadeiro elemento definidor da declaração de vontade – aqui compreendida tecnicamente, como expressão sinônima de negócio jurídico –, demonstram, *in concreto*, que dois foram os negócios jurídicos: socialmente enfocadas, as manifestações de vontade, contemplando, então, duas operações econômicas – veiculadas, no entanto, pelo mesmo meio (forma) –, dirigidas à produção de efeitos jurídicos distintos, forjaram relações jurídicas diversas.

Nem se levante, sob outro prisma, a vedação legal à transferência do usufruto por alienação, positivada, à vista da natureza personalíssima deste direito real, na primeira parte do art. 1.393 do CC/2002, porque esta, alienação, incoorreu: visa-se, na realizada, a uma constituição de usufruto por negócio jurídico oneroso inter vivos, admitido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Consoante Miguel Maria de Serpa Lopes, o usufruto, constituído entre vivos, “pode instituir conjuntamente dois titulares, deferindo a um a propriedade e a outro o uso e gozo”, inclusive porque o que se proíbe é a alienação do usufruto já constituído, e não a alienação, por quem detém a propriedade plena, da nua propriedade a uma pessoa e a constituição do usufruto em favor de outra.

Compartilhando idêntico entendimento, Ademar Fioranelli pondera o cuidado exigido para exame da proibição legal, porquanto prevalece somente a partir da constituição do usufruto, tanto que “nada impede que, na constituição, o titular de domínio aliene a nua-propriedade para A e o usufruto para B, por exemplo.”

A propósito, assim anteriormente se posicionou o Conselho Superior da Magistratura, no julgamento da ApCiv 81.751-0/0, rel. Corregedor Geral da Justiça Luís de Macedo, ocorrido no dia 27.09.2001, reportando-se, ademais, a um precedente desta Corregedoria Geral da Justiça, estampado em parecer da lavra do magistrado Luís Paulo Aliende Ribeiro, aprovado, em 11.08.1999, nos autos do Processo CG 602/1999, pelo Corregedor Geral da Justiça Sérgio Augusto Nigro Conceição.

Contudo, mais relevante, na hipótese vertente, é observar – e ao contrário da compreensão gravada nos precedentes aludidos –, a caracterização de dois fatos geradores diferentes, ambos, portanto, fontes do nascimento de obrigações tributárias dessemelhantes, cujos objetos são o pagamento do tributo municipal denominado Imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis e direitos a eles relativos (ITBI).

Trata-se de imposto cuja instituição e cobrança é da competência dos Municípios, nos termos do art. 156, II, da CF/1988, e cuja abrangência é limitada às transmissões inter vivos onerosas, com potencial, porém, para alcançar, dependendo das hipóteses de incidência definidas pelo legislador municipal, não apenas a transferência da propriedade de bem imóvel, mas de qualquer direito real sobre imóveis.

E o Município de Barretos, no exercício de sua competência constitucional, estabeleceu, por meio da LC 96/2008, e, particularmente, nos seus arts. 29, II, 31, I e VIII, 38, *caput*, 39, § 1.º e § 6.º, I e VIII, e 40, II, que a obrigação de pagamento do ITBI surgirá tanto em razão de uma compra e venda de bem imóvel, tendo alíquota de 2,2% incidente sobre 2/3 do valor venal do imóvel (valor mínimo), como em virtude da constituição onerosa de usufruto, com a mesma alíquota, contudo recaindo sobre 1/3 do valor venal do imóvel (valor mínimo).

Destarte, a transmissão onerosa da nua propriedade mediante compra e venda e a constituição onerosa de usufruto são hipóteses de incidência diferentes do ITBI

e ambas, *in concreto*, como fatos oponíveis, dão nascimento a duas relações jurídicas, a duas obrigações tributárias.

Por conseguinte, o registro da escritura pública foi pertinentemente condicionado aos pagamentos dos ITBIs relativos à compra e venda e à constituição do usufruto, porquanto recolhido exclusivamente o relacionado à transmissão onerosa da nua propriedade (f.).

Com efeito, a alíquota de 2,2%, recaindo sobre 2/3 do valor venal do bem imóvel objeto da matrícula n. 26.207 do Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Barretos (f.), isto é, R\$ 64.607,97, totaliza os R\$ 1.421,38 desembolsados a título de pagamento do ITBI (f.), de sorte a remanescer a quitação do tributo municipal incidente sobre a constituição onerosa de usufruto, correspondente a 2,2% de 1/3 do valor venal do imóvel.

Pelo todo exposto, nego provimento à apelação.

JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

---

TJSP – *ApCiv 0007969-54.2010.8.26.0604* – Conselho Superior da Magistratura – j. 10.05.2012 – v.u. – Comarca de Sumaré – rel. Des. José Renato Nalini – *DJe* 04.07.2012 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

**ARREMATACÃO** – Modo originário de aquisição de propriedade – Não existência de relação jurídica ou negocial entre o antigo e o novo proprietário que afasta a alegação de forma de aquisição derivada da propriedade.

**REGISTRO DE IMÓVEIS** – Recusa de Oficial Cartorário em registrar carta de arrematação – Admissibilidade – Recolhimento do ITBI que, por possuir expressa previsão legal, é necessário para a efetivação registral – Afastada, entretanto, os óbices quanto as constrições da coisa arrematada, bem como a aplicação do art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/1991.

## RESENHA

Cuida-se de apelação cível interposta em face de r. sentença proferida pelo juízo *a quo*, que, julgando procedente a dúvida suscitada, manteve a recusa do registro de carta de arrematação extraída de autos de execução. O apelante sustentou, em síntese, que foi a primeira a averbar a penhora na matrícula do imóvel, afastando a incidência do art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/1991; que o arrolamento previsto no art. 64, § 5.º, da Lei 9.537/1997 não impede a averbação de penhoras nem o registro da carta de arrematação e que são inaplicáveis os precedentes citados pelo Oficial de Registro de Imóveis porque a penhora fiscal era anterior à cível. Alegou, ainda, que não é necessário o recolhimento do ITBI, já que se trata de aquisição originária da propriedade, bem como da apresentação da certidão do IPTU porque os débitos tributários sub-rogam-se no preço pago. Também alegou ser desnecessária a juntada de CND do INSS e de tributos federais.

Após analisar o recurso, o Corregedor Geral da Justiça e relator, Des. José Renato Nalini, entendeu que, embora consolidado o entendimento, pelo Conselho Superior da Magistratura e pela E. Corregedoria Geral da Justiça, no sentido de ser a arrematação modo derivado de aquisição da propriedade, tal posicionamento deve ser modificado, tendo em vista decisão proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), que entendeu ser a arrematação judicial de imóvel em hasta pública forma originária de aquisição da propriedade. Isso porque, na arrematação, inexistente relação jurídica ou negocial entre o anterior proprietário e o novo, não caracterizando-se aquisição derivada da propriedade. Ademais, amparado por precedentes do STJ, o relator afirmou que a indisponibilidade decorrente do art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/1991 incide apenas sobre a alienação voluntária, sendo incabível nos casos de alienação forçada, como ocorre na arrematação judicial. Quanto ao ITBI, o relator observou que o art. 130, V, da Consolidação da Legislação Tributária do Estado de São Paulo impõe o recolhimento do referido tributo e que, por se tratar de imposição legal, mesmo quando da aquisição originária da propriedade, não cabe ao Conselho Superior da Magistratura, em processo administrativo de dúvida, examinar qualquer aspecto quanto a constitucionalidade do dispositivo, devendo o interessado buscar guarida judicial. O relator apontou, ainda, que, em relação à apre-

sentença de CNDs e certidões de IPTU, o Oficial Registrador se retratou nas informações prestadas, restando superadas tais exigências. Por fim, afirmou que até mesmo os títulos judiciais também se submetem à qualificação registrária, conforme pacífico entendimento do E. Conselho Superior da Magistratura.

Posto isto, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo decidiu, por unanimidade e em conformidade com o voto do desembargador relator, negar provimento ao recurso, no que diz respeito a exigência relativa ao recolhimento do ITBI, eis que esta permaneceu hígida.

**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).*

**ACÓRDÃO** – Vistos, relatados e discutidos estes autos de *ApCiv 0007969-54.2010.8.26.0604*, da Comarca de *Sumaré*, em que é apelante *Importadora e Exportadora de Cereais S.A.* e apelado 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 negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do desembargador relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os desembargadores, *José Gaspar Gonzaga Franceschini*, vice-presidente do Tribunal de Justiça, no impedimento ocasional do Presidente, *Antonio Augusto Corrêa Vianna*, decano, *Samuel Alves de Melo Junior*, *Antonio José Silveira Paulilo* e *Antonio Carlos Tristão Ribeiro*, respectivamente, presidentes das Seções de Direito Público, Direito Privado e Criminal do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 10 de maio de 2012 – **JOSÉ RENATO NALINI**, Corregedor Geral da Justiça e relator.

**VOTO** – *Registro de imóveis – Dúvida – Arrematação de imóvel em hasta pública – Forma originária de aquisição de propriedade – Inexistência de relação jurídica entre o arrematante e o anterior proprietário do bem – Imóvel penhorado com base no art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/1991 – Indisponibilidade que obsta apenas a alienação voluntária – Incidência de ITBI nas arrematações judiciais por expressa determinação legal – Recurso não provido.*

Trata-se de apelação interposta por *Importadora e Exportadora de Cereais S.A.*, objetivando a reforma da r. sentença de f., que julgou procedente a dúvida suscitada pelo *Oficial de Registro de Imóveis e Anexos* da Comarca de *Sumaré*, e manteve a recusa do registro da carta de arrematação extraída dos autos da execução 1.057/1998, da E. 1.ª Vara Cível de *Sumaré* na matrícula 65.295, daquela *Serventia de Imóveis*.

Alega o apelante, em suma, que foi a primeira a averbar a penhora na matrícula do imóvel, o que afasta a incidência do art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/1991; que o arrolamento previsto no art. 64, § 5.º, da Lei 9.537/1997, não obsta a averbação de penhoras nem o registro da carta de arrematação; inaplicabilidade dos precedentes citados pelo Oficial de Registro de Imóveis porque a penhora fiscal era anterior à cível; desnecessidade de recolhimento de ITBI, por se tratar de aquisição originária da propriedade, e da apresentação da certidão de IPTU porque os débitos tributários sub-rogam-se no preço pago; e desnecessidade de juntada da CND do INSS e de Tributos Federais (f.).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo não provimento do recurso (f.).

Após a juntada da certidão da matrícula do imóvel pela apelante, o Ministério Público reiterou os termos do r. parecer (f.).

É o relatório.

De início, observe-se que a dúvida não se encontra prejudicada porque a junta das certidões das matrículas não se deu em cumprimento à exigência feita pelo Oficial de Registro de Imóveis.

Diversas são as questões levantadas pela apelante.

A primeira delas diz respeito à natureza jurídica da aquisição de imóvel por meio de arrematação judicial que, segundo a apelante, constitui modo originário de aquisição da propriedade imóvel.

Contudo, consolidou-se neste Conselho Superior da Magistratura e na E. Corregedoria Geral da Justiça entendimento em sentido diverso, isto é, que se trata de forma derivada de aquisição da propriedade:

“Registro de imóveis – Dúvida julgada procedente – Carta de arrematação expedida em ação de execução fiscal movida pela Fazenda Estadual – Imóvel penhorado em outras execuções movidas pela Fazenda Nacional e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – *Arrematação que não constitui forma originária de aquisição de propriedade imóvel* – Impossibilidade de registro, enquanto não cancelados os registros das penhoras pela Fazenda Nacional e pelo INSS, por força do art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/1991 – Registro inviável – Recurso não provido” (CSM, ApCiv 1.223-6/7, grifou-se).

O E. STJ, intérprete maior da legislação federal, entende que a arrematação judicial de imóvel em hasta pública configura forma originária de aquisição da propriedade, sendo oportuno citar, por todos, o AgRg no Ag 1.225.813, relatado pela Min. Eliana Calmon, assim ementado:

“Execução fiscal – IPTU – Arrematação de bem imóvel – Aquisição originária – Inexistência de responsabilidade tributária do arrematante – Aplicação do art. 130, parágrafo único, do CTN. 1. A arrematação de bem móvel ou imóvel em hasta pública *é considerada como aquisição originária*, inexistindo relação jurídica entre o arrematante e o anterior proprietário do bem, de maneira que os débitos tributários anteriores à arrematação sub-rogam-se no preço da hasta. 2. Agravo regimental não provido” (grifou-se).

No mesmo sentido: REsp 1.179.056/MG, AgRg no Ag 1.225.813/SP, REsp 1.038.800/RJ, REsp 807.455/RS e REsp 40.191/SP.

De fato, a despeito do respeitável entendimento firmado neste Conselho Superior da Magistratura, é forçoso reconhecer que, na arrematação, inexistente relação jurídica ou negocial entre o antigo proprietário e o novo, de modo que não há como se afirmar que se está diante de aquisição derivada da propriedade.

A doutrina também caminha no sentido de que a aquisição derivada depende sempre de uma relação negocial, aperfeiçoada pela manifestação de vontade, entre o antigo proprietário e o adquirente.

Para Carlos Roberto Gonçalves, a aquisição é derivada quando resulta de uma relação negocial entre o anterior proprietário e o adquirente, havendo, pois, uma transmissão do domínio em razão da manifestação de vontade. Assim, sempre que não houver relação causal entre a propriedade adquirida e a situação anterior da coisa, está-se diante da aquisição originária (*Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. V, p. 231).

Francisco Eduardo Loureiro, *Código Civil comentado*, ao definir a natureza jurídica da aquisição da propriedade pela usucapião, acentua que se trata de modo originário porque não há relação pessoal entre um precedente e um subsequente sujeito de direito (2. ed. São Paulo: Manole, 2008. p. 1161).

Arnaldo Rizzardo, por sua vez, aduz que na aquisição derivada está sempre presente um vínculo entre duas pessoas, estabelecido em uma relação *inter vivos* ou *causa mortis*, ao passo que na originária não se constata uma relação jurídica entre o adquirente e o antigo proprietário (*Direito das coisas*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2007. p. 244).

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes observam que a aquisição originária se verifica quando o modo aquisitivo não guarda relação de causalidade com o estado jurídico anterior de domínio, e que não decorre de relação jurídica estabelecida com o proprietário anterior como ocorre no contrato de compra e venda (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. vol. III, p. 519).

Em sentido diverso, a doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, para quem apenas a ocupação configura meio originário de aquisição da propriedade, porque, nesse caso, a coisa jamais esteve sob o domínio de alguém (*Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. IV, p. 97).

Sucedendo que, quando o bem é arrematado judicialmente, não há relação negocial entre o anterior proprietário e o adquirente, e a transmissão de domínio não decorre de manifestação de vontade. Assim, não há que se falar em aquisição derivada da propriedade.

Verifica-se, destarte, que o entendimento deste Conselho Superior da Magistratura, embora lastreado em excelentes fundamentos, não mais se encontra em harmonia com a jurisprudência do E. STJ nem com o espírito da doutrina majoritária, motivo por que sua alteração é de rigor em prol da segurança jurídica.

No que diz respeito à possibilidade de o bem penhorado com base no art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/1991, poder ser arrematado em execução diversa, malgrado o entendimento atual deste Conselho, parece mais preciso o que decidiu o E. STJ nos autos do REsp 512.398, cujo voto do eminente relator Min. Felix Fischer traz a seguinte consideração:

“Tenho contudo, que a indisponibilidade a que se refere o dispositivo (referindo-se ao § 1.º, do art. 53, da Lei 8.212/1991) traduz-se na invalidade, em relação ao ente Fazendário, de qualquer ato de alienação do bem penhorado, praticado *sponte própria* pelo devedor-executado após a efetivação da constrição judicial. Sendo assim, a referida indisponibilidade não impede que haja a alienação forçada do bem em decorrência da segunda penhora, realizada nos autos de execução proposta por particular, desde que resguardados, dentro do montante auferido, os valores ao crédito fazendário relativo ao primeiro gravame imposto.”

Verifica-se, destarte, que a indisponibilidade decorrente do § 1.º do art. 53 da Lei 8.212/1991 incide apenas sobre a alienação voluntária e não sobre a forçada, como no caso da arrematação judicial.

No que diz respeito à incidência do ITBI na hipótese, observe-se o que diz o art. 130 da Consolidação da Legislação Tributária do Município de São Paulo, Dec. 52.703/2011:

“Art. 130. Estão compreendidos na incidência do imposto (art. 2.º da Lei 11.154, de 30.12.1991, com a redação da Lei 13.402, de 05.08.2002, e da Lei 14.125, de 29.12.2005):

(...)

V – a arrematação, a adjudicação e a remição”.

Tratando-se de imposição legal, descabe a este Conselho Superior da Magistratura, em processo administrativo de dúvida, examinar qualquer aspecto relacionada à sua constitucionalidade, devendo a recorrente buscar guarida na via judicial competente (v. Proc CG 487/2007). Por isso, nem mesmo o fato de se tratar de aquisição originária tem o condão de afastar a exigência que decorre de expressa determinação legal.

Ressalve-se, para que não haja analogias impróprias, que no caso da usucapião o recolhimento do ITBI não é exigido porque inexistente a correspondente hipótese de incidência na lei, e não porque se trata de aquisição originária.

Em relação à apresentação das CNDs e certidões de IPTU, o Oficial de Registro de Imóveis se retratou nas informações que prestou, de modo que ficaram superadas essas exigências (f.).

Por fim, observe-se que também os títulos judiciais submetem-se à qualificação registrária, conforme pacífico entendimento do E. Conselho Superior da Magistratura:

“Apesar de se tratar de título judicial, está ele sujeito à qualificação registrária. O fato de tratar-se o título de mandado judicial não o torna imune à qualificação

---

registrária, sob o estrito ângulo da regularidade formal, O exame da legalidade não promove incursão sobre o mérito da decisão judicial, mas à apreciação das formalidades extrínsecas da ordem e à conexão de seus dados com o registro e a sua formalização instrumental” (*ApCiv 31881-0/1*).

Assim, observadas as ressalvas feitas, a recusa do Oficial de Registro de Imóveis deve ser mantida porque permaneceu hígida a exigência relativa ao recolhimento do ITBI.

Isto posto, nego provimento ao recurso.

JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor Geral da Justiça e relator.

(*DJE 04.07.2012*).

---

---

TJSP – *ApCiv 0019751-81.2011.8.26.0100* – Conselho Superior da Magistratura – j. 12.04.2012 – v.u. – rel. Des. José Renato Nalini – *DJe* 14.06.2012 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

---

**REGISTRO DE IMÓVEIS – Exigência de comprovação prévia da quitação de débitos condominiais do alienante – Inadmissibilidade – Óbice existente no art. 4.º da Lei 4.591/1964 que foi tacitamente revogado pelo novo Código Civil – Adquirente de unidade que responde pelas obrigações do antigo dono, incluindo os juros moratórios – Inteligência do art. 1.345 do CC/2002.**

## RESENHA

Trata-se de apelação cível interposta em face de decisão proferida pelo juízo *a quo*, que julgou prejudicada a dúvida suscitada, uma vez que, o interessado não discorda das exigências feitas pelo Oficial Registrador. No caso em análise, o apelante, inconformado com a desqualificação para registro do instrumento particular de compromisso de compra e venda, no qual aparece como promitente comprador, requereu a suscitação de dúvida ao Oficial Registrador, que a providenciou, mas o fez mantendo a qualificação negativa do título, sob o argumento de que as exigências relacionadas encontram guarida no parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964. O apelante sustenta que, em razão de uma das exigências feitas, realizou o pagamento das contribuições condominiais vencidas, mas o síndico do condomínio, por orientação da promitente vendedora, se recusou a entregar certidão de quitação dos débitos condominiais. Ao julgar a dúvida, o juiz sentenciante a deu por prejudicada, mas assinalou que, se superado o obstáculo processual, a dúvida seria julgada procedente, porquanto, destacando o seu posicionamento em outro sentido, o C. Conselho Superior da Magistratura “firmou entendimento no sentido de que a norma prevista no parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964, não foi revogada pelo atual art. 1.345 do Código Civil”. Assim, inconformado com o resultado em primeira instância, o apelante interpôs recurso argumentando que o dispositivo legal citado foi revogado pelo art. 1.345 do Código Civil.

O rel. Des. José Renato Nalini, após analisar o recurso, afirmou que o exame da dúvida restou prejudicado, haja vista a não insurgência do apelante em relação às exigências apontadas pelo Oficial Registrador, limitando-se apenas a abordar os esforços empreendidos para a obtenção da certidão negativa de débitos condominiais. Por outro lado, o relator entendeu que, se o óbice processual fosse superado, a dúvida deveria ser julgada improcedente, conforme o próprio entendimento pessoal do juiz sentenciante. Isso porque, para o relator, a compreensão atualmente vigente sobre o tema merece revisão, pois, com a entrada em vigor do novo Código Civil e, mormente seu art. 1.345, a regra do parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964 foi revogada. Para chegar a esta conclusão, o relator, valendo-se de importantes autores, explicou, em síntese, que com a vigência do novo Código Civil, a obrigação dos condôminos foi, no plano do direito positivo, ampliada, pois, de acordo com a redação do art. 1.345, o adquirente da unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive, multa e juros moratórios. Desta forma, revogada a regra do parágrafo único

do art. 4.º da Lei 4.591/1964, a prévia comprovação de quitação dos débitos condominiais não é mais condição para transferência de direitos relativos à unidade condominial.

Portanto, diante do exposto, o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo decidiu, por unanimidade e de conformidade com o voto do Desembargador relator, negar provimento ao recurso, confirmando a respeitável sentença que julgou prejudicada a dúvida.

**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).*

*Ementa: Registro de imóveis – Instrumento particular de compromisso de compra e venda de unidade condominial – Desqualificação para registro – Comprovação de quitação dos débitos condominiais – Exigência não mais justificável diante da revogação tácita do parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964 pelo art. 1.345 do CC/2002 – Concordância tácita – Dúvida prejudicada – Recurso não provido.*

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos de ApCiv 0019751-81.2011.8.26.0100, da Comarca da Capital, em que é apelante Paul Marius Andersen e apelado o 10.º Oficial de Registro de Imóveis da referida Comarca.

Acordam os Desembargadores do Conselho Superior da Magistratura, por votação unânime, em negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Desembargador relator, que fica fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Desembargadores, Ivan Ricardo Garisio Sartori, Presidente do Tribunal de Justiça, José Gaspar Gonzaga Franceschini, Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, Samuel Alves de Melo Junior, Antonio José Silveira Paulilo e Antonio Carlos Tristão Ribeiro, respectivamente, Presidentes das Seções de Direito Público, Direito Privado e Criminal do Tribunal de Justiça.

São Paulo, 12 de abril de 2012 – JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

VOTO – O apelante, inconformado com a desqualificação para registro do instrumento particular de compromisso de compra e venda de imóvel urbano (f.), no qual aparece como promitente comprador do imóvel objeto da matrícula n. 94.392 do 10.º Oficial de Imóveis (f.), requereu a suscitação da dúvida pelo Registrador, que a providenciou, mas mantendo a qualificação negativa, pois, alega, as exigências questionadas têm respaldo na regra do parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964 (f.).

Com a impugnação, o apelante afirmou que, em razão de uma das exigências feitas, realizou o pagamento das contribuições condominiais vencidas, mas o

síndico do Condomínio Edifício Forest Hills se recusa, orientado pela proprietária, promitente vendedora, a entregar certidão de quitação dos débitos condominiais (f.).

Depois da manifestação do Ministério Público (f.), o ilustre juiz sentenciante deu por prejudicada a dúvida, porquanto o interessado não discorda das exigências feitas pelo registrador, mas assinalou que seria julgada procedente, se superado fosse o obstáculo processual, porquanto, destacando o seu posicionamento em outro sentido, o C. Conselho Superior da Magistratura “firmou entendimento no sentido de que a norma prevista no parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964, não foi revogada pelo atual art. 1.345, do Código Civil” (f.).

Inconformado com o resultado em primeiro grau, o recorrente interpôs apelação pretendendo julgamento improcedente da dúvida, com determinação para o registro do instrumento particular de compromisso de compra e venda de imóvel urbano, sustentando, inclusive, que o parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964 foi revogado pelo art. 1.345 do Código Civil (f.).

Recebido o recurso em seus regulares efeitos (f.), a Douta Procuradoria-Geral da Justiça propôs o não provimento do recurso (f.).

*É o relatório.*

O apelante, na impugnação, não se pronunciou sobre a prescindibilidade da certidão negativa de débitos condominiais, mas apenas abordou os esforços empreendidos para a sua obtenção (f.), a revelar a concordância tácita com as exigências feitas pelo registrador.

Logo, descaracterizado o dissenso, o exame da dúvida resta prejudicado, na linha da convicção esposada pelo ilustre magistrado sentenciante (f.), até porque, diante do efeito preclusivo, não é admissível inovar em sede recursal, como pretendeu o apelante, que, tardiamente, cogitou da revogação tácita do parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964 pelo art. 1.345 do Código Civil de 2002.

Por outro lado, *se superado fosse o obstáculo processual*, a desqualificação, para registro, do instrumento particular de compromisso de compra e venda de imóvel urbano (f.), respaldada pela respeitável decisão impugnada (f.), não mereceria prevalecer, de acordo, inclusive, com o entendimento pessoal do juiz sentenciante (cf. sentença proferida nos autos do Processo 100.09.165632-6, em 21.08.2009), que, ressaltando-o, acedeu ao atual posicionamento do C. Conselho Superior da Magistratura.

A compreensão atualmente vigente – expressa, por exemplo, na ApCiv 158-6/2, j. 25.03.2004, rel. Des. José Mário Antonio Cardinale; na ApCiv 769-6/0, j. 14.12.2007, rel. Des. Gilberto Passos de Freitas; e na ApCiv 990.10.278.563-7, j. 05.10.2010, rel. Des. Munhoz Soares –, comporta revisão, apesar dos substanciais fundamentos em que lastreada.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil e, mormente, do seu art. 1.345, a regra do parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964 foi revogada. Para chegar à

referida conclusão, contudo, é necessário enfatizar as características das obrigações reais e a sua eventual ambulatoriedade.

As obrigações reais, conforme Fernando Noronha, “impõem a quem seja proprietário de uma coisa, ou titular de outro direito real de gozo sobre ela (ou às vezes até de uma mera situação possessória) o dever de realizar uma prestação, necessária para harmonização do exercício do seu direito real com o de outro direito real, de pessoa diversa, incidente sobre a mesma coisa, ou sobre uma coisa vizinha”.

Também chamadas obrigações *propter rem* (por causa da coisa), caracterizam-se, segundo Luciano de Camargo Penteado, pela sua causa aquisitiva, assentada na “titularidade de uma situação jurídica de direito das coisas”, e não, assim, na manifestação de vontade, na lei ou no enriquecimento sem causa.

Elas, consoante Manuel Henrique Mesquita, têm origem no estatuto de um direito real, ao qual subordinada a relação jurídica de soberania estabelecida entre o titular e a coisa e que, por conseguinte, “compreende ou engloba não só os poderes que são conferidos ao sujeito de um *ius in re* e as *restrições* ou *limites* a que a sua actuação deve obedecer, mas também as vinculações de conteúdo positivo a que se encontre adstrito e que tanto podem consistir em deveres decorrentes de normas de direito público, como em *obrigações stricto sensu*”, obrigações reais, derivadas de normas de direito privado que impõem uma prestação de *dare* ou de *facere*.

Portanto, a obrigação de pagar as contribuições condominiais, impostas aos condôminos – proprietários, a quem equiparados, para os fins do art. 1.334 do Código Civil, e por força do § 2.º desta disposição legal, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas –, qualifica-se como *propter rem*: deve-se por causa da coisa (art. 1.336, I, do Código Civil); “a situação de direito real é causa eficiente próxima do surgimento da obrigação”.

Para Caio Mário da Silva Pereira, trata-se de uma obrigação acessória mista, em cujo plano está situada a *obligatio propter rem*, “pelo fato de ter como a *obligatio in personam* objeto consistente em uma prestação específica; e como a *obligatio in re* estar sempre incrustada no direito real”: em outras palavras, porque “a um direito real acede uma faculdade de reclamar prestações certas de uma pessoa determinada”.

Agora, com o advento do Código Civil de 2002, a obrigação dos condôminos foi, no *plano do direito positivo*, ampliada – em prestígio de jurisprudência consolidada –, pois, nos termos do seu art. 1.345, “o adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multa e juros moratórios”.

A positivação de tal regra, porém, confirma – pois, caso contrário, seria despendicienda –, a intransmissibilidade da obrigação *propter rem* de *dare*, que, na realidade, ontologicamente, à vista de sua natureza, não contempla, por si, os débitos nascidos antes da assunção de direitos sobre a coisa: quer dizer, o novo titular de direitos sobre a coisa não responde por tais débitos pretéritos.

As obrigações reais de *dare* não importam, em regra, responsabilidade pelas dívidas constituídas previamente à aquisição de direitos sobre a coisa, ao contrário das obrigações reais de *facere*, que, então, acompanham a coisa, transmitindo-se ao sucessor, inclusive a título singular, independentemente de manifestação de vontade e do conhecimento de sua existência.

No elucidativo magistério de Manuel Henrique Mesquita: “devem considerar-se ambulatórias todas as obrigações reais de *facere* que imponham ao devedor a prática de actos materiais na coisa que constitui o objecto do direito real”, isto é, transmite-se aos adquirentes, porque resultam imediatamente da aplicação do estatuto do direito real, porque o seu cumprimento representa interferência direta na coisa submetida a tal estatuto e porque, cessada a soberania do alienante sobre a coisa, a realização da prestação por ele fica impossibilitada.

Sob outro prisma, para o mesmo autor português, as demais obrigações *propter rem* (em regra, obrigações de *dare*) “devem considerar-se, em princípio, não ambulatórias”, seja, entre outras razões que desautorizam a transmissão da dívida para o adquirente, porque a alienação do direito real não impossibilita a satisfação da prestação pelo alienante, seja, principalmente, em justificativa pertinente e oportuna para a situação sob exame, porque “se autonomizam no preciso momento em que se verificam ou concretizam os pressupostos de quem dependem. Trata-se de obrigações que, mal se constituem, imediatamente se separam ou desprendem da sua matriz, adquirindo total independência”.

João de Matos Antunes Varela, ao enfrentar a diferença prática entre os ônus reais e as obrigações reais, alinha-se com esta concepção doutrinária, esclarecendo: o titular da coisa, nestas, que adquirem autonomia com o seu vencimento, “fica vinculado às obrigações constituídas na vigência de seu direito”, enquanto, naqueles, “fica obrigado mesmo em relação às prestações anteriores, por suceder na titularidade de uma coisa a que está visceralmente unida a obrigação”, mas pelos débitos pretéritos, realça, sua obrigação é limitada ao valor da coisa.

Na mesma linha, Alberto Trabucchi. Não é outra, ademais, a posição de Fernando Noronha – para quem, “nas obrigações reais quem deve é ainda o titular da coisa, não é a própria coisa; por isso, cada pessoa será responsável apenas pelos débitos constituídos ao tempo em que tenha sido titular do direito real” –, da qual também não divergem Maria Helena Diniz e Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho.

De todo modo, não se ignoram autorizadas vozes destoantes da delimitação desenvolvida, que, porém, em sintonia, inclusive, com a construção jurisprudencial, acabam por identificar, especialmente quando o assunto versa sobre obrigação de pagamento de contribuições condominiais, ônus reais e obrigações *propter rem*, atribuindo a estas – de forma indiscriminada e, portanto, ainda que caracterizadas, *in concreto*, como obrigações de *dare* –, ambulatoriedade. A propósito, convém lembrar Orlando Gomes, Silvio Rodrigues e, mais recentemente, Luiz Edson Fachin.

Contudo, se a obrigação de pagar as contribuições condominiais – típica obrigação *propter rem* de *dare* que se autonomiza no momento em que se vence, desatando-se da relação jurídica de natureza real, sua matriz –, tivesse toda essa largueza, contemplando, por si e em particular, a responsabilidade pelo pagamento das contribuições condominiais constituídas antes da titularização de direitos sobre a unidade condominial, a positivação da regra insculpida no art. 1.345 do Código Civil de 2002 seria prescindível: cuidar-se-ia de disposição legal inócua, à vista do art. 1.336, I, do mesmo diploma legal.

Sob outra perspectiva, a regra do parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964 não faria sentido, uma vez valorado o comando emergente do art. 12 da Lei 4.591/1964, que, antes do Código Civil de 2002, já revelava a natureza *propter rem* da obrigação de pagamento das contribuições condominiais.

De fato, não seria razoável condicionar a alienação da unidade condominial e a transferência de direitos a ela relacionados à prévia comprovação da quitação das obrigações do alienante para com o condomínio, se a obrigação *propter rem* de *dare*, por sua natureza, abrangesse os débitos constituídos anteriormente à aquisição de direitos sobre a coisa.

Ora, se o novo titular de direitos sobre a unidade condominial respondesse, a par dos débitos atuais, também pelos passados, estes também exigíveis do alienante, qual seria, então, a lógica razoável do condicionamento, ainda mais à vista da garantia representada pelo imóvel, passível de penhora em futura execução? Na realidade, nenhuma.

Ademais, a atual redação do parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964, dada pela Lei 7.182/1984, veio substituir a sua versão original, reproduzida, porém, pelo texto do art. 1.345 do novo Código Civil, ressalvada a referência, agora feita, aos juros moratórios.

Quer dizer: as modificações legislativas reforçam, em primeiro lugar, a intransmissibilidade da obrigação *propter rem* de *dare* e, por fim, porque incompatível com a regra do art. 1.345 do Código Civil, a revogação tácita do parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964.

Com efeito, o restabelecimento, pelo art. 1.345 do Código Civil de 2002 – com o acréscimo relativo aos juros moratórios –, do texto original do parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964, antes suprimido pela sua redação atual, oriunda da Lei 7.182/1984, é sintomático da revogação assinalada.

Enfim, as características da obrigação *propter rem* de *dare*, especialmente no tocante à amplitude da responsabilidade do titular de direitos sobre a coisa pelos débitos a ela atrelados – extraídos da melhor doutrina a respeito do tema e da interpretação sistemática, primeiro, do art. 12 com o parágrafo único do art. 4.º (em suas duas versões), ambos da Lei 4.591/1964, e, depois, do art. 1.336, I, com o art. 1.345 do Código Civil de 2002 –, e a evolução histórica das modificações legislativas confortam a revogação afirmada.

A *ratio* do parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964, direcionada à tutela da saúde financeira e do equilíbrio econômico do condomínio, fica esvaziada, diante da norma retirada do texto do art. 1.345 do Código Civil de 2002, igualmente voltada, em substituição à norma anterior, à proteção, sob nova e mais consistente capa, da propriedade comum. Tal regra, é certo, perdeu a sua instrumentalidade, não podendo subsistir – não apenas em razão da revogação tácita aludida –, mas também porque, sem finalidade que a justifique razoavelmente, entrava o tráfego econômico, a circulação dos bens imóveis e a correspondência entre a realidade registrária e a factual.

Nessa toada, Marco Aurelio S. Viana, ao comentar o art. 1.345 do Código Civil, ponderou: “a solução legal é mais adequada do que a que estava presente no parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964. O condomínio tem seus interesses tutelados de forma mais efetiva, porque pode cobrar do adquirente dívida que o alienante tiver para com ele”.

Por sua vez, Francisco Loureiro, tal como Arnaldo Rizzardo, é taxativo: à luz do art. 1.345 do Código Civil, “está revogada a regra do art. 4.º, parágrafo único, da Lei 4.591/1964. Se a própria lei explícita que o adquirente responde pelos débitos anteriores, perde o sentido a prova da quitação de débito existente no momento da alienação”.

Em suma: revogada a regra do parágrafo único do art. 4.º da Lei 4.591/1964, a prévia comprovação de quitação dos débitos condominiais não é mais condição para transferência de direitos relativos à unidade condominial.

Pelo exposto, *nego provimento ao recurso*, de modo a confirmar a respeitável sentença que deu por prejudicada a dúvida.

JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça e relator.

---

TJSP – *Processo 2012/00077684* – Corregedoria-Geral da Justiça – j. 13.07.2012 – rel. Luciano Gonçalves Paes Leme – *DJe* 14.08.2012 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

**REGISTRO DE IMÓVEIS – Meio ambiente – Recusa do oficial em proceder à averbação de reserva legal, por ofensa ao princípio da especialidade – Inadmissibilidade – Descrição feita com base em sistema técnico, ainda que mais sofisticado, que é suficiente para a autorização do ato registral – Área que está devidamente encravada no imóvel rural em questão – Verificação dos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, ademais, que devem se sobrepor ao estrito formalismo.**

## RESENHA

Trata-se de parecer em recurso interposto em face da r. sentença proferida em suscitação de dúvida inversa, onde os recorrentes não se conformaram com a recusa do Oficial Registrador em proceder a averbação de reserva legal, sob o fundamento de ofensa ao Princípio da Especialidade. O Oficial Registrador sustenta, dentre outros motivos para recusa, que na descrição do imóvel, os graus e rumos magnéticos são omitidos em alguns de seus pontos de amarração e que a descrição da reserva legal, cuja posição não se consegue estabelecer, utiliza linguagem técnica distinta. Os recorrentes, por sua vez, alegam que a reserva legal equivalente a 20% da área total do imóvel foi identificada, destacada e demarcada, não importando alteração do perímetro do imóvel rural em cujos limites tal reserva se encontra. Sustentam, ainda, que para a averbação pretendida basta a certeza de que a reserva legal está localizada dentro do perímetro do imóvel. Afirmam, por fim, que a descrição da reserva legal se valeu de técnica mais moderna e precisa, descabendo, no caso em tela, a obrigação de promoverem a retificação do registro.

O relator do parecer, Luciano Gonçalves Paes Leme, Juiz Assessor da Corregedoria, afirmou, de início, que a reserva legal florestal é obrigação instituída por lei, sendo esta condição para que a propriedade rural cumpra sua função social. Além disso, destacou que a defesa do meio ambiente é um dos princípios da ordem econômica constitucional, conforme art. 170, VI, da CF/1988 e que, para publicização da especialização da reserva legal, previu-se, no § 8.º do art. 16 da Lei 4.771/1965, sua averbação obrigatória na matrícula imobiliária. Contudo, observou o relator que o ato registral referente a averbação de reserva legal não é constitutivo da proteção ambiental, nem necessário para sua eficácia e oponibilidade à terceiros, já que a reserva decorre de previsão legal. Tal circunstância, entretanto, não retirou sua importância e necessidade, sendo recomendada a relativização do rigor do princípio da especialidade. Sob este aspecto, o Relator entendeu que a Especialidade Objetiva, se exigida com excessivo rigor para a averbação da reserva legal, especialmente daquela encravada no imóvel, fragilizará o princípio da segurança jurídica e ferirá o princípio da razoabilidade. Desta forma, é necessário o abrandamento do princípio da Especialidade Objetiva para o caso. O relator entendeu, também, que a área de reserva legal florestal, descrita com base em sistema moderno e precisão técnica, fazendo menção às coordenadas dos vértices definidores de seus limites está encravada no imóvel rural. Além disso, a planta

planimétrica e o memorial descritivo, ainda que com linguagem técnica mais sofisticada, bastam para a averbação pretendida.

Posto isto, o relator proferiu seu parecer no sentido de dar provimento ao recurso interposto, o qual foi aprovado pelo Des. José Renato Nalini, Corregedor-Geral da Justiça, que ainda ressaltou que a orientação da Corregedoria-Geral da Justiça ajusta-se aos tempos, às necessidades e ao advento de novas normativas, não hesitando em alterar entendimentos longevos e consolidados, conforme a conveniência e segurança e que a garantia registrária é instrumento e não finalidade, preordenando-se a abrigar valores cuja consistência jurídica supera o formalismo.

**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).*

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

*Processo CG 2012/00077684 (206/12-E).*

*Autor do parecer: Luciano Gonçalves Paes Leme.*

*Corregedor: José Renato Nalini.*

*Data do parecer: 13.07.2012.*

*Data da decisão: 26.07.2012.*

*Ementa: Registro de imóveis – Averbação – Reserva legal encravada no bem imóvel rural – Incompatibilidade entre as descrições constantes do título e da matrícula – Princípio da especialidade – Flexibilização – Especialização suficiente para a localização do espaço territorial ambientalmente protegido – Preponderância dos princípios da segurança jurídica e da publicidade – Função socioambiental do Registro de Imóveis – Desqualificação registrária afastada – Recurso provido.*

Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral da Justiça,

Silvio Sinezio Coghi e Maria Neuza Lessi Coghi, inconformados com o comportamento do Oficial de Registro de Imóveis e Anexos da Comarca de Tanabi/SP, que recusou a averbação de *reserva legal* requerida, sob a alegação de ofensa ao princípio da especialidade, *suscitaram dúvida inversa*: para eles, a planta planimétrica e o memorial descritivo que instruíram seu pedido revelam a observação do princípio da especialidade.

Ponderam que a área da *reserva legal*, equivalente a 20% da área do bem matriculado sob o n. 15.719, foi identificada, destacada e demarcada, não importando, ademais, alteração do perímetro do imóvel rural, em cujos limites, aliás, encontra-se: para a averbação perseguida, obrigação legal imposta pela legislação em vigor, basta a certeza de que a reserva legal está localizada dentro do perímetro do imóvel (f.).

O pedido dos interessados, voltado à averbação e instruído com documentos (f.), restou indeferido (f.), após a manifestação do Registrador – que, amparado em documentos (f.), ratificou os motivos da desqualificação impugnada, acrescentando que, na descrição do imóvel, os graus e rumos magnéticos são omitidos em alguns de seus pontos de amarração e que a descrição da *reserva legal*, cuja posição exata não é possível localizar, utiliza linguagem técnica distinta (f.) –, e o parecer do Ministério Público, opinando pela improcedência do pedido (f.).

Os interessados, diante da sentença proferida, cuja reforma pretendem, interpueram apelação, reportando-se às ponderações anteriores, às quais somadas as seguintes afirmações: a descrição da *reserva legal* se valeu da técnica mais moderna e precisa e descabe, *in concreto*, obrigá-los a proceder à retificação do registro (f.).

Recebido o recurso no duplo efeito (f.), e após a representante do Ministério Público manifestar-se em primeira instância (f.), a Procuradoria-Geral de Justiça, uma vez sinalizando que a apelação deveria ser conhecida como recurso administrativo, com remessa dos autos para a Corregedoria-Geral da Justiça, propôs o desprovimento do recurso (f.).

Vossa Excelência, *conhecendo a apelação como recurso administrativo*, pois os interessados buscam assento de reserva legal, passível de averbação, determinou a remessa dos autos para esta Corregedoria-Geral da Justiça (f.).

*É o relatório.*

*Opino.*

Visualiza-se, ao encarar-se o tratamento dispensado pela Constituição Federal de 1988 ao *ambiente*, a sua dupla dimensão, pois incorporado ao ordenamento jurídico pátrio tanto sob a perspectiva de direito subjetivo – direito fundamental de terceira geração, assentado na fraternidade, na solidariedade<sup>1</sup> –, como sob o ângulo de tarefa estatal e comunitária.<sup>2</sup>

Conforme o art. 225 da CF/1988, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, a ser defendido e preservado pelo Poder Público e pela coletividade, para as presentes e futuras gerações: trata-se de um (o primeiro) direito intergeracional, titularizado por vivos e nascituros.<sup>3</sup>

- 
1. Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 522-524.
  2. Gilmar Mendes Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1304.
  3. José Renato Nalini. O ambiente e o registro de imóveis. In: Francisco de Asís Palacios Criado; Marcelo Augusto Santana de Melo; Sérgio Jacomino (coords.). *Registro de imóveis e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 91.

Com efeito, e a reboque da lição do afamado jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, “o sujeito relevante já não é apenas a pessoa ou grupos de pessoas. Passa a ser também o ‘sujeito geração’. Na verdade os comportamentos ecológica e ambientalmente relevantes da geração actual condicionam e comprometem as condições de vida das gerações futuras”.<sup>4</sup>

Ao dar concretude ao inc. III do § 1.º do art. 225 da CF/1988,<sup>5</sup> o art. 12 da Lei 12.651, de 25.05.2012, dispôs, prevendo uma obrigação real de *facere*, transmissível, assim, aos sucessores,<sup>6</sup> que “todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal”, respeitando percentuais mínimos definidos em lei: anteriormente, o art. 16 da Lei 4.771, de 15.09.1965, com a redacção determinada pela MedProv 2.166-67, de 24.08.2001, já impunha a obrigação *propter rem* (por causa da coisa) referente à *reserva legal florestal*.

As obrigações reais, consoante Manuel Henrique Mesquita, têm origem no estatuto de um direito real, ao qual subordinada a relação jurídica de soberania estabelecida entre o titular e a coisa e que, por conseguinte, “compreende ou engloba não só os *poderes* que são conferidos ao sujeito de um *ius in re* e as *restricções* ou *limites* a que a sua actuação deve obedecer, mas também as vinculações de conteúdo positivo a que se encontre adstrito e que tanto podem consistir em deveres decorrentes de normas de direito público, como em *obrigações stricto sensu*”, derivadas de normas de direito privado que impõem uma prestação de *dare* ou de *facere*.<sup>7</sup>

---

4. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT; Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 177-178.

5. “Art. 225. (...)”

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

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (...).”

6. De acordo com o § 2.º do art. 2.º da Lei 12.651/2012, “as obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural”. Aliás, segundo Manuel Henrique Mesquita, “devem considerar-se ambulatorias todas as obrigações reais de ‘facere’ que imponham ao devedor a prática de actos materiais na coisa que constitui o objecto do direito real”, isto é, transmitem-se aos adquirentes, porque resultam imediatamente da aplicação do estatuto do direito real, porque seu cumprimento representa interferência directa na coisa subordinada a tal estatuto e porque, cessada a soberania do alienante sobre a coisa, a realização da prestação por ele fica impossibilitada (*Obrigações reais e ónus reais*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 330-336).

7. *Obrigações reais e ónus reais* cit., p. 99-104.

O art. 3.º, III, da Lei 12.651/2012, em termos similares aos do regramento pretérito,<sup>8</sup> definiu *reserva legal*: “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa”.

É verdade, porém, que, em confronto com a lei revogada, a vigente contemplou uma involução – cuja constitucionalidade é duvidosa, diante da proibição de retrocesso socioambiental<sup>9</sup> –, ao permitir, no seu art. 15, com condicionamentos e importante ressalva,<sup>10</sup> não ignorados, o cômputo das *áreas de preservação permanente* no cálculo do percentual da *reserva legal*, inadmitido na ordem jurídica anterior: de fato, tal *flexibilização* legislativa – representando um inegável afrouxamento da proteção ambiental –, promoveu, na oportuna advertência de Guilherme José Purvin de Figueiredo, “a redução dos espaços protegidos”.<sup>11</sup>

Vossa Excelência, recentemente, ao realçar que sobre a propriedade “recai uma hipoteca social em favor não apenas dos seres humanos já nascidos, mas até dos

- 
8. O inc. III do § 2.º do art. 1.º da Lei 4.771/1965, com a redação dada pela MedProv 2.166-67/2001, assim conceituou a *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 de fauna e flora nativas”.
  9. “A garantia constitucional da proibição de retrocesso socioambiental (ou mesmo *ecológico*, como preferem alguns) assume importância ímpar na edificação do Estado Socioambiental de Direito, pois opera como instrumento jurídico apto a assegurar, em conjugação com outros elementos, níveis normativos mínimos em termos de proteção jurídico do ambiente, bem como, numa perspectiva mais ampla, de tutela da dignidade da pessoa humana e do direito a uma existência digna, sem deixar de lado a responsabilidade para com as gerações humanas vindouras” (Ingo Wolfgang Sarlet; Tiago Fensterseifer. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 212).
  10. “Art. 15. Será admitido o cômputo das Áreas de Preservação Permanente no cálculo do percentual da Reserva Legal do imóvel, desde que:  
I – o benefício previsto neste artigo não implique a conversão de novas áreas para o uso alternativo do solo;  
II – a área a ser computada esteja conservada ou em processo de recuperação, conforme comprovação do proprietário ao órgão estadual integrante do Sisnama; e  
III – o proprietário ou possuidor tenha requerido inclusão do imóvel no Cadastro Ambiental Rural – CAR, nos termos desta Lei.  
§ 1.º O regime de proteção da Área de Preservação Permanente não se altera na hipótese prevista neste artigo. (...)”
  11. *Curso de direito ambiental*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 337.

nascituros”, assim tratou da *reserva legal florestal*, no julgamento do recurso de AgIn 0018840-44.2012.8.26.0000, em 01.03.2012:

A reserva florestal legal é o mínimo de cobertura vegetal obrigatoriamente mantida pelo proprietário e regenerada se a propriedade já não a detiver. O objetivo da reserva legal é impedir que a cupidez, a insensatez, a ignorância humana acabem com a vegetação nativa e substituam o solo por monocultura, por criação de gado ou por parcelamento de solo. Com evidente queda da qualidade de vida, empobrecimento da biodiversidade, alteração nociva do clima e outras nefastas consequências.

Logo, a *reserva legal florestal*, obrigação instituída por lei, é condição para a propriedade rural cumprir a sua função social – sua função socioambiental –, é, em suma, pressuposto da legitimidade do direito de propriedade rural: expressa um limite interno, permanente e positivo ao direito de propriedade sobre imóvel rural, introjetando, na sua estrutura, exigências de índole promocional dos valores constitucionais básicos.<sup>12</sup>

Ora, “a função social da propriedade está imbricada com a sua destinação ecológica. A propriedade rural só cumpre com sua função social se atender à proteção do meio ambiente”.<sup>13</sup>

Aliás, consoante os incs. I e II do art. 186 da CF/1988, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente são requisitos indispensáveis – exigidos ao lado de outros, previstos nos incs. III e IV –, para o cumprimento da função social da propriedade rural.

A defesa do meio ambiente é um dos princípios da ordem econômica constitucional (art. 170, V, da CF/1988) e, por sua vez, o § 1.º do art. 1.228 do Código Civil estabelece 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” (grifei).

O STJ, ao julgar o REsp 948.921/SP, em 23.10.2007, rel. Min. Herman Benjamin, deixou assinalado: “as Áreas de Preservação Permanente (APPs) e a Reserva Legal *densificam* e concretizam a *função ecológica da propriedade* (arts. 170, VI,

---

12. Segundo o art. 2.º, *caput*, da Lei 12.651/2012, “as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, *exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem*” (grifei).

13. José Renato Nalini. Op. cit., p. 92.

186, II, e 225, da Constituição Federal)”, “representam os pilares dorsais da conservação *in situ* da flora no Brasil”, “apresentam-se como imposições genéricas, decorrentes diretamente da lei. São, por esse enfoque, *pressupostos intrínsecos* ou *limites internos* do direito de propriedade e posse”.

Tal constatação, atrelada à tessitura contemporânea do direito real de propriedade, instituto redesenhado, redimensionado, pois histórico e em permanente evolução, repercute, é claro, sobre a missão institucional dos serviços de registro de imóveis, sobre o papel político dos oficiais de registro de imóveis, guardiões da propriedade imobiliária, do direito de propriedade – ora funcionalizado –, constitucionalmente protegido, a conferir especial relevância à averbação da *reserva legal florestal*.

Entre as características da *reserva legal*, convém, escorado no magistério de Paulo Affonso Leme Machado, destacar duas: (a) a *inalterabilidade da destinação*, pois a disciplina legal vigente, tal como a revogada,<sup>14</sup> dando “caráter de relativa permanência à área florestal do País”, impôs, para não frustrar a finalidade de conservação, de preservação, “a imutabilidade da destinação da Reserva Legal Florestal de domínio privado, por vontade do proprietário”; e o (b) *regime de manejo florestal sustentável*, previsto tanto na legislação pretérita como na atual,<sup>15</sup> introdutor de restrições legais de exploração da área de *reserva legal florestal*.

Dentro desse contexto, “a área da reserva legal deverá ser medida, demarcada e delimitada”.<sup>16</sup> Além de pressuposto da legítima exploração do imóvel rural e, particularmente, da área não atingida pela limitação legal, a especialização da *reserva*

---

14. Segundo o § 8.º do art. 16 da Lei 4.771/1965, com a redação determinada pela MedProv 2.166-67/2001, “a área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código” (grifei). Por sua vez, o art. 18 da Lei 12.651/2012 prevê: “a área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei” (grifei).

15. Conforme o § 2.º do art. 16 da Lei 4.771/1965, com a redação determinada pela MedProv 2.166-67/2001, “a vegetação da reserva legal não pode ser suprimida, podendo apenas ser utilizada sob regime de manejo florestal sustentável, de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos no regulamento, ressalvadas as hipóteses previstas no § 3.º deste artigo, sem prejuízo das demais legislações específicas” (grifei). Já consoante o § 1.º do art. 17 da Lei 12.651/2012, “admite-se a exploração econômica da Reserva Legal mediante manejo sustentável, previamente aprovado pelo órgão competente do Sisnama, de acordo com as modalidades previstas no art. 20” (grifei).

16. Luís Paulo Sirvinskas. *Manual de direito ambiental*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 533.

*legal florestal* é necessária para tutela ambiental constitucionalmente idealizada, para a fiscalização do cumprimento da lei pelos órgãos competentes.

Na justa observação de Antonio Herman Benjamin, bem lembrada por Vossa Excelência no julgamento da ApCiv c/ Rev 402.646-5/7-00, da qual relator, ocorrido no dia 29.06.2006, “só se conserva a Reserva Legal quando se conhece a sua localização. Do contrário, inviabiliza-se a fiscalização ambiental, primeiro passo para o aparecimento da *Reserva Legal Migratória*: hoje está aqui, amanhã estará acolá, ao sabor das conveniências do proprietário e da necessidade de burlar eventual controle fiscalizatório”.

A especialização da reserva legal no imóvel rural é confiada ao proprietário/possuidor, sujeitando-se, no entanto, ao controle e à aprovação dos órgãos ambientais estatais, tanto à luz da legislação revogada como da vigente,<sup>17</sup> imprescindível, ademais, para impedir o fracionamento do espaço protegido – que deve ser contínuo, sob pena de proteger-se, contra a *ratio legis*, somente vegetações esparsas –, a destinação de área sem relevância para o meio ambiente e viabilizar a observação dos critérios definidos em lei para a sua localização geodésica.

*Para tornar pública a especialização da reserva legal*, previu-se, no § 8.º do art. 16 da Lei 4.771/1965, com a redação dada pela MedProv 2.166-67/2001, a sua averbação, obrigatória, “à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente”: mas porque a reserva legal decorre de lei, o ato registral não é constitutivo da proteção ambiental nem necessário para a sua eficácia e a sua oponibilidade a terceiros. Tal circunstância, todavia, não retira sua importância e necessidade, *mas, antes, recomenda, veremos, a relativização do rigor do princípio da especialidade*.

---

17. O § 4.º do art. 16 da Lei 4.771/1965, com a redação atribuída-lhe pela MedProv 2.166-67, de 24.08.2001, previa: “a localização da reserva legal deve ser aprovada pelo órgão ambiental estadual competente ou, mediante convênio, pelo órgão ambiental municipal ou outra instituição devidamente habilitada, devendo ser considerada, no processo de aprovação, a função social da propriedade, e os seguintes critérios e instrumentos, quando houver: I – o plano de bacia hidrográfica; II – o plano diretor municipal; III – o zoneamento ecológico-econômico; IV – outras categorias de zoneamento ambiental; e V – a proximidade com outra Reserva Legal, Área de Preservação Permanente, unidade de conservação ou outra área legalmente protegida” (grifei). Por sua vez, o artigo 14, *caput*, da Lei 12.651/2012, dispôs que “a localização da área de Reserva Legal no imóvel rural deverá levar em consideração os seguintes estudos e critérios: I – o plano de bacia hidrográfica; II – o Zoneamento Ecológico-Econômico; III – a formação de corredores ecológicos com outra Reserva Legal, com Área de Preservação Permanente, com Unidade de Conservação ou com outra área legalmente protegida; IV – as áreas de maior importância para a conservação da biodiversidade; e V – as áreas de maior fragilidade ambiental”, enquanto, segundo o § 1.º, “o órgão estadual integrante do Sisnama ou instituição por ele habilitada deverá aprovar a especialização da Reserva Legal após a inclusão do imóvel no CAR, conforme o art. 29 desta Lei” (grifei).

Após acentuar que, para a segurança dos negócios jurídicos envolvendo os bens imóveis, “qualquer informação que possa limitar o direito de propriedade deve constar do fôlio real”, Marcelo Augusto Santana de Melo, ao cuidar do princípio da publicidade, afirmou, com propriedade:

A publicidade utilizada no direito ambiental é a publicidade-notícia, que tem pouca eficácia perante terceiros, não apresentando qualquer efeito sobre a eficácia do fato registrado. O legislador conferiu ao Registro de Imóveis, na grande maioria das vezes, em matéria ambiental, o reforço de uma publicidade já criada ou definida em outros meios, como a reserva legal florestal, áreas contaminadas e área de proteção e recuperação de mananciais.

Muitas restrições administrativas, agora definidas como espaços territoriais especialmente protegidos, já possuem publicidade decorrente da própria lei que as constituiu, porém, para a segurança jurídica e cumprimento de obrigações decorrentes da limitação, seria aconselhável não se confiar somente na publicidade legal, mas também na publicidade imobiliária, para dar conhecimento e vincular definitivamente futuros adquirentes. O homem médio não possui o hábito de leitura de textos legislativos, ainda mais dos três entes políticos, de forma que o sistema jurídico não pode valer-se tão somente dessa publicidade ilusória e fictícia.<sup>18</sup>

Assim, para não sacrificar a segurança jurídica e a publicidade, oportunizando à averbação da *reserva legal* a realização de sua finalidade em prol da tutela dos espaços ambientais legal e especialmente protegidos, releva – valorando a precípua finalidade dos serviços de registro de imóveis, os efeitos atribuídos ao ato registral em foco, a relevância do bem jurídico tutelado, a precariedade de muitas descrições imobiliárias e, ainda, a diversidade de sistemas de individualização dos bens imóveis -, abrandar a severidade do princípio da especialidade.

De mais a mais, trata-se de um princípio setorial, específico dos serviços de registro de imóveis, que, *enfocado sob o aspecto objetivo*, visa a garantir a segurança jurídica, princípio jurídico fundamental que, notadamente, ilumina todos os serviços notariais e de registro,<sup>19</sup> motivos pelos quais a concreção daquele não pode conduzir ao enfraquecimento deste, dotado de ascendência axiológica.

E, certamente, a especialidade objetiva, se exigida com excessivo rigor – *então para averbação da reserva legal, especialmente daquela encravada na propriedade imobiliária* –, conduzirá à fragilização, à desidratação do princípio da segurança jurídica, o que é um contrassenso. Ferirá, na realidade, o princípio da razoabilidade, seja porque, na hipótese ventilada, o meio não é adequado ao fim perseguido (segurança jurídica), seja porque, com a exigência cogitada, o que se perde,

---

18. José Renato Nalini. Op. cit., p. 33 e 35.

19. Conforme o art. 1.º da Lei 8.935/1994, “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

confrontado com o ganho, basicamente de ordem formal, tem maior importância (proporcionalidade em sentido estrito).

Não sem razão, ao cuidar da principal dificuldade encontrada para averbação da *reserva legal* – qual seja, a incompatibilidade entre os documentos apresentados, guiados por sistemas modernos e precisos de descrição da área legalmente protegida, e a superficialidade e imperfeição das identificações imobiliárias antigas –, Narciso Orlandi Neto sustentou a necessidade de temperar o princípio da especialidade. De fato, ponderou:

Se a reserva estiver encostada numa das divisas do imóvel, bastará repetir, na descrição, o que consta da matrícula (ou transcrição), copiando literalmente a parte da descrição relativa àquela divisa. Evite-se substituir critérios antigos de descrição (valas, divisores de águas, touceiras etc.) por termos técnicos (rumos, ângulos etc.). As divisas da reserva internas ao imóvel são descritas livremente e, de preferência, tecnicamente.

Se a reserva for toda interna, encravada, o proprietário descreverá as divisas tecnicamente, mas procurará localizá-la no todo, isto é, fará referência aos principais pontos da descrição que consta do Registro.<sup>20</sup>

Compartilhando o mesmo entendimento, Marcelo Augusto Santana de Melo é taxativo: “o registrador imobiliário deve, então, esforçar-se para estabelecer um ponto de amarração entre reserva e descrição registrária, mesmo porque, ao contrário da servidão, não se trata de direito real e, sim, de limitações administrativas, não sendo a averbação constitutiva”.<sup>21</sup>

Consideradas, além disso, as diferenças existentes entre *cadastro* e *registro*, destacadas por Marcelo Augusto Santana de Melo,<sup>22</sup> há mais um motivo para a suavização da rigidez do princípio da especialidade, porquanto aquele, não este, *registro*, serve de instrumento para Administração controlar a arrecadação de tributos, o cumprimento de funções administrativas e, no que interessa particularmente a este parecer, monitorar o acatamento das obrigações ambientais.

Isto, a propósito, ficou claro com a promulgação da Lei 12.651/2012, que, no seu artigo 29, *caput*, previu: “é criado o Cadastro Ambiental Rural – CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – Sinima, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posse rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento” (grifei).

20. Reservas florestais. RDI. 42/46-68. São Paulo: Ed. RT, set.-dez. 1997. p. 60.

21. Op. cit., p. 61.

22. Op. cit., p. 36-38.

E a inscrição no CAR, ainda não implantado, meio pelo qual será efetuado o registro obrigatório da área de *reserva legal* no órgão ambiental competente, pressupõe a exibição de planta e memorial descritivo contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração, ou seja, depende da especialização da reserva legal, necessária ao controle, ao monitoramento e à proteção objetivados pelo legislador.<sup>23</sup>

Portanto, não é razoável que um excessivo apego ao princípio da especialidade, desautorizado pelos peculiares efeitos do ato registral pretendido, impossibilite a averbação da área de *reserva legal* e, com isso, em detrimento dos princípios da segurança jurídica e da publicidade – princípios jurídicos fundamentais –, e, reflexamente, da diretriz constitucional voltada à defesa do meio ambiente, impeça o Registro de Imóveis de cumprir a sua função de proteção e de controle do tráfego imobiliário, de transparência dos negócios imobiliários e, particularmente, inviabilize-o de robustecer a publicidade ambiental e de realizar a sua função socioambiental, associada à estrutura atual do direito de propriedade.

---

23. “Art. 18. A área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmatamento, com as exceções previstas nesta Lei.

§ 1.º A inscrição da Reserva Legal no CAR será feita mediante apresentação de planta e memorial descritivo, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração, conforme ato do Chefe do Poder Executivo. (...).

Art. 29. (...)

§ 1.º A inscrição do imóvel rural no CAR deverá ser feita, preferencialmente, no órgão ambiental municipal ou estadual, que, nos termos do regulamento, exigirá do possuidor ou proprietário: (Redação dada pela MedProv 571, de 2012).

(...)

III – identificação do imóvel por meio de planta e memorial descritivo, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração do perímetro do imóvel, informando a localização dos remanescentes de vegetação nativa, das Áreas de Preservação Permanente, das Áreas de Uso Restrito, das áreas consolidadas e, caso existente, também da localização da Reserva Legal. (...)

§ 3.º A inscrição no CAR será obrigatória para todas as propriedades e posses rurais, devendo ser requerida no prazo de 1 (um) ano contado da sua implantação, prorrogável, uma única vez, por igual período por ato do Chefe do Poder Executivo.

Art. 30. Nos casos em que a Reserva Legal já tenha sido averbada na matrícula do imóvel e em que essa averbação identifique o perímetro e a localização da reserva, o proprietário não será obrigado a fornecer ao órgão ambiental as informações relativas à Reserva Legal previstas no inciso III do § 1.º do art. 29.

Parágrafo único. Para que o proprietário se desobrigue nos termos do caput, deverá apresentar ao órgão ambiental competente a certidão de registro de imóveis onde conste a averbação da Reserva Legal ou termo de compromisso já firmados nos casos de posse.”

Destarte, fundado nessas premissas, penso, o pleito recursal admite acolhimento: a área de *reserva legal florestal*, descrita com base em sistema moderno e precisão técnica, fazendo menção às coordenadas geográficas dos vértices definidores de seus limites, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro, está encravada no imóvel rural de propriedade dos recorrentes, objeto da matrícula 15.719 do Registro de Imóveis de Tanabi/SP.

A planta planimétrica e o memorial descritivo, ao definirem o espaço ocupado pela *reserva legal florestal* na superfície terrestre, com os seus limites e confrontações, malgrado com emprego de linguagem técnica distinta – contudo mais sofisticada –, da utilizada na matrícula (f.), bastam para a averbação recusada pelo Oficial de Registro: satisfeita a especialização da área especialmente protegida e evidenciada sua localização no interior da propriedade rural, a desqualificação questionada se mostrou desacertada.

O memorial descritivo revela que a área da *reserva legal* confronta exclusivamente com o imóvel pertencente aos recorrentes (f.), enquanto a planta planimétrica, também demonstrando que o espaço ambiental legalmente protegido é interno, encravado, situa-o em relação ao todo, referindo-se, em harmonia com a descrição expressa na matrícula (f.), às confrontações do imóvel rural (f.).

Vale dizer: a dissonância constatada entre a forma de descrição do título e o método descritivo empregado na matrícula do bem imóvel é insuficiente para, no caso vertente, impedir a averbação da *reserva legal florestal*, viabilizada, em contrapartida, à luz da flexibilização, acima justificada, do princípio da especialidade.

Tal averbação, a par de escudada no termo de *responsabilidade de preservação de reserva legal* e no termo de *compromisso de recuperação ambiental* (f.), será concretizada à vista da *planta planimétrica* e do *memorial descritivo* (f.), que, então, resguardando a exata localização da área de reserva legal, permanecerão arquivadas na serventia extrajudicial, permitindo o controle da disponibilidade quantitativa e qualitativa do imóvel. E aqui, novamente, calham os lúcidos ensinamentos de Narciso Orlandi Neto:

Realmente, os documentos serão utilizados nos futuros registros relativos ao imóvel para controle da disponibilidade da reserva. Se o imóvel todo for alienado, nenhum problema haverá. Mas, se houver alienação de parte do imóvel, isto é, um desmembramento, o imóvel desmembrado terá de ser localizado na mesma planta. Com esse procedimento, o oficial terá condições de saber se a parte onerada permanecerá no remanescente ou se acompanhará o imóvel desmembrado, para o qual nova matrícula será aberta. É este o controle da disponibilidade qualitativa.

Enfim, o parecer que, respeitosamente, submeto à apreciação de Vossa Exce-lência é no sentido de, revendo a orientação consagrada no precedente objeto do processo CG 2012/00033291, dar provimento ao recurso, determinando a averbação da reserva legal perseguida pelos recorrentes.

*Sub censura.*

---

São Paulo, 13 de julho de 2012 – LUCIANO GONÇALVES PAES LEME, Juiz Assessor da Corregedoria.

*Processo 2012/00077684*

Decisão: Aprovo o primoroso parecer do Juiz Assessor Luciano Gonçalves Paes Leme e dou provimento ao recurso administrativo para determinar a averbação da reserva legal, conforme pretendem os interessados.

Ressalte-se a atual orientação da Corregedoria-Geral de Justiça que, ajustando-se aos tempos, às necessidades e ao advento de novas normativas, não hesita em alterar entendimentos longevos e até então consolidados. Sempre que se mostrar conveniente, propício e seguro adotar novos rumos para esta jurisprudência administrativa que tem caráter normativo para as delegações extrajudiciais, atender-se-á à mudança de rumos, pois a garantia registaria é instrumento, não finalidade em si e se preordena a abrigar valores cuja consistência jurídica supera o formalismo.

Publique-se.

São Paulo, 26 de julho 2012 – JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça.

(DJE 14.08.2012).

---

TJSP – *Processo 2012/44346* – Corregedoria-Geral da Justiça – j. 28.08.2012 – Comarca de Araraquara – juiz rel. Marcelo Benacchio – *DJe* 11.10.2012 – Área do Direito: Imobiliário e Registral.

**REGISTRO IMOBILIÁRIO – Retificação – Inadmissibilidade – Imóvel rural – Reserva legal – Pretensão retificatória que somente poderá ser atendida se, antes, a área ambiental de preservação obrigatória for devidamente averbada – Cadastro Ambiental Rural, criado pelo novo Código Florestal, ademais, que, mesmo quando efetivamente implantado, não dispensará a obrigação de inscrição, na matrícula do imóvel, da fração de preservação legal.**

## RESENHA

Cuida-se de parecer proferido em recurso interposto pelo Ministério Público (MP) em face de r. sentença que julgou procedente o pedido de retificação de registro imobiliário sem averbação de reserva legal. Em suas razões, o MP sustentou a necessidade de averbação da reserva legal em razão das normas cogentes incidentes.

O relator do parecer e Juiz Assessor da Corregedoria, Marcelo Benacchio, ao analisar o recurso interposto, esclareceu que a interpretação e aplicação das normas jurídicas relativas ao meio ambiente têm de considerá-lo como um valor social e constitucional e que a propriedade não têm função social, mas é função social, conformando a noção do direito de propriedade em sua acepção constitucional e juscivilística, sendo possível a imposição de comportamentos positivos ao titular da propriedade privada na concretização da proteção ao meio ambiente. O relator entendeu ainda, baseado em precedente do STJ, que, em conformidade à compreensão da efetividade dos valores constitucionais por meio da aplicação da legislação infraconstitucional cabe o dever legal do proprietário em proceder à especialização da reserva legal quando da retificação do registro imobiliário. Ademais, o registro imobiliário deve retratar a situação de fato existente, o que determina que, havendo reserva legal, esta deve ser levada à matrícula imobiliária. Além disso, a Lei 6.015/1973, em seu art. 176, prevê o princípio da especialidade, exigindo a identificação do imóvel com todas as suas características, confrontações, localização e área, sendo fundamental a indicação de reserva legal. Partindo deste raciocínio, o relator conclui que, em virtude do referido princípio, é obrigatória a averbação da reserva legal no Registro de Imóveis, sendo desnecessária, inclusive, a regra prevista no Código Florestal anterior. Neste sentido, a averbação da reserva legal permitirá sua proteção em razão da exata indicação no imóvel de seus limites. Sendo assim, a ausência de previsão legal, no novo Código Florestal (Lei 12.651/2012), de averbação de reserva legal no Registro de Imóveis não altera a situação jurídica anteriormente existente, em virtude do referido princípio da especialidade. O relator afirmou, ainda, que o novo Código Florestal criou, conforme disposição do art. 29, o Cadastro Ambiental Rural (CAR), criando, também, um registro específico para proteção do meio ambiente e desobrigando a averbação da reserva legal, na hipótese de registro desta reserva no CAR. Sob este ponto, o relator entendeu que, ausente a inscrição da reserva legal no CAR, porquanto tal cadastro ainda não foi implantado, é obrigatória a sua averbação no Registro de Imóveis, tal qual estabelecia o sistema anterior.

Assim, diante do exposto, o relator proferiu seu parecer no sentido de dar provimento ao recurso interposto pelo MP, o qual foi aprovado pelo Des. José Renato Nalini, Corregedor Geral da Justiça, indeferindo o pedido de retificação de registro imobiliário sem a averbação da reserva legal.

**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).*

*Ementa: Retificação do registro imobiliário – Necessidade de averbação da reserva legal enquanto não implantado o cadastro de imóvel rural previsto no novo Código Florestal (Lei 12.651/2012) – Recurso provido.*

Excelentíssimo Senhor Corregedor Geral da Justiça:

Trata-se de recurso administrativo interposto pelo Ministério Público contra decisão do MM. Juiz Corregedor Permanente do 1.º Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Araraquara que julgou procedente pedido de retificação de registro imobiliário sem averbação de reserva legal, sustentando a necessidade da averbação da reserva legal em razão das normas cogentes incidentes (f.).

Contrarrazões à f.

A Douta Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo provimento do recurso (f.).

É o relatório.

*Passo a opinar.*

Neste início de século a humanidade tem reconhecido a importância da conservação do meio ambiente como necessidade da garantia da existência futura do ser humano.

As previsões realizadas a partir da situação hoje existente são alarmantes.

Nesse contexto, Serge Latouche propõe o decrescimento como projeto alternativo para uma política de pós-desenvolvimento em abandono da proposição do crescimento pelo crescimento; interessantes são suas proposições acerca dos limites da Terra para a manutenção do modelo atual de crescimento, como seguem (*Pequeno tratado do decrescimento sereno*. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 38-39):

“O espaço disponível na Terra é limitado. Totaliza 51 milhões de hectares. O espaço ‘bioprodutivo’, ou seja, o espaço útil para a nossa produção, é apenas uma fração do total: 12 mil milhões de hectares. Dividido pela população mundial actual, o resultado é aproximadamente 1,8 hectares por pessoa (...), os investigadores do instituto californiano Redefining Progress e da World Wide Foundation (WWF) calcularam que o espaço bioprodutivo consumido por uma pessoa era em

média de 2,2 hectares. O ser humano já abandonou, portanto, o rumo dum modo de civilização duradouro, que teria de se limitar a 1,8 hectares – admitindo que a população actual se manteria estável. Em suma: vivemos já a crédito. Para além disso, esta pegada média ignora disparidades enormes. Um cidadão dos Estados Unidos consome 9,6 hectares, um canadiano 7,2, um europeu 4,5, um francês 5,26 e um italiano 3,8. Ainda que se verifiquem diferenças assinaláveis de espaço bio-produtivo disponível em cada país, estamos muito longe da igualdade planetária. Cada americano consome cerca de 90 toneladas de materiais naturais diversos, um alemão 80 e um italiano 50 (137 kg por dia). Ou seja, a humanidade consome já cerca de 30% a mais do que a capacidade de regeneração da biosfera. Se todos vivessem como nós, Franceses, seriam necessários três planetas, e seis para nos equipararmos aos nossos amigos americanos.”

Diante disso, ao tratarmos de questões ligadas ao meio ambiente, a exemplo da necessidade (ou não) da averbação da reserva legal na matrícula dos imóveis, cabe-nos considerar não só o presente localizado, mas também o presente no conjunto dos lugares, bem como o futuro.

Na compreensão de Slavoj Žižek, o ser humano é um fator geológico para a Terra, assim, comentando o aquecimento global, pondera (*Viver no fim dos tempos*. Lisboa: Relógio D'Água, 2011, p. 401):

“Esta nova constelação fornece o seu ponto de partida à reflexão de Dipesh Chakrabarty sobre as consequências históricas e filosóficas do aquecimento global, das quais a principal é o desmoronar-se da distinção entre histórias humana e natural:

‘Porque já não se trata simplesmente do homem que tem uma relação interactiva com a natureza. Isso é coisa que os seres humanos sempre tiveram (...). Hoje o que se afirma é que os homens são uma força da natureza no sentido geológico do termo.’ Quer dizer, o facto de os ‘seres humanos – graças ao nosso número, à combustão de elementos fósseis e outras actividades de teor semelhante – se terem tornado um agente geológico do planeta’ significa que são capazes de afectar o próprio equilíbrio da vida na Terra, pelo que – ‘em si’, com a Revolução Industrial; ‘para si’, como o aquecimento global – começou uma nova era geológica, baptizada ‘Antropoceno’ por alguns cientistas.”

Desse modo, aclara-se a relevância da questão em exame neste processo administrativo, enquanto mais um capítulo da defesa do meio ambiente.

A Constituição Federal em seu art. 225 estabelece o meio ambiente como um valor jurídico-político, assim, ao Brasil compete tanto o estabelecimento de políticas públicas destinadas à sustentabilidade ecológica, quanto regulação dos comportamentos públicos e privados voltados à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Desse modo, a interpretação e aplicação das normas jurídicas relativas ao meio ambiente têm de considerar o meio ambiente como um valor social e constitucional.

O Brasil pode ser qualificado como um “Estado Ambiental”, compreendido por José Joaquim Gomes Canotilho nos seguintes termos (*Estado de direito*, p. 17, disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32571-39731-1-PB.pdf]):

“A qualificação de um Estado como ‘Estado ambiental’ aponta para duas dimensões jurídico-políticas particularmente relevantes. A primeira é a obrigação de o Estado, em cooperação com outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, promover políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica. A segunda relaciona-se com o dever de adoção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente de forma a dar expressão concreta à assumpção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras.

O ‘Estado ambiental’ estrutura-a, como já se sugeriu, em termos de Estado de direito e em termos democráticos. Estado de direito do ambiente quer dizer indispensabilidade das regras e princípios do Estado de direito para se enfrentarem os desafios impostos pelos desafios da sustentabilidade ambiental’.”

A função da social da propriedade fixa os direitos dos centros não proprietários, estabelecendo regramentos a serem observados pelo titular desse direito em favor da sociedade (*os outros*), assim, a propriedade não têm função social, mas é função social, ou seja, a função social não limita, mas conforma a noção do direito de propriedade em sua acepção constitucional e juscivilística.

Nessa perspectiva será possível a imposição de comportamentos positivos ao titular da propriedade privada na concretização da proteção ao meio ambiente.

Nesse sentido são as proposições de Álvaro Luiz Valery Mirra (*Direito ambiental e registro de imóveis. Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 1241):

“(…) a função social e ambiental vai mais longe e autoriza até que se imponham ao proprietário comportamentos *positivos* no exercício de seu direito, para que a sua propriedade concretamente se compatibilize com a preservação do meio ambiente.”

Estabelecida a relevância da proteção jurídica do meio ambiente, tratemos da questão posta em julgamento, ou seja: é necessário a averbação da reserva legal quando do procedimento de retificação de registro imobiliário?

O revogado Código Florestal, Lei 4.771/1965, em seu art. 16, § 8.º, estabelecia a necessidade da averbação da reserva legal, como se depreende de sua redação:

“§ 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 a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.”

Não obstante, os precedentes administrativos da Corregedoria-Geral da Justiça (Processo 76.012/2010, j. 18.10.2010, Processo 98.752/2010, j. 01.09.2010, Processo 93.391/2010, j. 30.08.2010, Processo 67.360/2010, j. 30.08.2010, Processo

2009/114013, j. 26.02.2010), em conformidade às decisões do Tribunal de Justiça, predominantes no passado recente, são no sentido da falta de exigência legal para averbação da reserva legal quando da retificação do registro imobiliário.

Entretanto, o entendimento acerca da ausência de imposição legal para obrigatoriedade da averbação da reserva legal foi modificado no âmbito do STJ como se infere do voto do Min. Herman Benjamin nos EDiv em REsp 218.781 (2002/0146843-9), j. 09.12.2009, conforme extrato que segue:

“A especialização, contudo, não cria ou institui a Reserva Legal, que existe por força de lei, e não por ato do particular ou chancela da Administração; veicula efeitos simplesmente declarativos. Não se trata, portanto, de ato constitutivo.

Sua incumbência é multifacetária: de um lado, concretizar e demonstrar, em registro oficial, a boa-fé objetiva e ecológica do proprietário; de outro, assegurar publicidade e segurança à localização em que se conserva a vegetação nativa, o que, reflexamente, também serve para gravá-la com a marca da imutabilidade a partir de então e habilitá-la, conseqüentemente, ao recebimento de benefícios pela sua manutenção, como isenção do ITR e participação em esquemas de Servidão Ambiental. A publicidade, por certo, cumpre o objetivo de informar à Administração que a fiscalize, como de rigor, e a terceiros, mormente aos futuros pretendentes à aquisição do imóvel.

De qualquer maneira, com ou sem especialização, o proprietário e o possuidor estão obrigados a respeitar o percentual, no mínimo que seja, do Código Florestal aplicável ao bioma em que se insere o imóvel. A especialização é de rigor, inclusive como condição para que o oficial do Registro de Imóveis pratique outros atos registrários. Nesse sentido a posição do STJ, em que foi precursora a eminente Min. Nancy Andrichi, conforme o precedente abaixo:

Direito ambiental. Pedido de retificação de área de imóvel, formulado por proprietário rural. Oposição do MP, sob o fundamento de que seria necessário, antes, promover a averbação da área de reserva florestal disciplinada pela Lei 4.771/1965. Dispensa, pelo Tribunal. Recurso especial interposto pelo MP. Provimento.

– É possível extrair, do art. 16, § 8.º, do Código Florestal, que a averbação da reserva florestal é condição para a prática de qualquer ato que implique transmissão, desmembramento ou retificação de área de imóvel sujeito à disciplina da Lei 4.771/1965. Recurso especial provido (REsp 831.212/MG, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 22.09.2009, grifo no original).

Mas não basta averbar, porque, para tanto, antes se impõe medir e demarcar, e, depois de fazê-lo, isolar e conservar, sem prejuízo do dever de recuperar o percentual faltante, na forma estabelecida pela legislação vigente. A área ocupada ou a ser ocupada pela Reserva Legal só admite dois tipos de comportamento do proprietário ou posseiro: mantê-la com a cobertura nativa, se ainda existente no local ou, caso contrário, entregá-la à regeneração (ativa, com auxílio humano, ou passiva, por conta das forças de revivificação da própria natureza).”

Portanto, em conformidade à compreensão da efetividade dos valores constitucionais por meio da aplicação da legislação infraconstitucional cabe o dever legal do proprietário em proceder à especialização da reserva legal quando da retificação do registro imobiliário.

Nos últimos anos houve consolidação da compreensão doutrinária acerca das normas jurídicas encerrarem (i) regras de direito e (ii) princípios.

Desse modo, entre muitos, Luís Roberto Barroso (*Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 317) trata dessa distinção nos seguintes termos:

“Há consenso na dogmática jurídica contemporânea de que os princípios e as regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica, distinguindo-se uns dos outros por critérios variados, dentre os quais foram destacados no presente estudo os seguintes:

a) quanto ao conteúdo: regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados;

b) quanto à estrutura normativa: regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato – atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas;

c) quanto ao modo de aplicação: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da consequência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante subsunção; princípios podem entrar em rota de colisão com outros princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação.”

O registro imobiliário deve retratar a situação de fato existente, assim, havendo reserva legal parece-nos basilar a necessidade de sua inscrição na matrícula.

O art. 176 da Lei de Registro Público encerra a previsão normativa do Princípio da Especialidade ao exigir a identificação do imóvel com todas as suas características, confrontações, localização e área, portanto, em conformidade à especialidade objetiva é fundamental a indicação da reserva legal.

Desse modo, pensamos encerrar um princípio, enquanto norma jurídica, a determinação da necessidade da especificação da reserva legal quando da retificação do registro imobiliário pena do não atendimento tanto da proteção ambiental quanto da precisão dos registros públicos.

Nesse raciocínio, a regra de direito do anterior Código Florestal seria desnecessária, porquanto pelo princípio da especialidade cabia concluir pela obrigatoriedade da averbação/inclusão da reserva legal no registro imobiliário.

A averbação da reserva legal, em conformidade aos mandamentos legais incidentes, permitirá sua proteção em razão da exata indicação no imóvel de seus limites de forma a permitir o controle e, por consequência, proteção ao meio ambiente.

Noutra quadra, o novo Código Florestal, Lei 12.651/2012, não altera isso em razão da permanência do mandamento constitucional, bem como da expressa previsão da reserva legal, como consta no art. 3.º, III, o qual dispõe:

“III – Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa.”

Diante disso, a não previsão no novo Código Florestal de regra de direito determinando a averbação de reserva legal não altera a situação jurídica anteriormente existente em virtude disso encerrar aplicação do princípio da especialidade, conforme exposto.

O atual Código Florestal criou o Cadastro Ambiental Rural, o qual é referido em art. 29, *caput*, da seguinte forma:

“É criado o Cadastro Ambiental Rural – CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – Sinima, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento.”

Portanto, doravante, haverá um registro específico para proteção do meio ambiente.

Nessa linha, o art. 18 do novo Código Florestal, referentemente à reserva legal e o Cadastro Ambiental Rural, estabelece:

“Art. 18. A área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei.

§ 1.º A inscrição da Reserva Legal no CAR será feita mediante a apresentação de planta e memorial descritivo, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração, conforme ato do Chefe do Poder Executivo.

§ 2.º Na posse, a área de Reserva Legal é assegurada por termo de compromisso firmado pelo possuidor com o órgão competente do Sisnama, com força de título executivo extrajudicial, que explicita, no mínimo, a localização da área de Reserva Legal e as obrigações assumidas pelo possuidor por força do previsto nesta Lei.

§ 3.º A transferência da posse implica a sub-rogação das obrigações assumidas no termo de compromisso de que trata o § 2.º.

§ 4.º O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis” (grifos nossos).

Ora, se o art. 18, § 4.º, desobriga a averbação no Registro Imobiliário na hipótese de registro no Cadastro Ambiental Rural, a contrário senso, ausente inscrição no mencionado cadastro é obrigatória a averbação, tal qual estabelecia o sistema anterior.

Considerando-se a não implantação, até o presente momento, desse novo registro ambiental eletrônico, a conclusão é da necessidade da averbação da reserva legal no registro imobiliário, tal qual o sistema anterior e pelas mesmas razões jurídicas.

Desse modo, parece-nos caber a mudança de orientação na Corregedoria Geral de Justiça de maneira a se reconhecer o dever do proprietário rural em averbar a reserva legal na matrícula do imóvel quando da retificação do registro imobiliário; notadamente em razão da não implementação do Cadastro Ambiental Rural, do contrário, modestamente, parece-nos que não haveria cumprimento dos mandamentos legais incidentes no sentido da proteção ao meio ambiente a partir da imposição de deveres ao proprietário do imóvel.

Ante o exposto, o parecer que, respeitosamente, submete-se à elevada apreciação de Vossa Excelência é no sentido do provimento do recurso administrativo para que seja indeferido o pedido de retificação de registro imobiliário sem a averbação da reserva legal.

*Sub censura.*

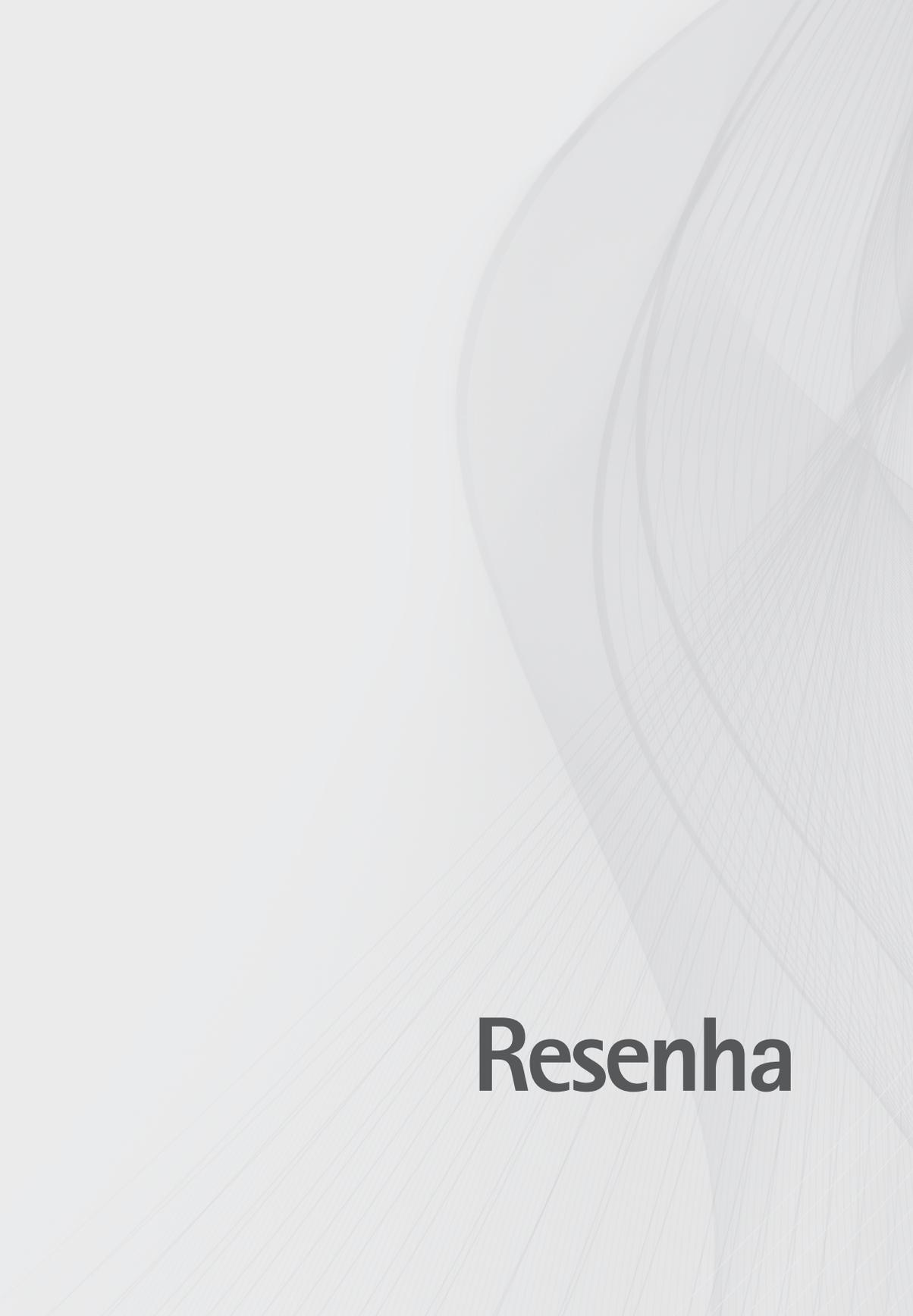
São Paulo, 28 de agosto de 2012 – MARCELO BENACCHIO, Juiz Assessor da Corregedoria.

DECISÃO – Aprovo o parecer do MM. Juiz Assessor da Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, dou provimento ao recurso para indeferir o pedido de retificação do registro imobiliário sem eventual averbação da reserva legal.

São Paulo, 03.09.2012 – JOSÉ RENATO NALINI, Corregedor-Geral da Justiça.

---



The background features a series of overlapping, semi-transparent circles and a dense pattern of thin, light-colored lines that create a sense of depth and movement. The overall color palette is a range of light greys and off-whites.

# Resenha



# LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE, DE CARLOS ALBERTO DABUS MALUF

# 1

**ALINE A. MANFRIN MOLINARI BUCH**

Registradora de Imóveis em Viradouro de São Paulo. Viradouro/SP.

**DADOS BIBLIOGRÁFICOS:** Carlos Alberto Dabus Maluf. *Limitações ao direito de propriedade*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

O autor, Carlos Alberto Dabus Maluf, é Mestre, Doutor e Livre Docente pela Faculdade de Direito da USP, sendo Professor Titular e Chefe do Departamento de Direito Civil da USP. É advogado militante, atua em processos de alçada civil, principalmente expropriatórios, condomínio e condomínio edilício e nos feitos que tramitam nas varas da família e sucessões, além de colaborador de várias revistas jurídicas, tendo inúmeras obras publicadas, sendo responsável, inclusive, pelas edições atualizadas do *Curso de direito civil* do saudoso Mestre Washington de Barros Monteiro.

Na presente obra, o autor conceitua, com brilhantismo, a propriedade como um direito “ético-econômico”, com base na sua função social. Este conceito hoje, nas palavras do autor, distancia-se do caráter absoluto e intangível de outrora, sujeitando-se a inúmeras limitações, impostas não só pelo interesse público, mas também pelo interesse privado, como bem expressa a regra do art. 5.º da LICC (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB): “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Para definir o direito de propriedade, traz, primeiramente, um panorama histórico de seu desenvolvimento, características e limitações, desde o direito

romano ao direito medieval e ao antigo direito luso-brasileiro; abordando, ainda, resumidamente, a evolução constitucional brasileira do direito de propriedade até a Constituição de 1988.

A partir de então, trata especificamente das limitações da propriedade: natureza jurídica, restrições derivadas do direito de vizinhança e do abuso de direito, tipos legais de propriedade e o que chama de “limitações internas”, bem como, as limitações no direito comparado.

As limitações são classificadas, em sua “extensão vertical”, como limitações de espaço aéreo, subsolo, urbanas e de minas. Também analisa as limitações por tombamento. Neste tópico, o autor define, na perspectiva constitucional, o tombamento como meio protetivo do patrimônio cultural brasileiro, já que passa a existir, sobre um bem de domínio do particular, um regime jurídico de tutela pública, sem que haja a “estatização” de todo o patrimônio artístico, histórico e paisagístico.

Seguindo as classificações, enumera ainda as limitações voluntárias da propriedade, isto é, limitações à faculdade de dispor da coisa, impostas pelo proprietário ao transmiti-la, por testamento, doação ou compra e venda. Com relação às limitações legais: limitações do Código Civil de 2002 e as elencadas em leis especiais, destacando-se, aqui, as limitações decorrentes do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Cidade, da Lei de Alienação Fiduciária em Garantia, Lei de Falências, dentre outras.

Por fim, trata das limitações impostas pela preservação do meio ambiente, tema tão discutido atualmente e objeto de alterações e regulamentações constantes.

Nota-se, pois, a relevante importância da matéria para os estudiosos e práticos do direito registral, já que além do conhecimento conceitual e doutrinário de vários institutos jurídicos, esta obra retrata, com clareza e objetividade, assuntos enfrentados diariamente nas serventias imobiliárias.

---

The background features a light gray abstract design consisting of several overlapping, semi-transparent circles and a series of fine, parallel lines that create a sense of depth and movement.

# **Índice Alfabético- Remissivo**



# ÍNDICE ALFACÉTICO-REMISSIVO

## A

- Ação de despejo – Vide: Contratos agrários.
- Alienação de imóveis – Vide: Anulabilidade e o registro de imóveis (A).
- Alienação fiduciária – Vide: Garantias imobiliárias.
- Anulabilidade e o registro de imóveis (A) – *Sergio Ávila Doria Martins* – p. 187
- Arrematação – Modo originário de aquisição de propriedade – Não existência de relação jurídica ou negocial entre o antigo e o novo proprietário que afasta a alegação de forma de aquisição derivada da propriedade (TJSP/CSM) – p. 382
- Arrendatário – Vide: Consequências da morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano para habitação – Confronto entre o Direito português e o Direito brasileiro; e Contratos agrários.
- Autocontrato – Vide: Anulabilidade e o registro de imóveis (A).
- Cônjuge como herdeiro no Código Civil de 2002 (O) – *Bruno José Berti Filho* – p. 211
- Consequências da morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano para habitação – Confronto entre o Direito português e o Direito brasileiro – *Gabriela Mesquita Sousa* – p. 275
- Contrato de arrendamento – Vide: Consequências da morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano para habitação – Confronto entre o Direito português e o Direito brasileiro.
- Contrato de locação – Vide: Consequências da morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano para habitação – Confronto entre o Direito português e o Direito brasileiro.
- Contratos agrários – *Melina Lemos Vilela* – p. 307
- Contratos típicos – Vide: Contratos agrários.

## C

- Cláusulas restritivas da propriedade (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade) – *Toni Bazarrelli Borges* – p. 233
- Código Civil de 2002 – Vide: Cônjuge como herdeiro no Código Civil de 2002 (O).
- Comodato – Vide: Contratos agrários.
- Concepturo – Vide: Transmissão da propriedade imobiliária ao concepturo na sucessão testamentária. Aspectos práticos no registro de imóveis.

## D

- De cuius* – Vide: Cônjuge como herdeiro no Código Civil de 2002 (O).
- Depósito – Vide: Contratos agrários.
- Direito brasileiro – Vide: Consequências da morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano para habitação – Confronto entre o Direito português e o Direito brasileiro.
- Direito português – Vide: Consequências da morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano para habitação – Confronto entre o Direito português e o Direito brasileiro.

**E**

- Empreitada – Vide: Contratos agrários.  
 Escritura pública – Vide: Procuração em causa própria e seus efeitos imobiliário e fiscal (A).  
 Estatuto da Terra – Vide: Contratos agrários.

**F**

- Função social – Vide: Contratos agrários.

**G**

- Garantias imobiliárias – *Caroline Carvalhaes de Zorzi* – p. 13  
 Garantias reais – Vide: Garantias imobiliárias.

**H**

- Habitação – Vide: Consequências da morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano para habitação – Confronto entre o Direito português e o Direito brasileiro.  
 Herança – Vide: Cônjuge como herdeiro no Código Civil de 2002 (O).  
 Herdeiro – Vide: Cônjuge como herdeiro no Código Civil de 2002 (O).

**I**

- Imóveis rurais – Vide: Registro Torrens.  
 Imóvel – Vide: Garantias imobiliárias.  
 Imóvel rural – Registro imobiliário – Retificação – Inadmissibilidade – Reserva legal – Pretensão retificatória que somente poderá ser atendida se, antes, a área ambiental de preservação obrigatória for devidamente averbada – Cadastro Ambiental Rural, criado pelo novo

Código Florestal, ademais, que, mesmo quando efetivamente implantado, não dispensará a obrigação de inscrição, na matrícula do imóvel, da fração de preservação legal (TJSP/CGJ) – p. 408

- Impenhorabilidade – Vide: Cláusulas restritivas da propriedade (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade).  
 Inalienabilidade – Vide: Cláusulas restritivas da propriedade (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade).  
 Incomunicabilidade – Vide: Cláusulas restritivas da propriedade (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade).

**L**

- Lei do Inquilinato – Vide: Consequências da morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano para habitação – Confronto entre o Direito português e o Direito brasileiro.  
*Limitações ao direito de propriedade* – Livro de Carlos Alberto Dabus Maluf – Resenha por *Aline A. Manfrin Molinari Buch* – p. 419  
 Locatário – Vide: Consequências da morte do arrendatário no contrato de arrendamento urbano para habitação – Confronto entre o Direito português e o Direito brasileiro.

**M**

- Mandato – Vide: Procuração em causa própria e seus efeitos imobiliário e fiscal (A).  
 Meio ambiente – Registro de imóveis – Recusa do oficial em proceder à averbação de reserva legal, por ofensa ao princípio da especialidade – Inadmissibilidade – Descrição feita com base em sistema técnico, ainda que mais sofisticado, que é suficiente para a autorização do ato registral – Área que está devidamente encravada no imóvel rural em questão –

Verificação dos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, ademais, que devem se sobrepor ao estrito formalismo (TJSP/CGJ) – p. 395

## N

Nulidade relativa – Vide: Anulabilidade e o registro de imóveis (A).

## O

Oneração de imóveis – Vide: Anulabilidade e o registro de imóveis (A).

Outorga uxória – Vide: Anulabilidade e o registro de imóveis (A).

## P

Penhora – Vide: Procuração em causa própria e seus efeitos imobiliário e fiscal (A).

Princípio da inatocabilidade – Vide: Registro Torrens.

Procuração em causa própria e seus efeitos imobiliário e fiscal (A) – *Lourival da Silva Ramos Júnior* – p. 151

Prole eventual – Vide: Transmissão da propriedade imobiliária ao concepturo na sucessão testamentária. Aspectos práticos no registro de imóveis.

Prole futura – Vide: Transmissão da propriedade imobiliária ao concepturo na sucessão testamentária. Aspectos práticos no registro de imóveis.

Propriedade – Vide: Cláusulas restritivas da propriedade (inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade).

Propriedade fiduciária – Vide: Garantias imobiliárias.

Propriedade imobiliária – Vide: Transmissão da propriedade imobiliária ao concep-

turo na sucessão testamentária. Aspectos práticos no registro de imóveis.

Propriedade rural – Vide: Contratos agrários.

Publicidade – Vide: Transmissão da propriedade imobiliária ao concepturo na sucessão testamentária. Aspectos práticos no registro de imóveis.

## R

Registro – Vide: Procuração em causa própria e seus efeitos imobiliário e fiscal (A).

Registro de imóveis – Exigência de comprovação prévia da quitação de débitos condominiais do alienante – Inadmissibilidade – Óbice existente no art. 4.º da Lei 4.591/1964 que foi tacitamente revogado pelo novo Código Civil – Adquirente de unidade que responde pelas obrigações do antigo dono, incluindo os juros moratórios – Inteligência do art. 1.345 do CC/2002 (TJSP/CSM) – p. 388

– Meio ambiente – Recusa do oficial em proceder à averbação de reserva legal, por ofensa ao princípio da especialidade – Inadmissibilidade – Descrição feita com base em sistema técnico, ainda que mais sofisticado, que é suficiente para a autorização do ato registral – Área que está devidamente encravada no imóvel rural em questão – Verificação dos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, ademais, que devem se sobrepor ao estrito formalismo (TJSP/CGJ) – p. 395

– Recusa de Oficial Cartorário em registrar carta de arrematação – Admissibilidade – Recolhimento do ITBI que, por possuir expressa previsão legal, é necessário para a efetivação registral – Afastada, entretanto, os óbices quanto as constringências da coisa arrematada, bem como a aplicação do art. 53, § 1.º, da Lei 8.212/1991 (TJSP/CSM) – p. 382

– Recusa do Oficial em registrar carta de adjudicação – Exigência de apresentação de Certidão Negativa de Débitos – Inadmissibilidade – Situação excepcional,

decorrente de compromisso de compra e venda, em que o promitente-vendedor não procedeu à regularização fiscal – Registro do título que se impõe, em razão da inviabilidade de cumprimento do requisito – Parte, ademais, que teria seu direito reconhecido em ação própria de usucapião – Inteligência do art. 198 da Lei 6.015/1973 (TJSP/CSM) – p. 372

- Transferência de nua propriedade e constituição de usufruto na mesma escritura – Ausência de recolhimento do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis referente à última pretensão – Inadmissibilidade – Circunstância em que há a caracterização de negócios jurídicos dessemelhantes e que, portanto, possuem fatos geradores igualmente distintos – Legislação municipal, ademais, que estabeleceu a incidência do tributo para as duas hipóteses (TJSP/CSM) – p. 377
- Vide também: Anulabilidade e o registro de imóveis (A); Registro Torrens; e Transmissão da propriedade imobiliária ao concepturo na sucessão testamentária. Aspectos práticos no registro de imóveis.

Registro imobiliário – Retificação – Inadmissibilidade – Imóvel rural – Reserva legal – Pretensão retificatória que somente poderá ser atendida se, antes, a área ambiental de preservação obrigatória for devidamente averbada – Cadastro Ambiental Rural, criado pelo novo Código Florestal, ademais, que, mesmo quando efetivamente implantado, não dispensará a obrigação de inscrição, na matrícula do imóvel, da fração de preservação legal (TJSP/CGJ) – p. 408

Registro predial – Vide: Anulabilidade e o registro de imóveis (A).

Registro Torrens – *Marcelo Augusto Santana de Melo* – p. 177

Reintegração de posse – Vide: Contratos agrários.

## S

Sistema de Financiamento Imobiliário – Vide: Garantias imobiliárias.

Sistema Financeiro de Habitação – Vide: Garantias imobiliárias.

Sistema Torrens – Vide: Registro Torrens.

Sucessão testamentária – Vide: Transmissão da propriedade imobiliária ao concepturo na sucessão testamentária. Aspectos práticos no registro de imóveis.

## T

Taxa – Vide: Procuração em causa própria e seus efeitos imobiliário e fiscal (A).

Testamento – Vide: Transmissão da propriedade imobiliária ao concepturo na sucessão testamentária. Aspectos práticos no registro de imóveis.

Transmissão da propriedade imobiliária ao concepturo na sucessão testamentária. Aspectos práticos no registro de imóveis – *Claudia do Nascimento Domingues* – p. 85

## U

Usucapião tabular – Bloqueio administrativo da matrícula do imóvel, em decorrência da apresentação inautêntica de certidão negativa de tributos previdenciários por vendedor do imóvel – Longa inatividade do órgão legitimado para requerer a nulidade da escritura que pode ser equiparada ao cancelamento do registro, haja vista os efeitos restritivos ao direito de propriedade do adquirente do bem – Inteligência do art. 1.242, parágrafo único, do CC/2002 (STJ) – p. 361

# 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: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. 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.





*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.