



atlas

4

DIREITO CIVIL

Reais

SÍLVIO DE SALVO **VENOSA**

17.^a edição

DIREITO CIVIL

Reais



O GEN | Grupo Editorial Nacional, a maior plataforma editorial no segmento CTP (científico, técnico e profissional), publica nas áreas de saúde, ciências exatas, jurídicas, sociais aplicadas, humanas e de concursos, além de prover serviços direcionados a educação, capacitação médica continuada e preparação para concursos. Conheça nosso catálogo, composto por mais de cinco mil obras e três mil e-books, em www.grupogen.com.br.

As editoras que integram o GEN, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Engenharia, Enfermagem, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

4

DIREITO CIVIL

Reais

SÍLVIO DE SALVO VENOSA

17.^a edição



- A EDITORA ATLAS se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2017 by

EDITORA ATLAS LTDA

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elíseos – 01203-904 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770

faleconosco@grupogen.com.br / www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- E-mail do autor: silvio@silviovenosa.com.br

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 20.10.2016

- Produção Digital: One Stop Publishing Solutions

- CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

V575d

V. 4

Venosa, Sílvio de Salvo

Direito civil: reais / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.
(Coleção Direito Civil; 4)

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-970-0978-1

1. Direito civil – Brasil. 2. Direitos reais – Brasil. I. Título. II. Série.

*Para
Sílvio Luís, Denis,
Bruno e Eduardo, meus filhos.*

NOTA À 17^A EDIÇÃO

SUMÁRIO

- 1 Universo dos Direitos Reais
 - 1.1 Relação das Pessoas com as Coisas
 - 1.2 Direitos Reais e Direitos Pessoais
 - 1.3 Divagações Doutrinárias Acerca da Natureza dos Direitos Reais
 - 1.4 Situações Intermediárias entre Direitos Reais e Direitos Pessoais
 - 1.4.1 Obrigações *Propter Rem*
 - 1.4.2 Ônus Reais
 - 1.4.3 Obrigações com Eficácia Real
- 2 Efeitos do Direito Real
 - 2.1 Denominação: Direito das Coisas. Direitos Reais
 - 2.2 Direito Real e Eficácia *Erga Omnes*
 - 2.3 Ações Reais
 - 2.4 Classificação dos Direitos Reais
 - 2.5 Tipicidade Estrita dos Direitos Reais e Normas de Ordem Pública
- 3 Da Posse
 - 3.1 Defesa de um Estado de Aparência
 - 3.2 Posse e Propriedade. Juízo Possessório e Juízo Petitório
 - 3.3 Conceito de Posse: *Corpus* e *Animus*. Detenção. Fâmulos da Posse
 - 3.4 Objeto da Posse. Posse de Direitos
- 4 Classificações da Posse
 - 4.1 Posse Direta e Indireta
 - 4.2 Composse
 - 4.3 Posse Justa e Injusta. Posse Violenta, Clandestina e Precária
 - 4.4 Posse de Boa-fé e de Má-fé. Justo Título
 - 4.5 Princípio de Continuidade do Caráter da Posse
 - 4.6 Posse *ad Interdicta* e Posse *ad Usucapionem*. Posse Nova e Posse Velha
- 5 Aquisição, Conservação, Transmissão e Perda da Posse
 - 5.1 Aquisição da Posse
 - 5.1.1 Apreensão da Coisa ou Exercício do Direito. Aquisição Originária e Derivada. Presunção de Posse dos Móveis

- 5.1.1.1 Modalidades de tradição
 - 5.1.2 Disposição da Coisa ou do Direito
 - 5.1.3 Modos de Aquisição da Posse em Geral
 - 5.1.4 Quem Pode Adquirir a Posse
 - 5.2 Transmissão da Posse
 - 5.3 Conservação e Perda da Posse
 - 5.3.1 Perda da Posse pelo Abandono
 - 5.3.2 Perda da Posse pela Tradição
 - 5.3.3 Perda ou Destruição da Coisa. Coisas Postas Fora do Comércio
 - 5.3.4 Posse de Outrem. Perda da Posse do Ausente
 - 5.3.5 Perda da Posse pelo Constituto-Possessório
 - 5.3.6 Perda da Posse de Direitos
 - 5.4 Perda ou Furto da Coisa Móvel e Título ao Portador
 - 5.5 Atos que não Induzem Posse
 - 5.6 Posse de Móveis Contidos em Imóvel
- 6 Dos Efeitos da Posse (I): Frutos, Produtos e Benfeitorias. Indenização pela Perda ou Deterioração da Coisa. Usucapião
- 6.1 Efeitos da Posse. Sua Classificação. Proteção Possessória
 - 6.2 Percepção dos Frutos
 - 6.3 Indenização por Benfeitorias e Direito de Retenção
 - 6.4 Indenização dos Prejuízos. Indenização pela Deterioração ou Perda da Coisa
 - 6.5 Usucapião
- 7 Dos Efeitos da Posse (II): Defesa da Posse. Interditos. Processo. Outras Ações de Defesa da Posse
- 7.1 Fundamentos e Âmbito da Proteção Possessória. Histórico
 - 7.2 Legítima Defesa da Posse. Desforço Imediato
 - 7.3 Interditos Possessórios. Ações Possessórias no Código de Processo Civil
 - 7.3.1 Ação de Esbulho ou de Indenização Movida Contra Terceiro
 - 7.3.2 Fungibilidade das Ações Possessórias
 - 7.3.3 Aplicação das Ações Possessórias às Coisas Móveis
 - 7.3.4 Ação Real ou Ação Pessoal
 - 7.3.5 Cumulação de Pedidos nas Ações Possessórias
 - 7.3.6 Natureza Dúplice da Ação Possessória
 - 7.3.7 Exceção de Domínio
 - 7.3.8 Ações de Força Nova e de Força Velha. A Medida Liminar nas Ações Possessórias
 - 7.3.8.1 Quando mais de uma pessoa se disser possuidora
 - 7.3.9 Carência de Idoneidade Financeira do Autor Beneficiado pela Liminar
 - 7.4 Interdito Proibitório

- 7.5 Manutenção de Posse
- 7.6 Reintegração de Posse
- 7.7 Embargos de Terceiro
- 7.8 Nunciação de Obra Nova
- 7.9 Ação de Dano Infecto
- 7.10 Imissão de Posse
- 7.11 Servidões e Proteção Possessória

8 Propriedade

- 8.1 Notícia Histórica
- 8.2 Aspectos da Finalidade Social da Propriedade. A Expropriação do Art. 1.228, § 4º
 - 8.2.1 O Estatuto da Cidade
- 8.3 Sobre a Natureza Jurídica da Propriedade
- 8.4 Objeto do Direito de Propriedade
- 8.5 Restrições ao Direito de Propriedade
- 8.6 Noção de Patrimônio

9 Aquisição da Propriedade em Geral. Aquisição da Propriedade Imóvel. Usucapião e suas Modalidades

- 9.1 Propriedade Móvel e Imóvel. Princípios Gerais
 - 9.1.1 Sistemas de Aquisição da Propriedade
 - 9.1.2 Ação Pessoal para Entrega de Coisa. Aspectos Processuais
 - 9.1.3 Aquisição Originária e Derivada; a Título Singular e a Título Universal
- 9.2 Aquisição da Propriedade Imóvel pela Transcrição. Registro de Imóveis: Princípios Gerais. Registro Torrens
- 9.3 Acessão
 - 9.3.1 Acessão por Formação de Ilhas
 - 9.3.2 Acessão por Formação de Aluvião
 - 9.3.3 Acessão por Avulsão
 - 9.3.4 Acessão por Álveo Abandonado
 - 9.3.5 Construções e Plantações
 - 9.3.5.1 Construções em imóvel alheio. Disposições do Código de 2002
 - 9.3.6 Acessão Natural de Animais
- 9.4 Usucapião: Introdução. Notícia Histórica
 - 9.4.1 Fundamentos da Usucapião
 - 9.4.2 Requisitos da Usucapião. Usucapião Ordinária e Extraordinária no Código de 1916
 - 9.4.2.1 Justo título e boa-fé na usucapião ordinária no Código de 1916
 - 9.4.3 Usucapião no Código de 2002. Modalidades. Uma Nova Perspectiva
 - 9.4.4 Usucapião Especial. Constituição de 1988. Usucapião Familiar

9.4.4.1 Usucapião coletiva instituída pelo Estatuto da Cidade. Aquisição de propriedade de imóvel reivindicando (art. 1.228, § 4º, do Código)

9.4.5 Processo de Usucapião

9.4.6 Reconhecimento Extrajudicial de Usucapião

9.5 Aquisição pelo Direito Hereditário

10 Ação Reivindicatória e Outros Meios de Tutela da Propriedade

10.1 Juízo Possessório e Juízo Petitório. Tutela da Propriedade

10.2 Ação Reivindicatória

10.3 Ação Declaratória

10.4 Ação Negatória

10.5 Outros Meios de Tutela da Propriedade

11 Aquisição da Propriedade Móvel

11.1 Introdução

11.2 Ocupação

11.2.1 Caça

11.2.2 Pesca

11.2.3 Invenção ou Descoberta

11.2.4 Tesouro

11.3 Especificação

11.4 Confusão, Comistão e Adjunção

11.5 Usucapião da Coisa Móvel

11.6 Tradição

12 Perda da Propriedade. Desapropriação

12.1 Hipóteses de Perda da Propriedade Móvel e Imóvel

12.2 Alienação

12.3 Renúncia

12.4 Abandono

12.5 Perecimento do Objeto

12.6 Desapropriação. Natureza

12.6.1 Modalidades de Desapropriação

12.6.2 Objeto da Desapropriação

12.6.3 Declaração Expropriatória

12.6.4 Processo da Desapropriação

12.6.5 Indenização e Pagamento

12.6.6 Desapropriação Indireta

12.6.7 Desistência da Desapropriação. Revogação e Anulação do Ato Expropriatório

12.6.8 Retrocessão

12.6.9 Servidão Administrativa, Requisição e Ocupação Provisória

13 Direitos de Vizinhança. Uso Nocivo da Propriedade

13.1 Uso Nocivo, Mau Uso e Prejuízo Decorrentes de Direito de Vizinhança

13.1.1 Dificuldade da Noção de Uso Nocivo da Propriedade

13.1.2 Ações Decorrentes do Uso Nocivo da Propriedade. Dano Infecto

13.2 Árvores Limítrofes

13.3 Passagem Forçada

13.3.1 Passagem de Cabos e Tubulações

13.4 Águas

13.5 Limites entre Prédios. Demarcação

13.6 Direito de Construir

13.7 Direito de Tapagem

14 Condomínio em Geral

14.1 Comunhão de Direitos e Condomínio

14.2 Antecedentes Históricos e Natureza do Condomínio

14.3 Modalidades e Fontes do Condomínio

14.4 Direitos e Deveres dos Condôminos

14.5 Administração do Condomínio

14.6 Venda da Coisa Comum. Venda de Quinhão Comum. Divisão e Extinção do Condomínio

14.7 Condomínio em Paredes, Cercas, Muros e Valas

14.8 Compáscuo

15 Condomínio Edilício. Outras Modalidades de Condomínio

15.1 Denominação e Natureza Jurídica. Duplicidade de Natureza no Direito de Propriedade: Unidades Autônomas e Áreas Comuns. Personificação

15.2 Constituição e Objeto. Incorporação Imobiliária

15.3 Convenção de Condomínio. Regimento Interno

15.4 Direitos e Deveres dos Condôminos. Infrações e Penalidades. Restrição ao Direito do Condômino. Possibilidade de Exclusão de Condômino ou Ocupante

15.4.1 Terraço de Cobertura. Vagas de Garagem e Áreas de Lazer de Utilização Comum

15.5 Despesas de Condomínio. Cobrança. Obras e Reformas

15.5.1 Inquilino na Unidade Autônoma. Lei do Inquilinato

15.6 Assembleia Geral de Condôminos

15.7 Administração do Condomínio. O Síndico

15.8 Extinção do Condomínio Horizontal

15.9 Novas Manifestações Condominiais: Loteamentos Fechados, Multipropriedade Imobiliária

16 Propriedade Resolúvel

16.1 Hipóteses Legais

16.2 Propriedade Sujeita a Condição ou Termo

16.3 Propriedade Resolúvel por Causa Superveniente

17 Garantia Fiduciária. Propriedade Fiduciária

17.1 Alienação Fiduciária em Garantia. Origens. Conceito. A Propriedade Fiduciária no Código Civil de 2002

17.2 Garantia Fiduciária dos Bens Móveis. Requisitos e Alcance. Leinº 10.931/2004. Sujeitos

17.2.1 Consequências do Inadimplemento na Alienação Fiduciária de Bens Móveis

17.2.2 Obrigações do Credor na Alienação Fiduciária de Bens Móveis

17.2.3 Garantia Fiduciária de Móveis na Falência

17.3 Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel

17.3.1 Extinção da Alienação Fiduciária Imobiliária

17.3.2 Leilão

17.3.3 Outras Disposições: Cessão de Posição Contratual, Reintegração de Posse, Fiança, Insolvência. Forma

18 Direitos Reais Sobre Coisas Alheias. Enfiteuse e Superfície

18.1 Propriedade e Direitos Reais Limitados

18.2 Enfiteuse. Conceito. Notícia Histórica

18.2.1 Enfiteuse. Efeitos. Constituição. Objeto

18.2.2 Direitos e Deveres do Enfiteuta

18.2.3 Direitos e Deveres do Senhorio

18.2.4 Extinção da Enfiteuse

18.2.5 Ações Decorrentes da Enfiteuse

18.2.6 Enfiteuse da União

18.3 Direito de Superfície. Conceito e Compreensão

18.3.1 Direito de Superfície no Estatuto da Cidade. Cotejo com o Código Civil

18.3.2 Direitos das Partes. Pagamento. Transmissão do Direito. Preferência

18.3.3 Extinção

19 Servidões

19.1 Conceito. Notícia Histórica

19.1.1 Servidões e Limitações Decorrentes de Vizinhança. Servidões Administrativas

19.1.2 Modalidades de Servidão. Origem Histórica

19.2 Classificação

19.3 Características

19.4 Exercício do Direito de Servidão

19.5 Origem e Constituição das Servidões

19.6 Extinção das Servidões

19.7 Ações Decorrentes das Servidões

20 Usufruto. Uso. Habitação

20.1 Conceito de Usufruto. Notícia Histórica

20.2 Natureza Jurídica. Características, Finalidades e Objeto. Usufruto Impróprio. Constituição e Transcrição. Acessórios

20.3 Afinidade e Distinção com Outros Institutos. Usufruto e Fideicomisso. Usufruto Sucessivo

20.4 Modalidades. Usufrutos Especiais

20.5 Inalienabilidade

20.6 Direito de Acrescer entre Usufrutuários

20.7 Direitos do Usufrutuário

20.8 Deveres do Usufrutuário

20.9 Direitos e Obrigações do Nu-proprietário

20.10 Usufruto de Pessoa Jurídica e sobre Patrimônio

20.11 Extinção do Usufruto

20.12 Direito Real de Uso

20.13 Direito Real de Habitação

20.14 Ações Decorrentes de Usufruto, Uso e Habitação

21 Rendas Constituídas Sobre Imóveis (leitura adicional)

21.1 Contrato de Constituição de Renda e Direito Real. Notícia Histórica

21.2 Características do Direito Obrigacional de Constituição de Renda

21.3 Características como Direito Real

21.4 Direitos e Obrigações do Credor e do Rendeiro

21.5 Extinção

21.6 Ações Decorrentes da Constituição de Renda

22 Promessa de Compra e Venda com Eficácia Real. Direito do Promitente Comprador

22.1 Origens. Conceito

22.2 Natureza Jurídica

22.3 Adjudicação Compulsória

22.4 Lineamentos Gerais da Promessa de Compra e Venda

23 Direitos Reais de Garantia

23.1 Conceito. Notícia Histórica. Natureza. Bens Móveis e Imóveis. Penhor, Hipoteca e Anticrese

23.2 Relação entre o Crédito e a Garantia. Eficácia contra Terceiros. Excussão. Especialização. Preferência

- 23.3 Garantia Prestada por Terceiros
- 23.4 Indivisibilidade. Remição. Direito Real de Garantia no Condomínio
- 23.5 Capacidade para Instituir a Garantia e seu Objeto
- 23.6 Proibição do Pacto Comissório
- 23.7 Princípio da Prioridade
- 23.8 Antecipação de Vencimento das Obrigações. Substituição e Reforço da Garantia Real
- 23.9 Extinção dos Direitos Reais de Garantia

24 Penhor

- 24.1 Conceito. Características. Modalidades
- 24.2 Penhor Convencional. Constituição. Objeto
 - 24.2.1 Direitos e Obrigações do Credor e Devedor Pignoratício
- 24.3 Penhor Legal
- 24.4 Modalidades Especiais de Penhor. Penhor Rural (Agrícola e Pecuário). Penhor Industrial. Penhor Mercantil
 - 24.4.1 Penhor de Veículos
- 24.5 Penhor de Direitos e Caução de Títulos de Crédito
- 24.6 Extinção do Penhor
- 24.7 Ações Decorrentes do Penhor

25 Hipoteca

- 25.1 Notícia Histórica
- 25.2 Princípios Gerais
 - 25.2.1 Registro da Hipoteca. Dúvida
- 25.3 Hipoteca Convencional
- 25.4 Hipoteca Legal
- 25.5 Hipoteca Judicial
- 25.6 Pluralidade de Hipotecas e Insolvência do Devedor
 - 25.6.1 Abandono do Imóvel Hipotecado pelo Adquirente
- 25.7 Efeitos da Hipoteca
- 25.8 Remição
 - 25.8.1 Perempção da Hipoteca
 - 25.8.2 Prefixação de Valor do Imóvel Hipotecado para Fins de Arrematação, Adjudicação e Remissão
- 25.9 Hipotecas Contraídas no Período Suspeito da Falência
 - 25.9.1 Loteamento ou Constituição de Condomínio no Imóvel Hipotecado
- 25.10 Extinção da Hipoteca
- 25.11 Cédula Hipotecária Habitacional
- 25.12 Execução da Dívida Hipotecária. Execução Extrajudicial da Dívida Hipotecária

25.13 Hipoteca Naval, Aérea e de Vias Férreas. Minas e Pedreiras

26 Anticrese. Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia e Concessãode Direito Real de Uso

26.1 Conceito. Notícia Histórica

26.2 Direitos e Deveres do Devedor e do Credor

26.3 Extinção da Anticrese. Anticrese de Bens Móveis

26.4 Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia e Concessão de Direito Real de Uso

27 Direitos de Autor

27.1 Conceito. Conteúdo

27.2 Objeto do Direito Autoral

27.3 Conceituação de Autor. Direitos Morais

27.4 Direitos Patrimoniais do Autor. Cessão de Direitos

27.5 Direitos Conexos

27.6 Registro das Obras Intelectuais

27.7 Direitos Autorais no Campo da Informática

27.8 Associações de Titulares de Direito de Autor

27.9 Alguns Aspectos dos Direitos Autorais. Obra Feita sob Encomenda. Obra Publicitária. Transmissões Radiofônicas e Televisivas. Obras de Artes Plásticas. Obra Fotográfica. Obra Jornalística. Obras Fonográficas e Cinematográficas

27.10 Tutela dos Direitos Autorais

Bibliografia

Índice Remissivo

1

UNIVERSO DOS DIREITOS REAIS

Na convivência e realidade social, existe uma infinidade de bens e coisas à nossa volta. Nem sempre a doutrina logra atingir unanimidade nos conceitos de bens e coisas. Lembremos do que foi dito em nosso : , Capítulo 16: sem que isso represente verdade definitiva, entendemos por tudo o que nos possa proporcionar utilidade. Em visão leiga, não jurídica, é tudo o que pode corresponder a nossos desejos. Na compreensão jurídica, deve ser considerado tudo o que tem valor pecuniário ou axiológico. Nesse sentido, bem é uma utilidade, quer econômica, quer não econômica (filosófica, psicológica ou social). Nesse aspecto, bem é espécie de , embora os termos sejam, por vezes, utilizados indiferentemente.

Assim, amor, pátria, honra, por exemplo, são bens. O valor axiológico que se lhes atribui não se amolda ao vocábulo . Perde totalmente o sentido filosófico, social e, por que não dizer, jurídico, se denominarmos os elevados valores de amor, pátria e honra. Desse modo, pelo sentido linguístico e vernacular, é preciso entender que é espécie de coisa. Se o ar, o mar, os rios, o universo, enfim, são entidades, nem sempre apropriáveis, reserva-se o termo para os bens que, sem dúvida, também representando utilidade para o homem, podem por ele ser apropriados. Nesse diapasão, sem que com isso possamos contrariar a doutrina com compreensão diversa, concluímos que todos os bens são coisas, mas nem todas as coisas são bens.

Como dissemos ao iniciar o estudo do direito civil, a palavra deriva de , felicidade, bem-estar. A palavra tem sentido mais extenso, compreendendo tanto os bens que podem ser apropriados, como aqueles objetos que não o podem. Em razão dessa origem etimológica, existem bens juridicamente considerados que não podem ser denominados coisas, porque sua apropriação pelo homem segue regime de ordem mais moral e filosófica do que jurídica, como ocorre, por exemplo, com a honra, a liberdade, o nome da pessoa natural. São eles chamados , os quais seriam sumamente restringidos em sua compreensão, se denominados .

Muitos doutrinadores apresentam visões mais sofisticadas desses termos, e , o que acarreta certa dificuldade de compreensão, mormente ao iniciante, nada que possa ter repercussão maior em termos práticos. Como temos enfaticamente apontado a inúmeros leitores que, com a facilidade do

correio eletrônico nos questionam exatamente sobre essa diferenciação, nesse tema, como em outros, não há que complicar aquilo que é imanentemente simples, e não traz maiores dificuldades na prática. O jurista e, por via de consequência, o professor têm o dever de se debruçar mais profundamente naquilo que verdadeiramente representa institutos jurídicos com repercussões efetivas na vida social. O tema é antes filosófico do que jurídico e assim deve ser compreendido.

Ao encetarmos o estudo dos _____ ou _____, importa, principalmente, definir seu objeto, pois somente pode ser objeto desse direito aquilo que pode ser apropriado. Coisa pode ser entendida como unicamente os bens corpóreos, como faz o direito alemão, porém pode abranger tanto os objetos corpóreos como os incorpóreos, conforme adota nossa doutrina.

Nosso Código não define os dois termos, daí maior confusão em sua conceituação. O Código português, no art. 202, define: _____ O Código italiano, no art. 810, diz que são bens as coisas que podem ser objeto de direitos, no sentido que ora reafirmamos. Portanto, os bens que podem participar das relações jurídicas e podem integrar patrimônio, juridicamente considerados, são as coisas que neste estudo nos interessam. Por vezes, apenas o caso concreto pode dar a noção. Assim sendo, a água do mar é um bem, em princípio inapropriável pela pessoa; porém, a água do mar passível de ser tratada, dessalinizada, para se tornar potável, torna-se possível de integrar patrimônio e relação jurídica. Como sempre enfatizamos, a ciência do Direito não se compraz com afirmações peremptórias. Assim como não existem direitos absolutos, não há conceituações jurídicas absolutas.

Nossa legislação inclina-se por tratar indiferentemente ambas as noções; às vezes, coisa é gênero e bem é espécie, ou vice-versa. O termo _____, que serve de título ao Livro II da parte geral do Código Civil, possui significação extensa, incluindo coisas, bens e respectivos direitos em geral.

Na parte especial, o Código, tanto o antigo como o atual, trata do que denomina _____, dedicando-se exclusivamente à propriedade, direito real mais amplo, e respectivos direitos derivados, todos eles de extensão menos ampla do que a propriedade.

No direito das obrigações, vimos que o objeto das relações jurídicas é um dar, fazer ou não fazer. O objeto dessa relação jurídica é uma _____ de parte do devedor, em prol do credor; uma atividade ou conduta, conjunto de atos mais ou menos extensos. Vimos também que essa obrigação pode servir de veículo, a fim de que o credor venha fazer com que integre seu patrimônio uma utilidade apropriável. O contrato não é a única modalidade, único instrumento de aquisição da propriedade, constituindo-se, porém, na principal ou que mais ocorre na prática. Ora, uma vez fixado que o objeto de uma obrigação pode ser uma coisa, ou seja, bem economicamente apreciável e apropriável, importa agora desvincularmo-nos dessa relação pessoal credor-devedor, que faz parte do direito obrigacional, para debruçarmo-nos nessa relação que liga a pessoa às coisas.

Pois bem. Se existe possibilidade de ligação estreita entre a pessoa e a coisa, adentramos, sem dúvida, no campo dos direitos do sujeito; portanto, dos direitos subjetivos. No momento em que o homem primitivo passa a apropriar-se de animais para seu sustento, de caverna para abrigo, de pedras para

fabricar armas e utensílios, surge a noção de coisa, de bem apropriável. A partir daí entende o homem que pode e deve defender aquilo de que se apropriou ou fabricou, impedindo que intrusos invadam o espaço em que habita, ou se apropriem dos instrumentos que utiliza. Essa noção psicológica, e portanto subjetiva, embasa, desde os primórdios, os denominados direitos reais, ou direito das coisas (terminologia que tecnicamente se equivale).

Os sujeitos de direito, as pessoas, travam contato em sua existência com número mais ou menos amplo de bens e coisas. Há bens que se sabe inapropriáveis, de forma geral, como o ar, o mar, os bens públicos. Há, no entanto, coisas passíveis de apropriação. Há coisas que estão ligadas por um nexo jurídico e psicológico às pessoas que lhe estão próximas, e assim integram seus respectivos patrimônios. Do maltrapilho que guarda míseros bens em sua choupana ao mais abastado, que se cerca de valores sofisticados, existe essa noção psicológica de apropriação, a qual emergirá no mundo jurídico, quando necessário.

A generalidade das coisas existentes será absolutamente indiferente, para a maioria das pessoas. No entanto, pode ocorrer que determinada situação coloque uma pessoa até então estranha em relação direta com a coisa ligada psicologicamente a outro sujeito. É o caso do vizinho que invade e edifica em terreno alheio; do larápio que se apropria da coisa de outrem. Nessas situações, cujos exemplos podem variar à exaustão, aqueles bens ligados a um sujeito determinado passam a ser colocados em choque ou na berlinda por terceiros até então absolutamente estranhos a essa relação senhor-coisa. É dessa relação de *dominium*, ou senhoridade como dizem os italianos, de poder, de *potestas*, que devemos aqui nos ocupar.

Reside nessa singela descrição toda a grandeza dos direitos reais, para qual acorrem os doutos na tentativa de explicar sua natureza jurídica. Como o direito subjetivo, o direito de senhoria é poder outorgado a um titular; requer, portanto, um objeto. O objeto é a base sobre a qual se assenta o direito subjetivo, desenvolvendo o poder de fruição da pessoa com o contato das coisas que nos cercam no mundo exterior. Nesse raciocínio, o objeto do direito pode recair sobre coisas corpóreas ou incorpóreas, como um imóvel, no primeiro caso, e os produtos do intelecto (direitos de autor, de invenção, por exemplo), no segundo.

O direito das coisas estuda precipuamente essa relação de senhoria, de poder, de titularidade, esse direito subjetivo que liga a pessoa às coisas; o direito de propriedade, o mais amplo, o ápice do direito patrimonial, e os demais direitos reais, de menor extensão. Todos esses direitos, em seu maior ou menor âmbito, decorrentes de modalidade de direito subjetivo, dizem-se *ius in re*, ou seja, devem ser respeitados por todos, *ius contra omnes*, todos, noção à qual retornaremos. A preposição *in* não significa oposição ou confronto, como seria a palavra *contra*, também latina, mas dá a ideia de respeito a todos. A noção de confronto não integra a compreensão do direito real. O confronto social ao direito de propriedade, e seus consectários, é patológico e excepcional; se, por hipótese, tornar-se regra, traduz um segmento social desajustado. Cabendo ao Estado e ao Direito corrigi-lo.

Os direitos reais regulam as relações jurídicas relativas às coisas apropriáveis pelos sujeitos de direito. Essa noção psicológica de senhoria necessita de regulamentação jurídica para adequar a

sociedade aos anseios e necessidades individuais. Como as coisas apropriáveis são finitas, cabe ao Estado regular sua apropriação e utilização. Relacionado com o conceito maior de _____, o direito real é o que mais recebe reflexos históricos e políticos nas diversas épocas e nos diversos Estados, isto é, altera-se no espaço e no tempo.

A amplitude da senhoria sobre os bens será de maior ou menor grau de acordo com a orientação político-estrutural de cada Estado no curso de sua respectiva história. Isto porque, com frequência cada vez maior nas conjunturas atuais, o Estado intervém, com maior ou menor intensidade, para regular e limitar o poder de utilização das coisas pelas pessoas. O Direito recepciona de forma direta e permanente o conflito social em torno da luta pelas coisas. As pressões sociais de uma população mundial crescente deságuam nos tribunais, que não mais podem enfocar a propriedade, os demais direitos reais e a utilização dos bens, neste novo século, como se fez nas décadas passadas. Hoje, a proteção absoluta da propriedade cede lugar a sua proteção social, sem que com isso se coloquem à margem da Lei e do Direito os seculares princípios resguardadores do domínio. É esse o sentido que a Constituição Federal de 1988 procurou dar e do qual não pode fugir o direito privado.

Cumpra agora distendermos a compreensão dessa distinção já feita no estudo das obrigações (_____, _____, Cap. 1, seção 1.3). 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.

O exemplo mais adequado de direito pessoal é a obrigação, e o exemplo compreensível, completo e acabado de direito real é a propriedade. Advirta-se, porém, que em qualquer ramo do Direito nunca há que se divisar compartimento estanque ou antagonismo: interpenetram-se o direito público e o direito privado, bem como o terceiro gênero, denominado mais recentemente de direito social. Com maior razão, não se mostram isolados os campos do direito privado, tanto nos direitos pessoais, como nos direitos reais. O Direito é organismo complexo, vivo e completo, que somente encontra homogeneidade na integração de todos os seus ramos e princípios.

Relembremos, agora com maior profundidade, o que foi dito acerca das diferenças mais marcantes entre os direitos reais (_____) e os direitos pessoais (_____):

1. O direito real é exercido e recai diretamente sobre a coisa, sobre um objeto basicamente corpóreo, embora não se afaste a noção de realidade sobre bens imateriais, enquanto o direito obrigacional tem como objeto relações humanas. Sob esse aspecto, embora essa noção deva ser aprimorada, afirma-se ser o direito real absoluto, exclusivo, exercitável _____. Por outro lado, o direito obrigacional é relativo. A prestação é o objeto do direito pessoal ou obrigacional, somente podendo ser exigida do devedor. O direito real caracteriza-se pela inerência ou aderência do titular à coisa.
2. Como consequência desse poder de senhoria sobre a coisa, o direito real não comporta mais

do que um titular. Advertimos de início, porém, que essa assertiva não conflita com a noção de condomínio, em que a propriedade continua a ser exclusiva, mas com vários titulares. O sujeito titular de direito real exerce seu poder sobre a coisa, a coisa objeto de seu direito, de forma direta e imediata, sem intermediários. O direito obrigacional traz a noção primeira de um credor (um credor), um devedor (um devedor) e a coisa, qual seja, o objeto dessa relação jurídica pessoal. Nesse aspecto, afirmamos que o direito real é *res*, porque atribui uma titularidade, uma senhoria ao sujeito, enquanto o direito obrigacional é *obligatio*, porque implica sempre uma atividade pessoal.

3. Pelo que se percebe, portanto, o direito real concede o gozo e fruição de bens. O direito obrigacional concede um direito a uma ou mais prestações, a serem cumpridas por uma ou mais pessoas. O direito real define inerência ou aderência da coisa ao titular, expressão que serve para caracterizar o que comumente chamamos de soberania, poder ou senhoria sobre a coisa.
4. É dito, em geral, que a obrigação é por natureza essencialmente transitória: nasce para cumprir função social e jurídica, mas se extingue uma vez cumprido seu papel, com o adimplemento. O direito real teria sentido mais extenso de permanência, de inconsumibilidade. No entanto, essa afirmação somente 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. O que se permite concluir é que os direitos de crédito são preponderantemente transitórios, enquanto os direitos reais, preponderantemente permanentes, guardam característica básica de inconsumibilidade e durabilidade de maior ou menor extensão temporal.
5. O chamado *ius in re* é corolário do caráter absoluto do direito real: seu titular pode perseguir, ir buscar o objeto de seu direito com quem quer que esteja. O direito pessoal não possui tal característica. O credor, detentor de direito pessoal, quando recorre à execução forçada, tem apenas a garantia geral do patrimônio do devedor, não podendo escolher, como regra, determinados bens para garantir a satisfação de seu crédito. O direito de perseguição, direito de sequela ou direito de seguimento dos direitos reais

(Moreira e Fraga, 1970-1971:47). Esse direito de sequela traduz-se tanto em uma apreensão material da coisa por terceiros como também em apreensão jurídica. Em ambas as situações, o titular de direito real pode reivindicar a coisa. A reivindicação é a forma processual mais clara, embora não a única, pela qual o direito de sequela concretiza-se. Esse direito de *ius in re* a coisa, amplo na forma mais completa de direito real que é a propriedade, também se manifesta nos outros direitos reais, sejam eles de gozo (ou fruição), sejam de garantia. O nu-proprietário e o usufrutuário podem reivindicar a coisa de terceiro que dela se aposse. Por igual razão, o credor hipotecário pode continuar na execução do bem hipotecado, objeto de sua garantia, independentemente de não mais pertencer ao primitivo titular que constituiu a hipoteca.¹

O termo *ius in re* pretende destacar o aspecto dinâmico do direito real, apresentando-se mais como imagem figurativa do que como fato externo. É, contudo, elemento forte de valoração jurídica de cunho didático. O direito de sequela, *ius in re* do fenômeno, faz lembrar também o direito de inerência, domínio ou senhoria sobre a coisa, explicação estática

do mesmo fenômeno jurídico.

6. Consequência do direito de seqüela é o fato de o direito real ser necessariamente individualizado. O objeto do direito real deve ser individualizado no nascedouro, 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, coisas fungíveis. Como vemos, somente a completa individualização do objeto do direito real permite a perseguição, a seqüela.
7. Questão fundamental, muito debatida pela doutrina mais antiga, diz respeito ao número limitado de direitos reais. Os direitos reais não são numerosos ao infinito, porque, em síntese, são finitos os bens disponíveis e apropriáveis pelo homem. A regra enunciada é que os direitos reais inserem-se em _____, número fechado, isto é, somente podem ser considerados direitos reais, mormente em nosso ordenamento, aqueles assim considerados pela lei. Por essa razão, seu elenco é facilmente enunciável. Por outro lado, os direitos obrigacionais são em número ilimitado, porque as facetas do relacionamento pessoal são infinitas. Os direitos pessoais apresentam-se, destarte, como número indeterminado. As necessidades sociais estão sempre a exigir criação de novas fórmulas jurídicas para atendê-las.
8. Podemos lembrar também, como elemento distintivo, que somente os direitos reais podem ser objeto de usucapião, não existindo possibilidade dessa modalidade de aquisição nos direitos de crédito. O usucapião (ou _____ usucapião como prefere o Código Civil de 2002) é, destarte, forma de aquisição de propriedade. Porém, nem todos os direitos reais são passíveis dessa aquisição: somente o serão a propriedade e os direitos reais de gozo ou fruição que permitam a utilização em favor de um titular. Como consequência, tanto a propriedade material poderá ser objeto de usucapião, como o gozo de direitos de domínio imaterial (e não exatamente os direitos, uma vez que há muito se estabeleceu a celeuma sobre a posse de direitos, questão a ser enfocada).² Por essa razão, parte da jurisprudência majoritária mais recente admite o usucapião do direito de uso de linha telefônica e situações assemelhadas, por exemplo. Não é a concessão da linha que se apropria, mas o direito de uso, o qual pode ser turbado por terceiros. A questão tem a ver com situações especiais que admitem apropriação. Nesse sentido, o Código argentino, em disposição acrescida à redação original do art. 2.311, dispõe:

”. Se, de um lado, não se pode qualificar a energia na qual se coloca a linha telefônica e situações assemelhadas) como _____ sem desvirtuar seu conceito, é, no entanto, um bem regido pelos mesmos princípios das coisas. Assim se coloca a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(Recurso Especial nº 41.611-6 – Rio Grande do Sul, Rel. Min. Waldemar Zveiter).³

A matéria atinente à posse e propriedade de linha telefônica tinha sentido em nosso país quando absurdamente representava um bem de difícil aquisição. Pelas vias ordinárias, o cidadão esperava anos

por sua linha telefônica. Havia até modalidade informal de Bolsa de Telefones. A situação mudou nos últimos anos, felizmente, inserindo o Brasil, ao menos no setor de telecomunicações, no nível de Primeiro Mundo.

Refutamos, assim, a teoria que repele a aplicação dos princípios de direitos reais à energia. Se nem toda modalidade de energia é apropriável, o que reforçaria a não admissão de seu conceito no direito real, existem, doutra face, direitos reais que não admitem apropriação por terceiros ou usucapião, como os direitos de garantia.

De toda essa diferenciação, recordemos mais uma vez que não existem compartimentos estanques no Direito. Como foi dito, direitos reais e direitos pessoais interpenetram-se e completam-se para formar o universo harmônico da ciência jurídica. Há institutos, como as obrigações com eficácia real e as obrigações , estudadas por nós em , que se situam em zona transitória entre um e outro compartimento. Há direitos reais que servem precipuamente para garantir direitos obrigacionais, como ocorre com o penhor e a hipoteca.

Esse aspecto de direito subjetivo nos direitos reais foi originalmente ligado à ideia de coisas corpóreas, embora mesmo no Direito antigo não deixasse de existir a noção de titularidade sobre direitos. A compreensão mais intensa emergente no direito real é essa titularidade, senhoria, poder imediato do homem sobre a coisa. Esse entendimento dogmático, todavia, sofreu temperamento histórico. Como consequência da Revolução Industrial e das transformações nas economias liberais, as novas fontes de riqueza tendem a desprender-se do conceito exclusivamente concreto de direito real, com criação de novos direitos subjetivos, como aqueles relativos aos direitos de autor e de inventor, bem como sobre a propriedade industrial (Comporti, 1980:8).

Há bens que, embora materiais, refogem ao âmbito dos direitos reais, como ocorre com o corpo humano. À primeira vista, repulsa ao conceito moral que partes do corpo humano tenham valor patrimonial. Seu conteúdo deve ser visto exclusivamente sob prisma não patrimonial, considerando-se ineficaz negócio jurídico oneroso que os tenha como objeto. É princípio na prática não alcançado. Deve existir mitigação necessária quando se cuida de partes do corpo humano dele separadas sem ofensa ou prejuízo à integridade do organismo, ou a princípios morais, como o leite materno, o cabelo e o sangue, elementos regeneráveis. Esse princípio é consagrado no Código em vigor, dentro do capítulo dedicado aos direitos da personalidade (art. 13). De qualquer modo, devem ser coibidos os atos de disposição de partes do corpo humano que ocasionem diminuição permanente da integridade física, ou que contrariem a lei, a ordem pública e os bons costumes. Deve-se ter em mente a lei regulamentadora entre nós da retirada e dos transplantes de órgãos e partes de cadáver (Lei nº 5.479, de 10 de agosto de 1968), que, no artigo 9º, § 2º, traz a ideia aqui exposta, quando se trata de doador vivo de órgãos:

Em matéria tão rica de detalhes e importância, inevitável que no curso da história tenham surgido, e continuem a surgir, muitas teorias para explicar a natureza jurídica dos direitos reais. Refoge ao âmbito proposto nesta obra que enunciemos longa série contrastante de opiniões jurídicas, nem sempre com efeito prático eficaz. No entanto, é importante que tomemos conhecimento das linhas mestras de pensamento que alicerçam a problemática dos direitos reais. Importa que se explique esse relacionamento da pessoa com a coisa.

Qualquer que seja a corrente adotada, cumpre não esquecermos ser o direito real projeção da própria personalidade sobre a coisa. Essa posição, que se prende ao direito subjetivo, pode ser denominada de *relação jurídica* ou clássica, porque explica o direito real como direito absoluto. Não se olvide, porém, e nunca se escapou dessa evidência no curso da história, que a projeção jurídica da pessoa sobre a coisa deve ter sempre em mira o aspecto da dignidade e do desenvolvimento do homem na comunidade social. Daí percebemos representar esse direito um absolutismo técnico e não um absolutismo real. O direito essencialmente absoluto seria sua própria negação, por excluir a vida em comunidade e por tornar inviável a sociedade.

O titular de um direito real, que projeta um direito seu sobre a coisa, deve relacionar-se, ainda que contra sua vontade, com outras pessoas na sociedade. Isto tem muito a ver com o que será examinado a respeito do aspecto *relação jurídica*, e a teoria, admitindo que toda sociedade é sujeito passivo da relação de direito real, a nosso ver serve unicamente para início didático de compreensão da matéria. Nisso levamos em consideração que as relações jurídicas visam assegurar um bem de vida às pessoas. É na estrutura dessa relação jurídica que se justifica a natureza de cada direito e, conseqüentemente, do direito real. Nesse esquema, não é muito relevante entender a relação entre sujeito e coisa, mas a relação sujeito-coisa com os demais sujeitos de direito.

Nesse sentido, em nosso entendimento, pecam as teorias que veem no direito real toda sociedade como sujeito passivo universal, isto é, todos devendo respeitar o direito de propriedade. Ou, em outras palavras, existiria um dever geral de abstenção de toda a sociedade de não invadir o âmbito do direito real alheio.

Não havendo interesse algum de terceiros sobre determinado direito de propriedade, eles são, na verdade, totalmente estranhos a essa relação, não podendo ser colocados em polo de relação jurídica, que lhes é absolutamente estranha. Sobre tal aspecto, podemos dizer que também as relações obrigacionais estejam protegidas, uma vez que, como regra, terceiros não se imiscuem em relações obrigacionais alheias. Nesse prisma, todos os direitos são oponíveis contra terceiros. Daí então a afirmação da existência de sujeição passiva universal, a qual leva em conta o aspecto meramente eventual da relação jurídica. Concluímos, então, que o

(Ascensão, 1987:59).

A conceituação de direito absoluto não é identificativa exclusivamente do direito real, porque existem direitos reais não absolutos, como os direitos da personalidade. No direito real percebe-se claramente uma ligação, da coisa à pessoa, o que dá o caráter substancial a essa categoria. Essa afetação explica o aspecto de direito subjetivo no direito real.

Desse modo, percebemos que o ordenamento protege certos direitos subjetivos perante terceiros, como forma de harmonizar a convivência social. Este o grande sentido dos direitos reais. O vínculo entre a pessoa e a coisa é útil para o Estado, o qual procura manter equilibrada a sociedade. Disso decorre a ductibilidade política do conceito de propriedade. A orientação política do Estado, com maior ou menor liberdade individual, com maior ou menor igualdade social, ditará o âmbito de proteção dos direitos subjetivos com relação às coisas. Portanto, na estrutura do Estado situa-se o âmbito dos direitos reais, mesmo porque, em nosso ordenamento, somente a lei pode criá-los. Assim como pode criá-los, cabe ao legislador ampliar ou restringir seu uso e gozo, ou seja, o direito subjetivo. Nesse sentido, os direitos reais em um sistema liberal-individualista serão diversos daqueles de um sistema social-intervencionista. Esse enquadramento, como vimos, é histórico e espacial: varia no tempo e no espaço. Evidentemente, a jurisprudência recebe e responde diretamente à posição estrutural e histórica dos direitos reais. Dessa amplitude maior ou menor do direito subjetivo decorre a tutela jurídica ditada pelo Estado, e o Poder Judiciário representa uma manifestação do Estado, com respeito à propriedade e a outros direitos reais, no que toca às ações e aos meios jurídicos de defesa. Nessa concretização do direito subjetivo aflora a relação jurídica de direito real. Reserva-se a possibilidade de gozo da propriedade ou de outros direitos reais limitados como faculdade própria do titular, emanada de um poder sobre a coisa.

O conteúdo dos direitos reais é complexo, porque ora aparece como um poder do titular sobre a coisa, ora estampa uma faculdade para exercitar esse poder sob o prisma da tutela jurídica. Afinal, sempre importa a proteção ao bem jurídico relacionado, levando-se em conta a harmonização social.

No plano processual, o direito real concretiza-se fundamentalmente na . Nessa ação existem dois pedidos: o de reconhecimento de um direito real e de entrega da coisa indevidamente em poder de terceiro. O aspecto externo e mais palpável da propriedade é protegido pelas ações possessórias, em que a proteção e tutela jurídica limitam-se ao invólucro, à embalagem, ao aspecto exterior, e não ao conteúdo, seu interior, exame dedicado à propriedade propriamente dita. Por essa razão veremos que nem sempre o proprietário ou o possuidor ostensivo será protegido na ação possessória. Mas a ação reivindicatória é instrumento exclusivo do proprietário que exerce seu direito de sequela.

Existem várias situações na vida negocial que deixam o intérprete e o estudioso perplexos diante de

aparente interpenetração conceitual de direito real e direito pessoal. No entanto, esses casos duvidosos, como sustentamos, não têm características suficientes para gerar uma terceira categoria, um terceiro gênero.

Hipótese marcante dessa situação é o denominado *reipersecutória*, direito à coisa. Trata-se de denominação técnica para designar direito pessoal estampado na obrigação de entregar certas coisas para transferir o domínio ou constituir direitos reais sobre elas. Em última análise, há um direito subjetivo de obter a posse, um direito à posse que não se confunde com a posse propriamente dita. Para esse desiderato o ordenamento processual coloca à disposição da parte a pretensão da obrigação de dar, conforme examinamos na parte geral de obrigações. Ali expusemos que a palpitante dúvida na execução das obrigações de dar coisa certa reside na possibilidade da execução *in rem*. Nas obrigações de dar coisa certa levamos em consideração que antes da tradição dos móveis e do registro dos imóveis ainda não existe transmissão da propriedade. A dúvida é concluir se restará ao credor, na recusa da entrega pelo devedor, tão somente o pedido de indenização por perdas e danos, ou se há possibilidade de obrigar o devedor a entregar a coisa. Em qualquer hipótese, o Direito não pode tolerar a injusta recusa. Se a coisa injustamente retida está na posse e patrimônio do devedor, não há razão para a recalcitrância, e deve o ordenamento munir o credor de armas para havê-la ou reavê-la. Esse é o chamado *rebus sic stantibus* aqui mencionado. Se, por outro lado, a execução *in rem* impossibilita-se porque a coisa não mais pertence ao devedor, porque se perdeu ou está com terceiros de boa-fé, a solução cai na vala comum das perdas e danos. Como afirmamos, somente se pode tolher a execução para a entrega da própria coisa, substituindo-se por perdas e danos, quando ela se tornar impossível, ou juridicamente inconveniente. Esse é o sentido dado pelos arts. 806 ss do CPC, quando se cuida da execução para *restituere*, permitindo e obrigando sempre que possível a execução *in rem*. No entanto, como a ação não versa sobre o domínio, que até então inexistia, é pessoal e não real, porque se pede o cumprimento de obrigação.

Destarte, nessa situação de *reipersecutória*, não há que se ver categoria intermediária, a meio caminho entre o direito pessoal e o direito real. Lembre-se sempre do que enfatizamos: não há compartimentos estanques no Direito, e o direito pessoal, com muita frequência, é meio idôneo, instrumento que serve de ponte para a aquisição de direito real.

Pelas mesmas razões são repudiados os chamados direitos reais *in personam*. A sistemática do direito real não admite que se vincule pessoa a determinado comportamento positivo. A questão que surge nas servidões, como se verá, coloca-se exclusivamente dentro do direito real, porque o que se onera, no caso, é o imóvel, e não seu titular. O *tributo* imposto a uma pessoa decorre sempre de uma obrigação e não de um direito real.

Nas obrigações reais ou reipersecutórias, os pontos de contato entre os dois compartimentos do Direito são mais numerosos, como estudamos nas obrigações em geral (

, Cap. 4, na qual deve ser estudada a matéria). Vimos que existem situações nas quais o proprietário é por vezes sujeito de obrigações apenas porque é proprietário (ou possuidor), e qualquer pessoa que o suceda assumirá essa obrigação. Embora ligadas à coisa, essas obrigações não se desvinculam totalmente do direito pessoal e de seus princípios. O elemento obrigacional é fornecido pelo conteúdo dessa obrigação, enquanto o elemento real se realça na vinculação do proprietário como sujeito passivo da obrigação. Cuidamos, pois, de obrigação que ostenta características especiais no tocante a origem, prazo e extinção.

Lembra Edmundo Gatti (1984:108) que a lei desempenha fator decisivo ou exclusivo para o surgimento e as vicissitudes das obrigações , porque nascem elas .

A rotulação bem explica o conteúdo dessa obrigação: ou reipersecutória. Trata-se, pois, de obrigação relacionada com a , a coisa.⁴ Como essa obrigação apresenta-se sempre ligada a um direito real, como um acessório, sua natureza fica a meio caminho entre o direito obrigacional e o direito real, embora sua execução prenda-se ao primeiro aspecto. Como concluímos no estudo anterior sobre o instituto, a íntima relação da obrigação com os direitos reais significa um elemento a mais à própria noção de direito real aqui examinada. A obrigação real é particularização do princípio do direito real: determinada pessoa, em face de certo direito real, está “obrigada”, juridicamente falando, mas essa obrigação materializa-se e mostra-se diferente da obrigação do direito real, porque diz respeito a um único sujeito, apresentando todos os característicos de obrigação. A propriedade deve ser respeitada por todos, mas o vizinho, em face do muro limítrofe, não apenas deve respeitar a propriedade confinante, como também concorrer para as despesas de conservação desse bem. A doutrina longe está da unanimidade a respeito da natureza jurídica do fenômeno. A nosso ver, bem conclui Edmundo Gatti (1984:110), para quem as obrigações reais são

No entanto, essa faceta do instituto não transforma a obrigação em direito real; não se pode dizer que o direito do credor seja direito real,

(Ascensão, 1987:63).

Como exemplos de obrigações reipersecutórias, mencionamos: a obrigação do condômino em concorrer, na proporção de sua parte, para as despesas de conservação ou divisão da coisa (art. 1.315); o mesmo caráter tem as despesas de condomínios em edifícios ou similares; a obrigação de o proprietário confinante proceder com o proprietário limítrofe à demarcação entre dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas (art. 1.297); a obrigação de índole negativa de proibição, na servidão, do dono do prédio serviente de embaraçar o uso legítimo da servidão. Essas obrigações podem decorrer da comunhão ou copropriedade, do direito de vizinhança, do usufruto, da servidão e da posse.

No âmbito do direito administrativo, têm esse caráter as multas infligidas a veículos automotores decorrentes de infrações de trânsito.

Em seção 4.2, tivemos oportunidade de conceituar ônus real como gravame que recai sobre uma coisa, restringindo o direito do titular de direito real. Vimos ser bastante controvertida a distinção entre ônus real e obrigação real. Apontamos, contudo, que no ônus real a responsabilidade é limitada ao bem onerado, ao valor deste, enquanto na obrigação o devedor responde com seu patrimônio em geral, sem limite. O ônus desaparece, esvaindo-se seu objeto. Por outro lado, os efeitos da obrigação reipersecutória podem permanecer, enquanto não satisfeita, ainda que desaparecida a coisa. Apontamos também como diferença que o ônus real se apresenta sempre como obrigação positiva, enquanto a obrigação real pode surgir como obrigação negativa.

A doutrina discute se esses ônus são direitos reais. Nosso direito positivo não se refere expressamente aos ônus reais. Emprega, porém, o termo em várias oportunidades, no título relativo aos . Mesmo nas legislações que admitem positivamente o instituto, persiste certa dúvida. A palavra tem várias acepções no Direito. No entanto, a compreensão de ônus real deve ser reservada ao direito cujo conteúdo é

(Ascensão, 1987:63). Nesse diapasão, é colocada como ônus real a constituição de renda sobre bem imóvel no Código de 1916 (arts. 1.424 a 1.431). No Código de 2002, a constituição de renda é exclusivamente um contrato, sem reflexos de direito real (arts. 803 a 813). Não se trata, porém, de categoria autônoma em nosso direito, não podendo ser generalizado o ônus real como direito real. A constituição de renda, entre nós, estava estruturada como direito real no Código de 1916, sem que a lei mencionasse a terminologia em exame. Os arts. 1.424 a 1.429 do estatuto anterior disciplinavam a constituição de renda no capítulo dos contratos, mas o art. 1.431 transformava a avença em direito real, remetendo aos arts. 749 a 754. Cuida-se de exemplo típico de ônus real, pelo qual o proprietário do imóvel se obriga a pagar prestações periódicas de soma determinada. A importância prática era restrita em razão do desuso do instituto da constituição de renda como direito real.

É princípio básico que somente a lei pode criar direito real. Nossa legislação traz exemplos de relações contratuais que, por sua importância, podem ser registradas no cartório imobiliário, ganhando eficácia que transcende o direito pessoal. Lembremos do que foi estudado em nosso livro (seção 4.3). Assim era na revogada Lei do Inquilinato (Lei nº 6.649/79, art. 25), e assim é na lei inquilinária atual (Lei nº 8.245/91).⁵ Nos termos do

art. 33 da vigente lei, o contrato de locação, com o registro imobiliário, permite que o locatário oponha seu direito de preferência na aquisição do imóvel locado , isto é, perante qualquer adquirente da coisa locada. Outro exemplo é o do compromisso de compra e venda, que, uma vez inscrito no registro imobiliário, faz com que o compromissário goze de direito real, habilitando-o à adjudicação compulsória (art. 1.417 do Código).

Trata-se de opção do legislador. Quando este entende que determinada relação obrigacional merece tratamento de maior proteção, transforma-a em direito real, ou seja, concede eficácia real a uma relação obrigacional. De qualquer forma, tal situação deve ser vista como exceção à regra geral dos efeitos pessoais das relações obrigacionais.

“Ação de imissão na posse – Autor que requer a posse do bem com fundamento no **direito de sequele** – Ausência de prova da propriedade do bem – Improcedência do pedido. Recurso não provido” (– Ap 0005576-42.2012.8.26.0587, 1-2-2016, Rel. Luis Mario Galbetti).

“**Agravo de instrumento** – Despesas condominiais – Cobrança – Execução – Penhora – A instituição do usufruto não subtrai do bem o direito de sequele que a lei lhe imprime, por tratar-se de dívida , podendo a penhora recair sobre a nua-propriedade. Decisão reformada. Recurso provido” (– AI 2141435-06.2015.8.26.0000, 15-9-2015, Rel. Felipe Ferreira).

“**Agravo de instrumento** – Civil – Reipersecutória de domínio – Tutela antecipada – Requisitos do art. 273 do CPC – Prova inequívoca da propriedade de área rural – Dano de difícil reparação – Transmissão de imóvel – Contrato de parceria rural em vigência – Flâmulo da posse – Impossibilidade de transmissão – Recurso parcialmente provido – 1 – Nas ações petitórias o autor busca ser restabelecido na posse de seu bem, objetivando exercê-la como uma das características inerentes à sua propriedade, com base no direito de sequele. 2 – A concessão da antecipação de tutela recursal deve obedecer aos requisitos estipulados no art. 273 do Código de Processo Civil, devendo haver a prova inequívoca das alegações do autor, associado ao perigo de dano irreparável ou difícil reparação. 3 – Demonstrada a propriedade da agravante por meio de título de propriedade emitido por cartório de registro de imóveis, bem como o dano de difícil reparação consumado na transmissão do imóvel localizado nos limites da propriedade rural, possível é a concessão da antecipação de tutela. 4 – Recurso parcialmente provido” (– AI 0100120-62.2014.8.01.0000 – (945), 3-7-2014, Relª Desª Regina Ferrari).

“**Contrato de compra e venda de bens móveis** – Pacto adjeto de reserva de domínio – Ausência de transferência da propriedade dos bens à empresa compradora Valdene Aparecida da Silva Oliani ME, mas apenas da posse direta. O ajuste firmado entre a agravada e a empresa supramencionada é um direito real, que confere à credora-vendedora o direito de perseguir a coisa e reivindicá-la em poder de quem quer que esteja. Portanto, ante o **direito de sequele** da agravada, desnecessária a inclusão no polo passivo do feito da agravante, que não faz parte do negócio jurídico celebrado entre aquela e a empresa Valdene Aparecida da Silva Oliani ME. De rigor a reforma da r. decisão. Recurso provido, rejeitadas as preliminares” (AI 0054489-70.2012.8.26.0000, 10-9-2012, Rel. Gomes Varjão).

“**Contrato de compra e venda de bem móvel** – Direito pessoal – O ajuste firmado entre os apelantes e o coapelado Albertino não confere àqueles o direito de sequele ou , uma vez que não está previsto nas hipóteses taxativas do art. 1.225, do Código Civil. Improcedência da ação de reintegração de posse, dada a falta de interesse de agir dos autores. Recurso improvido” (– Ap. 992.08.019484-1, 14-7-2011, Rel. Gomes Varjão).

Neste sentido a Súmula 193, do Egrégio STJ: “O direito de uso de linha telefônica pode ser adquirido por usucapião”.

“**Ação de usucapião improcedente** – ausência dos requisitos – sentença mantida – usucapião – prescrição aquisitiva – modo originário de aquisição da propriedade – requisitos legais – Coisa hábil () ou suscetível de usucapião, posse () e decurso do tempo (). Não preenchimento. Sucessão na posse. Art. 1.243 do Código Civil. Impossibilidade. Antecessora era enfiteuta e, como tal, não tinha condições de usucapir contra o senhorio, sendo sua posse efeito decorrente da própria relação jurídica que, por si mesma, exclui o . A soma dos lapsos temporais entre os sucessores () não se aplica para os casos de usucapião especial urbana. Usucapião especial urbana. Não preenchimento dos requisitos. O imóvel não é utilizado como moradia do

requerente ou de sua família. Ausência de provas da alegada posse. O autor não se desincumbiu de seu ônus de comprovar fato constitutivo de seu direito, sendo de rigor a improcedência da ação. Sentença totalmente mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Recurso desprovido” (– Ap. 0006615-29.2008.8.26.0615, 2-3-2015, Relª Mary Grün).

“**Civil – Ação de usucapião – Bem móvel** – Prescrição aquisitiva do veículo – Usucapião ordinária – Recurso desprovido – I – O novo Código Civil disciplina a questão relativa à aquisição da propriedade móvel por meio da usucapião nos artigos 1.260 a 1.262. II – O art. 1.260 do CC refere-se à usucapião ordinária, cujos pressupostos de direito material que viabilizam a aquisição da titularidade da coisa correspondem aos seguintes: posse mansa e pacífica, ininterruptamente e sem oposição, durante 3 (três) anos, exercida com , justo título e boa-fé. III – ‘registre-se, também, que não há notícia de que o autor tenha sido incomodado, pela contestação do seu direito de posse, quer seja com o surgimento de outra pessoa se arvorando da qualidade de proprietário do bem, ou mediante o ajuizamento, contra si, de alguma demanda a esse respeito. No tocante à prova do justo título, verifica-se que a transmissão da posse foi realizada por meio da entrega do certificado de registro do veículo, documento necessário à circulação do automóvel’. IV – Sentença mantida” (Proc. 20090810029302 – (610604), 31-8-2012, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz).

“**Processual civil e civil** – Ação de usucapião – Coisa móvel – – Estelionato, terceiro adquirente de boa-fé – 1 – Os períodos de posse exercidos sobre o veículo usucapiendo, pelo autor, seu antecessor e pela pessoa a quem este revendeu o bem, readquirindo-o posteriormente, unidos por força da e do disposto no art. 552, ambos do Código Civil, preenchem os pressupostos legais os quais viabilizam a usucapião extraordinária. 2 – Não se extrai dos autos, demais disso, elementos que façam presumir a má-fé do autor, eis que a despeito da ação cautelar aforada pelo réu, observa-se que esta foi protocolizada somente um ano após a primitiva negociação que seria maculada por estelionato, tempo mais do que suficiente para possibilitar a alienação do bem a terceiros de boa-fé. Recurso de apelação conhecido e improvido” (– Acórdão 200893826073, 10-8-2011, Rel. Des. Gilberto Marques Filho).

“Ação de cobrança de despesas de condomínio – Fase de cumprimento de sentença – Substituição processual pelo arrematante da unidade – Inadmissibilidade – Recurso provido – Tem prevalecido na jurisprudência a orientação de que, quando o edital de arrematação for omissivo quanto aos ônus incidentes sobre o imóvel, não há que se falar em automática cobrança do arrematante ou que tampouco deva figurar no polo passivo da execução, mesmo diante da natureza propter rem da obrigação. Entendimento contrário, implicaria nítida violação ao princípio da segurança jurídica que deve nortear as relações contratuais” (– AI 2082792-21.2016.8.26.0000, 24-6-2016, Rel. Renato Sartorelli).

“A obrigação de pagar despesa de condomínio resulta da propriedade sobre o bem – . Quem deve é a coisa, metáfora para dizer que quem deve é o dono, cujo nome importa pouco. Prevalece o interesse da coletividade. Daí que, em tese, a legitimidade passiva para a demanda por cotas toca tanto ao proprietário quanto ao promitente comprador. 2 – Nas peculiaridades do caso, porém, que se associa a outro processo de alongada tramitação e em que a posse sobre a unidade geradora da despesa se dividiu no tempo, fixa-se o termo final da legitimidade da proprietária, que corresponde ao termo final de sua obrigação, e se reduz a parcial o Decreto de procedência. 3 – Porque a prescrição da pretensão à cota condominial dá-se em cinco anos, como definiu o Superior Tribunal de Justiça, e por força da regra de transição do Código Civil de 2002, repele-se a arguição. 4 – Em face da decadência recíproca, que reclama a incidência da regra do art. 21 do Código de Processo Civil, arbitram-se os honorários de sucumbência em doze por cento, que, de modo proporcional e sobre o crédito do condomínio, favorecerão seu advogado e que, sobre o débito excluído, favorecerão o advogado da ré, compensando-se.” (Ap. 0056481-25.2006.8.26.0114, 5-2-2015, Rel. Celso Pimentel).

“**Despesas de condomínio.** Ausência de imissão de posse. Natureza da obrigação. Responsabilidade do titular do domínio. Recurso improvido. Somente quando já tenha recebido a posse direta do imóvel é que o adquirente passa a responder pelos encargos condominiais, mesmo sem o registro do contrato de promessa de compra e venda” (– Ap. 0030939-14.2012.8.26.0625, 14-8-2013, Rel. Renato Sartorelli).

“**Processual civil** – Água e esgoto – Débito – Impossibilidade de responsabilização do proprietário por dívidas contraídas por outrem – Dívida de natureza pessoal – Precedentes – 1 – Trata-se na origem acerca de discussão sobre a natureza da cobrança de débitos de contas de serviço de água e esgoto. Pretende a parte recorrente seja entendido que dívida em comento é , e não de natureza pessoal. 2 – No entanto, o entendimento jurisprudencial proferido pela Instância de origem coaduna-se com o desta Corte Superior no sentido de que, ‘o débito tanto de água como de energia elétrica é de natureza pessoal, não se vinculando ao imóvel. A **obrigação não é** ’ (REsp 890572, Rel. Min. Herman Benjamin, Data da Publicação 13-4-2010), de modo que não pode o ora recorrido ser responsabilizado pelo pagamento de serviço de fornecimento de água utilizado por outras pessoas. 3 – Por fim, o valor arbitrado a título de honorários advocatícios não é objetivamente exorbitante, seja na perspectiva do art. 20, § 3º, seja na perspectiva do art. 20, § 4º, de modo que não é possível acolher a tese recursal. 4 – Recurso especial não provido” (– REsp 1.299.349 – (2011/0303254-5), 14-2-2012, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

“**Agravo regimental – Ação de cobrança – Cotas condominiais – Obrigação** – Decisão agravada – Manutenção – 1 –

O adquirente de imóvel em condomínio responde pelas cotas condominiais em atraso, por se tratar de obrigação , ainda que anteriores à aquisição, ressalvado o seu direito de regresso contra o antigo proprietário. 2 – Agravo Regimental improvido” (AgRg-REsp 1.250.408 – (2011/0093161-3), 26-9-2011, Rel. Min. Sidnei Beneti).

“**Civil – Condomínio – Taxas condominiais – Ressarcimento de despesas – Responsabilidade do proprietário do imóvel – Recurso improvido – Sentença mantida – I –** Trata-se de recurso interposto pela parte autora contra sentença que julgou improcedente o pedido inicial cujo objetivo era o de garantir o ressarcimento de despesas pagas a título de taxa condominial, referente a imóvel adquirido da CEF. II – Considerando a natureza da obrigação quanto ao pagamento das taxas condominiais, o adquirente do imóvel, mesmo no caso de adjudicação, responde pelas cotas, vencidas e vincendas, ainda que não detenha a posse direta do bem, ressalvado o direito de regresso, se for o caso, por meio de ação própria. Precedente do TRF/1ª Região: AC nº 2006.38.00.006521-5/MG, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, 6ª Turma, de 13-8-2007, pg. 81 – III – De acordo com o que restou consignado na sentença monocrática, ‘o condomínio/credor efetivou a cobrança destas taxas em juízo, no processo nº 2002.01.1.85058-9, que tramitou na 20ª Vara Civil da Circunscrição Especial de Brasília. Figurou na demanda como ré/devedora a Sra. Rosângela Santana, atual proprietária do imóvel. No processo foi proferida sentença julgando procedente o pedido formulado pelo condomínio. Ou seja, foi reconhecida, judicialmente, como devedora da dívida em comento a Sra. Rosângela Santana. Atribuir a pessoa diversa à dívida, no caso, a CEF, seria a mesma coisa que rescindir o julgado acobertado pela coisa julgada, por via transversa e inapropriada. O que se extrai dos autos é que o autor pagou a dívida no lugar da Sra. Rosângela, legítima devedora. Mas, tal questão não é objeto da presente demanda’. IV – Recurso improvido. Sentença mantida. V – Honorários advocatícios pela parte recorrente, fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, de acordo com o art. 55, , da Lei nº 9.099/95. VI – Acórdão proferido com base no artigo 46 da Lei nº 9.099/95” (. – Acórdão 0044955-58.2008.4.01.3400, 19-8-2011, Rel. Juiz Fed. Alysson Maia Fontenele).

“Agravo regimental no recurso especial – Ação de indenização – Locatário – Direito de preferência – Perdas e danos – Registro do contrato – Desnecessidade – Determinação de retorno dos autos para prosseguimento do julgamento – 1- O pedido de perdas e danos decorrente de inobservância do direito de preferência do locatário na aquisição do imóvel não está condicionado ao prévio registro do contrato de locação, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.245/91. 2- Observação ao Tribunal de origem para que analise, na renovação do julgamento do recurso de apelação, a questão da aplicabilidade da Lei do Inquilinato ao contrato de locação celebrado entre as partes. 3- Agravo regimental a que se nega provimento” (– AgRg-EDcl-REsp 1.300.580 – (2011/0308391-8), 16-3-2016, Relª Minª Maria Isabel Gallotti).

“Agravo de instrumento. Adjudicação compulsória. Consignação em pagamento. **Direito de preferência do locatário na aquisição do imóvel.** – Pedido de liminar para o fim de determinar o registro da distribuição da ação perante a matrícula dos bens imóveis objeto da lide. Inexistência dos requisitos legais para a concessão da tutela cautelar. Ausência de . Não comprovação da transferência de propriedade dos imóveis a terceiro, pressuposto legal para o exercício do direito de preferência. Inteligência do art. 33 da Lei nº 8.245/91. Ausência de comprovação, ademais, sob um exame perfunctório, de ter sido a locatária preterida em seu direito de preferência, de acordo com o acervo documental. Necessidade de revogação da medida liminar concedida pelo magistrado ‘ ’ reforma da r. decisão guerreada. Recurso da ré provido” (– AI 0031074-24.2013.8.26.0000, 14-6-2013, Relª Berenice Marcondes Cesar).

“**Recurso especial (art. 105, III, ‘A’ e ‘C’, da CF) – Ação indenizatória – Contrato de locação – Bem alienado a terceiro – Desrespeito ao direito de preferência do locatário – Averbação do ajuste no registro imobiliário – Prescindibilidade – Perdas e danos – Quantum a ser fixado em liquidação – Recurso especial parcialmente conhecido e provido – 1 –** Não se conhece da alegação de afronta ao art. 128 do CPC, por suposto julgamento ou , quando a matéria deixou de ser debatida nas instâncias ordinárias, padecendo, portanto, do devido prequestionamento. Incidência das Súmulas nºs 282/STF e 211/STJ. 2 – A averbação do contrato de locação no registro imobiliário é medida necessária apenas para assegurar ao locatário o direito real de perseguir e haver o imóvel alienado a terceiro, dentro dos prazos e observados os pressupostos fixados na Lei nº 8.245/1991. A falta dessa providência não inibe, contudo, o locatário de demandar o locador alienante por violação a direito pessoal, reclamando deste as perdas e danos que porventura vier a sofrer pela respectiva preterição. Precedentes. 3 – Uma vez delineados os danos emergentes e lucros cessantes pretendidos pelo demandante na petição inicial da ação indenizatória, juridicamente viável se afigura o diferimento da apuração e efetiva comprovação das perdas e danos na fase subsequente de liquidação de sentença. 4 – Recurso especial parcialmente conhecido e, em tal extensão, provido” (– REsp 912.223 – (2006/0259401-7), 17-9-2012, Rel. Min. Marco Buzzi).

“**Agravo de instrumento – Tutela antecipada – Imóvel – Locação – Direito de preferência – Preterição – Intransferibilidade – Verossimilhança – Registro do contrato – Desnecessidade – Agravo conhecido e desprovido – 1 –** O inquilino possui direito de preferência para compra do imóvel locado, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.245/91; 2 – No caso dos autos o inquilino foi notificado da

pretensão de venda, não concluindo o negócio porque a proprietária faleceu; 3 – Passando a se constituir bem do espólio, competia aos herdeiros a notificação no inquilino para o exercício do direito de prelação, o que restou desatendido, ocorrendo alienação a terceiro; 4 – O inquilino preterido buscou então o Poder Judiciário para anulação do negócio e ressarcimento por perdas e danos, tendo requerido tutela antecipada para não desocupação do imóvel, bem como a sua intransferibilidade; 5 – Guiado pelo poder geral de cautela, restou deferida a tutela antecipada, demonstrada a verossimilhança do alegado e os pressupostos cautelares para a medida; 6 – Agravo que busca reverter os efeitos da tutela sem demonstração de qualquer motivo plausível que aponte a necessidade de correção do julgado

, arvorando – se apenas no fato de que o contrato de locação não se encontra registrado na matrícula do imóvel; 7 – O direito de preferência decorre e independe do registro do contrato na matrícula do imóvel, sendo este necessário apenas quando o inquilino intentar ação de adjudicação compulsória, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.245/91. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 8 – Agravo conhecido e provido” (– AI 0000775-90.2011.8.06.0000, 26-9-2012, Rel. Paulo Francisco Banhos Ponte).

“Direito processual civil e civil – Locação – Venda do imóvel – Direito de preferência do locatário – Aresto embargado – Votação unânime – Ausência de obscuridade – Registro do contrato no cartório de imóveis – Súmula 07/STJ – Omissão – Fato incontroverso – Inexistência – 1 – Inexiste qualquer obscuridade no acórdão embargado, porquanto, a despeito da inicial divergência do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho quanto ao voto do em. Ministro Relator, o seu foi retificado à fl. 661, passando a acompanhar a relatoria. Dessarte, restou o feito julgado à unanimidade, nos termos do voto do Ministro Arnaldo Esteves Lima (Relator). 2 – Considerou o embargado que a prova do registro do contrato de locação prescindiria de certidão cartorária, podendo ser corroborada por instrumento particular. Consignou o aresto, contudo, que ao analisar o documento particular apresentado pelos autores, o Tribunal de origem concluiu que o carimbo que visava comprovar o referido registro não seria hábil a tal mister, razão pela qual a reforma desse entendimento demandaria o reexame de fatos e provas, atividade obstada ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, por seu Enunciado Sumular nº 7. 3 – Inexiste omissão quanto à análise da ausência de impugnação dos demandados acerca da existência e veracidade do registro do contrato de locação no cartório de imóveis, tornando o fato incontroverso. Além de tal questionamento ser facilmente extraído da contestação, caso o Tribunal de origem considerasse de forma diversa, não teria efetuado exame detalhado da documentação carreada aos autos e concluído pela sua impossibilidade em provar o alegado. 4 – Embargos de declaração rejeitados” (EDcl-REsp 886.583 – (2006/0208988-9), 4-4-2011, – Rel. Min. Adilson Vieira Macabu).

2

EFEITOS DO DIREITO REAL

2.1 DENOMINAÇÃO: DIREITO DAS COISAS. DIREITOS REAIS

2.2 DIREITO REAL E EFICÁCIA *ERGA OMNES*

2.3 AÇÕES REAIS

2.4 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS REAIS

2.5 TIPICIDADE ESTRITA DOS DIREITOS REAIS E NORMAS DE ORDEM PÚBLICA

3

DA POSSE

Sem a credibilidade da sociedade nos estados de aparência, inviável seria a convivência. A cada instante, defrontamos com situações aparentes que tomamos como verdadeiras e corretas. Assim, não investigamos se cada empregado de um estabelecimento bancário possui relação de trabalho com a instituição para nos dar quitação a pagamento que efetuamos; não perguntamos ao professor que adentra em sala de aula e inicia sua preleção se ele foi efetivamente contratado pela escola para essa função; não averiguamos se o motorista que dirige o táxi ou ônibus que utilizamos é habilitado, e assim por diante.

Se a sociedade não pode prescindir da aparência para sua sobrevivência, o Direito não pode se furtar de proteger estados de aparência, sob determinadas condições, porque se busca, em síntese, a adequação social. Sempre que o estado de aparência for juridicamente relevante, existirão normas ou princípios gerais de direito a resguardá-lo. Não é, no entanto, a aparência superficial que deve ser protegida, mas aquela exteriorizada com relevância social e consequentemente jurídica.

Como enfatizamos em outra obra, ao tratar do herdeiro aparente (, Cap. 4), cabe ao Direito ordenar a sociedade, não podendo prescindir das aparências. Embora não seja categoria jurídica autônoma, por vezes a lei dá valor preponderante à aparência, em prol da boa-fé e da justa adequação social. Lembramos que o erro, como causa de anulação do negócio jurídico (art. 138), o pagamento feito ao credor putativo (art. 309), a presunção de autorização para receber pagamento por quem seja portador da quitação (art. 311) são situações típicas de aparência protegidas pela lei. No Direito Penal, a legítima defesa putativa é situação protetiva de aparência. Conquanto inexistir disposição expressa, a defesa da boa-fé em cada caso concreto é modalidade de aceitação da aparência no campo jurídico.

Nesse diapasão, reflitamos sobre a realidade social que nos envolve. Nosso vizinho reside em imóvel que presumivelmente é seu; o transeunte, que porta um relógio, deve ter relação jurídica com o objeto; provavelmente é seu proprietário. Não nos incumbe questionar a cada momento se o morador é proprietário, locatário, comodatário ou usurpador do imóvel; nem se o relógio pertence legitimamente a seu portador. Esse questionamento permanente é inimaginável. Por essa razão, em prol do resguardo da verdadeira acomodação social, cabe ao Direito fornecer meios de proteção àqueles que se mostram

como aparentes titulares de direito. Não fosse assim, restabelecer-se-ia a justiça de mão própria, dos primórdios da civilização.

Desse modo, a doutrina tradicional enuncia ser a posse relação de fato entre a pessoa e a coisa. A nós parece mais acertado afirmar que a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante, ou seja, estado de fato protegido pelo direito. Se o Direito protege a posse como tal, desaparece a razão prática, que tanto incomoda os doutrinadores, em qualificar a posse como simples fato ou como direito.

Destarte, houvesse o possuidor, desapossado da coisa, que provar sempre, e a cada momento, sua propriedade ou outro direito real na pretensão de reaqusição do bem, a prestação jurisdicional tardaria e instaurar-se-ia inquietação social. Por essa razão, o ordenamento concede remédios possessórios, de efetivação rápida. Protege-se o estado de aparência, situação de fato, que pode não corresponder ao efetivo estado de direito, o qual poderá ser avaliado, com maior amplitude probatória e segurança, posteriormente. Assim, a situação de fato é protegida, não somente porque aparenta um direito, mas também a fim de evitar violência e conflito. O legislador prefere, num primeiro enfoque, proteger o possuidor, ainda que este não tenha relação juridicamente perfeita e técnica com a coisa. O ordenamento permite a autotutela, tanto a legítima defesa como o desforço imediato, de acordo com o art. 1.210, § 1º, e as ações possessórias (reintegração e manutenção de posse e interdito proibitório), bem como outros remédios que serão examinados.

Por outro lado, esse estado de aparência, que inicialmente pode surgir sem substrato jurídico, pode servir para a aquisição da propriedade. Esse é o sentido da usucapião. Também o prazo de posse gera maior proteção no juízo possessório, permitindo a concessão de liminar nas respectivas ações, se a posse questionada for de menos de ano e dia (art. 507 do Código Civil de 1916). Esse conhecido prazo de ano e dia, ausente no atual ordenamento material, é mantido pelo art. 558 do CPC. Nesse sentido, o procedimento especial das ações possessórias somente se aplica quando intentado dentro de ano e dia da turbção ou esbulho; passado esse prazo, será comum, não perdendo, contudo, o caráter possessório (art. 558 do Código de Processo Civil). Essas referências dizem respeito a dois importantes efeitos da posse, quais sejam, a proteção possessória e a possibilidade de gerar usucapião.

Embora não se conceda à aparência o estado de categoria jurídica, aparência e posse devem ser examinadas do ponto de vista axiológico. Tanto numa como noutra, a segurança das relações sociais justifica a proteção de situações, não de direitos adquiridos, mas de direitos prováveis. Defende-se a posse porque é uma situação de fato que provavelmente envolve um direito. Como examinaremos, essa proteção provisória da posse concedida pelo ordenamento poderá ter palavra final acerca do direito real, propriedade ou outro de menor extensão, no juízo petitório, quando então não mais se discutirá a posse, mas o domínio. De outro lado, sendo um dos fundamentos da usucapião a posse continuada por certo tempo, o estado de aparência surge, nessa hipótese, como base para um direito (Trigeaud, 1981:562).¹

No entanto, não se eleve essa conjuntura, não somente em nível de posse, como em qualquer outro estado de aparência, à categoria jurídica, como dissemos. A aparência deve ser vista como um adminículo a mais no conceito de posse. Porém, embora possa ser colocado em posição axiológica

menos importante segundo a doutrina, o estado de aparência na posse explica e justifica a compreensão vulgar desse estado de fato que relaciona o sujeito à coisa. Essa proteção ao estado aparente pressupõe a compreensão e definição legal de propriedade e dos demais direitos reais, bem como sua harmonização com a destinação econômica da coisa. A aparência é conceito com utilidade técnica. Seria um contrassenso proteger-se estando de fato em favor de quem não busca a utilização social do bem, ou age contra a lei e os bons costumes.²

A posse continua sendo, sem dúvida, o instituto mais controvertido de todo o Direito, não apenas do Direito Civil. De fato, tudo quanto a ela se vincula é motivo de divergência doutrinária: conceito, origem, elementos, natureza jurídica etc. Essas dificuldades devem-se em parte aos textos romanos, na maioria das vezes contraditórios e interpolados. Na história romana, o próprio conceito de posse foi sendo alterado nas diversas épocas, recebendo influências do direito natural, direito canônico e direito germânico. Ademais, os ordenamentos jurídicos existentes não são homogêneos, tratando do tema com enfoques diversos. Enfim, o conceito de posse nunca logrará atingir unanimidade na doutrina e nas legislações.

Na concepção mais aceita, o vocábulo *posse* provém de *possidere*; ao verbo *possidere* apõe-se o prefixo enfático *pro-*. Nesse sentido (semântico), *posse* prende-se ao poder físico de alguém sobre a coisa. Há também os que sustentam que o termo deriva de *dominus* (senhor, amo).

Rudolf von Jhering (1976:49), baluarte da teoria da posse, inicia sua obra afirmando que se distingue o jurista dos demais membros da sociedade pela diferença imediata que ele estabelece entre as noções de posse e propriedade. Isso porque vulgarmente não se estabelecem distinções entre os institutos, sendo vocábulos de uso equivalente. Nesse sentido, é comum ouvir dos leigos referências a *posse*, quando a referência é à propriedade e não à posse. No entanto, como expusemos até aqui, mesmo ao leigo a distinção entre posse e propriedade é instintiva e aflui com facilidade até aos espíritos mais toscos. Como descreveu o grande mestre alemão, a propriedade sem a posse seria o mesmo que o tesouro sem a chave que o abrisse, a árvore frutífera sem a escada que colhesse seus frutos...

Assim, a posse é o fato que permite e possibilita o exercício do direito de propriedade. Quem não tem a posse não pode utilizar-se da coisa. Essa é a razão fundamental, entre outras, de ser protegido esse estado de aparência, como vimos. Sem proteção à posse, estaria desprotegido o proprietário. Por conseguinte, prefere o ordenamento proteger sempre e com maior celeridade e eficácia o que detém aspecto externo da propriedade, a investigar em cada caso, e demoradamente, o título de proprietário e senhor.

Distinção importante, portanto, com inúmeros efeitos dela derivados, é a que diz respeito ao *posse* e ao *domínio*.

é o direito de posse fundado na propriedade (em algum título: não só propriedade, mas também outros direitos reais e obrigações com força real). O possuidor tem a posse e também é proprietário. A posse nessa hipótese é o conteúdo ou objeto de um direito, qual seja, o direito de propriedade ou direito real limitado. O titular pode perder a posse e nem por isso deixará sistematicamente de ser proprietário. Quando não por sua própria vontade, sua inércia, não interrompendo a posse de terceiro, poderá fazer com que perca o domínio.

é o direito fundado no fato da posse, nesse aspecto externo. O possuidor, nesse caso, pode não ser o proprietário, não obstante essa aparência encontre proteção jurídica, pelos motivos até agora cogitados. Essa é uma das razões pelas quais nosso Código estatui:

(art. 1.196). Além de a posse, a princípio, merecer proteção por si mesma, ela é base de um direito.³

Interessante anotar a outra redação ao art. 1.196, proposta pelo Projeto nº 6.960/2002, o qual busca alterar inúmeros dispositivos do Código de 2002:

“

”.

Percebe-se claramente nessa dicção de profunda técnica a preocupação em açambarcar o conceito de posse, num sentido unitário. O bem de vida mencionado poderá ser material ou imaterial. Não será posse, e não merecerá proteção do ordenamento, aquela relação entre o ser humano e a coisa que não apresenta utilidade e operosidade social. Ainda que a possibilidade de exercício desse poder de fato seja meramente potencial, ele deve existir para que seja reconhecido o . Ao mencionar-se que a posse se debruça sobre , engloba-se aí, como defendemos, qualquer bem econômica e individualmente aproveitável, seja material ou imaterial.

Coloquemos, desde já, a compreensão das palavras e , contidas no art. 485 do Código de 1916, como falamos no capítulo anterior. é vocábulo que, em doutrina, refere-se maiormente às coisas incorpóreas. Direito que submete a coisa incorpórea ao poder de seu titular.

é termo que engloba tanto as coisas corpóreas, como incorpóreas. Contudo, no Direito Romano, as expressões eram sinônimas. Nossa doutrina não se preocupa muito com essa distinção. Para nosso Código Civil de 1916, também como sinônimas devem ser entendidas (arts. 524, 533, 622, 623, entre outros) (França, 1964:24). Com muita frequência, os juristas empregam as duas palavras para exprimir a mesma coisa, ou como sinônimos. O Código Civil de 2002 procura ser mais técnico (art. 1.245, por exemplo), sem se preocupar, contudo, com a distinção.

Desse modo, o (faculdade jurídica de possuir) refoge à teoria da posse. Somente o (fato da posse) é objeto da teoria possessória propriamente dita (Alves, 1985:28). Assim, a posse pode ser considerada em si mesma, independentemente de título jurídico, ou pode ser

examinada como uma das facetas que integram o domínio ou propriedade e os direitos reais limitados. A teoria pura da posse, isto é, faculdade jurídica de direitos, reflete-se, portanto, no .

Posse e propriedade, como se percebe, têm elementos comuns, ou seja, a submissão da coisa à vontade da pessoa. Daí aflorar a noção de aparência no conceito de posse, pois a posse é a forma ordinária de ser exercido o direito de propriedade. Por isso, existe presunção de ser o possuidor da coisa seu proprietário. É certo que cessa essa presunção tão logo o possuidor declare, ou de algum modo se saiba, que ele possui outro título, como locatário, comodatário, depositário, representante do proprietário etc. ou como usurpador. Essa noção é importante porque será essencial marco divisor da posse de boa ou de má-fé,⁴ a ser examinada, pois, no momento em que o possuidor tem ciência de não possuir validamente a coisa, cessa sua boa-fé. Nesse sentido, estatui o art. 1.201:

Completa a noção o art. 1.202, que explicita o momento em que cessa a boa-fé do possuidor, questão a ser examinada em cada caso:⁵

Prepondera sempre a regra geral de Direito pela qual a má-fé não se presume; a boa-fé, sim.

Como a posse é considerada um poder de fato juridicamente protegido sobre a coisa, distingue-se do caráter da propriedade, que é direito, somente se adquirindo por título justo e de acordo com as formas instituídas no ordenamento.

Podemos afirmar que a posse constitui aspecto de propriedade do qual foram suprimidas alguma ou algumas de suas características.

Da propriedade decorrem todos os demais direitos reais (usufruto, uso, habitação, superfície, servidão, hipoteca, penhor etc.). Ou, em outras palavras, não existe direito real mais amplo do que a propriedade. Em última análise, a propriedade é o epicentro das relações obrigacionais, sucessórias e familiares (Gentile, 1965:8). Pelo fato de o sistema permitir a aquisição da propriedade pela usucapião, a posse assume relevo todo especial no ordenamento, merecendo maior proteção. Essa tradição vem do Direito Romano, seu criador original, valorizando a produção e o trabalho, a função econômica dos bens, principalmente os imóveis.

Nesse sentido, deve restar absolutamente clara a distinção entre os juízos possessório e petitório. Nas ações possessórias (interditos), trata-se exclusivamente da questão da posse. Nas chamadas ações petitórias (), leva-se em conta exclusivamente o direito de propriedade. Daí por que, na singeleza do conceito, é vedado examinar o domínio nas ações possessórias. Geralmente, na prática, o mau possuidor procura baralhar no procedimento possessório os conceitos de posse e propriedade, para

camuflar sua posse ruim ou ausência de posse.

Doutro lado, a decisão que dirime o conflito possessório não inibe nem prejudica o âmbito petitório. Isto é, vencido que seja alguém na litigância da posse, lhe restará ainda a via petitória, para provar seu direito de propriedade, ou outro direito real, para haver a coisa, exercendo assim seu direito de sequência. Desse modo, é possível, sendo risco calculado do ordenamento, que o não proprietário triunfe sobre o proprietário no juízo possessório. Porém, a ação reivindicatória (juízo petitório) permite, na maioria das vezes, que o proprietário recupere a coisa contra o possuidor temporariamente protegido. Essa proteção temporária conferida ao possuidor é risco assumido pelo ordenamento, como vimos, em prol da adequação social. Surge, no dizer de Jhering (1976:81),

Nas ações petitórias, ressalta-se um caráter por parte do titular do domínio, que deve provar juridicamente sua qualidade de senhor da coisa. Por outro lado, na posse sobreleva o caráter (Lopes, 1964:95). Prepondera a posse como meio de defesa, primeiro anteparo outorgado pelo ordenamento para proteger a propriedade. Daí por que esse remédio mais rápido e eficiente requer tão só a prova pura e simples do fato externo, da posse, enfim. Por tais razões, o juízo possessório tem mero caráter temporário, mas suficiente para manter íntegro um estado de fato, sem o qual se inseriria elemento de insegurança e incerteza social. Como consequência, a coisa julgada em ação possessória não decide acerca do domínio.⁶ Por essa razão, o proprietário ou titular do domínio vencido em ação possessória pode discutir a propriedade e reivindicá-la no juízo petitório.

Também por essas razões, afigura-se, na prática, em grande parte das vezes, suficiente o juízo possessório para manter o estado de fato, tornando-se desnecessário o recurso ao juízo petitório, se o proprietário, ou titular de outro direito real, já alcançou proteção suficiente com a defesa de sua posse, ou seja, manteve tão só com a proteção possessória a paz social buscada pelo ordenamento.

A posse é protegida pelo Direito, não para conceder simples satisfação de aproximação corpórea da coisa ao sujeito, poder físico sobre a coisa, poder de sujeição, mas para possibilitar-lhe a utilização econômica do bem. Ninguém, como regra, apossa-se de coisas inúteis. O sentido de utilidade leva em conta a situação do sujeito. Essa é a noção fundamental do reconhecimento jurídico da posse. O exame da utilidade da coisa para o possuidor, por vezes, torna-se aspecto fundamental no contexto discutido.

Por outro lado, quando há necessidade de célere remédio para socorrer um direito aparentemente violado,

(Bessone, 1988:250).

Ou, no dizer de Manuel Rodrigues (1981:12),

Nesse diapasão, visto que a posse serve de base ao direito de propriedade e merece proteção de per si, cai por terra qualquer interesse prático em distingui-la como fato ou direito. Sendo o fato da posse protegido pelo ordenamento, é evidente que existe reconhecimento jurídico do instituto. Irrelevante, nesta altura de nosso estudo, investigar o fenômeno sob tal prisma, tal como fizeram tantos juristas. Nessa orientação, a posse é conteúdo de exteriorização do exercício da maioria dos direitos reais (excetua-se, em princípio, a hipoteca e algumas servidões). É meio de aquisição da propriedade pelo instituto da usucapião. É, por fim, fundamento de um direito: como poder de fato sobre uma coisa, a posse por si mesma dá lugar aos interditos possessórios.



De qualquer ponto que se decole para compreender a posse, devem ser caracterizados os dois elementos integrantes do conceito: o _____ e o _____.

O _____ é a relação material do homem com a coisa, ou a exterioridade da propriedade. Esse estado, explicado anteriormente, é caracterizador da aparência e da proteção possessória. Nessa ligação material, sobreleva-se a função econômica da coisa para servir à pessoa. Como corolário, afirma-se que não podem ser objeto de posse os bens não passíveis de ser apropriados. Em princípio, a posse somente é possível nos casos em que possa existir propriedade ou manifestação mitigada dela. Posse e propriedade, em compreensão jurídica, caminham juntas. Não nos olvidemos do conceito que engloba tanto os bens corpóreos, como os bens incorpóreos. Desse modo, os bens incorpóreos, passíveis de apropriação, também podem ser objeto de posse.

O _____ é o elemento subjetivo, a intenção de proceder com a coisa como faz normalmente o proprietário.

Na compreensão desses dois elementos, gravitam as teorias da posse com as clássicas posições de Savigny e Jhering, que detonaram infundáveis posições intermediárias.

Para o leigo que se debruça desprevenidamente sobre o problema, _____ é ter uma coisa em seu

poder, podendo dela usar e gozar. É a compreensão daquilo que a mão toca e mantém fisicamente junto ao corpo. Essa é a noção primitiva. No entanto, quando a civilização torna-se mais complexa, surge a compreensão de posse que não requer o permanente contato físico com o objeto, nem a observação constante ou fiscalização permanente do titular. Posso ser possuidor de bens sem estar presente no local. A possibilidade física não exige a detenção.

(Rodrigues, 1981:73).

Savigny desenvolveu sua teoria principalmente em seu *Tratado de Direito Romano*. Sustenta que a posse supõe a existência de dois elementos essenciais: *corpus* e *animus*. O *corpus* é o elemento físico, sem o qual não existe posse. Em sua forma mais típica, compreende a possibilidade de ter contato direto e físico com a coisa. O que verdadeiramente caracteriza o *animus* é a possibilidade de fazer o que se queira com ela, impedindo qualquer interferência estranha. No entanto, para que alguém seja verdadeiramente considerado possuidor, é necessário que tenha a intenção de possuir a coisa. Trata-se do elemento subjetivo. Se alguém detém a coisa sabendo-a pertencer a outrem, não há *animus*, não existindo posse. Na teoria de Savigny, é o *animus* que distingue o possuidor do simples detentor. O elemento exterior, o *corpus*, não permite essa distinção, pois aos olhos de terceiros tanto o possuidor, como o detentor, têm relação aparentemente idêntica com a coisa. Sua teoria é denominada *teoria do animus*. A maior crítica feita a essa teoria é a dificuldade de explicar as chamadas posses anômalas, como a do credor pignoratício, por exemplo. Savigny procurou superar esse obstáculo qualificando-as como hipóteses de *detentio*. Ao credor pignoratício se transmitiria o *animus* do devedor pignoratício. Porém, a explicação não resistia a críticas, quando se tentava explicar a posse do usufrutuário e do enfiteuta que não gozam dessa posse derivada (Gentile, 1965:10).

Jhering bateu-se vivamente contra a posição de Savigny em suas obras *Lehrbuch des Rechts* e *Der Besitz*. Esse autor principia por negar que o *animus* seja a possibilidade material de dispor da coisa, porque nem sempre o possuidor tem a possibilidade física dessa disposição. Por outro lado, por vezes será impossível provar o *animus*, porque se trata de elemento subjetivo. Em razão disso, a teoria de Jhering é dita *teoria do fato*. Para ele, o conceito de posse não é nem a apreensão física, nem a possibilidade material de apreensão. O importante é fixar o destino econômico da coisa. O possuidor comporta-se como faria o proprietário. O *animus* está integrado no conceito de *factum*. É o ordenamento jurídico que discrimina a seu arbítrio, sobre as relações possessórias, criando assim artificialmente a separação da chamada detenção jurídica relevante de outras situações não protegidas. De qualquer modo, após Jhering um ponto ficou definitivamente claro na doutrina da posse, qual seja, de que a distinção entre esta e a detenção não pode depender exclusivamente do arbítrio do sujeito (Gentile, 1965:11).

Há que se examinar em cada caso se o ordenamento protege a relação com a coisa. Quando não houver proteção, o que existe é a *detentio*. Como consequência, a posse deve ser a regra. Sempre

que alguém tiver uma coisa sob seu poder, deve ter direito à proteção. Somente por exceção o direito a priva de defesa, quando então se estará perante o fenômeno da (Arean, 1992:105). Ou seja, em cada caso deve ser examinado se a pessoa comporta-se como dono, existindo e . Quando no caso concreto prova-se que existe , e o ordenamento a exclui, ocorre uma , relação jurídica excludente da posse. Nesse sentido, devem ser lembrados dispositivos de nosso Código Civil que tipificam exclusão da posse em determinadas situações. A própria lei estabelece as , traçando perfil objetivo do qual não pode fugir o julgador.

Nesse sentido, o art. 487 de 1916:⁷

Mantendo o mesmo sentido, mas referindo-se expressamente ao detentor, redige o presente Código no art. 1.198:

Os Códigos conceituam nesses dispositivos o que se entende por ou , o qual possui relação com a coisa em nome do dono ou do verdadeiro possuidor. Como podemos perceber, nesse aspecto o ordenamento retira do sujeito os característicos de posse. Dentro da teoria objetiva esposada maiormente pela lei, ocorre a decantada , ou seja, uma . Na definição de Maria Helena Diniz (1991:33),

O detentor, ou fâmulos, nesse caso, não usufrui do sentido econômico da posse, que pertence a outrem. Nessa situação, colocam-se os administradores⁹ da propriedade imóvel; os empregados em relação às ferramentas e equipamentos de trabalho e segurança fornecidos pelo empregador; o bibliotecário em relação aos livros; o almoxarife em relação ao estoque etc. Desse modo, o conceito amplo de posse, descrito no art. 1.196, deve ser examinado não somente em consonância com a descrição dos arts. 1.198 ss, como também com a ressalva dos arts. 1.208:

O exame será do caso concreto, sendo por vezes tênue na prova e na intenção das partes a linha divisória entre atos de mera tolerância e posse efetiva. Nesse aspecto, torna-se inevitável o exame do

dos sujeitos pelo juiz. Aquele que transitoriamente apanha objeto para examiná-lo ou transportá-lo tem contato material com a coisa, pode ter aparência de posse, mas não tem posse. Não existe vontade nessa posse. Nesse aspecto, com clareza aduz Arnoldo Wald (1991:66):

Não apenas o detentor que legalmente exerce o aspecto material da posse não possui a proteção possessória, mas a degradação da posse mencionada também ocorre nas hipóteses de causas obstativas de aquisição de justa posse, em situações de apossamento violento, clandestino ou precário. Daí dizermos que a posse não pode ocorrer . Dispõe o art. 1.200:¹⁰

Por tais razões, no exame da posse no processo judicial, grande é a importância dos aspectos de fato circundantes da relação do sujeito com a coisa. Há um fator importante na posição do fâmulos, que foi ressaltado pelo parágrafo único do art. 1.198 do mais recente diploma, aqui transcrito. A ideia básica é no sentido de que quem inicia a detenção como mero fâmulos ou detentor não pode alterar por vontade própria essa situação e tornar-se possuidor. Para que o detentor seja considerado possuidor, há necessidade de um ato ou negócio jurídico que altere a situação de fato. Isso porque o fato da detenção da coisa é diverso do fato da posse. Por essa razão, como sufragado de há muito pela doutrina, mas por vezes obscuro nas decisões judiciais, presume-se que o fâmulos tenha-se mantido como tal até que ele prove o contrário. Essa modificação de , como apontamos, não depende unicamente da vontade unilateral do detentor. O administrador de uma propriedade não se torna proprietário ou possuidor se não prover um negócio jurídico que transformou sua condição jurídica.

Quando o detentor for demandado em nome próprio, o CPC de 1973 determinava que declinasse o possuidor ou proprietário para responder no processo, por meio do instituto da , modalidade de intervenção de terceiro.

O estatuto processual de 2015 simplificou a conduta, determinando que na contestação o réu indique a parte legítima, ficando facultada ao autor a alteração da petição inicial para substituição do réu (art. 338). Cuida-se de verdadeiro ônus do detentor ou fâmulos da posse, pois o estatuto processual dispõe no art. 339 que, quando o réu deixar de indicar o verdadeiro possuidor, conhecendo-o, responderá pelo pagamento de despesas processuais e prejuízos causados ao autor, na hipótese.

O ônus do detentor é indicar o verdadeiro possuidor. Se o autor da demanda recusar o nomeado, ou se este negar sua qualidade de possuidor (ou proprietário), a causa será decidida com a parte passiva originária. Provado, a final, ser o demandado mero fâmulos, a decisão será de extinção do processo sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva de parte (art. 485, VI, do CPC). O autor da causa assume

o risco no prosseguimento da ação contra o réu originário, que se diz mero fâmulos.

Em matéria possessória, as questões processuais com frequência estarão intimamente ligadas ao conceito material de posse em razão, primordialmente, de os interditos possessórios (ações possessórias) serem seus principais efeitos.

Atualmente, importa, no estudo da posse, desprender-se de posições extremadas. Essa compreensão leva ao exame com acuidade dos novos fenômenos jurídicos e técnicos surgidos após a enunciação das teorias clássicas. Há novas manifestações do direito de propriedade. Há novo sentido social da propriedade. Tudo isso deve efetivamente ser levado em conta no exame da posse.

Nosso ordenamento sobre posse repousa em grande parte, mas não exclusivamente, na corrente objetiva de Jhering, ao estatuir:¹¹

11

A posse é, enfim, a visibilidade da propriedade. Quem de fora divisa o possuidor, não o distingue do proprietário. A exterioridade revela a posse, embora no íntimo o possuidor possa ser também proprietário. Nessa mesma ideia, a posse seria nada mais nada menos do que espécie de posse à qual o ordenamento não concede proteção, ou uma modalidade de posse degradada ou diminuída. Nesse diapasão, assim Jhering (1959:59) faz sua proposição a respeito da proteção possessória:

Por essa razão, o vocábulo posse deve ser evitado sempre que estudamos a teoria pura da posse.

A superioridade da teoria de Jhering repousa exatamente na maior facilidade de distinguir-se a posse da detenção. Em princípio, toda situação material envolvendo o titular à coisa é posse, salvo se o ordenamento a exclui, quando então se considerará a situação como de mera detenção. Por conseguinte, pode ser concluído existir na detenção o posse, mas não o posse. Ou seja, o próprio ordenamento concede o balizamento ao julgador para, no caso concreto, concluir que o detentor tem a coisa sem a intenção de exercer poder material sobre ela.

Por vezes, no entanto, torna-se imperioso o exame do posse como ocorre na usucapião entre nós, em que do usucapiente examina-se a intenção de possuir como dono. O art. 1.238 dispõe sobre aquele que posse. Indubitavelmente, aqui existe ponto de contato com a teoria subjetiva, que leva sempre em consideração o posse. Também o exame da situação do fâmulos da posse, como vimos, enunciada pelo art. 1.198, obriga que se adentre no posse do sujeito. Por essa razão, sustenta-se que, embora o ordenamento nacional tenha adotado a teoria objetiva, abre válvulas para o exame subjetivo das características da posse, notadamente na posse posse, não ocorrendo adesão

servil do legislador à teoria objetiva da posse.

Em outras oportunidades, o próprio legislador presume ocorrer a posse, independentemente de qualquer ato consciente do titular, como ocorre na transmissão da posse dos bens do falecido a seus herdeiros. Pelo princípio da

(art. 1.784). O corrente Código substituiu os termos
, constantes do Código anterior, por simplesmente “ ”, sem que se perca a compreensão originária. Essa transmissão ocorre ainda que os herdeiros não saibam da morte do autor da herança. As exceções, como é curial acontecer, confirmam a regra geral: não há necessidade, como sustenta Savigny, de a cada caso ser analisada a vontade íntima do titular em relação à coisa.

Seguindo a tradição romana e dentro da teoria exposta por Jhering, adotada como regra geral em nosso Direito, enfoca-se a posse como um postulado da proteção da propriedade. Trata-se de complemento necessário do direito de propriedade. A proteção possessória, pelas vias processuais adequadas dentro do ordenamento, surge então como complemento indispensável ao direito de propriedade.

Vem de muito tempo a discussão acerca da posse dos direitos pessoais, isto é, não materiais. A princípio, o Direito Romano somente conheceu a posse de coisas como exteriorização do direito de propriedade. Somente as coisas corpóreas eram suscetíveis de posse. Posteriormente, os direitos reais limitados, como as servidões, foram merecendo a proteção possessória.

Com a espiritualização do conceito de posse, na Idade Média, houve momento no curso da História, no direito intermédio, em que se reconheceu a posse não apenas sobre as coisas apropriáveis, mas também sobre situações de estado (por exemplo, posse de estado de filho legítimo), a chamada posse de direitos pessoais, concedendo-se proteção possessória a ocupantes de funções públicas ou cargos eclesiásticos. Na Idade Média, a Igreja passa a sustentar a proteção possessória dos bispos, que com frequência eram expulsos de suas dioceses. A questão, pois, não se colocava na conceituação de
como sinônimo dos direitos obrigacionais, mas naqueles ligados à personalidade, honra, liberdade etc. No Direito brasileiro, a discussão ganhou viva voz na candente palavra de Ruy Barbosa, em episódio no qual professores da Escola Politécnica do Rio de Janeiro foram suspensos do exercício de suas funções por ato da presidência da República, no ano de 1896. O fato marcou importante estudo histórico acerca da matéria. O ingresso do mandado de segurança em nosso ordenamento, que serve precipuamente para amparar tais situações, veio colocar paradeiro à controvérsia.

Quando se protege a aparência de um direito real, protege-se inelutavelmente um direito, pois a propriedade e os demais direitos reais também são direitos. No entanto, quando a doutrina refere-se a essa chamada
, por tradição relacionada à discussão histórica, refere-se a direitos distintos dos direitos de propriedade e assemelhados.

(Wald, 1991:54).

Modernamente, portanto, em nossa jurisprudência, não sem alguma resistência, predomina a ideia de que é suscetível de proteção possessória tudo aquilo que puder ser apropriado e exteriormente demonstrado (Wald, 1991:43).

Como exemplo, hoje histórico, recorda-se a mencionada hipótese de linha telefônica, que teve importância no passado em nosso país, em face do seu valor de mercado. Não há possibilidade de defesa da posse contra a concessionária ou concedente dos serviços de telefonia ou assemelhados. Contudo, existem hipóteses nas quais sujeitos ameaçam o exercício manso e pacífico da linha telefônica concedida regularmente e de uso de outrem. Nessa situação, a exterioridade, a aparência de um domínio é evidente, merecendo a proteção possessória. Vejamos, por exemplo, a hipótese de alguém que tenha locado linha telefônica do usuário titular, como acessório de imóvel também locado ou não, pouco importa; e se vê ameaçado pelo locador da linha (que não a empresa concessionária) da supressão de sua utilização. A correta e mais recente tendência jurisprudencial é amparar possessoramente essas situações (ver julgado do Superior Tribunal de Justiça mencionado no Capítulo 1 desta obra, Recurso Especial nº 41.611-6; ali também foi transcrita disposição do art. 2.311 do Código Civil argentino, a qual determina a aplicação dos princípios de direito real).

Na linha telefônica, ou outras linhas assemelhadas para transmissão de dados, reconhece-se um direito real de uso de coisa móvel; portanto, passível de posse. Nesse sentido, a jurisprudência do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, ao reconhecer a possibilidade de usucapião de linha telefônica, que não diverge dos demais tribunais:

(623/187, no mesmo sentido, 476/89, 500/109 e 591/137).

Quanto à prescrição aquisitiva referente à linha telefônica (476/90, JTACSP 78/100, 91/22, 116/94). Essa orientação culminou com a Súmula nº 193 do Superior Tribunal de Justiça:

Em idêntica situação, colocam-se outras modalidades de uso de energia, como as televisões a cabo, transmissão de dados a distância, por exemplo. A proteção possessória nunca há de ser deferida contra o concedente do serviço, mas contra aqueles que turbam a utilização da linha telefônica, da televisão a cabo, dos dados transmitidos a distância etc. O Direito não pode ignorar as novas manifestações tecnológicas da era da informática. Desse modo, volta-se com nova roupagem ao mesmo tema que origina a proteção possessória: a posse é meio de defesa protetivo do poder físico e da utilização econômica da

coisa.

A esse respeito, manifesta-se Pontes de Miranda (1971:7), dizendo que não há direitos suscetíveis de posse.

Por essa razão, nosso Código apresenta vantagens em relação a outras legislações na conceituação do art. 1.196. Essa disposição não se refere aos direitos reais, mas a poderes inerentes ao domínio ou à propriedade:

algum dos poderes inerentes à propriedade. Com isso, o legislador trouxe para o mundo jurídico o fato da posse. Antes de entrar no mundo jurídico, a posse é apenas fato. Por essa razão, também se protege a posse de bens imateriais quando suscetíveis de uso e apropriação, como ocorre com a marca comercial e os símbolos que a acompanham (626/45).

Destarte, embora inexata a expressão , tem ela perfeita compreensão na doutrina. No entanto, deve ser afastada a ideia de que essas manifestações de domínio aqui exemplificadas ficam fora da proteção possessória, como errônea interpretação do tema poderia sugerir. Desse modo, como corolário da teoria objetiva da posse, há de ser concebido como todo aquele que no âmbito das relações patrimoniais exerça um poder de fato sobre um bem. Mas, em qualquer situação, a posse deve estampar uma exterioridade ou aparência. Sem esta, não há como defendermos a existência da posse, porque impossível torna-se o , porque não existirá o fato passível de posse. Por essa razão, não chegamos ao extremo de admitir a posse de um direito de crédito, por exemplo, como também não deferimos proteção possessória à manutenção de um cargo ou função pública, para cujo resguardo existem medidas específicas, distantes da noção possessória.

Não negamos, portanto, a proteção possessória a direitos incorpóreos.

(149:9997 de 5-8-91 – Rec. Esp. nº 7.196/RJ – Reg. nº 91.00000306-9 – Rel. Min. Waldemar Zveiter, 10-6-1991).

“Apelação – Imissão na posse – Improcedência – Duas cessões de direitos realizadas pelo mesmo compromissário comprador – Primeira transferência remonta ao ano de 2001 e justifica a posse de boa-fé da atual ocupante do imóvel – Segunda transferência realizada aos apelantes em 2008, cientes da posse exercida pela apelada – Requerida comprovou justo título, boa-fé e posse de mais de 5 anos a justificar a improcedência da ação – Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do TJSP – Decisão Mantida – Recurso Improvido” (– Ap 0005913-43.2009.8.26.0229, 31-3-2016, Rel. Egidio Giacoia).

“**Possessória.** Reintegração de posse e usucapião. Apelante que jamais exerceu a posse sobre o imóvel. Conjunto probatório que demonstra a posse longa dos apelados. Posse mansa e pacífica por mais de dez anos. Usucapião configurado – Recurso improvido” (– Ap 9089999-30.2008.8.26.0000, 7-7-2014, Rel. J. B. Franco de Godoi).

“**Apelação.** Ação de usucapião. Processo extinto, sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual. Inconformismo. **Posse mansa e pacífica** iniciada sob a égide do Código Civil de 1916. Aplicação do Novo Código Civil, que reduziu o prazo prescricional, porque não transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Prazo prescricional que deve ser contado a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Lapso temporal necessário à prescrição aquisitiva que pode se completar no curso da demanda. Precedentes deste Tribunal e do E. STJ neste sentido. Interesse processual configurado, no caso em tela. Afastamento da extinção do processo com resolução do mérito, com apreciação da questão de fundo, haja vista que a causa está madura, nos termos do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil. Autores que preenchem os requisitos do artigo 1.238 do Código Civil, especialmente o prazo estabelecido no parágrafo único deste dispositivo legal. Declaração da prescrição aquisitiva que é de rigor. Recurso provido” (– Ap. 0006579-36.2007.8.26.0028, 20-5-2013, Relª Viviani Nicolau).

“**Apelação cível** – Reintegração de posse – Esbulho – Ato de mera tolerância dos proprietários devidamente comprovado nos autos – Arguição de usucapião como matéria de defesa – **Posse precária inapta a constituir direitos** – Restituição de benfeitorias não comprovadas – Impossibilidade – Sentença mantida – Apelo improvido – 1 – Verificando-se que a continuidade da moradia do apelante no imóvel deu-se unicamente por mera permissão dos proprietários, situação da qual teve ciência desde o início, não há como reconhecer a propriedade pela aquisição por usucapião alegada pela parte apelante, mormente ante à inexistência do indispensável exercido sobre o bem. Deste modo, a posse do apelante sobre o imóvel é inapta a constituir o direito de propriedade alegado. 2 – Imprescindível a demonstração devidamente especificada das obras realizadas e dos gastos efetuados, a fim de quantificar os valores eventualmente devidos a título de ressarcimento de benfeitorias, o que não restou comprovado no decorrer da instrução probatória. Frise-se que, em face do encerramento desta fase processual pelo juiz monocrático, não houve qualquer insurgência pela parte promovida, de modo que inexistente o cerceamento de defesa alegado. 3 – Apelação conhecida e improvida. Sentença mantida ” (Acórdão 0035642-82.2006.8.06.0001, 22-6-2012, Rel. Ernani Barreira Porto).

“**Apelação cível** – Direito processual civil – Direito civil – Ação de reintegração de posse – Atos de esbulho – Requisitos do art. 927 do CPC – **Prova da posse** – Ausência – Art. 333 da lei adjetiva civil – Apelação conhecida e não provida – Sentença reformada quanto aos fundamentos – 1 – Cogita-se de apelação cível proposta em face da sentença, prolatada pelo Exmo. Juízo da 2ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte, que julgou improcedente o pleito da Ação de Reintegração de Posse requerido por José Alayer Lucas, fundamentado no fato de que a suposta esbulhadora era quem detinha os poderes inerentes ao domínio, detendo, portanto, justa posse. 2 – Para a maioria dos doutrinadores, a posse, conforme elucida Savigny, é fato e direito, haja vista que as consequências do fato dela advinda irradiam-se na esfera jurídica, e são estes efeitos que autorizam as suas inúmeras formas de proteção, dentre elas, a tutela da posse contra a turbção ou o esbulho. 3 – As ações possessórias visam a dirimir litígios relativos à posse e não quanto à propriedade, não se confundindo, portanto, com as ações petitórias. Para que seja interposta a ação de reintegração de posse mister se faz também a prova de outros requisitos essenciais, os quais estão estabelecidos no art. 927 do CPC. 4 – O autor não provou sua condição de possuidor, sendo que a escritura de compra e venda, acostada aos autos à fl. 06, malgrado indiciar o domínio do imóvel, ao ser emparelhado às outras provas trazidas à lume, não evoca qualquer tipo de posse exercida. Ao contrário, provou-se, na verdade, que a requerida detém a posse há muitos anos, sem que o autor sequer cogitasse estar a mesma praticando atos que viessem a macular o seu legítimo exercício de posse. 5 – Apelo improvido. Sentença reformada” (– Acórdão 0003470-45.2006.8.06.0112, 27-2-2012, Rel. Clécio Aguiar de Magalhães).

“**Civil** – Processo Civil – **Reintegração de posse** – **Melhor posse** – A reintegração de posse ajuizada com lastro na posse como estado de fato, sem que haja prova do domínio, resolve-se em favor de quem a detém de forma melhor e com melhor aparência” (Proc. 20080810096833 – (499454), 5-5-2011, Relª Desª Ana Maria Duarte Amarante Brito).

“**Ação reivindicatória** – Imóvel situado em extensa gleba de terras foi prometido à venda pela autora a uma associação, que parcelou o solo de modo irregular e alienou os lotes a adquirentes de boa-fé, entre eles a ré – Posse justa da requerida sobre o imóvel para efeito petitório, a obstar o acolhimento do pleito reivindicatório – Aplicação da teoria da aparência – Ademais, em face do inadimplemento contratual da associação adquirente, autora promoveu ação de cobrança, a qual foi julgada procedente e se encontra em fase de

execução – Impossibilidade de a requerente pretender exigir judicialmente o cumprimento do contrato pelo qual alienou o imóvel e, simultaneamente, reivindicá-lo nesta ação – Ausência de pagamento do preço, por parte do promitente comprador, abre ao promitente vendedor obrigação alternativa a seu favor: ou executa a prestação, ou resolve o contrato – Sentença que comporta única modificação, para excluir a condenação da autora às penas por litigância de má-fé – Decreto de extinção do feito sem julgamento do mérito mantido – Recurso parcialmente provido” (– Ap. 1009019-65.2014.8.26.0020,17-8-2015, Rel. Francisco Loureiro).

“Ação de reintegração de posse julgada procedente – Posse do autor derivada de direito dominial – Invasão do imóvel por várias pessoas integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST) – Alegação de cerceamento de defesa e ilegitimidade ativa – Pedido de perícia – Provas constantes dos autos que demonstram a posse do imóvel reintegrando – Desnecessidade de perícia – Preliminares afastadas – Análise dominial que escapa aos limites da ação possessória – Suficiência da comprovação do domínio e do ius possidendi do autor – Inexistência de justo título por parte dos réus – Ocupação indevida – Competência e instrumentos para promover o exercício do direito de propriedade como contribuição ao interesse coletivo pertencente ao Estado, pelo ente da União – Esbulho caracterizado – Presença dos requisitos legais do art. 927 do CPC – Sentença mantida – Recurso improvido” (– Ap 0004981-35.2014.8.26.0082, 30-3-2016, Rel. Miguel Petroni Neto).

“**Apelação** – Ação de reintegração de posse – Controvérsia acerca da posse derivada do direito de propriedade (). Réu que alega fato modificativo do direito do autor – Aquisição da propriedade do imóvel descrito na inicial – Sem, contudo, fazer prova nesse sentido. Sentença embasada no conjunto probatório, considerando a prova do exercício da propriedade e posse pelo autor e que denotam efetivas providências de quem está atento à defesa de sua propriedade. Litigância de má-fé. Situação não configurada , observados os limites razoáveis do direito de defesa. Recurso. Hipótese de conhecimento. Pedido de julgamento por órgão jurisdicional de hierarquia superior, com as razões do seu inconformismo, ainda que não o tenha feito em relação ao todo, mas apenas em parte. Admissibilidade. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ordem de reintegração mantida. Recurso desprovido” (– Ap. 0002862-90.2011.8.26.0637, 26-8-2015, Rel. Flávio Cunha da Silva).

“**Ação de imissão na posse. Juízo petitório** . Direito possessório. Discussão descabida. Comprovação da propriedade. Resistência do terceiro ocupante. Imissão na posse devida. Sentença mantida. 1) A ação de imissão na posse encontra-se dentro do juízo petitório, cujo objeto a ser tutelado é o domínio ou propriedade da coisa, podendo ser proposta pelo proprietário que nunca tenha exercido a posse em face daquele que se encontra no bem e resiste em entregá-lo. 2) Versando o feito sobre o direito de propriedade (), descabida se mostra qualquer discussão atinente à posse e seus desdobramentos () pelo terceiro que irregularmente encontra-se ocupando o imóvel. 3) Para que o pedido de imissão na posse, objeto do feito, resulte procedente, basta apenas que o autor comprove ter adquirido a propriedade da coisa e que não tenha ingressado no imóvel em razão da resistência do ocupante em lhe entregar voluntariamente o bem.

4) Comprovada a aquisição da propriedade do imóvel por escritura pública e registro na matrícula do imóvel, bem como a resistência da ocupante em entregar voluntariamente o bem, impedindo o adquirente de exercer a totalidade dos direitos inerentes à propriedade, correta se mostra a ordem de imissão de posse determinada na sentença. 5) Recurso conhecido e não provido” (Proc. 20131010004626 – (766048), 10-3-2014, Rel. Des. Luciano Moreira Vasconcellos).

“**Ação de reintegração de posse.** Pedido de danos materiais. Parcial procedência, determinando a reintegração de posse, mas sem condenar o réu ao pagamento de danos materiais. Apelação das partes. Diferenciação entre a posse baseada no ‘ (com prévio título real ou pessoal) e a posse baseada no ‘ (a simples posse, sem qualquer título anterior). Lide baseada no ‘ . Réu que afirma ser proprietário do imóvel em razão da usucapião. Elementos probatórios não aptos a inferir o decurso do prazo prescricional para a usucapião. Ausência de provas suficientes para a demonstração da posse baseada no ‘ , pelo réu. Doutrina. Súmula 487 do STF: ‘Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada’. Ausência de comprovação de prejuízo material por parte do autor art. 333, inc. I, do CPC. Sentença mantida. Recursos desprovidos” (– Ap. 0000838-93.2012.8.26.0010, 4-10-2013, Rel. Virgílio de Oliveira Junior).

“**Agravo de instrumento** – Ação possessória – Legitimidade passiva – Configuração – Decisão mantida 1) As legitimidades ativa e passiva se apuram a partir da afirmativa do autor de ter direito desrespeitado por quem indica como requerido. 2) As discussões acerca da propriedade, o , não se confunde com o , e estando a demanda fundada sobre a questão da posse, quem supostamente a esbulhou é parte legítima para compor o polo passivo da demanda. 3) Recurso conhecido e improvido” (– AI 20120020108842 – (606077), 1º-8-2012, Rel. Des. Luciano Moreira Vasconcellos).

“**Declaratória de posse** – Realidade fática – Demonstração – Exceção de domínio – Descabimento. **Pedido de reconhecimento de posse fundado no estado de fato, e não na existência de propriedade** – Recurso desprovido – Sentença confirmada – Nos termos

do art. 4º, do CPC, o interesse do autor pode limitar-se à declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica. Assim, restando demonstrado nos autos o exercício de fato, pela autora, de alguns dos poderes inerentes à propriedade, possível é o reconhecimento da sua posse sobre o bem, no tocante ao plano de existência – A circunstância de a requerente não ser proprietária do imóvel, nem, supostamente, sucessora do falecido proprietário, em nada interfere na pretensão declaratória de posse, fundada no estado de fato () – Que não se confunde com o juízo petitório, baseado no ” (– Acórdão 1.0684.07.001656-4/001, 11-5-2012, Rel. Eduardo Andrade).

“**Agravo de instrumento.** Ação de interdito proibitório. – I – Preliminar ofensa ao art. 526 do Código de Processo Civil inexistência de prejuízo ao insurgente juízo que profere decisão de manutenção da decisão atacada finalidade alcançada e prejudicial afastada. II – Interesse processual. Ausência de prova da propriedade. Irrelevância. Ação possessória por essência. III – Mero receio de moléstia decorrente de notificação extrajudicial incorrência demais elementos justificadores da ameaça. IV – Partes que detém, cada uma, instrumento público de doação dúvida quanto à validade dos documentos inviabilidade da discussão neste momento decisão mantida recurso desprovido” (– AI 0733952-4, 14-9-2011, Rel. Juiz Conv. Subst. Fabian Schweitzer).

“**Direito civil.** Posse. Morte do autor da herança. . Aquisição . Proteção possessória independente do exercício fático. Recurso especial provido. 1. Modos de aquisição da posse. Forma : Morte do autor da herança. Não obstante a caracterização da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção deste direito na forma do art. 1.572 do Código Civil de 1916, em virtude do princípio da , que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros, independentemente de qualquer outra circunstância. 2. A proteção possessória não reclama qualificação especial para o seu exercício, uma vez que a posse civil – decorrente da sucessão – tem as mesmas garantias que a posse oriunda do art. 485 do Código Civil de 1916, pois, embora desprovida de elementos marcantes do conceito tradicional, é tida como posse, e a sua proteção é, indubitavelmente, reclamada. 3. A transmissão da posse ao herdeiro se dá . O **exercício fático da posse** não é requisito essencial, para que este tenha direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho, tendo em vista que a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) dos bens da herança se dá , independentemente da prática de qualquer outro ato. 4. Recurso especial a que se dá provimento” (– Acórdão RESP 537.363, 20-4-2010, Rel. Min. Vasco Della Giustina).

“**Apelação cível. Ação de reintegração de posse.** Alegação de posse indireta. Requisitos do art. 927 do CPC. Não demonstração de posse anterior. Posse do acionado que não se mostrou precária e nem viciosa, tendo este exercido-a de forma direta desde fevereiro de 2007. Posse anterior e esbulho possessório não caracterizados. Impossibilidade de amparar a proteção possessória. Constituem pressupostos da ação de reintegração a prova da posse anterior e sua perda em razão do esbulho, o que não restou comprovado no feito, já que a prova constante no processo demonstrou não ter o requerente exercido a posse direta do bem antes do ingresso do requerido no mesmo. Inexistência de comprovação, nos autos, da perda da posse por esbulho praticado pelo demandado. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime” (– Acórdão Apelação Cível 2584/2009, 18-1-2010, Rel. Siqueira Neto).

“**Agravo de instrumento** – Permissão de uso – Benfeitorias – Possibilidade de suspensão da reintegração de posse de bem imóvel, enquanto pendente de julgamento demanda conexa, em que se discute a compensação das obras nele realizadas. Relação de prejudicialidade entre demandas – Princípio da boa-fé e da vedação ao enriquecimento sem causa – Decisão reformada. Recurso provido” (AI 2033948-45.2013.8.26.0000, 4-4-2014, Rel. Marrey Unt).

“**Apelação.** Ação de reintegração de posse. Esbulho caracterizado. Sentença de parcial procedência. Recurso. Elementos comprobatórios da configuração do esbulho. Falta de justo título e boa-fé. Recurso desprovido. 2. Adesivo (autora). Danos morais. Ausente nexo causal. Danos materiais improvados. Situação que espelha a reintegração possessória sem pleito indenitário. Sucumbência recíproca. Recurso desprovido. 3. Ambos os recursos desprovidos” (Ap. 0030189-43.2009.8.26.0196, 5-9-2013, Rel. Carlos Abrão).

“**Apelação** – Ação de interdito proibitório – Procedência – Prática de atos pela ré que inviabilizam a fruição do bem pelo atual proprietário do imóvel. Turbação caracterizada. Vícios da anterior alienação que não podem ser opostos ao adquirente subsequente. **Posse de boa-fé que deve ser protegida.** Ratificação dos fundamentos da sentença (artigo 252 do RITJSP/2009. Recurso improvido” (– Ap. 0104027-19.2009.8.26.0002, 23-8-2012, Rel. Miguel Petroni Neto).

“**Processual civil** – Embargos de terceiro – Compromisso de compra e venda não registrado – Proteção da posse (Súmula nº 84/STJ) – boa-fé presumida – 1 – O entendimento jurisprudencial assente na Corte é no sentido de que, ao adquirente de boa-fé é possível proteger sua posse imobiliária pelo manejo de embargos de terceiros, ainda que não tenha sido feito, como na hipótese em causa, o registro na serventia extrajudicial competente, cabendo-lhe apenas a prova por outros meios da aquisição anterior. Está em causa na hipótese, a disposição inscrita na Súmula nº 84 do colendo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes do TRF-1ª Região. 2 – No caso em exame presume-se a boa-fé do adquirente de imóvel – Que juntou aos autos compromisso particular de compra e venda celebrado em data

anterior à da citação no processo executivo. À embargada compete provar não ter sido realizado o negócio jurídico para comprovar alegação de fraude à execução. Não fora alegada a falsidade do documento e nem requerida a comprovação de pagamento do preço do imóvel ou de ter sido declarada a transação imobiliária em Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física. 3 – Nega-se provimento ao recurso de apelação” (– Acórdão 2000.01.00.069806-7/MA, 24-8-2011, Rel. Juiz Fed. Rodrigo Navarro de Oliveira).

“Agravamento de instrumento – Embargos de terceiro – Aquisição do imóvel após o ajuizamento de ação de anulação de negócio jurídico – Agravante que adquiriu imóvel sem requerer certidões dos distribuidores forenses. Prevalência do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 956943/PR, nos termos do art. 543-C do CPC, que concluiu que ‘a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; A má-fé se prova’ em casos análogos aos autos. Decisão do STJ que afirma não ser suficiente para o reconhecimento da má-fé do adquirente o mero fato de não haver solicitação de certidões dos distribuidores. Agravados deveriam comunicar o Registro de Imóveis a respeito do litígio envolvendo o bem, fazendo constar na respectiva matrícula o registro da ação judicial reipersecutória envolvendo o bem e em curso desde 2009, nos termos do art. 167, nº 21, da Lei nº 6.015/73. Agravante que promoveu o registro da compra na matrícula do imóvel dois dias depois de lavrar a respectiva Escritura Pública. Demonstração de sua boa-fé diante da ausência de registro indicativo da existência de ação relacionada ao bem em questão. Reconhecimento de que o agravante é adquirente de boa-fé e, com isso, deverá ser preservada a sua posse relacionada ao imóvel. Recurso provido” (– AI 2200945-47.2015.8.26.0000, 15-2-2016, Rel. Hamid Bdine).

“**Apelação** – Usucapião extraordinária – Autores que pretendem a declaração de domínio sobre pequena área, em curva, contígua à sua propriedade. Sentença de improcedência. Inconformismo dos autores. Não acolhimento. Suspeição alegada em razões de apelo e em petição protocolada após interposição do recurso, requerendo a anulação da sentença. É imprescindível o oferecimento de exceção para o reconhecimento da suspeição, no prazo de 15 dias, a contar do conhecimento do fato, sob pena de preclusão. Inteligência dos artigos 305 e 312 do CPC. Quanto ao mérito, reconhecida a ausência de prova por parte dos requerentes capaz de demonstrar o exercício da posse com pelo prazo prescricional aquisitivo. Atos de posse que foram praticados pelos autores mediante expresse consentimento do antigo proprietário da área usucapienda, enquanto a mesma não fosse vendida. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso” (– Ap. 9000009-78.2008.8.26.0048, 11-2-2015, Relª Viviani Nicolau).

“**Agravamento de instrumento** – Ação de sonegados em fase de cumprimento de sentença – Decisão que julgou parcialmente procedente impugnação apresentada pelo agravante – Pleito de reforma da decisão para o fim de que seja reconhecida a irregularidade da penhora, com inversão do ônus sucumbencial, afastando-se imposição de pena por litigância de má-fé – Decisão que reconheceu a regularidade da penhora efetivada nos autos sobre imóvel de propriedade dos coexecutados, que são irmãos – Impossibilidade de reconhecimento de usucapião em sede de impugnação – Posse exercida a título precário – Ausência de ‘animus domini’ – Verbas de sucumbência corretamente fixadas – Litigância de má-fé caracterizada – Comportamento do agravante que revela deslealdade processual, reputando-se razoável a sanção aplicada – Manutenção da decisão agravada. Nega-se provimento ao recurso” (– AI 2041838-35.2013.8.26.0000, 9-5-2014, Relª Christine Santini).

Agravamento de instrumento. Ação de imissão de posse. Imóvel arrematado pelo credor hipotecário em ação de execução contra devedor de cédula de crédito bancário e posteriormente vendido aos agravados. Alegação de ‘vício’ no domínio do imóvel. Inexistência. Decisão mantida. Recurso desprovido” (– AI 0002014-06.2013.8.26.0000, 10-5-2013, Rel. José Carlos Ferreira Alves).

“**Possessória.** Reintegração de posse. Comodato verbal por prazo determinado. Resistência na devolução do bem. Interversão na posse. Impossibilidade. Posse precária. Inteligência do artigo 1.202 do Código Civil. Sentença reintegratória que se mantém. Aplicação do art. 557, do CPC. Recurso que se nega seguimento” (– Acórdão Apelação Cível 2009.001.02095, 18-1-2010, Rel. Des. Leandro Ribeiro).

“Agravamento de instrumento – Execução Fiscal – Exceção de pré-executividade – Compromisso de compra e venda de imóvel – Registro no cartório imobiliário – não comprovação – Domínio que somente se transfere com o respectivo registro, nos termos do art. 1.245 do Código Civil – Repercussão geral da matéria sub judice – Julgamento definitivo do mérito do REsp nº 1.111.202/SP e do REsp nº 1.110.551 (de 18-6-2009) pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a legitimidade passiva tanto do possuidor do imóvel (promitente comprador) quanto do seu proprietário (promitente vendedor) pelo pagamento do IPTU – Recurso provido” (– AI 2221656-73.2015.8.26.0000, 6-4-2016, Rel. Henrique Harris Júnior).

“**Civil e processual civil** – Ação de reintegração de posse – Nulidade de pleno direito da venda a do imóvel objeto da ação pelo pai do requerente. Circunstância que invalida a posse exercida pelo apelado. Reconhecimento que não depende de ação própria. Matéria de ordem pública. Exegese do art. 168, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Ausência de posse do imóvel pelo requerente. configurada em razão de que ambos os litigantes não atendem os requisitos para a proteção possessória. Julgamento em favor do proprietário. Art. 2.035, , do CCB/2002. Proteção, não obstante, do adquirente de boa-fé. Retenção por

acessão. Pedido formulado na contestação. Possibilidade. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça Estado do Paraná. Precedentes do STJ. Valores indenizatórios a serem arbitrados em sede de liquidação. Procedência do pedido. Pedido indenizatório do autor. Inépcia. Imóvel, ademais, sem potencial econômico. Redistribuição da sucumbência. Recurso conhecido e provido em parte”. (— AC 1270084-2, 8-7-2015, Rel. Des. Vitor Roberto Silva).

“**Apelação.** Reintegração de posse. Sentença procedente. I – Comprovação de posse e do esbulho, requisitos essenciais para a tutela possessória, artigo 927 do Código de Processo Civil; II – Posse anterior não comprovada. Ausentes os requisitos do artigo 927 do CPC. Artigo 333, I, do Código de Processo Civil; III – Inadmitida nas ações possessórias (art. 926 ss. do CPC) a alegação de domínio (**exceptio dominii** art. 1.210, parágrafo 2º); Recurso provido, ação improcedente” (— Ap. 9264559-48.2008.8.26.0000, 18-12-2012, Relª Maria Lúcia Pizzotti).

“**Apelação cível** – Direito processual civil – Direito civil – Ação de reintegração de posse – Atos de esbulho – Comprovação – Presença dos requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil – Apelação conhecida e não provida – Sentença mantida – 1 – Cogita-se de apelação cível, proposta em face de decisão que julgou procedente o pleito inicial e, conseqüentemente, reintegrou a autora, ora recorrida, na posse do imóvel localizado à rua Pedro Melo nº 1150, no bairro Antônio Bezerra, Fortaleza CE, tendo em vista a ocorrência de esbulho, ocasionado por invasores, os quais edificaram parte do terreno, com obras que vinham se desenvolvendo até, mais ou menos, o ano de 2009. 2 – Para a maioria dos doutrinadores, a posse, conforme elucida Savigny, é, na verdade, fato e direito, haja vista que as conseqüências do fato dela advinda irradia-se na esfera jurídica, e são estes efeitos que autorizam as suas inúmeras formas de proteção, dentre elas, a tutela da posse contra a turbacão ou o esbulho. 3 – As ações possessórias visam a dirimir litígios relativos à posse e não quanto à propriedade, não se confundindo, portanto, com as ações petitórias. No caso dos autos, a autora provou sua condição de possuidora, demonstrando ter, de fato, a posse do imóvel objeto do litígio. 4 – Para que seja interposta a ação de reintegração de posse mister se faz também a prova de outros requisitos essenciais, os quais estão estabelecidos no art. 927 do CPC. Restou comprovada, por meio de documentos idôneos trazidos à lume, bem como por meio dos depoimentos das testemunhas colacionados, a presença dos tais pressupostos. 5 – A maior proximidade do Juízo singular com a causa permite uma melhor compreensão do litígio, em consonância com o princípio da imediatidade da prova. Assim, tem-se que o Magistrado de primeiro grau possui um maior contato com o processo e com as partes, podendo determinar, na busca da verdade real (art. 130, CPC), a produção de provas que entender imprescindíveis à elucidação dos fatos. 6 – Em nosso ordenamento jurídico prevalece o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos, mas sua apreciação não depende de critérios legais determinados . O juiz decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, art. 131 e 436). 7 – Apelação conhecida e desprovida. Sentença mantida” (— Ap 331077-12.2000.8.06.0001/1, 6-7-2011, Rel. Des. Clécio Aguiar de Magalhães).

“**Reintegração de posse** – por se tratar de bem público, os réus possuíam apenas **mera detenção** do bem – direito de usucapião – bem público que, por sua natureza, é insuscetível de prescrição aquisitiva, nos termos do art. 102 do Código Civil, e art. 183, § 3º da Constituição Federal – Ocupação indevida da área. Esbulho caracterizado. Ausência de provas aptas a demonstrar o tempo de ocupação do imóvel antes da aquisição pelo Município. Incabível o pedido de homologação de acordo quanto à indenização pelas benfeitorias, ante a inexistência de posse por parte dos réus. Preliminar de prescrição afastada. Ação principal julgada procedente e reconvenção improcedente. Sentença mantida. Recurso improvido”. (— Ap 0004538-30.2009.8.26.0189, 8-6-2015, Relª Leme de Campos).

“**Apelação cível** – Reintegração de posse. Bem público. Ocupação por particular que configura mera detenção e não posse. Por não se tratar de posse não há que se falar em indenização por benfeitorias introduzidas no imóvel. Sentença de procedência mantida. Recurso improvido” (— Ap. 0004973-16.2011.8.26.0615, 10-5-2013, Relª Maria Laura Tavares).

“**Administrativo** – Bem público – Uso de espaço em universidade – Reintegração de posse – UFRJ – Notificado o ocupante a retirar-se do local – e desatendida a intimação – É correta a sentença que determina, diante do esbulho, a reintegração de posse em espaço ocupado dentro da instituição de ensino, para exploração de serviço de reprografia. Permissão de uso de bem público, celebrada informalmente, de caráter precário e revogável a qualquer tempo. Não subsistente o interesse da Administração na permanência do réu, e escoado o prazo para que desocupasse o espaço, a permanência tornou-se irregular, mera detenção, que não gera efeitos possessórios, restando configurado o esbulho (art. 926 do CPC e art. 1.210 do CC). A alegação de função social da posse é desprovida de qualquer sentido quando nem posse há, não há função, e o social recai em detrimento da coletividade. Apelação desprovida” (— Acórdão 2009.51.01.014203, 9-7-2012, Rel. Guilherme Couto de Castro).

“**Reintegração de posse.** Ato de mera detenção. Notificação prévia. Desrespeito. Esbulho possessório caracterizado. Não apresenta conotação de posse o poder de fato exercido sobre bem imóvel por aquele que o conserva em nome de outrem decorrente de relação empregatícia, assim como não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância. A par disso, a notificação empreendida pelo detentor do domínio torna viciada a ocupação resistida, caracterizando o esbulho. Reconvenção. Indenização pelos serviços prestados e benfeitorias realizadas. Se os fatos alegados na reconvenção não guardam conexão com o fundamento jurídico do pedido da ação

principal, imperiosa sua improcedência” (– Acórdão Apelação Cível 2007.044520-5, 18-8-2010, Rel. Des. Sônia Maria Schmitz).

“**Apelação cível** – Posse (bens imóveis) – Ação reivindicatória – Antecipação de tutela – Imissão na posse – requisitos do art. 273 do código de processo civil presentes – O deferimento de tutela antecipada pressupõe o preenchimento dos requisitos dispostos no art. 273 do Código de Processo Civil. No caso, contém o pedido da parte autora prova inequívoca do direito e da verossimilhança de suas alegações, pois os elementos trazidos aos autos mostram-se suficientes ao fim de propiciar o reconhecimento do direito à imissão liminar na posse do bem, pois que presente prova escorreita da injustiça da posse da parte demandada. Ré que agia como mero fâmulos da posse, detendo o imóvel em virtude de vínculo de subordinação com o seu empregador. Notificação de desocupação do imóvel não observada. Recurso desprovido. Unânime” (– AI 70063062889, 16-7-2015, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá).

“**Ação de reintegração de posse.** Procedência decretada em primeiro grau. Hipótese em que, a prova pericial produzida pouco contribuiu para a elucidação fática da questão. O autor não se tratava de mero ‘fâmulos da posse’, mas sim era detentor da posse do bem em litígio. Tendo os réus no curso do processo praticado o esbulho na área maior, ocorreu fato modificativo do direito a influir no julgamento da lide. A reintegração de posse deve se dar sobre toda a área esbulhada pelos réus e não somente sobre aquela invadida quando da propositura da ação. Recurso dos réus não provido e apelo do autor provido” (– Ap. 9076330-70.2009.8.26.0000, 10-6-2013, Rel. Jurandir de Sousa Oliveira).

“**Direito civil e processual civil** – Apelação cível – Ação de reintegração de posse – **Relação de emprego** – Contrato de comodato verbal – Notificação judicial para desocupação do imóvel – Permanência – Esbulho caracterizado – Art. 1.198, , c/c art. 1.208, ambos do Código Civil. Mera detenção. Fâmulos da posse. Aplicação do artigo 927, do Código de Processo Civil. Pressupostos para o deferimento do pedido de reintegração de posse configurados. Dever de indenizar pelo tempo de permanência no imóvel de forma indevida. Art. 582 do CC. Valor a ser arbitrado em liquidação de sentença. Reforma do julgado. Recurso conhecido e provido. Decisão unânime” (– Acórdão 2011.003780-5 – (1-1409/2012), 30-8-2012, Rel. Juiz Conv. Henrique Gomes de Barros Teixeira).

“**Agravo de instrumento.** Ação de reintegração de posse. Decisão de primeiro grau que deferiu liminarmente a reintegração de posse. Requisitos do artigo 927 do CPC devidamente preenchidos. Impossibilidade de alegação de exercício de posse . **Fâmulos da posse.** Aplicação do artigo 273 do CPC. Recurso improvido. – 1 – Havendo verossimilhança das alegações da autora da ação de origem, ora agravada, quanto à sua posse; quanto ao esbulho praticado pelo agravante, e quanto à continuação do esbulho, mostram-se preenchidos os requisitos para a reintegração da posse. 2 – Não merece acolhimento, em sede de tutela antecipada de reintegração de posse, a alegação pelo réu de exercício da posse , quando há indícios de que ocupava a área na condição de fâmulos da posse. 3 – Após o advento da Lei 8.952/1994, que introduziu a tutela antecipada no sistema processual civil através do artigo 273 do CPC, é possível a concessão de liminar nas ações possessórias de força velha, desde que presentes os requisitos próprios do artigo 273 do CPC. 4 – Agravo de instrumento conhecido e improvido” (– AI 0859313-9, 21-5-2012, Rel. Des. Renato Lopes de Paiva).

“**Apelação cível** – Embargos de terceiro – Empregado – Posse precária – Inexistência de direito ao restabelecimento de posse – I – O empregado celetista, ou rural é mero fâmulos da posse e não detém o direito de buscar a proteção da posse via embargos de terceiros que é delegada ao proprietário, ou ao possuidor mediato por sua própria natureza. II – Apelo desprovido” (– Acórdão 28516-2010 – (99935/2011), 18-3-2011, Relª Desª Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa).

“**Direito civil.** Ação de usucapião extraordinária. Agravo retido. Testemunha suspeita. Posse. Ausência de posse com ‘animus domini’, mansa e pacífica. Requisitos não preenchidos. ‘accessio possessionis’. Inadmissibilidade. Mera detenção. Sentença mantida. Agravo retido e apelação não providos. 1. É inconteste a suspeição da testemunha que se diz amiga íntima de qualquer umas das partes. 2. Não se visualiza ‘animus domini’ na posse, quando a parte afirma em ação trabalhista anteriormente proposta, manter vínculo empregatício com o proprietário da área ocupada, a partir do que demonstram ter a mera detenção do imóvel, insuscetível de lhe gerar direito à usucapião. 3. Inexiste posse mansa e pacífica quando a posse e propriedade do imóvel é constantemente contestada por terceiros. 4. É inadmissível a ‘accessio possessionis’ para fins de usucapião quando o antecessor era mero detentor da área pretendida. 5. Não demonstrados os requisitos necessários a parte não faz jus à aquisição da propriedade de imóvel pela via da usucapião extraordinária. 6. Agravo retido e Apelação a que se nega provimento” (– Acórdão Apelação Cível 0.645.029-9, 4-8-2010, Rel. Des. Francisco Jorge).

“**Possessória.** Reintegração de posse. Bem imóvel. **Demanda proposta em face de mero detentor.** Posse exercida pela ex-nora do autor, que se vale dos serviços do réu, na condição de caseiro. Ilegitimidade passiva do fâmulos da posse. Sentença de improcedência mantida. Teoria da asserção. Análise das condições da ação segundo a afirmação da pertinência subjetiva com a lide. Precedentes do STJ. Recurso improvido” (– Ap. 0000731-20.2010.8.26.0495, 28-2-2013, Rel. Mario de Oliveira).

“**Civil e constitucional** – Usucapião extraordinária – Requisitos demonstrados – Prescrição aquisitiva – Configuração – Apelante –

Mera detentora da posse – Recurso recebido e improvido – Sentença mantida – A ação de usucapião é modo de adquirir o domínio da coisa ou de certos direitos reais pela posse continuada, mansa e pacífica durante certo lapso de tempo. Em se tratando de usucapião extraordinária, sua previsão legal encontra-se inserida no artigo 1.238 do Código Civil. , verifico que o autor logrou êxito em demonstrar a presença de todos os requisitos indispensáveis para a aquisição do domínio, uma vez que restou cabalmente comprovado nos autos a existência da posse mansa, pacífica e ininterrupta, sem oposição e com . Demais disso, o autor prova também o lapso temporal de mais de quinze anos, uma vez que o imóvel foi adquirido pelos genitores do falecido, através de Escritura Particular de Compra e Venda em 1º/10/1918, cujo período restou firmado diante dos depoimentos pessoais e testemunhais, comprovando a posse

. Quanto a alegada posse que a recorrente diz exercer sobre o imóvel usucapiendo, não antevejo amparo legal, uma vez que restou evidente que esta morou no referido bem como companheira do filho da recorrida, de cujo relacionamento adveio uma filha. Porém, após a morte do Sr. Amílcar, filho da Sra. Tereza Lima Gondim, a apelante permaneceu no imóvel por mera liberalidade da apelada, o que evidencia que nunca deteve a posse do bem, sendo apenas mera detenção ou fâmulo da posse. Portanto, a posse alegada pela apelante é frágil e precária, incapaz de assegurar o domínio do bem por meio da presente ‘actio’, uma vez que não caracteriza posse . Recurso recebido e improvido. Sentença mantida” (Acórdão 0000538-45.2007.8.06.0146, 17-7-2012, Rel. Váltsen da Silva Alves Pereira).

“Agravado de instrumento – Decisão interlocutória que indeferiu medida liminar de reintegração na posse de área urbana – Ocupação a título de comodato por tempo determinado – Formalização de notificação prévia depois de findo prazo – Injusta recusa da restituição da coisa no termo assinado – Esbulho configurado – Legitimidade da proteção possessória – Recurso provido”. (– AI 2218961-83.2014.8.26.0000, 9-4-2015, Rel. César Peixoto).

“Civil. Processo civil. Reintegração de posse. Esbulho. Art. 1.200 do CC. Ato ilícito. **Posse injusta. Má-fé.** Conhecimento do vício que impedia a aquisição da coisa. Benfeitorias. Ausência de provas. – O esbulho possessório não é apenas consequência de um ato de força ou ameaça contra a pessoa do possuidor, mas abarca também as situações em que a posse é subtraída por qualquer dos vícios objetivos enumerados no art. 1.200 do Código Civil, quais sejam, violência, precariedade e clandestinidade. – O inadimplemento do contrato realizado não autoriza o esbulho possessório, que constitui ato ilícito. Estando o recorrido inadimplente, deve o recorrente buscar resguardar seus direitos por via da ação própria para desconstituir o negócio jurídico e ser reintegrado na posse do bem, e não se valer do esbulho possessório. – A boa-fé ou má-fé não influencia no diagnóstico da posse injusta, mas somente tem relevo na discussão de benfeitorias, frutos e prazo da usucapião. Apesar de o Código Civil conferir direito de indenização das benfeitorias necessárias tanto ao possuidor de má-fé quanto ao possuidor de boa-fé, como forma de desprestigiar o enriquecimento sem causa, no caso não restaram comprovadas a realização de benfeitorias. – Não se pode invocar a função social da posse como justificante do ato de esbulho praticado. – Recurso conhecido e desprovido. Agravo retido prejudicado” (– Acórdão Apelação Cível 2009.08.1.007966-0, 31-5-2012, Rel. Des. Gislene Pinheiro).

“Civil e processual civil – Ação reivindicatória – **Melhor título** – Registro no cartório de imóveis recurso a que se nega provimento – 1 – O título de domínio regularmente registrado no cartório de Imóveis é prova suficiente para demonstrar a aquisição da propriedade imóvel e justifica a ação reivindicatória. 2 – Resolve-se, de regra, a ação petitória em favor do legítimo proprietário, mediante a comprovação de domínio da área litigiosa, da sua correta individualização e, ainda, da prova da posse injusta exercida pelo réu sobre o imóvel questionado. 3 – A posse injusta que enseja a propositura da ação reivindicatória, não se confunde com a posse violenta, clandestina ou precária a que se refere o art. 1.200, do atual Código Civil Brasileiro, mas consubstancia aquela sem título, ou seja, sem a causa jurídica. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 4 – Recurso a que se nega provimento” (– Ap. Cível 0000104-39.2011.8.03.0004, 28-5-2012, Rel. Juiz Conv. Eduardo Freire Contreras).

“Civil e processual civil – Ausência de boa-fé e precariedade da posse – Manutenção – Impossibilidade – 1 – Segundo o art. 1.208 do CC, não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância. 2 – Posse justa é aquela que não é violenta, clandestina ou precária (art. 1.200 do CC) e é de boa-fé quando o possuidor ignora o vício ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa (art. 1.201 do CC). 3 – Hipótese em que a demandante não faz jus a ser mantida na posse, quando esta é precária (imóvel retido indevidamente quando reclamado) e não se verifica a sua boa-fé (há ciência inequívoca do obstáculo que impede a interessada de adquirir a coisa). 4 – Apelação improvida” (– Acórdão 2008.81.00.010321-0 – (473814/CE), 19-9-2011, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel).

“Agravado de instrumento – Ação de reintegração de posse – Juíza que, após a audiência de justificação prévia, deferiu a reintegração liminar. Insurgência do réu. Nulidade da decisão por suposta violação ao devido processo legal. Inocorrência. Juridicidade das medidas liminares há muito chancelada no direito brasileiro. Efetividade das decisões judiciais que não seria alcançada sem o expediente das tutelas prévias à angularização da relação processual. Aplicação do art. 928 do Código de Processo Civil. Tutela possessória e garantia constitucional da propriedade. Distinção do poder de fato em face do poder de direito. Estreitos limites cognitivos da demanda que repousa no exercício fático da titularidade (exteriorização da propriedade segundo a).

Alegação de ‘fidúcia’, ‘liberalidade’ e ‘comodato verbal’ que não encontram, pelo menos por ora, respaldo nos autos. Caso concreto em que, apesar da propriedade do imóvel continuar em nome do agravante, há elementos que corroboram a venda do bem em favor dos agravados. Exordial que foi instruída com minuta de contrato com anotações de próprio punho do agravante. Recorrente, aliás, que inclusive reconheceu a alienação do imóvel em notificação extrajudicial. Por outro lado, recorridos que comprovaram o exercício fático da sua titularidade (contratação de serviços de vigilância, locação do imóvel, realização de benfeitorias e pagamento da taxa de ocupação e do IPTU) que remonta ao ano de 1999. Alegação de preclusão da valoração da prova rechaçada. Despacho inicial que designou a audiência de justificação prévia que não tem o condão de influir nos seus fundamentos. Afastamento, a seu turno, da suspeição sobre a prova documental e oral. Depoimentos colhidos na audiência que corroboraram a posse e o esbulho perpetrado (ocupação de terceiros do imóvel no final de 2013 com a autorização do agravante). Força nova igualmente demonstrada. Medida liminar reintegratória devida. Manutenção da decisão recorrida que se impõe. Irresignação desprovida”. (– AI 2014.034306-8, 25-5-2015, Relª Desª Rosane Portella Wolff).

“Reintegração de posse. Discussão a respeito da posse anterior. Inépcia da inicial. Impossibilidade. Sentença cassada. Na esteira do artigo 926 do Código de Processo Civil, a tutela possessória pleiteada em ação de reintegração de posse só é devida quando o requerente comprova a sua posse anterior e o esbulho realizado pela parte ré. – A posição majoritária da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro (art. 1.196, do Código Civil) adotou a concepção de posse desenvolvida por Ihering, de maneira que a posse compreende o exercício de fato de um ou alguns dos poderes inerentes à propriedade, não podendo a pretensão possessória ser proposta com base apenas em título de propriedade. – Sendo realizada a emenda da inicial, na qual a parte autora esclarece que exerce o poder de fato sobre o imóvel objeto da lide e que, diante do alegado esbulho perpetrado pelos réus, pretende a reintegração de posse, não há que se falar em inépcia da inicial, razão pela qual deve ser cassada a r. sentença objurgada” (– Acórdão Apelação Cível 1.0433.09.311916-5/001, 19-5-2012, Rel. Des. Lucas Pereira).

“Apelação cível – Reintegração de posse – Esbulho e posse anterior não demonstrados – Exegese do inciso II, do artigo 927, do CPC e mácula ao artigo 333, I, do mesmo **Posse estado de fato – Teoria objetiva Jhering –** Prova testemunhal conclusiva –

mantido – Recurso conhecido e improvido – Para a procedência da ação possessória necessário que interessado comprove a sua posse; A turbação ou o esbulho praticado pelo réu; A data da turbação ou do esbulho e a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; A perda da posse, na ação de reintegração. ‘É do autor o ônus de provar a sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data da moléstia e, em razão desta, a perda da posse; do contrário, ausente um ou mais dos requisitos legais engastados no artigo 927 do Código de Processo Civil, impõe-se a improcedência do pleito reintegratório’ (Des. Luiz Carlos Freyesleben) (Apelação Cível nº 2006.042975-8, de Capital. Relator: Fernando Carioni)” (– Acórdão 2011.093430-3, 28-3-2012, Rel. Juiz Saul Steil).

“Direito civil – Ação de reintegração de posse – Conexão com manutenção de posse – Liminar de reintegração deferida – Nulidade da decisão – Ausência de fundamentação – Parcialidade – Inexistência – Proteção possessória – Requisitos – Comprovação da posse – **Teoria objetiva –** Turbação – Posse nova – Continuidade da posse – Manutenção deferida – Provimento – 1 – Não se exige que o juiz faça expressa referência a todas as provas apresentadas, mas sim que a decisão parta de uma motivação lógica e racional, decorrente da apreciação de todo contexto fático probatório constante nos autos (princípio da persuasão racional). 2 – A confrontação de depoimentos, por si só, não importa em parcialidade do juiz. 3 – A norma do art. 1.196 do Código Civil, inclina-se pela teoria objetiva de Jhering, de modo que se torna necessária a comprovação do efetivo exercício da posse, como exteriorização do domínio, para ensejar a medida de manutenção ou reintegração de posse. 4 – Demonstrada a posse do agravante, assim como a turbação, a menos de ano e dia, e a continuidade na posse, torna-se imperativa a revogação da liminar de reintegração concedida em favor do agravado, com a concessão da liminar de manutenção do agravante na posse do bem, como pleiteado na inicial dos autos conexos. 5 – Agravo de instrumento a que se dá provimento” (AGI 0701573-6, 3-2-2011, Rel. Juiz Conv. Subst. Francisco Jorge).

V. Súmula nº 193, do STJ.

4

CLASSIFICAÇÕES DA POSSE

4.1 POSSE DIRETA E INDIRETA

☐ **Caso 2 – Posse indireta – Composse**

Como decorre dessas disposições, possuidor indireto é o próprio dono ou assemelhado, que entrega seu bem a outrem. A tradição da coisa faz que se opere a bipartição da natureza da posse. Possuidor direto ou imediato é o que recebe o bem e tem o contato, a bem dizer, físico com a coisa, em explanação didática simplificada. Ocorre um desdobramento da relação possessória. Foi solução encontrada pela lei para contornar situação em que o simples exame do animus e do corpus mostrou-se insuficiente. São consideradas duas posses, paralelas e reais: a direta ou imediata de quem temporariamente, por força de ato ou negócio jurídico, a exerce, e a indireta ou mediata do titular da coisa, do

Duas ou mais pessoas podem possuir a mesma coisa, com vontade comum, ao mesmo tempo. Assim como existe o condomínio, existe a composse, pois esta é a manifestação de aparência da propriedade, conforme vimos. Essa composse pode ocorrer, como deflui do que já foi

exposto, tanto na posse imediata como na posse mediata.

4.2 COMPOSSE

4.3 POSSE JUSTA E INJUSTA. POSSE VIOLENTA, CLANDESTINA E PRECÁRIA

4.4 POSSE DE BOA-FÉ E DE MÁ-FÉ. JUSTO TÍTULO

4.5 PRINCÍPIO DE CONTINUIDADE DO CARÁTER DA POSSE

4.6 POSSE *AD INTERDICTA* E POSSE *AD USUCAPIONEM*. POSSE NOVA E POSSE VELHA

5

AQUISIÇÃO, CONSERVAÇÃO, TRANSMISSÃO E PERDA DA POSSE

Para a compreensão do fenômeno da aquisição da posse, é fundamental a compreensão de seu conceito. Já perpassamos a dificuldade e diversidade da doutrina em conceituá-la. Sem recorrermos novamente à dicotômica compreensão das teorias objetiva e subjetiva da posse, e suas nuances, para fins práticos a aquisição da posse deve partir de um ato de vontade ou, às vezes, da lei. Somente a pessoa, natural ou jurídica, é sujeito de direitos e obrigações. Somente a pessoa, por seu ato de vontade, pode possuir, assim como pode ser proprietária. É o ato de ciência ou consciência do sujeito criador do estado de aparência que, circunstancialmente, surge aos olhos da sociedade como relação de posse. A segurança da posse repousa, como vimos, na proteção que o ordenamento concede a esse estado de fato.

Para Savigny, a aquisição da posse depende de um ato físico (), juntamente com um ato de vontade (). Justifica que nem sempre esse ato físico necessita ser de ordem material; pode ser ficto, isto é, pode existir posse sem o contato material com a coisa, como o recebimento de imóvel, simbólico, com a entrega da chave.

Jhering procurou afastar a ideia de necessidade de contato físico com a coisa, sustentando ser isso relativo. Nem sempre há posse com a presença ou o contato físico do possuidor. Defendeu o autor que a origem da posse não tem a mesma importância da origem da propriedade. Como a posse é estado de fato, incumbe provar sua existência para caracterizá-la. Para a propriedade, sendo direito, é essencial fixar o momento de sua aquisição. Na posse, apenas circunstancialmente e para fixar alguns efeitos ressaltará de importância o momento de sua aquisição. Como a posse é aparência, esta é, na maioria das vezes, facilmente perceptível pelo corpo social. Tendo aparência de propriedade, verifica-se em cada caso se o sujeito comporta-se como se proprietário fosse. Já estudamos a situação da detenção, resolvida por nosso legislador no tocante ao fâmulos. A detenção é relação material com a coisa na qual falta o comportamento do sujeito como proprietário, ou quando a lei entende que a situação de fato não deve caracterizar posse, relação protegível pelos interditos.

O art. 493 do Código anterior detalhou três situações de aquisição da posse, as quais sempre guardarão interesse doutrinário. Adotada a teoria de Jhering como regra geral no Código, não se sustenta

a necessidade da descrição casuística desse dispositivo, não originário do projeto de Clóvis, mas proveniente de emenda da Câmara. Dispunha:

Como acentua Darcy Bessone, em face da teoria objetiva, esse dispositivo seria desnecessário, pois, segundo Jhering, a aquisição da posse resulta apenas da circunstância de ser fixada uma exteriorização da propriedade (1988:279). A vontade de ter a coisa para si, como descrito, resulta do comportamento do agente. Toda vez que se evidenciar essa situação de fato, existirá posse. O Código de 1916, porém, preferiu particularizar situações de aquisição. No entanto, essa enumeração, além de redundante, não é taxativa, pois aquisição de posse haverá sempre que presentes os estudados pressupostos de fato, independentemente de tipificação legal. Orlando Gomes (1983:48) justifica com clareza a posição legislativa:

Não devemos esquecer que esse dispositivo mandava aplicar à aquisição da posse a teoria dos negócios jurídicos, ao referir-se aos arts. 81 a 85. Como não poderia ser diferente, toda teoria da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos, nulidades e anulabilidades, por nós estudada na obra de teoria geral, aplica-se não somente à aquisição, mas também aos atos de manutenção e perda da posse.

O Código de 2002 atendeu aos reclamos da doutrina e enunciou o princípio de aquisição da posse de maneira lapidar, no art. 1.204, de acordo com a singela noção de posse:

A dicção da mais recente lei guarda perfeita sintonia com o conceito de posse do art. 485, redação mantida no diploma em vigor em seu art. 1.196. Há, no entanto, outra redação sugerida pelo Projeto nº 6.960/2002, a esse art. 1.204:

Essa versão tem a ver com o conceito de posse útil, conforme referimos no Capítulo 4.



A apreensão consciente da coisa importa em posse. Pode decorrer de ato ou de negócio jurídico, bem como de disposição de lei, em que, neste último caso, não se revela clara, mas presumida, a ciência do sujeito (veja a posse dos herdeiros transmitida com a morte do autor da herança).

Tal como o domínio, a posse pode ser adquirida de modo originário ou derivado.

É a posse que ocorre sem qualquer vinculação com possuidor anterior. Cuida-se da ocupação da coisa, apropriação de seu uso e gozo. O ato do agente é unilateral. A aquisição unilateral realiza-se pelo exercício de um poder de fato sobre a coisa, no interesse daquele que o exerce.

É a posse quando decorre de transmissão da posse de um sujeito a outro. Há um ato ou negócio jurídico bilateral (compra e venda, depósito, comodato etc.). No caso de morte, pelo princípio da , a aquisição derivada decorre da lei. Também é posse derivada da lei, por exemplo, a dos frutos que caem em meu terreno, provenientes de árvore do vizinho (art. 1.284). Por ato entre vivos decorre da vontade das partes, como a tradição, a entrega da coisa, a deslocação.

É importante essa distinção entre posse e . Quando a aquisição é originária, não havendo vínculo com possuidor anterior, a posse apresenta-se despida de vícios para o novo possuidor. Se o possuidor recebeu a posse de outrem, derivada portanto, as mesmas características lhe são transferidas, ou seja, com os vícios ou virtudes anteriores. Trata-se de aplicação da regra do art. 1.203.¹

É importante distinguir, sempre, a situação típica de posse daquelas de simples detenção, desmerecedora de proteção jurídica possessória. O termo , estampado na lei, deve ser entendido dentro do conceito de posse. Assim como pode haver mera apreensão material sem posse: pego um objeto para simplesmente examiná-lo, pode ocorrer posse sem apreensão: transfiro a posse por contrato e autorizo o adquirente a apanhá-la no local onde se encontra dentro de certo prazo. Para a posse, há necessidade da vontade e da consciência de apropriar-se da coisa. Para que o servidor da posse, fâmulos, torne-se possuidor, não basta sua vontade, há necessidade de ato ou negócio jurídico.

Se a apreensão da coisa é facilmente perceptível nas coisas móveis, o fenômeno não pode ser o mesmo com os imóveis. No caso dos imóveis, a ocupação da coisa será possível na origem da posse, por exemplo. A herança é considerada imóvel por disposição legal (art. 80, II) e sua transmissão independe do conhecimento do herdeiro, o possuidor, embora possa posteriormente renunciá-la. Destarte, no imóvel nem sempre ocorrerá evidente apreensão material. Pode ocorrer que simples direitos possessórios sejam transferidos por contrato. Nessa hipótese, basta o pacto para transmitir a posse, não havendo necessidade de apreensão material. Por outro lado, pode ser transferida a propriedade, sem que a posse o seja, ou porque assim não deseja o alienante, ou porque essa posse pertence a terceiros.

Como vimos, pode ser passível de posse não somente a coisa, mas também a exteriorização do exercício de um direito. Como regra geral, tudo o que pode ser utilizado pode ser objeto de posse. É suscetível de proteção possessória tudo aquilo que puder ser apropriado e exteriormente demonstrado (Cap. 3, seção 3.4). O exercício do direito é o poder de usá-lo e gozá-lo. Na realidade, quem exerce direito sobre a coisa já exerce a posse. O locatário adquire a posse da coisa locada quando recebe a coisa. O usuário de linha telefônica, como enfatizamos, exerce o direito perante terceiros quando lhe é franqueada a utilização pela concessionária do serviço.

5.1.1.1 Modalidades de Tradição

A tradição é, pois, modo derivado de apossamento da coisa. A tradição efetiva ocorre quando materialmente a coisa é deslocada para a posse de outrem. Tem, portanto, conteúdo físico. Tradição significa entrega. Há tradição quando uma pessoa voluntariamente entrega uma coisa à outra que voluntariamente a recebe (art. 2.377 do Código Civil argentino). Distinguem-se a tradição física, a simbólica e a documental.

É a tradição física também a tradição referida pelas fontes como tradição real, segundo a qual o transmitente da posse leva o adquirente a um local do imóvel que está entregando, mostrando-lhe e apontando-lhe a área e seus limites. Aplica-se às situações em que o transmitente está presente e indica a coisa, suas pertencas e extensão. O objeto é mostrado e posto à disposição do adquirente.

Na tradição simbólica, ou tradição por atos, a entrega da coisa é traduzida por atitudes, gestos, conduta indicativa da intenção de transferir a posse. A entrega das chaves de imóvel é exemplo característico.

Orlando Gomes (1983:48) denomina de tradição documental duas modalidades clássicas de tradição, em que não ocorre a transferência real da posse. Trata-se da tradição por procuração e o tradição por escritura pública, formas interessantíssimas e de corrente uso na prática. Nessas modalidades de tradição haverá uma alteração do modo de possuir.

Na tradição por procuração, quem possuía em nome alheio passa a possuir em nome próprio. O locatário adquire a coisa locada. Sua posse de locatário, direta e imediata, transforma-se em posse de proprietário, posse plena (ou simplesmente posse).

No (art. 494, IV do Código de 1916), o possuidor em nome próprio altera seu e passa a possuir em nome de outrem. O Projeto nº 6.969/2002 volta a mencionar o constituto possessório no art. 1.204, como vimos. A compreensão desse instituto é fundamental para várias situações jurídicas. É o exemplo do proprietário que aliena a coisa e continua em sua posse como locatário. De posse plena de proprietário, passa a ter a posse imediata de locatário por exemplo. A chamada cláusula não se presume. As partes devem ser expressas a esse respeito.

Na tradição e no constituto possessório, não ocorre exteriorização da tradição. Existe somente inversão no do sujeito. Há uma modificação subjetiva na compreensão da posse pelos sujeitos envolvidos. Aplicam-se tanto aos móveis, como aos imóveis.

Devemos ter cautela com a equivocidade do termo . O vocábulo na lei não tem o significado vulgar e também jurídico de abrir mão, perder. O termo é usado para determinar o uso da coisa. Nesse sentido, a possibilidade de dispor da coisa ou do direito é mais uma manifestação da aparência de propriedade. Está contido na noção de domínio – – ().

(Lopes, 1964:157). Após o início do poder fático sobre a coisa, continua-se, permanece-se no mesmo estado, utilizando-se da coisa. Quem é apenas proprietário e não possuidor, e aliena a coisa, não dispõe nem dá destino à posse que não exerce. Quem adquire a posse da coisa já adquire também o poder de exercê-la.

Quem perdeu a coisa e desistiu de procurá-la perde definitivamente a posse sobre ela. Enquanto o perdente busca e utiliza meios de localização da coisa, mantém intacto seu poder de fato sobre ela (Miranda, v. 10, 1971:150 ss).

Por seu lado, quem acha coisa perdida deve restituí-la ao dono ou legítimo possuidor. Se isso não for possível, deve entregá-la à autoridade competente (art. 1.233).³ No entanto, quem acha tem posse enquanto não entrega a coisa, a qual, inclusive, pode ser sem dono (), ou abandonada (), o que pode legitimar inclusive o domínio. Se o achador está de má-fé, evidente que sua posse será injusta e viciosa. Aquele que se apossa de coisa sem saber que era perdida tem posse.

A doutrina entende que bastava essa regra geral do inciso III do art. 493 do Código anterior para especificar as modalidades de aquisição da posse. Esse inciso engloba na verdade os anteriores. Serve-nos e sempre servirá de norte. Qualquer que seja a natureza da posse, originária ou derivada, examina-se a origem. Entende-se que a posse pode ser obtida por qualquer forma lícita. Pressupõe justa causa, justo título, a abertura da herança na posse dos herdeiros (aquisição) e o contrato () na posse do adquirente.

Na maioria das vezes, teremos um negócio jurídico. Aplicam-se as regras que regem os negócios jurídicos em geral e sua respectiva doutrina (arts. 104 a 114). Devem ser examinados os requisitos de existência, validade e eficácia do negócio jurídico. Sempre há que se avaliar se a situação fática de aquisição é permitida pelo ordenamento. A posse, por exemplo, pode até independe de boa-fé, pois há hipótese autorizada por lei.

Somente a pessoa é sujeito de direitos e obrigações. Desse modo, o estado de posse somente pode ser defendido pelos sujeitos, pela pessoa ligada à coisa.

Dispunha o art. 494 do Código de 1916:

Esse dispositivo legal não apresentava maior utilidade que não a de colocar na lei a possibilidade do constituto-possessório já examinado.

O vigente Código sintetiza as mesmas hipóteses no art. 1.205, não mais se referindo ao constituto-possessório, que nem por isso deixa de existir e ser bastante utilizado:

Nunca se duvidará que a pessoa interessada pode adquirir a posse, por seu representante, seja essa representação legal ou convencional (veja nosso estudo a esse respeito na obra, Capítulo 19). Nos casos de representação legal, o representante age por força de lei; na representação voluntária ou convencional, existe acordo de vontades declinado pelo mandato. O Código, ao citar o procurador ao lado do representante, foi redundante porque o fenômeno da representação é uno. A procuração é instrumento da representação voluntária. O legislador, porém, desejou espantar dúvidas.

O possuidor ou representante podem adquirir tanto a posse imediata, como a posse mediata, não havendo proibição na lei ou na convenção. O locador pode alienar a coisa alugada, transferindo a posse indireta. Da mesma forma, o locatário pode ceder sua posição contratual, transferindo a posse imediata.

Nada obsta, por outro lado, que o menor adquira a posse por ato seu, pois o fato da posse independe da capacidade. O fato da posse preexiste ao direito. Existe no mundo natural. A apreensão da coisa

caracteriza-o. Parece que a intenção do legislador foi apenas enfatizar que a posse também pode ser adquirida em nome e por ordem de terceiros, até mesmo sem mandato, havendo posterior ratificação. No caso concreto é que se examinará se este terceiro agiu por conta e ordem de outrem ou em nome próprio. Examinar-se-á se o terceiro recebeu incumbência de outrem ou com este tem vínculo jurídico que possibilite a aquisição da posse. O nuncio pode ter essa função: peço a alguém que apanhe ou adquira um objeto para mim. O gestor de negócios também aí se coloca, merecendo seus atos a ratificação posterior. O gestor age em nome de outrem, sem mandato, sem ter recebido qualquer incumbência nesse sentido. É imprescindível a necessidade de ratificação na ausência de mandato, porque não pode ser dispensada a vontade daquele em favor de quem é adquirida a posse. Essa confirmação retroage ao momento da aquisição da posse e tem os mesmos efeitos da representação voluntária.

O constituto-possessório, como técnica de aquisição derivada de origem romana, colocado ao lado e ao inverso da _____, como modificação do _____ do possuidor, já foi examinado (seção 5.1.1).⁴

A transmissão da posse (assim como da propriedade) pode ocorrer a _____ ou a _____.

A transmissão a título universal ocorre quando se transfere uma universalidade. É característica da sucessão _____. O herdeiro é sucessor universal porque sucede em uma universalidade uma quota-parte da herança, uma fração não individualizada. Veja-se o que dissemos a respeito do conceito de coisas coletivas e universalidades na obra introdutória ao Direito Civil (_____, seção 16.7). Nada impede que em certas situações ocorra por ato entre vivos uma transmissão universal: quando se transfere, por exemplo, um estabelecimento comercial, que igualmente se constitui universalidade. Destarte, não é correta a afirmação de que na transmissão universal transfere-se todo o patrimônio. Essa afirmação deve ser vista com reservas, assim como afirmar-se que somente ocorre na sucessão hereditária.

A transmissão a título singular ocorre quando se transfere um bem ou bens determinados e individualizados. É o que sucede negocialmente _____. Na sucessão _____, também existe transmissão singular quando no testamento se institui legatário: este recebe coisa certa e determinada entre os bens da herança. Em geral, mas não exclusivamente, a transmissão entre vivos é a título singular.

Sobre a matéria estampa o art. 1.206:

O art. 1.207 dispõe:

Nessas dicções legais, parece que a intenção do legislador foi assimilar o conceito de sucessor universal ao herdeiro. O sucessor universal continua a posse do antecessor. Desse modo, se a posse do autor da herança era viciada, continuará viciada com o herdeiro. Tal situação pode levar a iniquidades. Essa postura legislativa, repetida também no presente Código, é bem criticada por Sílvia Rodrigues (1984:42) em nota ao comentário do artigo:

O art. 1.206 estende os mesmos efeitos aos herdeiros e legatários, embora estes últimos sucedam a título singular. Preferiu o legislador tratar ambos da mesma forma, talvez porque a origem comum seja a transmissão .

Por outro lado, no tocante ao adquirente singular, este poderá unir sua posse à do antecessor, se lhe for conveniente. Se recebe posse boa de oito anos, basta a posse de mais dois anos para a usucapião ordinária (art. 1.242). Se receber posse viciada, ser-lhe-á adequado iniciar novo lapso possessório, livrando-se assim da mácula.

Conservação e perda da posse são fenômenos paralelos e indissociáveis. É evidente que a continuidade da posse, como situação de fato, depende de ela não ter sido perdida. Mantém-se na posse, dentro da concepção objetiva, aquele que mantém o comportamento de exteriorização do domínio. Esse comportamento se dará por conduta do próprio agente ou de seus prepostos e representantes. Cessa a posse de um sujeito quando se inicia a posse de outro. Na casuística deve ser encontrado e definido esse momento de importantíssimas consequências. Como regra, um direito, uma vez adquirido, mantém-se, independentemente da atuação de seu titular, “ ” (Rodrigues, 1981:257). Entendemos que há continuidade na posse, enquanto não houver manifestação voluntária em contrário. A posse deve ser entendida como subsistente, quando a coisa possuída encontra-se em situação normalmente tida pelo proprietário (Borda, 1984, v. 1:109).

Dispunha o art. 520 do antigo Código:

O legislador de 1916 foi repreendido por ter sido casuístico também nas hipóteses de perda da posse, uma vez que poderia ter adotado forma genérica. Em resumo, perde-se a posse sempre que o agente deixa de ter possibilidade de exercer, por vontade própria ou não, poderes inerentes ao direito de propriedade sobre a coisa. Desse modo, não há de se ter como exaustiva a enumeração legal. Perde-se a posse por iniciativa do próprio possuidor ou de terceiro, ou por fato relacionado à própria coisa. Perde-se a posse quando não mais se exerce, ou não se pode exercer, poder fático sobre a coisa. O ato de terceiro que se apossa violentamente da coisa é causa para extinção de uma posse e início de outra. A posse mediata também se perde pelos mesmos fatores. Destarte, perde-se a posse com o desaparecimento do _____ ou do _____, bem como pelo desaparecimento conjunto do _____ e do _____.

Nesse rumo, atendendo a essas críticas, foi mais apropriado o Código em vigor ao ressaltar no art. 1.223 que

_____. Isto é, perde-se a posse quando desaparecem os poderes inerentes à propriedade com relação à coisa que eram exercidos pelo possuidor, qualquer que seja sua causa. Ainda, o art. 1.224 complementa:

O esbulho é a perda dos poderes inerentes à posse, que pode dar-se de forma violenta ou não. O que está presente e deixa que terceiros tomem conta da coisa, perde a posse. Incumbe a ele, se desejar manter o poder de fato sobre a coisa, que se valha dos remédios possessórios para defender sua posse, até mesmo do desforço imediato que o ordenamento possibilita. O mesmo ocorre se o possuidor toma conhecimento do esbulho e nada faz para impedi-lo. A lei civil de 2002, porém, afirma, repetindo a noção presente no art. 522 do antigo diploma, que, se na tentativa de recuperação, o possuidor esbulhado for “violentamente” repellido, também perde a posse. Não nos agrada essa expressão no texto legal, que pode fomentar a violência. O que o legislador pretende dizer, a nosso ver, é a hipótese de o esbulhado ser “prontamente” repellido, com os meios necessários. Uma disposição normativa não pode, em qualquer hipótese, incentivar ou sufragar a violência. O fato é que, enquanto o possuidor esbulhado busca recuperar sua posse, pelos vários meios a seu dispor, não houve perda da posse. Como, pela própria natureza, a posse é estado de fato, o deslinde da perda da posse dependerá sempre do exame do caso concreto, mormente das circunstâncias que o cercam. É muito importante o papel do magistrado nas questões da posse, pois deve ser ele o elo da pacificação no estrépito e tumulto social que essas questões podem gerar.

De qualquer modo, ao lado da forma mais genérica encontrada pelo legislador de 2002, analisemos os casos descritos no velho Código, que se inserem na norma geral do art. 1.223 da mais recente lei.

Quando o possuidor despoja-se da coisa, deixando de existir a intenção de mantê-la, ocorre o abandono (). Não basta para o abandono que o sujeito deixe de exercer continuamente atos de posse. O fato de alguém não ocupar continuamente um imóvel de veraneio, ou não usar diariamente um automóvel, não caracteriza abandono. No abandono, o agente não mantém o desejo de dispor da coisa. É ato voluntário. É desinteresse do titular. Cumpre que o sujeito seja capaz, pois o abandono equivale a ato de renúncia e que seja espontâneo, sem vício de vontade. Não ocorre abandono da coisa com a entrega mediante erro, dolo ou coação, aplicando-se os princípios desses defeitos da vontade. A derrelição da coisa faz perder a posse e a propriedade (art. 589, III, do Código de 1916). Quem joga fora a coisa a abandona.

Para os imóveis, o abandono caracteriza-se pela ausência do sujeito, que não se utiliza da coisa e manifesta desejo de ali não retornar.

(Monteiro, 1989:73).

A mera ausência temporária não significa abandono. Os fatos circundantes da ausência do sujeito devem ser examinados.

O abandono pode ser tanto da posse mediata, como da posse imediata. No abandono, existem ao mesmo tempo perda do e do . Nem sempre será fácil ser apurada a perda do , se não houver vontade expressa do sujeito: o locatário deixa o imóvel locado, sem rescindir contrato, sem comunicar ao senhorio, e ali deixa alguns pertences. Devem-se analisar as circunstâncias e fixar o ânimo de renunciar à coisa e, no caso, à locação.

Distingue-se da perda da coisa em que a posse não se extingue, em regra, enquanto o sujeito estiver à procura e no encalço da coisa. Definitivamente perdida a coisa, a posse desaparece contra a vontade do titular.

Como o representante pode adquirir a posse, também pode abandoná-la. No caso, deve ser analisada a intenção do representado em de fato não reaver a coisa ou manter a posse. Também não se confunde o abandono da coisa com a perda contra vontade do possuidor, que pode se ver esbulhado da coisa e perder o poder sobre ela, conforme menciona do art. 1.223 do Código.

é entrega da coisa. É forma pela qual, em nosso Direito, transfere-se ordinariamente a propriedade de coisa móvel. A propriedade imóvel transfere-se pelo registro do título, que tem o efeito translático da posse (Pereira, 1993:42). Analisamos suas várias modalidades na seção 5.1.1.1.

Na tradição, o alienante transfere a posse a outrem, em razão de negócio jurídico. Também nessa hipótese, desaparecem o e o . Na tradição, enquanto um sujeito adquire a posse, outro a

perde. Os atos que importam na perda da posse pela tradição são os mesmos que importam em sua aquisição. Para operar a transferência, há necessidade da intenção do transmitente em transferir a coisa. Quando há desdobramento da posse a título de usufruto, locação etc., o agente mantém a posse indireta. Simples entrega da coisa sem intenção de transferir não implica perda da posse.

Desaparecido o objeto da posse, desaparece o ius in re. Torna-se inviável a posse. Não se confundem as coisas perdidas ou destruídas com as coisas abandonadas. Na perda, enquanto o perdedor vai ao encalço ou procura a coisa, ainda não se despojou da posse. Nesse sentido, o art. 2.450 do Código Civil argentino:

A perda dá-se quando o possuidor não mais a encontra definitivamente ou não a recebe do inventor. Perde-se, assim, a coisa móvel. Perde-se a posse de imóvel pelo desuso e desinteresse em sua disposição. Na destruição, a posse desaparece de plano. O que se apossa de coisa sem dono, o inventor, tem posse. O inventor ou descobridor de coisa perdida deve entregá-la ao legítimo possuidor. Na destruição, aplicava-se a dicção do art. 77 do Código de 1916:

O art. 78 explicitava as formas pelas quais perece o objeto do direito. A destruição pode resultar de fato natural ou de ato de vontade.

A lei equiparara o fato de a coisa ter sido colocada fora de comércio à perda ou destruição. Em nossa obra de teoria geral, estudamos as coisas fora do comércio, a inalienabilidade (ius in re, seção 16.10). A situação deve ser vista com ressalva, porém. As terras públicas estão fora de comércio. Não podem ser usucapidas. Não negamos, contudo, que sujeitos possam delas ter a posse, relação de fato com a coisa, defendendo-a contra terceiros que a molestem. É evidente que não podem opor essa relação de fato perante o Estado.

(Pereira, 1993:43). O próprio Estado pode ceder o uso de seus bens a título precário. A regra geral, no entanto, é a impossibilidade jurídica de posse sobre os bens inalienáveis.

O dispositivo legal do antigo Código sob exame acrescentava que a perda da posse pode ocorrer sem culpa do possuidor (art. 520, inciso IV). Essa noção foi magnificamente sintetizada pelo art. 1.223 do Código de 2002.

O preço da posse para o titular é a permanente vigilância sobre o objeto de sua posse, sobre o bem. O ius in re é um estado permanente. Desaparecendo ou ameaçado o ius in re por atividade de terceiro, e tomando conhecimento o possuidor de turbação ou esbulho na coisa possuída, deve lançar mão dos meios postos a sua disposição pelo ordenamento para defender sua posse.

Mantendo-se silente ou inerte, sujeitar-se-á à perda da posse, como inclusive aduz o art. 1.224 do mais recente ordenamento. Como vimos, o possuidor tem prazo de ano e dia a contar da turbação ou esbulho para obter a concessão de liminar na ação possessória (art. 562 do CPC). Ultrapassado esse prazo, não poderá ser concedida a liminar . A posse inconturbada do violador inicia novo prazo possessório, podendo convalescer, quando cessada a violência, ou clandestinidade.

O art. 522 do antigo Código, no entanto, dispunha:

A matéria é de prova, como apontamos anteriormente, ao mencionar o art. 1.224 do Código.⁶ O dispositivo deveria estar inserido dentro do artigo que trata da perda da posse (520). No sentido geral, considera-se ausente quem deixa seu domicílio sem dar notícias de seu paradeiro (veja nosso , seção 10.8). O art. 522, no entanto, mencionava ausente no sentido vulgar, e não no sentido técnico, que exigia declaração judicial de ausência do art. 463. Ausente no caso é aquele que não está presente e não se conhece o paradeiro para defender sua posse. O ausente deve intentar o desforço imediato ou a ação possessória, tão logo tenha notícia da ocupação (veja observação acerca da autotutela da posse, Capítulo 7, seção 7.2).

Quem impede o retorno do possuidor a sua coisa é esbulhador.

No estudo da defesa da posse, serão examinados outros procedimentos que servem para o mesmo propósito. O permanente estado de vigilância também é assegurado pelo ordenamento que permite a legítima defesa da posse, a autodefesa, :

(art. 502 do Código de 1916).

Examinaremos o instituto no Capítulo 7, dedicado à defesa da posse.

Afora a possibilidade de composesse já examinada, a posse é exercida com exclusividade, como exteriorização do domínio. Os interditos têm justamente a finalidade de manter o possuidor na posse ameaçada ou reintegrá-lo na hipótese de posse perdida.

Por várias vezes, neste capítulo, referimo-nos ao , inclusive ao comentar o Projeto nº 6.960/2002. O presente Código preferiu não mencioná-lo de forma expressa. Cuida-se de inversão do , que serve para modificar a natureza da posse. O possuidor que transfere o objeto a outrem,

utilizando-se do posse possessório, perde um título de posse e passa a ter outro. O proprietário aliena a coisa e continua a residir no imóvel precariamente, com posse em nome do adquirente. Externamente, nada muda. Assim como o constituto é modalidade de aquisição, também o é de perda.

O parágrafo único do art. 520 do velho Código mencionava a perda da posse dos direitos pela impossibilidade de exercê-los, ou pelo não exercício no prazo de prescrição. Tivemos oportunidade de analisar a problemática referente ao tema perda da posse. Evidentemente, pelo exposto, a dicção legal aqui não se refere à posse de direitos pessoais, tal como discutida no início de vigência do Código.

Como enfatizamos (seção 5.3.4), quando se protege a aparência de um direito real, protege-se inevitavelmente o exercício de um direito. Protege-se o estado de fato tipificado como posse, porque ele estampa a possibilidade de exercício de direito. No entanto, a crítica que se fez continuamente ao dispositivo é referir-se a essa terminologia equívoca, posse de direitos pessoais, que poderia dar azo à compreensão de ter o legislador admitido a posse de direitos pessoais.

Sendo passível de posse tudo o que for passível de utilização, o exercício desse poder de utilização deve ser inserido na compreensão do termo legal. Cuida-se do exercício dos direitos reais, enfim. Aplica-se tanto aos direitos corpóreos, como incorpóreos. Assim, não há como defendermos a posse de uso de energia elétrica, se o concessionário suprimiu esses serviços, ou se o usuário não possui título para tal. Não há como defendermos o exercício de direitos inerentes ao usufruto, se a ele renunciou o usufrutuário. Aduz Tito Lívio Pontes (1977:239):

Desse modo, como já expressamos, na jurisprudência atual predomina a ideia de que é suscetível de proteção possessória tudo aquilo que puder ser apropriado e exteriormente demonstrado. Em cada caso, cumpre examinar quais os poderes contidos no direito de propriedade, ou outro direito real, que podem ser possessórios, ou seja, o estado fático da posse.

Portanto, a perda da posse de direitos, estabelece a lei, equivale à perda da coisa, pois fica o sujeito impossibilitado dela dispor (perda da coisa). Essa impossibilidade pode provir de ato de terceiro ou de fato natural, cujos efeitos são idênticos. A situação vê-se absorvida pela dicção do art. 1.223, que se refere à cessação do poder sobre a coisa, de forma geral.

A disposição da antiga lei refere-se não apenas ao que denomina perda da posse de direitos, mas também à falta de exercício que possibilita a usucapião por outrem. São, portanto, duas as hipóteses legais.

A omissão do possuidor por certo lapso de tempo possibilita a perda de sua posse. Os direitos devem ser conservados por atos que revelem o interesse dos agentes. A inércia do titular pode ocasionar a perda da posse. Como dissemos, o preço da posse é sua permanente vigilância. As servidões, por exemplo, perdem-se pelo não uso, se seu possuidor não demonstrar sinais palpáveis de sua utilização, caracterizadores da intenção de mantê-la. O simples não uso, porém, não é suficiente para a perda da posse. É necessário que a essa conduta omissiva do titular junte-se conduta ativa de outrem, que passa a usufruir da coisa. A situação é idêntica à propriedade, uma vez que a posse é sua exteriorização.

O antigo art. 521 do Código de 1916 estatuiu:

Essa disposição estava deslocada, porque dizia respeito à propriedade, não à posse. Referia-se à aquisição e perda da propriedade móvel (arts. 592 e 622).

Cuidava-se de aplicação de regra geral da ação reivindicatória. Trata-se de corolário da regra estabelecida no art. 622 do antigo Código:

O proprietário privado da coisa pode reivindicá-la de quem quer que a detenha. Destarte, a posse da coisa móvel, por si só, não induz domínio em nosso ordenamento. Quem encontra coisa perdida tem a obrigação de devolvê-la; o furtador ou roubador não tem título para conservar a coisa. Pelo princípio de sequela, o titular reivindica a coisa com quem estiver, ainda que com terceiros. A estes ficará reservada somente a ação regressiva contra quem lhes transferiu a coisa.

O título ao portador é equiparado à coisa móvel pela lei. O título ao portador espelha um direito de crédito, líquido e certo e transmissível. Nesse instituto, a obrigação confunde-se com o próprio título. Por essa razão, sua perda está equiparada às situações de posse, exteriorizações de propriedade, portanto. O direito nos títulos ao portador confunde-se com a própria cártula. Daí a proteção do artigo. O título é equiparável a coisa móvel corpórea. Sua perda pode dar margem ao novo detentor se valer dos benefícios do crédito ali estampado. Cabe a reivindicação tanto no caso de perda, como no de furto.

A lei protege com a ação reivindicatória a vítima de furto ou roubo. Se esta transfere a coisa por sua vontade, mas sob a conduta de estelionato, falsidade ou apropriação indébita, o remédio jurídico será outro, possivelmente a anulação do negócio contra o agente autor da conduta ou indenizatória de perdas e danos, se alienada a coisa a terceiros de boa-fé. Nessas condutas, houve vontade do que deixou de ter a coisa, embora viciada.

A regra do do artigo sofria a limitação do parágrafo. Na hipótese de a coisa ter sido adquirida em leilão público, feira ou mercado, o reivindicante deveria pagar o possuidor.

Procurou-se dar segurança aos negócios realizados nesses locais e circunstâncias, onde o exame do título da coisa adquirida é mais custoso. Protegia-se a segurança do comércio. O legislador procurou defender o interesse social em detrimento do individual nesse dispositivo. Washington de Barros Monteiro (1989:77) lembra que, embora o texto referia-se apenas a leilão, feira ou mercado, a hipótese estendia-se a locais assemelhados, tais como hastas públicas, bolsas de valores e mercadorias e corretores de gado. Sempre haverá possibilidade de ação de regresso, no caso, contra aquele que viciou o título.

Ausente dispositivo nesse diapasão no Código de 2002, nem por isso deixam de ser aplicados os princípios gerais da ação reivindicatória.

Em nosso sistema, a relação fática com a coisa que tem início violento ou clandestino não é de posse, enquanto permanece a violência ou clandestinidade. Torna-se posse após cessados os vícios. Tenhamos em mente o exemplo de coisa roubada ou furtada. Enquanto mantido esse estado ilegítimo, não há posse. Se o dono concorda com a posse do furtador ou do roubador que não mais a esconde, cessa a injustiça e inicia-se a posse.

Do mesmo modo, aquele que adentre terreno à socapa, na ausência do dono ou possuidor, ainda não tem relação possessória. Contudo, tornando-se pública sua relação ou dela tendo conhecimento o esbulhado que se queda inerte, o invasor faz-se possuidor.

Enquanto permitida a relação com a coisa, não há esbulho. Suprimida a permissão ou tolerância, abre-se ensanchar à defesa da turbação, que então passa a existir.

Pontes de Miranda (1971, v. 10:58) denomina tença a esse período em que a relação com a coisa ainda não é posse.

Essa proposição deflui do art. 1.208:

Tanto a cessação da violência e da clandestinidade, como o exame da tolerância ou mera permissão, dependerão exclusivamente da casuística.

Quem permite ou tolera a apreensão da coisa não renuncia a sua posse. Suponhamos a hipótese do proprietário que permite que terceiro transite por seu terreno; ou o possuidor de um livro que autoriza alguém a lê-lo. Tais atos, por si sós, não devem induzir posse, porque até mesmo a posse precária deve decorrer da vontade do agente.

A mera permissão ou tolerância não podem converter-se em posse. Os atos originalmente violentos ou clandestinos podem tornar-se posse somente depois de cessada a violência ou clandestinidade.

O art. 1.209 do Código dispõe que “
”.

Aplica-se, na hipótese, o princípio de acessoriedade.⁷ A lei presume que os móveis integram o imóvel ou são seus acessórios. Essa presunção é relativa. Desse modo, pela vontade das partes e pelas circunstâncias do caso concreto, pode ocorrer que as coisas móveis ou nem todas as coisas móveis que se encontram no imóvel sejam de posse do possuidor do imóvel. Assim, por exemplo, não se presume que um imóvel tenha sido locado mobiliado, ou com toda a mobília que ali está, se não houve vontade expressa das partes nesse sentido. Muito desse aspecto é traduzido pelos usos. É necessário que em cada caso se atente à natureza e aos limites da posse. Não se vai admitir, por exemplo, que a venda ou locação de uma residência inclua também o anel de pedras preciosas que a ex-moradora esqueceu em uma de suas dependências. Há expressões usuais nos negócios que enfatizam essa presunção legal, quando, por exemplo, a venda de uma propriedade rural é feita com “porteira fechada”, significando que o negócio inclui tudo que ali dentro se encontra.

Pelo principal, o que a lei desejou significar é que o possuidor do imóvel também será possuidor dos móveis que ali se encontram.

Esse princípio não exclui nem conflita com a regra geral pela qual o acessório segue o principal, estampado no art. 92. Nesse caso, como traduz a lei, o acessório é aquele bem cuja existência supõe a do principal. No artigo sob exame, a lei estabelece uma presunção que tem a mesma compreensão com alcance mais específico. Note que o Código vigente procurou restringir um pouco o alcance do dispositivo, não mais se referindo, como fazia o antigo art. 498, a objetos, mas apenas aos móveis que estiverem no imóvel.

“Duplo agravo regimental apelações cíveis – Ação de usucapião – 1º recurso – ausência de preparo – deserção – não conhecimento – 2º recurso – requisitos presentes – ‘animus domini’ – Posse mansa, pacífica e ininterrupta por mais de vinte anos. Procedência do pedido. Sentença mantida. 1- Impõe-se negar seguimento ao 1º agravo regimental interposto, na medida em que restou desobedecido um dos requisitos objetivos de sua admissibilidade, qual seja, o preparo, cuja previsão é vista no art. 511, ‘
’, do CPC, assim como na tabela I, nº 2, da consolidação dos atos normativos da corregedoria-geral de justiça do estado de Goiás – 1954 a 2008. Precedentes do STJ e deste tribunal. 2- Revela-se procedente o pedido de usucapião extraordinária nos autos da demanda que contém provas suficientes para demonstrar os requisitos indispensáveis ao reconhecimento do domínio útil por parte dos autores, comprovando deter o imóvel usucapiendo por mais de 20 anos, de posse mansa, ininterrupta e pacífica, com fundamento na ‘accessio possessionis’, instituto que faculta ao sucessor a título singular, por ato ‘inter vivos’, unir, para efeito de prescrição aquisitiva, sua posse à do prévio possuidor (art. 496 e art. 552, CC/16). 3- Assim, se a parte agravante não demonstra qualquer fato novo ou argumentação suficiente para acarretar a modificação da linha de raciocínio adotada no ‘decisum’ agravado, impõe-se o improvemento do agravo regimental, porquanto interposto à minguada de elemento novo capaz de desconstituir a decisão ora atacada. 4- 1º agravo regimental não conhecido, por ser deserto. 2º recurso conhecido e desprovido” (– AC 201591716306, 14-1-2016, Rel. Des. Kisleu Dias Maciel Filho).

“Direito civil e administrativo. Usucapião. . Impossibilidade da soma da posse com a posse anterior exercida pelos proprietários. Recurso desprovido. 1 – O recurso merece ser reconhecido, mas no mérito não merece prosperar. 2 – O Código Civil permite a soma do período de posse dos possuidores anteriores do bem para o fim de contar o tempo exigido para a

usucapião, segundo a dicção do art. 1.243 do Código Civil. 3 – Assim, desde que haja continuidade e ocupação pacífica do bem por todos os possuidores, permite-se que a cadeia possessória, ou _____, seja considerada de modo unificado, como se fosse possessora. Lições de Maria Helena Diniz. Essa permissão do ordenamento jurídico à cadeia possessória (soma de posses) a princípio, pois, autorizaria conclusão favorável ao apelante. 4 – Porém, as peculiaridades do caso em exame afastam esse entendimento, eis que não se pode somar a posse dos postulantes com a propriedade dos antecessores. É dizer, para que se reconheça cumpridos os requisitos necessários ao reconhecimento da _____ as posses devem ser da mesma espécie, caracterizada a homogeneidade entre as posses e, pois, o mesmo _____. 5 – No presente caso, o autor, ora apelante, pretende somar sua posse à dos alienantes, que não eram meros possuidores do imóvel, mas sim proprietários, como prova matrícula juntada à fl. 15 – O ora apelante, por sua vez, tem apenas a posse transferida por compromisso particular de compra e venda (fls. 07/08), de modo que a exerce com a intenção direta de vir a ser o proprietário, visto que ainda não é. Precedentes do E. TRF-1 e do E. TJ-SP, em casos análogos. 6 – Diante disso, inviável a pretensão recursal, pois sem somar o período de posse dos proprietários anteriores do bem o apelante não preenche o requisito temporal necessário ao reconhecimento da usucapião ordinária. Deveras, tendo em vista que entre o momento em que o apelante se apossou do imóvel (em 07 de julho de 2010 – fl. 08) e o ajuizamento da ação (em março de 2011 – fl. 04) não foi preenchido o tempo de dez anos de posse ininterrupta previsto expressamente no art. 1.242 do Código Civil, não há como se acolher a pretensão recursal. 7 – Não havendo a possibilidade, sequer em tese, de acolhimento do pleito do apelante – Tendo em vista a circunstância mencionada, que inviabiliza a ocorrência de _____ – Correta a sentença, que extinguiu o processo por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. 8 – Apelação conhecida a que se nega provimento” (TRF-3ª R. – AC 0001128-77.2012.4.03.6123/SP, 21-8-2014, Rel. Des. Fed. José Lunardelli).

“Ação reivindicatória – Exceção de usucapião – Soma de posses – Prova e características da posse do antecessor – Alegação de usucapião em face de ação reivindicatória. Pretensão de _____ . Art. 1.238, CPC. Ausência de demonstração da posse do antecessor e suas características. Prescrição aquisitiva não implementada. Prazo, ademais, sequer em tese alcançado. Incidência do art. 550, CCB. Regra de transição do art. 2.028, CCB. Negaram provimento” (_____ – Acórdão 70039614375, 27-3-2012, Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior).

“Embargos de terceiro para afastar reintegração de posse concedida em acórdão transitado em julgado – Liminar indeferida – Inconformismo da embargante firme na tese de que ocupa o imóvel em litígio por força de arrendamento celebrado com o herdeiro do adquirente – Não acolhimento – Posse litigiosa no momento da celebração do arrendamento – Arrendatário em litígio possessório com sua madrastra sobre o imóvel que originalmente havia cedido à embargante por comodato e que ao depois disse ter dado em arrendamento – Durante o tempo do litígio o arrendatário jamais exerceu posse pacífica sobre o imóvel – Vício que não se purga – Recurso não provido. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes ao domínio” (_____ – Acórdão Agravo de Instrumento 7.405.087-2, 8-10-2010, Rel. Des. Moura Ribeiro).

“Apelação – Exceção de usucapião – _____ – Posse de longa duração – Requisitos – Intervenção do Ministério Público – Prescindibilidade – Regra de transição (art. 2.028 do CC/02) – Não incidência – Prescrição aquisitiva _____ – Reconhecimento – 1 – adquirente que alega usucapião como defesa fundada na posse de longa duração (_____) contínua, pacífica, não interrompida e com ânimo de dono, por si e por seu antecessor (_____), faz jus ao reconhecimento da prescrição aquisitiva extraordinária. Intelecção dos arts. 550 e 552 do CC/16. 2 – existência de ato negocial entre vivos que comprova a junção da posse do requerido (sucessor singular) a de seu predecessor por lapso de tempo superior a 20 anos, revestida dos requisitos legais, confirmatória do direito preexistente a afastar a pretensão reivindicatória veiculada na exordial. 3 – alegada em defesa a exceção de usucapião não é devida a intervenção do Ministério Público, uma vez que adstritos os efeitos da sentença que a declara às partes e desprovida de eficácia real (Súmula 237 do STF). 4 – uma vez exaurido por inteiro o lapso prescricional vintenário na vigência da lei revogada, não invocável a regra de transição de que trata o art. 2.028 do CC/02. 5 – evidências fáticas (averiguação pericial e depoimentos testemunhais) conjugadas com aspectos familiares que mais robustecem a posse dos prescribentes. Prescrição aquisitiva _____ reconhecida. Apelação conhecida e desprovida” (_____ – Acórdão 200692617833, 4-3-2011, Rel. Des. Stenka I. Neto).

“Apelação – Reintegração de posse – Cláusula ‘constituti’ possessória – Posse – Origem – Prova – Necessidade – Para a propositura das ações possessórias pressupõe-se a posse anterior da coisa. A origem da posse deve ser demonstrada para a expedição do mandado possessório. A cláusula constituto-possessório por si só, ainda que de forma indireta, não demonstra que os antigos proprietários do imóvel exerciam a posse sobre ele” (_____ – AC 1.0701.11.013875-0/005, 20-5-2016, Rel. Antônio Bispo).

“Ação de reintegração de posse. Comodato. Há tradição pelo _____ (art. 1.267, parágrafo único, do Código Civil). – Havendo comodato, a caracterização do esbulho pela notificação desatendida, é pressuposto processual da ação de reintegração de posse – Inexistência de notificação. Extinção do processo sem resolução do mérito. Recurso prejudicado” (_____ Ap 9065910-

“Ação de reintegração de posse c/c perdas e danos – Existência de contrato de comodato anterior à aquisição de domínio – A compra e venda sem a prova da entrega do bem ao adquirente não transfere a posse que se encontra em poder de terceiros – Inexistindo prova da posse pelo proprietário anterior, inviável o manejo da ação de reintegração pelo novo titular do domínio – apelo improvido – Na ação de reintegração de posse, calcada na alegação de aquisição da propriedade com a transferência dos direitos do alienante sobre o imóvel, não se pode dispensar a comprovação da posse anterior exercida pelo vendedor, justo que a escritura pública simplesmente atesta a transferência do domínio, não havendo como reconhecer a transmutação da posse, se evidenciado que aquele que alienou o bem nunca a exerceu. Ainda que estivesse o instrumento de alienação timbrado com o _____, tal fato não desonera os autores do ônus de provar a posse anterior sobre a área esbulhada, conforme previsto pelo art. 927, inc. I, do CPC” (_____ – Acórdão 2010.055748-3, 20-4-2012, Rel. Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber).

“Direito civil – Posse – Aquisição – _____ – Manejo de ações possessórias – Possibilidade – 1 – O recurso especial não pode ser conhecido na hipótese em que a parte indica de maneira errônea o dispositivo supostamente violado. Inteligência da Súmula 284/STF. 2 – Não é de se exigir do Tribunal que conheça de fato superveniente ao julgamento do recurso de apelação, ainda que anterior ao julgamento dos respectivos embargos de declaração. Ao julgar a causa, o Tribunal a analisa consoante os fatos ocorridos até o julgamento. Os embargos de declaração se prestam apenas ao esclarecimento das questões julgadas, do modo como se manifestavam à época. 3 – Eventual sentença que poderia influir no julgamento da causa, proferida em outro processo, não deve ser levada em consideração se posteriormente reformada pelo Tribunal. 4 – A regra do art. 129 do CPC destina-se a coibir a utilização do processo para fim ilícito, por ambas as partes, autor e réu. Na hipótese em que uma das partes alegadamente se vale do processo para pleitear direito inexistente, a norma não é aplicável. 5 – Na posse, o elemento _____ não demanda, para sua caracterização, a apreensão física do bem. Esse elemento, em vez disso, consubstancia ‘o poder físico da pessoa sobre a coisa, fato exterior em oposição ao fato interior’ (Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil). Consoante a doutrina de Ihering, a posse caracteriza-se pela visibilidade do domínio e é possível que ela tenha, historicamente, se iniciado pela ideia de poder de fato sobre a coisa, mas a evolução demonstrou que ela pode se caracterizar sem o exercício de tal poder de maneira direta. 6 – O adquirente de imóvel que não o ocupa por um mês após a lavratura da escritura, com cláusula de transmissão expressa da posse, considera-se, ainda assim, possuidor, porquanto o imóvel encontra-se em situação compatível com sua destinação econômica. É natural que o novo proprietário tenha tempo para decidir a destinação que dará ao imóvel, seja reformando-o, seja planejando sua mudança. 7 – Se na escritura pública inseriu-se cláusula estabelecendo constituto possessório, é possível ao adquirente manejar ações possessórias para defesa de seu direito. 8 – Recurso especial conhecido e improvido” (_____ – REsp 1.158.992 – (2009/0186292-3), 14-4-2011, Rel.^a Min^a Nancy Andrighi).

“Posse – Ação de reintegração – Natureza mandamental e caráter dúplice da sentença – Liminar – Retirada dos posseiros – ‘Civil e processual civil. Ação possessória. Natureza mandamental e caráter dúplice da sentença. Liminar. Retirada dos posseiros das terras por eles ocupadas. Necessidade de restabelecimento da situação fática anterior. 1. Se a parte autora sucumbiu na pretensão de obter a tutela possessória sobre a área de terra descrita na ação de manutenção de posse, ou seja, se o pedido foi julgado improcedente e tornada ineficaz a liminar que lhe assegurara a posse de terras, a consequência lógica e jurídica é o retorno ao status quo ante. 2. A expedição de mandado de reintegração de posse, nesse caso, decorre da natureza da sentença e do caráter dúplice da ação possessória. Não é razoável admitir que a parte cuja pretensão possessória foi julgada improcedente possa perpetuar sua posse sobre área de terra antes ocupada por outras pessoas que dali foram retiradas por força de liminar que não mais subsiste. 3. Recurso especial conhecido e provido” (_____ – REsp 1.483.155 – (2013/0396212-4), 16-3-2016, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

“Apelação cível – Ação de reintegração de posse – Imóvel quitado, porém não escriturado pelo autor – Relevância da prova testemunhal – Nexo causal entre a perda da posse e o esbulho – Inexistência – Venda do imóvel a um terceiro – Apelado não era possuidor indireto à época da invasão – Posse pacífica da apelante por mais de 7 anos – 1 – Muito embora tenha adquirido a casa a título oneroso, o requerente figurou apenas como mero possuidor do bem durante o tempo que lá residiu; 2 – Por ser a posse uma situação fática e de quase impossível comprovação pela via documental, não pode o julgador deixar de conceder um justo direito por não haver outros meios de prova diversos do testemunhal; 3 – Na ação de reintegração de posse, o autor precisa demonstrar o nexo causal entre o esbulho do réu e a perda da posse pelo autor. A venda do imóvel a um terceiro, ainda que não escriturada a transmissão, faz cessar o exercício do _____ e consequentemente a posse indireta do apelado. Esbulho ocorrido após o abandono do imóvel por terceiro adquirente. O apelado não mais exercia a posse indireta à época da invasão; 4 – A melhor inteligência do art. 927 do CPC não é a de que o autor deve provar que ‘um dia’ exerceu a posse, caso contrário qualquer possuidor anterior ao da posse atual teria direito a ser reintegrado na posse. O autor deve comprovar a posse imediatamente anterior à atualmente exercida ou a posse indireta ainda em exercício, o que não se observa no caso em apreço; 5 – Não há que se falar em melhor ou pior posse, posto que, ainda que injusta, a posse da apelada era, à época do esbulho, e continua sendo há mais de sete anos, a única existente; 6 – Incabível a condenação do autor

por litigância de má-fé, pois, embora improcedente o pleito da inicial, o recorrido apenas exerceu seu direito de ação. 7 – Recurso provido” (Ap. 0027938-70.2010.8.17.0001, 23-08-2012, Relª Valéria Rúbia Silva Duarte).

“**Apelação cível. Perda da posse.** Não observação do contraditório e da ampla defesa. Cópia da ação de reintegração de posse. Recurso conhecido e improvido. 1. Não se verificou a perda da posse, em conformidade com o disposto nos arts. 1.223 e 1.224 do Código Civil, a um, porque o filho da apelada permaneceu no imóvel (art. 1.998/CC), mantendo a posse em nome da recorrida, e dois, pelo fato de a apelada ter se ausentado provisoriamente em razão do falecimento de sua genitora. 2. Tal alegação não se sustenta tendo em vista a constatação de manifestação do apelante ocorrida nos presentes autos. 3. No que se relaciona à alegação de que os documentos cópia da ação de reintegração de posse – juntados pela recorrida foram apresentados em forma simples, sem autenticação necessária para com provação de sua veracidade e que o Código de Processo Civil não ampararia tal conduta, entendo que por se tratar de documento comum às partes, advindo de processo judicial público, uma vez que não tramitava em segredo de justiça, e por não ter sido impugnado no momento oportuno pela parte contrária (art. 225/CC), isto é, na apresentação dos memoriais do ora recorrente, que não há qualquer ilegalidade a ser sanada. 4. Recurso conhecido e improvido” (– Acórdão Apelação Cível 20053006512-4, 23-9-2010, Rel. Des. José Maria Teixeira do Rosário).

“Apelação cível – Ação de reintegração de posse impossibilidade de discussão acerca do domínio – Art. 1.210, § 2º, do Código Civil – Constituto-possessório – Não configuração – Proprietário que cede o uso de imóvel para instalação de horta comunitária – Situação não transitória – Ingresso dos hortelões no imóvel por autorização da prefeitura municipal – Caráter de programa social – Posterior alienação do domínio – Posse indireta do proprietário registral não caracterizada – Transmissão ao comprador – Impossibilidade – Requisitos para reintegração não preenchidos – Art. 927, do Código de Processo Civil – Posse coletiva que confere função social à propriedade – Tutela que se impõe – Ponderação de valores – 1- No constituto-possessório, aquele que possuía o bem como proprietário passa a exercer sua posse derivada, em virtude de negócio jurídico, mediante o qual há novação do animus da posse. 2- ‘A exceptio proprietatis, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório’ (Enunciado nº 79 CFJ/ STJ, da I Jornada de Direito Civil). 3- Ao ajuizar o interdito possessório, o possuidor tem o ônus de comprovar o efetivo exercício da posse, ainda que na modalidade indireta, em momento anterior ao esbulho, nos termos do art. 927, do Código de Processo Civil. 4- A exteriorização da posse indireta se dá mediante a identificação do desdobramento dos poderes de fato sobre a coisa. 5- Tendo o proprietário deixado de exercer a posse indireta do imóvel, se lhe torna impossível transmiti-la aos adquirentes por força de contrato de compra e venda. 6- Merece ser tutelada a posse coletiva que confere função social à propriedade, em detrimento do domínio daquele que não demonstra ter exercido, durante prolongado período de tempo, qualquer poder de ingerência sobre a coisa. Recurso conhecido e não provido” (– AC 1410738-1, 14-3-2016, Relª Desª Rosana Amara Girardi Fachin).

“**Apelação cível** – Ação de manutenção de posse – **Constituto-possessório** – Cláusula não estendida – Posse precária – Ação de reintegração de posse – Extinção do prazo para exercício da posse – Precariedade – 1 – É precária e de má-fé a posse direta do bem por acordo judicial que ultrapassa o prazo limite fixado pelas partes, através do instituto chamado constituto-possessório, rotineiramente nominado como cláusula constituti, que na prática, altera a titularidade da posse, de modo que, a pessoa que a possuía em nome próprio, torna-se possuidor em nome alheio. 2 – Após findar-se o prazo do acordo judicial que autorizava a posse através do constituto-possessório, o possuidor direto passa a ter a posse precária do bem imóvel, sendo legítimo o pedido de reintegração de posse pelo possuidor indireto, em razão da configuração do esbulho, nos termos do art. 927, II do CPC, e improcedente o pedido de manutenção da posse, pois esta se dava a título injusto quando do ajuizamento da ação, não havendo que se falar em turbação. Apelação cível conhecida e desprovida. Sentença reformada de ofício” (– Acórdão 200804447769, 16-1-2012, Rel. Des. Helio Mauricio de Amorim).

“**Civil e processo civil** – Ação de reintegração de posse – Lote adquirido por dação em pagamento – Pedido julgado improcedente – Posse – Cláusula do constituto-possessório insere na escritura pública de dação em pagamento – Comprovação do exercício de atos possessórios – Esbulho configurado – Requisitos do art. 927 do CPC a autorizar a reintegração reclamada – Inversão da sucumbência – Recurso de apelação provido e recurso adesivo desprovido – Há transmissão da posse se existente na escritura pública de dação em pagamento a cláusula do constituto-possessório, consistente na disposição que declara estar sendo o adquirente imitado na posse da coisa objeto do pacto no momento da assinatura do citado instrumento. Tal cláusula autoriza a propositura de ações possessórias pelo adquirente do bem. Fica configurada o exercício da posse quando o titular do domínio exercita atos de disposição e conservação dos bens imóveis” (Acórdão 0714561-1, 9-2-2011, Rel. Des. Lauri Caetano da Silva).

“**Apelação cível** – Ação de usucapião – Sentença que extinguiu o processo, com fulcro no inciso IV, do artigo 267, do Código de Processo Civil. Impossibilidade de somar a posse do proprietário, à título de , para fins de usucapião. Pais da recorrente que transferiram a propriedade de área maior contendo a usucapienda para integralização de capital de sociedade limitada. Posse exercida em nome da empresa que a caracteriza como precária. Vício da precariedade que não convalesce, maculando também o direito dos sucessores. Ademais, a situação de fato, dissociada da propriedade, não atinge o lapso temporal de quinze anos, exigido para a

modalidade de usucapião pleiteada. Recurso conhecido e desprovido” (– Acórdão 2010.043234-9, 30-4-2012, Rel. Des. Ronei Danielli).

“**Civil – Processo civil** – Ação reivindicatória – Usucapião extraordinária – Defesa – – Prova – Pedido reivindicatório – Acolhimento – Proprietário – Lucros cessantes – Prova – Inexistência – Honorários advocatícios – O réu da ação reivindicatória, no exercício do direito de defesa, pode se defender da pretensão do autor demonstrando a aquisição da propriedade por meio da usucapião. A alegação da aquisição da prescrição aquisitiva, por se tratar de fato extintivo do direito do autor, deve ser comprovada pelo réu, conforme preceitua o artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil. Na vigência do Código Civil de 1916, a norma que regulava a hipótese de usucapião extraordinária, que era o art. 550, matéria hoje regulada pelo art. 1.238 do Código Civil vigente, exigia entre seus requisitos a posse ininterrupta e contínua pelo prazo de 20 (vinte) anos. É improcedente o pedido de usucapião extraordinária quando, invocado o ‘accessio possessionis’, a parte deixar de comprovar o efetivo exercício da posse pelos antecessores. Mostra-se indevida a condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes quando não houver comprovação de que o demandante tenha deixado de lucrar ou de auferir renda em razão do ato ilícito. Nas ações em que não houver condenação, os honorários advocatícios serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as prescrições do § 3º, do artigo 20 do Código de Processo Civil” (Proc. 20070810038690 – (515745), 30-6-2011, Relª Desª Ana Maria Duarte Amarante Brito).

“**Apelação cível.** Perda da posse. Não observação do contraditório e da ampla defesa. Cópia da ação de reintegração de posse. Recurso conhecido e improvido. 1. Não se verificou a **perda da posse**, em conformidade com o disposto nos arts. 1.223 e 1.224 do Código Civil, a um, porque o filho da apelada permaneceu no imóvel (art. 1.998/CC), mantendo a posse em nome da recorrida, e dois, pelo fato de a apelada ter se ausentado provisoriamente em razão do falecimento de sua genitora. 2. Tal alegação não se sustenta tendo em vista a constatação de manifestação do apelante ocorrida nos presentes autos. 3. No que se relaciona à alegação de que os documentos cópia da ação de reintegração de posse – juntados pela recorrida foram apresentados em forma simples, sem autenticação necessária para com provação de sua veracidade e que o Código de Processo Civil não ampararia tal conduta, entendo que por se tratar de documento comum às partes, advindo de processo judicial público, uma vez que não tramitava em segredo de justiça, e por não ter sido impugnado no momento oportuno pela parte contrária (art. 225/CC), isto é, na apresentação dos memoriais do ora recorrente, que não há qualquer ilegalidade a ser sanada. 4. Recurso conhecido e improvido” (– Acórdão Apelação Cível 20053006512-4, 23-9-2012, Rel. José Maria Teixeira do Rosário).

“**Reintegração de posse c.c.** – Cobrança – Comodato – Notificação para desocupação do imóvel – Recusa – Esbulho configurado – Pagamento de aluguel referente ao período em que permaneceram indevidamente no imóvel. Indenização pela utilização dos bens móveis não restituídos. Sentença bem fundamentada. Ratificação do julgado. Artigo 252, do Regimento Interno do TJSP. Sentença mantida. Recurso improvido” (Ap. 991.07.031692-0, 11-7-2012, Rel. Candido Alem).

“**Apelação cível.** Embargos de terceiro. Desconstituição da penhora de bens móveis realizada na execução de honorários advocatícios, nos autos da ação indenizatória. Restou inconteste que o imóvel onde se encontram os bens penhorados é de propriedade da embargante/apelante e que nele reside com seu marido e neta, ensejando a presunção de que os bens móveis que o guarnecem também são de sua propriedade (art. 1.209 do CC/02). A embargada/apelada não trouxe provas em contrário. A penhora não pode recair sobre bens que não sejam de propriedade da executada. Ademais, há evidências concretas de que os bens penhorados foram adquiridos pela embargante/apelante e não pela neta (executada), uma vez que esta, embora seja professora de alemão, não recebe remuneração razoável e, se vive na casa dos avós é porque não tem condições de arcar com a própria sobrevivência e, consequentemente, com a compra de aparelhos de uso doméstico. Mesmo que houvesse provas cabais de que tais bens tenham sido adquiridos pela executada, em se tratando de máquina de lavar roupas, freezer e forno de micro-ondas que guarnecem a sua residência, são impenhoráveis, pois, nos dias atuais, não podem ser considerados fúteis (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90). Provimento do apelo” (– Acórdão Apelação Cível 2008.001.59.846, 4-3-2010, Rel. Des. Cláudio de Mello Tavares).

6

DOS EFEITOS DA POSSE (I): FRUTOS, PRODUTOS E BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO PELA PERDA OU DETERIORAÇÃO DA COISA. USUCAPIÃO

6.1 EFEITOS DA POSSE. SUA CLASSIFICAÇÃO. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

6.3 INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS E DIREITO DE RETENÇÃO

6.4 INDENIZAÇÃO DOS PREJUÍZOS. INDENIZAÇÃO PELA DETERIORAÇÃO OU PERDA DA COISA

6.5 USUCAPIÃO



7

DOS EFEITOS DA POSSE (II): DEFESA DA POSSE. INTERDITOS. PROCESSO. OUTRAS AÇÕES DE DEFESA DA POSSE

A posse, como estado de fato reconhecido pelo ordenamento, merece proteção específica. Já dissertamos acerca do estado de aparência, da paz social e da necessidade de ser mantido esse estado de exteriorização de propriedade. Embora seja vista a posse como um fato preexistente ao ordenamento jurídico, sua proteção transforma-a em fato jurídico, ou seja, fato natural com reflexos no mundo jurídico. Ao titular da posse confere-se um direito subjetivo, um poder relativo à coisa em face da sociedade. A provisoriedade conferida pelas ações possessórias é justamente seu fator de importância. Na manutenção desse estado fático pelo direito, reside toda a grandeza do instituto. Ao se examinarem os meios de defesa da posse, nos debruçamos sobre sua garantia jurídica. Para fins práticos, sob tal aspecto, deixa de ter importância o exame da natureza jurídica da posse. Importa saber no caso concreto em quais situações e de que forma pode ser protegido esse estado de fato. Ainda que sustentemos não ser a posse um direito, toda a gama de direitos que a cerca torna irrelevante a essa altura da história a distinção. Muito se preocupou a doutrina em qualificar a posse como um direito ou como um fato. Tanto que Mota Pinto chega a conceituar a posse como

fumus boni iuris (Apud

Moreira e Fraga, 1970-1971:215). Não se trata de simples aparência ou de simples fato, porém de estado de aparência e de fato protegido pelo ordenamento.

Os meios de defesa da posse constituem, na verdade, mais do que efeito, sua própria essência. De nada valeria o estado de fato e a aparência sem eles. Pelos meios de defesa, protege-se a posse contra qualquer ato que signifique ameaça ou violação dessa relação entre a pessoa e a coisa. O ordenamento enseja que cesse a ameaça ou que se restitua a coisa àquele que dela se viu despojado. O processo possessório visa manter o estado de fato até que, se for necessário e conveniente, se declare o estado de direito. Daí a distinção já examinada entre o *interdictum* e o *actio*, bem como *actio* e *interdictum* (Capítulo 3, seção 3.2). Nas ações possessórias (interditos), como foi dito,

trata-se exclusivamente da questão da posse.

(Pereira, 1993:49).

Nas chamadas ações petitórias (), leva-se em conta exclusivamente o direito de propriedade.

A proteção da posse é, portanto, complemento indispensável da proteção à propriedade. Decidir-se-á acerca da propriedade, no entanto, somente nas ações petitórias.

Os efeitos da posse, originalmente circunscritos apenas ao direito de propriedade, foram sendo progressivamente estendidos a todos os direitos reais compatíveis com a aparência, exterioridade e uso.

Como a proteção da posse implica ação, ainda que pré-processual, mediante a autotutela permitida pelo ordenamento, seu estudo está inevitavelmente ligado aos procedimentos de defesa; portanto, ao processo possessório. Essa a razão pela qual se mostram indissociáveis no estudo da proteção possessória, como vimos no Capítulo 7, as regras de direito material e de direito processual. As minúcias dos procedimentos devem ser regradas pelas leis de processo. As bases, os fundamentos e as modalidades de proteção possessória devem vir descritos pela lei material. Existe também outra razão, esta de ordem histórica, para a matéria ser tratada em nosso Código Civil. A legislação processual, à época do Código, era atribuída aos Estados. Temia-se que, se relegadas as ações possessórias aos estatutos processuais locais, ficariam dispersos os elementos da teoria possessória, ficando (Clóvis, Comentários ao art. 499).

Assim, as normas de proteção da posse encontram-se no Código Civil e no CPC. Os dispositivos de direito material, entre nós, também se aplicam aos bens móveis. O estatuto processual revogado referia-se à posse das coisas móveis no procedimento sumário (art. 275, II), extinto no CPC de 2015.

Há muitas divergências acerca da origem da proteção possessória no Direito Romano. Refoge ao âmbito de nosso exame as teorias que a cercam. Em linhas gerais, a posse era defendida por meio de dois interditos, os quais eram de duas categorias, (visavam manter a posse molesta) e (visavam recuperar posse perdida). Uma terceira classe, , os destinados a adquirir a posse, não se incluía entre os anteriores, os quais pressupunham uma posse ameaçada ou perdida, enquanto estes buscavam uma posse nunca tida e que se pretendia adquirir.

Eram dois os interditos : e . O interdito defendia a posse de imóveis, fazendo com que o possuidor justo mantivesse seu estado. O interdito servia para a defesa dos bens móveis, não protegia simplesmente o possuidor atual, mas aquele que possuía a coisa há mais tempo e sem vícios, durante o ano anterior à propositura da ação. Ambos os interditos deveriam ser ajuizados dentro de um ano da turbção da posse.

Na categoria de interditos , ingressava o , sob duas modalidades: de e de . Protegiam a posse de imóveis esbulhados com violência com ou sem armas, respectivamente. Mencionam-se ainda o interdito e o , de obscura origem.

Por influência do direito canônico na Idade Média, surge a , ação que se concedia aos bispos expulsos de suas sedes. Tinha o objetivo de reforçar a autoridade dos bispos, assegurando-lhes estabilidade em suas sedes. Posteriormente, dá-se importância à , pela qual se protegiam os particulares contra o esbulho de móveis e imóveis, invocável tanto no juízo civil, como no juízo criminal. Aos poucos foi-se admitindo o uso da ação, não somente contra o esbulhador, mas também contra terceiros de má-fé.

A ação denominada , também do direito intermédio, defendia a posse com efeito de conservação e restituição, quase exclusivamente com base no (Papao, Kiper, Dillon e Causse, 1989, v. 1:119).

No antigo direito francês, a partir do século XIV, permitiu-se unicamente a . Concedia-se apenas para a recuperação de imóveis, exigindo posse anual (Arean, 1992:167). A era utilizada para os móveis e imóveis, em caso de esbulhos violentos. Pelo sistema francês vigente somente se admitem ações possessórias para os imóveis, no que é seguido por muitas legislações. Nosso ordenamento não faz distinção.

No direito brasileiro, seguindo a tradição das Ordenações, a maioria da doutrina entende que as ações possessórias são ações reais, aplicando-se a proteção tanto aos imóveis, quanto aos móveis.



Ao ordenamento legal repulsa a ideia de justiça feita de mão própria. As ações possessórias estão à disposição do esbulhado ou turbado dentro do organismo do Estado.

No entanto, tamanho é o valor axiológico dado à posse pelo direito que excepcionalmente, sob certas circunstâncias, permite a lei a autotutela, conforme dispõe o art. 1.210, § 1º:¹

A redação, com simples alteração de forma, é mantida por ambos os Códigos.

Considera-se imprescindível a manutenção do estado de fato em prol da paz social. Cuida a lei de incentivar que as posses sejam mantidas como estão.

Duas são as hipóteses de autotutela na lei. Legítima defesa, quando a posse é ameaçada, e desforço imediato, quando a posse é perdida. Os princípios são os mesmos da legítima defesa no âmbito penal. O Código Civil, por seu turno, dispõe no art. 188, I, que

. Há ofensa à posse, conquanto

não haja dano, porque (Miranda, 1971, v. 10:282), e como tal deve ser defendido.²

Ocorre esbulho quando o possuidor é retirado total ou parcialmente de sua posse. Existe turbção quando se agride a posse sem chegar ao esbulho. Imóvel cercado por pessoas armadas induz intuito de invadir. Caracteriza-se a ameaça. Imóvel já invadido caracteriza o esbulho.

Note que o conceito de posse do art. 1.196 não faz referência à posse exclusivamente das coisas corpóreas. Podendo a propriedade ter por objeto bens incorpóreos, também pode haver posse. Destarte, se é possível a ação possessória, também possível é a autotutela. Engloba, por consequência, tanto os móveis, como os imóveis. Também o compossuidor pode valer-se da autotutela, se turbado ou esbulhado por outro consorte que ameace sua esfera possessória.

Para que o possuidor valha-se da defesa de mão própria, faz-se necessária a turbção ou o esbulho e uma reação imediata: . Cuidando-se de furto ou roubo de coisa móvel, por exemplo, o esbulhado pode perseguir o ofensor que foge com o objeto e retomá-lo. Se ocorre invasão de um prédio, cabe ao ofendido nele reingressar tão logo ocorrido o fato, com a força necessária. Passadas a oportunidade e conveniência da autodefesa, cabe ao sujeito recorrer às vias judiciais, sob pena de praticar ilícito penal. Trata-se, portanto, de remédio excepcional dentro do sistema jurídico. Sem o requisito da imediatidade, a conduta do agente pode tipificar o crime do art. 345 do Código Penal ().³

Nossa lei não exigiu que essa atitude do possuidor dependa da impossibilidade de recorrer às vias judiciárias. Exige, sim, imediatidade na repulsa, o que será verificado no caso concreto. Ainda que malsucedido na autodefesa, porque repelido pelo turbador ou esbulhador, sempre poderá recorrer aos interditos. As ações possessórias também concedem resposta rápida à turbção ou esbulho, permitindo a

concessão de liminar, em se tratando de agressão à posse de menos de ano e dia.

A legítima defesa da posse e o desforço imediato perdem legalidade quando se inicia o prazo do art. 523 do Código de 1916, ano e dia, dentro do qual pode ser obtida a medida liminar no processo. Aduzia o parágrafo único do citado artigo:

Destarte, instalado

conflito em imóvel, enquanto não definida a situação de fato e pendente a refrega, legítimos são os atos de defesa e desforço. Esses princípios continuam perfeitamente aplicáveis com o estatuto em vigor. Perdida a posse pelo defensor, não pode voltar ele a contra-atacar com mão própria, pois praticará ato injurídico. Deverá valer-se dos remédios processuais. O Código de 2002, como vimos, relega o tratamento das ações possessórias exclusivamente ao estatuto processual, que, como acentuamos, refere-se ao decantado prazo de ano e dia. Já totalmente solidificada a matéria processual a respeito de posse, não mais se justificava a manutenção dos princípios processuais no presente Código Civil.

A autodefesa da posse delimita ação própria do sujeito no conflito de interesses e não a ação pública, regrada pelo ordenamento. Todavia, ambas são ações legais para a mesma finalidade. A retomada da coisa por mão própria obtém o mesmo efeito que teria a sentença de reintegração. Essa situação é semelhante no direito comparado, que permite a autotutela da posse sem grandes discrepâncias dogmáticas.

Assim como na legítima defesa penal, que exige o requisito da moderação na repulsa (, art. 25 do Código Penal), os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse. É claro que as agruras do possuidor turbado ou esbulhado nem sempre permitirão que se sopesse, no calor da disputa, o exato limite da repulsa. Examina-se a proporcionalidade da conduta do defensor e do ofensor, de acordo com o prudente critério do julgador. O mesmo se diga quanto à imediatidade. Repele logo a invasão de seu imóvel o possuidor que ali retorne, encontrando estranhos, conquanto tenha decorrido certo lapso de tempo. A esse respeito dispôs o art. 522 do antigo Código, por nós já examinado (Capítulo 5, seção 5.3.4):

Já estudamos esse aspecto do ausente. Para ele, o conhecimento da agressão à posse dará a conceituação de repulsa imediata nos termos do art. 502. O art. 1.224 do Código de 2002 moderniza o entendimento a respeito do ausente nessa situação ao mencionar que a posse considera-se perdida para

O exagero, tendo em vista o tempo decorrido e a falta de moderação, é aquele que extravasa o desiderato da lei. As Ordenações do Reino já traziam regramento do instituto, de acordo com as fontes

romanas, estabelecendo o critério judicial:

(Liv. 4, tit. 58, § 2º).

Quem repele agressão injusta e aproveita a oportunidade para também agredir pratica ato ilícito nos limites de sua agressão e dos danos ocasionados.

Esse direito de defesa compete tanto ao possuidor direto, como ao possuidor indireto. Assim, pode o locatário impedir que o locador ou terceiro ingresse no imóvel locado contra sua vontade.

A autotutela também independe de ser a posse justa ou injusta, de boa ou de má-fé.

(Monteiro, 1989:56). Concluímos que basta o fato da posse, sem considerar sua natureza ou caráter. Protege-se a situação de alguém manter relação de fato com o bem. Se outra pessoa pretende igual direito sobre a coisa, tal como propriedade ou, melhor, posse, deve valer-se da via judicial, pois do contrário estar-se-ia autorizando a justiça de mão própria (Borda, 1984, v. 1:161). Assim como na tutela penal, a tutela privada da posse exige que a agressão seja atual ou iminente. Insuficiente que se trate de ameaça imprecisa e futura.

Para a atividade de defesa ou de desforço, não fica a vítima inibida de se valer do auxílio de terceiros, para defender-se ou reintegrar na coisa. Invadido um imóvel com muitas pessoas, evidente que o possuidor atingido não poderá utilizar-se do desforço sozinho. Presentes os invasores com armas e utensílios de ofensa, como pás e foices, é evidente que não poderá o ofendido recuperar a posse de mãos limpas. O que importa é o requisito da imediatidade e da moderação que o caso requer. Nem sempre, assim como na defesa penal, a moderação pode ser colocada em exame numa balança de peso exato. O vigor da ofensa à posse e os meios utilizados pelo defensor devem ser ponderados com critério pelo julgador. Quando a lei fala em *vis repulsa*, não se refere à própria força física do ofendido, mas à força que, nos limites legais, possa ele dispor, ou seja, à *vis legalis*. A pessoa jurídica, da mesma forma, age por seus órgãos e prepostos. Também a pessoa natural pode defender-se por prepostos ou empregados, como extensão da vontade do próprio possuidor.

Não existe agressão injusta à posse, quando alguém se conduz no cumprimento de medida judicial ou ordem legal. O oficial de justiça com mandado de penhora, com autorização de arrombamento, pratica ato lícito. Não há legitimidade na autotutela nessa hipótese. Também o estado de necessidade pode justificar a invasão da posse. No entanto, a conduta ilegítima de turbção pode partir de agentes do Estado. A lei não faz distinção. O possuidor atingido pode valer-se da autotutela contra particulares ou contra os órgãos da Administração.

(Fulgêncio, 1978, v. 1:148).

Entende-se que a autotutela somente pode ser exercida contra quem turbou ou esbulhou. Não contra terceiros, quando já ausente a imediatidade: o furtador entrega a coisa ao receptador, por exemplo. Contra este o prejudicado apenas pode recorrer às ações possessórias (Lopes, 1964, v. 6:204).

Sempre que se transitar pela posse, sua defesa e pelas ações possessórias, devem ficar bem claros aos operadores de Direito os princípios gerais que norteiam a propriedade na Constituição Federal, a começar de sua função social (art. 170, III). Em princípio, não há que se proteger a posse, se a propriedade não cumpre sua função social. A questão é extremamente sensível e ideológica, e, levada às últimas consequências, poderá deflagrar incontidos e incontáveis conflitos. Bom senso é que se recomenda, ao lado do correto sopesamento da utilização da propriedade e seu sentido social, como veremos nos capítulos seguintes. Posições extremas, de um lado ou de outro, somente desencadeiam ódios que devem ser afastados desta nação. Se, por um lado, essa problemática residiu apenas no campo, no passado, as pressões sociais também a trouxeram para os centros urbanos.

O art. 186 da Constituição Federal houve por bem definir o que se entende por função social da propriedade rural:

Sendo a posse a exteriorização da propriedade, tais princípios sempre deverão ser considerados, assim como aqueles que se referem à propriedade urbana, em todas ações possessórias (Constituição, art. 182, § 2º).

As ações possessórias típicas, ou ações possessórias em sentido estrito, no CPC, são aquelas derivadas historicamente do Direito Romano, manutenção e reintegração de posse e interdito proibitório. A matéria vem tratada em disposições gerais nos arts. 554 ss. do Código de Processo Civil. Ali são tratadas a ação de manutenção de posse e interdito proibitório, juntamente com a reintegração. O Código Civil de 1916 dispunha sobre a manutenção e a reintegração no art. 499 e sobre o interdito proibitório no art. 501:

No interdito, a cominação de pena é essencial ao instituto. O art. 555 do CPC de 2015 estatui sobre cominação de pena ou qualquer medida necessária e adequada para evitar nova turbação ou esbulho. No estatuto processual de 1973, somente havia referência à pena pecuniária. O novo processo foi mais consentâneo com a realidade, permitindo ao juiz, no caso concreto, determinar a medida mais adequada, a qual poderá ser de natureza variada, não se limitando apenas a uma multa.

O Código vigente trata de forma lapidar dos três remédios possessórios no art. 1.210:

Outras ações podem assumir caráter possessório, como a nunciação de obra nova e os embargos de terceiro, reguladas separadamente, entre outras, como veremos.

Cuida-se, portanto, dos chamados remédios possessórios, denominados no direito lusitano.

As três tradicionais modalidades de possessórias correspondem a três diferentes planos de ofensa da posse. A mais grave das ofensas é o esbulho, em que o possuidor é despojado do poder de fato sobre a coisa. Cuida-se da perda da posse com a ação de . Busca-se recolocar o agente na disposição do direito possessório.

A turbação situa-se em menor grau. Os atos turbativos molestam e dificultam a posse, sem suprimi-la do sujeito. Para a turbação, a ação adequada é a de , pela qual se busca fazer cessar os atos perturbadores da posse.

A ameaça contra a posse, a violência iminente citada pela lei, é remediada pelo . É utilizada na situação de agressão iminente ou receio justificável de perturbação da posse. Cuida-se de situação em que a turbação ou esbulho são altamente prováveis e atuais.

Neste passo, o fato da posse se traduz em direito próximo ou semelhante à sequência.

Quem detiver a coisa esbulhada, sabedor do vício, será parte legítima passiva para figurar na ação possessória. Cuida-se de cúmplice do esbulho. Assim, a ação poderá ser intentada contra o receptor de coisa furtada ou roubada e todo aquele que recebeu coisa imóvel sabedor do vício na pessoa de quem lhe transmitiu. Nada impede que a ação de esbulho seja cumulada com o pedido de perdas e danos, como vimos. Pode o autor optar pela ação singela de indenização, na qual pede o preço da coisa usurpada (valor do dano), com eventuais lucros cessantes.

A ação possessória pode ser intentada contra os que praticaram o esbulho ou contra as pessoas que

os representam ou sucedem. A impossibilidade de identificar os réus, ou todos os réus, não pode ser óbice para a propositura. Se há dezenas, centenas de invasores, torna-se impossível identificá-los todos. Deve o autor nominar os que conseguir, ou os chefes da invasão, informando o juiz da existência de uma tribo ou horda no local. Neste artigo, o Código indica que mesmo o terceiro que recebeu a posse viciada pode figurar no polo passivo. A origem da posse deve ser viciada, devendo o autor evidenciar a má-fé nesse aspecto.

Nem sempre é fácil a delimitação de grau de ofensa à posse. O possuidor é titular de imóvel prestes a ser invadido. Recebe ameaças de invasão. Ao providenciar o ajuizamento da ação, o imóvel já está cercado por um grupo belicoso. Ingressa com a ação e logo percebe que a invasão se consumou.

O legislador, sensível a essa dificuldade, dispõe no art. 554 do CPC:

O dispositivo não permite que se substitua uma ação por outra, mas autoriza o juiz a decidir o pleito possessório, dentro da tríplice divisão, proferindo o comando necessário à proteção da posse. Assim, se foi proposta ação de reintegração e ficar provado que houve apenas turbação, o pedido será julgado procedente em parte. O esbulho é mais amplo do que a turbação. Tudo dependerá do caso sob exame. Também o interdito proibitório pode ser julgado como manutenção (503/110, 46/216).⁴ Essa disposição, tradicional em nosso direito, justifica-se em face da possibilidade de rápida mutabilidade do estado de fato ou da dificuldade de precisar-se, no caso concreto, qual a espécie de agressão que a vítima efetivamente sofreu. O autor dirige-se ao juiz pedindo proteção possessória, independentemente da hostilidade descrita na inicial, que pode ampliar-se ou restringir-se no curso de curto lapso temporal. Não há, portanto, prestação jurisdicional fora do pedido do autor, nem pode o réu alegar na contestação outra modalidade de ofensa à posse, que não aquela descrita na inicial. Isso seria sua confissão de agressão à posse.

O estatuto processual vigente, inserindo o artigo nas disposições gerais das ações possessórias, permitiu a fungibilidade nas três modalidades. Com isso, afastou dúvidas do Código de 1939, que não era expresso a esse respeito. Contudo, o dispositivo restringe-se aos três procedimentos típicos, não podendo abranger outras ações, com ritos procedimentais diversos, como a nunciação de obra nova e os embargos de terceiro possuidor, ainda que possuindo cunho possessório.

O art. 275 do CPC de 1973 impunha o procedimento sumário para as possessórias de bens móveis. Esse procedimento foi extinto no diploma processual civil de 2015.

De qualquer forma, inafastável, portanto, que nosso sistema admite a defesa possessória para móveis e imóveis. No processo civil, havendo procedimento especial para a finalidade colimada na ação, este deverá ser seguido, caso não prefira a parte utilizar-se da vala comum do procedimento comum (e o procedimento sumário o é). Destarte, as disposições sobre ações possessórias (arts. 554 ss do CPC) não distinguem entre móveis e imóveis. Os interditos, portanto, são utilizáveis para os móveis e imóveis. Se o possuidor de coisa móvel ameaçada, turbada ou esbulhada pretender a obtenção da liminar, presente a ofensa com menos de ano e dia, deve recorrer às ações possessórias. Passado esse prazo, o art. 558 determina que o procedimento será o comum, sem perder o caráter possessório.

Portanto, nada impede que o autor opte pelo rito comum subordinando-se a suas vicissitudes, se assim preferir. Passado o prazo de ano e dia, por outro lado, desaparece a especialidade do rito da possessória.

Mesmo no procedimento comum, é possível obter a tutela provisória da posse, sob as novas modalidades antecipatórias do CPC de 2015 (arts. 294 ss.).

No entanto, não se confundem, segundo nos parece, as condições para essa tutela cautelar no processo de conhecimento, tutela provisória ou tutela de urgência, com a liminar clássica das ações possessórias, contudo, seus efeitos são muito próximos. A irreversibilidade da medida concedida deve ser avaliada caso a caso, assegurando-se os direitos do réu.

A matéria processual nova, contudo, abrirá sem dúvida margem a estudos aprofundados na ciência do processo.

Lembre-se, também, de que a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245, de 18-10-1991) demanda expressamente para a desocupação do imóvel, quando existe relação :

(art. 5º). Se a lei especial procurou afastar a ação possessória nas relações inquilinárias, é porque a situação fática poderia permitir a possessória. Não havendo lei especial, ainda que decorrente de locação, a ação para reaver bens móveis será possessória.

Na prática, em razão dessa vacilação dogmática, temos visto com frequência o ajuizamento de excêntrica ação de () para recuperação da posse de móveis. Evidente que esse procedimento é injustificável, o pedido é inepto, não somente pelos princípios que regem o processo cautelar, como também pelo desprezo à exata compreensão e extensão das ações possessórias. Destarte, quando se trata, por exemplo, de veículo automotor injustamente esbulhado do possuidor, a ação é de reintegração de posse, se a ofensa for de menos de ano e dia. Havendo ameaça potencial ou efetiva à posse do veículo, buscam-se o interdito proibitório e a manutenção de posse, aplicando-se a fungibilidade vista no tópico anterior. Evidente que, se a discussão em torno da coisa móvel for sobre o domínio, a ação será petítória, descabido qualquer remédio possessório.

Recorde-se que a jurisprudência vinha admitindo sem reboços a ação de reintegração de posse decorrente de inadimplemento ou mora no contrato de , arrendamento mercantil, geralmente utilizado para bens móveis, veículos e máquinas. Para a concessão da liminar, bastava a prova do

inadimplemento total ou parcial ou o decurso de prazo do contrato e a não devolução da coisa ao arrendador. Essa orientação, porém, sofreu restrições, principalmente quando é cobrado antecipadamente o valor residual do bem objeto do negócio. A matéria ainda traz vacilações jurisprudenciais.

Procuramos estabelecer neste livro que a posse consubstancia estado de fato, exteriorizador da propriedade, protegido, portanto, pelo ordenamento.

Nesse diapasão, vem à baila examinar se a ação possessória tem natureza real ou pessoal. Há consequências processuais importantes na distinção, mormente pela necessidade da presença dos cônjuges na ação real, versando a causa sobre imóvel.

Colocada a posse como um estado de fato, a conclusão de se tratar de ação pessoal é inevitável, embora continue a discussão na doutrina. Os interditos buscam apenas preservar ou restaurar estado de fato. A presença do cônjuge se faria necessária quando a posse em discussão também o afetasse.

Evidente que a natureza da posse é, como afirmamos, o tema mais controvertido em direito. Desse modo, para finalidade prática, porque longe estão a doutrina e os tribunais de uma conclusão, é sempre conveniente a presença do cônjuge nas ações possessórias. Evita-se, com isso, uma discussão paralela e estéril no processo possessório.

Inobstante, a jurisprudência inclinou-se pela dispensabilidade da citação do cônjuge, ao analisar o art. 10, § 1º, I, do CPC de 1973 (art. 73, I, do CPC de 2015). No Quinto Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada concluiu-se, por maioria, que na ação possessória,

(Ver Negrão, 1994 e edições posteriores: art. 10, nota 11, que também inclui julgados contra e a favor da tese.)

A Lei nº 8.952, de 13-12-94, procurou estancar dúvidas acerca da matéria, dispondo, no § 2º do art. 10 do CPC, o que foi repetido pelo art. 73, § 2º, do CPC de 2015:

Já foi analisado o art. 503 do Código Civil de 1916, que estatuiu ter o possuidor mantido ou reintegrado direito à indenização dos prejuízos sofridos, bem como os arts. 514 e 515, que cuidam da indenização pela perda ou deterioração da coisa (Capítulo 6, seção 6.4). Nessa análise, nos reportamos

também à orientação do vigente Código sobre a matéria, que relega a questão da indenização pelos prejuízos aos princípios gerais, nessa situação.

Paralelamente, o art. 555 do CPC dispõe:

A cumulação de pedidos é permitida, pois, pelo ordenamento processual no rito especial das possessórias. Não houvesse autorização expressa, teria o autor que se valer da cumulação no procedimento comum. Por outro lado, nada impede que o autor ajuíze o pedido indenizatório em ação autônoma.

Quanto à condenação de perdas e danos, estas dizem respeito ao que foi estudado anteriormente, incluindo também indenização pela deterioração e perda da coisa, dependendo da conceituação de boa ou má-fé. Inexistente a coisa, que não pode, portanto, ser devolvida, subsiste o pedido de indenização, que deve ser acolhido se presentes seus requisitos. O desaparecimento da coisa pode ter ocorrido antes da demanda, sem que o autor o soubesse, ou no curso dela. Se o pedido de indenização não foi formulado, somente em ação autônoma o credor poderá fazê-lo.

O pedido de perdas e danos pode vir formulado em quantia certa ou para ser apurável em liquidação, o que é mais comum. O prejuízo, porém, como largamente acentuado por nós no Capítulo 6, deve ser comprovado no processo de conhecimento.

Como a ação é dúplice, aspecto a ser abordado a seguir, também o réu pode pedir a indenização.

No interdito proibitório, como ainda não ocorreu ofensa à posse, difícil que tenha ocorrido prejuízo. Todavia, a cominação de multa no interdito é essencial, sendo sua própria razão de ser. O réu sujeita-se à multa diária, se persistir na ameaça à posse ou se concretizá-la. Na manutenção ou reintegração de posse, é faculdade do possuidor agredido pedir a cominação de multa.

A imposição de cominação deve seguir os preceitos do art. 814 do CPC. Essa disposição cuida da imposição de pena pecuniária diária pelo não cumprimento do preceito. Cuida-se da chamada *multa diária*.

O art. 497 estabelece que o juiz, na sentença que dirimir obrigação de fazer ou não fazer, pode impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor. Nessa multa, fixará valor suficiente ou compatível com a obrigação. Essa disposição se aplica ao interdito proibitório. Desse modo, a multa pode ser fixada na fase executória.

O esbulhador pode ter construído ou plantado no imóvel. Tal pode ser a própria razão do esbulho. O autor pode pedir o desfazimento, inclusive com a cominação de multa.

É evidente que os pedidos do art. 555 somente serão acolhidos se procedente o pedido possessório. No entanto, acolhida a pretensão possessória, poderão ser rejeitados os pedidos cuja cumulação se permite.

A decantada duplicidade das ações possessórias vem estampada no art. 556 do CPC:

O que caracteriza a duplicidade de uma ação é o fato de o demandado independer de pedido reconvenicional para atingir o objetivo colimado ou conexo ao descrito pelo autor. No caso do artigo, a demanda possessória pode ser decidida tanto a favor do autor, como a favor do réu, se houve pedido expresse dele na contestação, inclusive quanto à indenização. Não houvesse a autorização legal, haveria necessidade de reconvenção. No entanto, não estampando o réu pretensão possessória na contestação,

(615/187).⁵ Se o réu se limita a contestar, sem pedir a proteção possessória para si, o juiz não poderá deferir-lhe a tutela. A natureza do art. 922 é de verdadeira reconvenção. Portanto, as ações possessórias são dúplices entre nós por vontade da lei e não por sua própria natureza, questão aliás muito discutível na doutrina.

Como se examina na lide o fato da posse, esse fato pode ser controvertido a ponto de permitir que se analise entre os litigantes quem tem a melhor posse e quem efetivamente a turbou ou a esbulhou.

Se ficar dispensada e repelida a reconvenção para as finalidades do dispositivo, nada impede que seja ela ajuizada

(Fabrício, 1980:499).⁶

Se a posse por si só é instituto dos mais polêmicos em direito, a discussão acerca do exame do domínio nas ações possessórias é a que mais acaloradas dissensões tem levantado.

A polêmica iniciou-se com a redação da segunda parte do art. 505 do Código Civil de 1916:

É questão já examinada a diferença entre o juízo possessório e o juízo petitório (Capítulo 3, seção 3.2). Na ação possessória, apenas se examina o fato da posse. A regra enunciada com singeleza é de que no juízo possessório é vedado examinar o domínio. Muito se discutiu sobre o alcance desse texto.

O CPC de 1973 não esclareceu a contento a questão. Dispôs sua redação do art. 923:

7

A redação original do dispositivo possuía uma segunda parte, suprimida pela Lei nº 6.820/80. O artigo prosseguia nestes termos:

Suprimindo a Lei nº 6.820/80 a parte final do artigo, deixou de se referir à segunda parte do art. 505 do Código Civil. Discute-se se nessa premissa essa lei revogou esse tópico da lei material. Se simplesmente entendida como revogada a disposição civil, a consequência prática do art. 923 vigente será apenas impedir a propositura de ação reivindicatória, no curso de ação possessória até sua decisão final. Destarte, estaria impedido o proprietário de discutir seu domínio, o que poderia ocasionar iniquidades.

O sentido da lei parece ter sido o de manter a tradição das ações possessórias, apenas isso. Isto é, na ação possessória é vedado o juízo petitório. Não podem ser cumuladas duas ações. Tem decidido a jurisprudência, procurando harmonizar a interpretação do art. 923, que fica obstada a propositura de ação de reconhecimento de domínio, para ambas as partes, se na possessória ambas discutem a posse com base no domínio. Nesse sentido, se o pleito não tiver esse conteúdo, não fica impedida a propositura de ação petitória (605/55, 650/67, 123/217, 124/297).

O art. 557 do CPC de 2015 não aplainou definitivamente as dúvidas ao estabelecer:

“

”.

Assim, por essa dicção, fica reafirmado que autor e réu não podem entre si discutir o domínio em ação de reconhecimento. Qualquer um deles, porém, poderá fazê-lo em face de terceiro. Na prática, a dúvida vai situar-se em saber quem exatamente será terceiro nessa demanda.

O sentido do antigo art. 505 era orientar que não obsta a manutenção ou reintegração de posse a alegação de domínio ou outro direito. Quando o fato da posse no processo surgisse conturbado, confuso, na dúvida, não devia o juiz conceder a posse em favor de quem evidentemente não possuísse o domínio. O domínio nunca será o substrato da ação possessória. Na antiga ou na nova lei, examina-se o domínio

como adminículo, subsídio, quando da prova não puder ressaltar a boa ou melhor posse. Essa questão pode ser levantada no processo independentemente de eventual revogação da segunda parte do art. 505 do Código de 1916. Se o réu demandado em ação possessória apenas apresentar exceção de domínio, somente se examinará a questão sob o prisma possessório. Pode o réu, porém, alegar o domínio, afirmar que tinha a posse e que dela foi esbulhado, pedindo-a para si. Na verdade, aqui não se extravasam os limites do pleito possessório. O domínio é alegado incidentemente e examinado como adminículo probatório. Se o réu se diz apenas dono e nunca teve a posse, a questão também será exclusivamente possessória. Neste caso, o réu não pode inserir a questão petitória na ação. Deve recorrer ao meio processual próprio, em sede de ação petitória. Com frequência, observa-se que os réus demandados em ação possessória procuram trazer à baila a questão do domínio, tumultuando o feito. Deve ser afastada essa questão, imprópria e inócua para a ação possessória.

A segunda parte do art. 505 encontrou ao menos terreno mais seguro para sua aplicação com a Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal:

8

Nesse sentido, somente se traria à baila a súmula se ambos os contendores discutissem a posse com base no domínio, ou se a prova do fato da posse fosse de tal molde confusa que, levadas as partes a discutir o domínio, se decidiria a posse em favor de quem evidentemente tem domínio. Todavia, a ação não deixaria de ser possessória, não ocorrendo coisa julgada acerca do domínio. Não se converte a ação em petitória unicamente porque ventilado o domínio por ambas as partes e na motivação da sentença. Nesse sentido, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

(RE 5.462-

MS, Rel. Min. Athos Carneiro. In: Negrão, 1994, nota 3 ao art. 923).

Nessa hipótese, examina-se aspecto dominial, como fundamento da decisão, mas não se decide sobre ele, pois o mais recente Código resolveu colocar um paradeiro a essa barafunda que atravessa os séculos. Dispõe linearmente o art. 1.210, § 2º:

Ora, o estatuto de 2002 prende-se exclusivamente ao fato da posse nas ações possessórias. Podem ser alegados outros direitos nessa contenda, inclusive a propriedade, mas a decisão será com fundamento exclusivamente na posse. Parece que doravante a situação fica clara. Se, por um lado, essa alegação de propriedade ou outro direito não obsta a manutenção ou reintegração na posse, por maior razão não impede que seja acolhido o interdito proibitório, no qual a posse ainda não está frontalmente atingida. Tantos foram os anos em que se discutiu o citado art. 505 do Código Civil antigo, que por algum tempo

ainda sentir-se-á o ranço das alegações descabidas de domínio nas futuras ações possessórias, situação que, sem dúvida, a futura jurisprudência haverá de esclarecer, com base na nova disposição. Anote-se, contudo, que o mais recente dispositivo não proíbe a alegação de propriedade ou outro direito nesse campo. Sob o prisma ainda da vetusta lei, quando ambos os contendores disputam a posse exclusivamente com base no domínio, o que na prática não é muito fácil de ocorrer, cabe ao juiz decidir quem tem melhor fato de posse, se é que essa posse efetivamente existe. Aliás, parece-nos difícil, senão impossível, que o fato da posse seja reconhecido se ambas as partes discutem-na exclusivamente sob respaldo do direito de propriedade.

O art. 558 do CPC refere-se ao ajuizamento das ações possessórias no ano e dia da turbação e esbulho. Proposta a ação nesse prazo, o procedimento especial das ações possessórias permite a expedição do mandado liminar de manutenção, reintegração, ou proibitório, nos termos do art. 562 do CPC, de plano, se convencido o magistrado tão só com a documentação da inicial, ou após audiência de justificação prévia. Sobre esse prazo de ano e dia já nos manifestamos (Capítulo 4, seção 4.6). A posse nova, com menos de ano e dia, permite o deferimento da liminar. Vimos que o Código Civil de 1916 se referia a esse prazo no art. 508:

. O estatuto processual regulamenta a disposição.

Lembre-se de tudo já examinado. A proteção possessória de já é provisória. A medida liminar é provisoriedade no processo, que pode ser mantida ou não na sentença. Ultrapassado o prazo de ano e dia, a ação continuará a ser possessória, mas pelo procedimento comum. Não haverá possibilidade de deferimento da liminar, nem o processo se transformará em pleito petitório.

Tendo em vista as consequências da liminar, na maioria das vezes, se mostra imperiosa a realização de audiência de justificação. Sempre existirão riscos de iniquidade, se com aodamento é deferida de plano, sem citação do réu, como manda a lei, a reintegração ou manutenção liminar. De outro lado, na audiência de justificação, com a presença do réu citado para tal, poderá o juiz não somente obter a conciliação, como também decidir com base em prova mais palpável, colhendo diretamente os testemunhos acerca do conflito possessório. O conteúdo da audiência prévia também é material importante para a decisão em segundo grau, no agravo de instrumento contra a decisão que defere ou indefere a medida, ou de eventual mandado de segurança para obtenção de efeito suspensivo excepcional a esse recurso (o art. 1.019, I), do CPC, permite ao Relator conferir efeito suspensivo ou deferir antecipação de tutela total ou parcial, na hipótese de indeferimento da liminar pleiteada; logo, o mandado de segurança, que não pode ser mero substitutivo de recursos, somente será impetrado em hipóteses restritas).

Essa justificação prévia não exige, por outro lado, prova cabal e completa, que será objeto da

instrução. Os pressupostos são os mesmos, aplicados à posse, do e dos processos cautelares. A decisão liminar sempre dependerá do bom senso do magistrado.

Por outro lado, a realização da audiência de justificação prévia independe de pedido expresso do autor, não ficando ao arbítrio do juiz realizá-la ou não, salvo hipóteses de indeferimento da inicial. Deve determinar sua realização, se não se convencer tão só pela documentação da inicial. Cuida-se de ato judicial urgente que requer designação para data próxima. É claro que, ao examinar a concessão da liminar e a conveniência da justificação, já se passou pela etapa preliminar de aptidão da petição inicial. Petição inepta deve ser indeferida de plano, mas a motivação desse indeferimento é exclusivamente processual.

O parágrafo único do art. 562 do CPC subordina a concessão da liminar contra pessoas jurídicas de direito público à audiência prévia dos respectivos representantes judiciais.⁹

Deferida ou indeferida no momento processual oportuno a liminar, não é dado ao magistrado modificar a decisão, salvo no juízo de retratação do agravo. Contudo, como reiteradamente afirmamos, qualquer afirmação peremptória em direito é perigosa. Alterações na situação de fato podem exigir a alteração da decisão, de forma excepcional, no curso da lide (487/158, 91/280, 90/71).

Interessante notar que o estatuto processual exige a citação do réu para seu comparecimento à audiência de justificação, ao contrário do que determinava o código anterior. O legislador não esclareceu qual sua função nessa audiência. Não pode ele contestar, porque o prazo para a resposta passa a fluir da intimação do despacho que deferir ou não a medida (art. 564, CPC). Evidentemente, sua presença na audiência não pode revestir-se de mera passividade. Embora não lhe seja facultado arrolar testemunhas, nada impede que o magistrado tome seu depoimento, que pode ser esclarecedor, podendo, por seu advogado, contraditar e reinquirir as testemunhas. Já se entendeu que o juiz pode ouvir testemunhas trazidas pelo réu, se entender necessário (499/105, 609/98), e que o juiz deve ouvi-las (609/98 e 106/35). Sem subverter a finalidade dessa audiência prévia, quer parecer que a presença obrigatória do réu nessa audiência lhe permite produzir provas, requerendo inclusive o depoimento do autor, embora ainda não possa apresentar contestação, em obediência à garantia constitucional da ampla defesa, descrita na Constituição Federal (art. 5º, LV).

As ações possessórias possuem rito próprio, procedimento especial, mormente no que concerne ao deferimento da medida liminar, precursora que foi das antecipações de tutela que muito mais recentemente foram introduzidas no nosso sistema processual. Desse modo, não há que se falar em medida cautelar de qualquer natureza ou antecipação de tutela nas ações possessórias, fora do procedimento especial. Desse modo, parece-nos incompatível com o sistema as medidas acautelatórias ou antecipatórias de tutela em sede de ações possessórias, quando se tratar de posse velha. Essa opinião aqui esposada não é unânime entre os processualistas. Mesmo tramitando pelo procedimento comum, quando se tratar de posse de mais de ano e dia, a demanda conservará seu caráter possessório. A única diferença reside na impossibilidade de obter-se a medida prevista nos arts. 562 e 563 do CPC. Como há procedimento especial e circunstâncias próprias para o deferimento de liminar para as possessórias, as

medidas gerais de antecipação de tutela, a nosso ver, mostram-se incompatíveis nesse campo. Não fosse assim, o legislador processual não teria regulado no procedimento especial as medidas liminares em possessórias, cuja natureza é a mesma das antecipações de tutela ou assemelhadas. Ocorre que, por vezes, situações teratológicas ou de profunda necessidade levam o magistrado a inovar nesse campo de urgência. Com a palavra os doutos processualistas.

7.3.8.1 Quando mais de uma pessoa se disser possuidora

O ordenamento dá proeminência no art. 1.211 ao [§ 1º](#), como aspecto objetivo da posse:

O aspecto objetivo, isto é, a ciência do vício original por parte do detentor, somente será levado em conta se for manifesto. Como em tudo que gira em torno da posse, por ser um fato, importante será o exame das circunstâncias no caso concreto. Na hipótese deste artigo, surgem várias pessoas que se dizem possuidoras, cada qual procurando excluir as demais. O juiz, como regra geral, deverá manter a coisa com quem estiver na detenção. Dá-se preferência ao estado de fato que se traduz na aparência exterior. Note que a posse provisória deve sempre levar em conta o prazo de ano e dia estabelecido agora unicamente no estatuto processual, como a seguir se expõe.

A medida liminar nas ações possessórias tem caráter exclusivamente temporário, objetivando proteger situação de fato superficialmente conhecida. O CPC enseja possibilidade ao réu, que tem contra si deferida a medida, resguardar-se de possíveis prejuízos, na hipótese de não ser mantido o estado pela decisão final. Dispõe o art. 559:

Claro está que a hipótese não se refere ao interdito, porque neste ainda não houve turbação ou esbulho, mas mera ameaça à posse. Perpetrada porém a agressão e transformado o interdito em manutenção ou reintegração, o preceito terá plena aplicação.

A caução pode ser real ou fidejussória. Se real, há de ser em dinheiro ou em espécie, com força suficiente para suportar futuros prejuízos ocasionados pelo uso e gozo da coisa durante o período de subsistência da liminar.

Cabe ao réu provar a falta de idoneidade financeira do autor, em qualquer momento do processo. Ausência de outros bens, excesso de dívidas e número excessivo de ações ajuizadas contra o autor podem denotar a falta de idoneidade de que fala a lei, ausência de condição patrimonial para suportar os ônus decorrentes de eventual improcedência da ação em curso. A prova carreada ao réu não pode defluir de meras suspeitas ou conjecturas. Ao autor, por sua vez, deve ser dada oportunidade de provar a idoneidade posta em dúvida.

Não prestada a caução ou prestada de forma inconveniente ou insatisfatória, preferiu a lei determinar ao juiz que deposite a coisa. Poderia fazer com que a liminar ficasse insubsistente, como nas ações cautelares em geral. Não o fez porque isso desvirtuaria a finalidade da liminar no juízo possessório, abrindo perigosa válvula de escape em sua proteção. Dadas as características da ação possessória, mostra-se inconveniente que esse depósito recaia em mãos das próprias partes. Deve ser conferido a terceiro. O bem fica resguardado de riscos até o final da demanda.

Se o pedido for formulado quando o processo estiver em tribunal de recurso, o processamento do incidente será feito pelo juiz do primeiro grau, embora interposto perante o relator, se já houve distribuição, ou presidência do pretório, em caso contrário. Se for processado e decidido o pedido de caução pela instância superior, suprimir-se-á grau de jurisdição (Rizzardo, 1991:170).

A caução pode ser oferecida e tomada por termo nos próprios autos. No entanto, por vezes a demonstração de idoneidade financeira do autor requererá produção de provas. Inconveniente que se tumultue o processo possessório. Nada impede, antes se aconselha, de acordo com o prudente critério do juiz, que se processe o incidente em autos apensados.

A escolha entre as três ações possessórias, como expusemos, depende do grau de ofensa à posse.

O interdito proibitório é remédio concedido ao possuidor direto ou indireto que tenha justo receio de ser molestado na posse (art. 567 do CPC). De acordo com o mesmo dispositivo, o juiz, ao expedir mandado proibitório, comina ao réu pena pecuniária na hipótese de transgressão do preceito. A referência ao possuidor direto ou indireto no dispositivo não significa que ambas as classes de possuidores também não possam ingressar com a manutenção ou reintegração. Não há justificativa para a referência estar apenas aí e não nas disposições gerais das ações possessórias.

Sua particularidade é o caráter preventivo. Busca-se evitar a ofensa à posse. Tem por finalidade afastar, com a proibição emanada do comando judicial, a ameaça de turbação ou esbulho. Se esta já ocorreu, a ação será de manutenção ou reintegração. Veja o que já foi explanado aqui sobre a fungibilidade das ações possessórias e a natureza da multa, que no interdito é essencial, enquanto nas duas outras ações depende de pedido expresso do autor. Por sua natureza, somente se impetra o interdito nas situações de força nova. Se a situação de fato já se estabilizou com a turbação ou esbulho, iniciou-se o prazo de ano e dia referido no art. 924. O interdito é remédio de .

Colocando-se o interdito como modalidade de ação possessória, não relegando a medida aos procedimentos cautelares, o legislador entende que a ameaça à posse já é forma de violação de direito. A disposição processual decorre do art. 501 do estatuto substantivo antigo:

O mesmo conteúdo substancial está presente na dicção do art. 1.210 do atual Código.

O é requisito a ser demonstrado no caso concreto: temor justificado de violência iminente contra a posse. Uma missiva ameaçando tomar a coisa pode tipificar a situação. Atos preparatórios de invasão de imóvel também. Apontar arma para o possuidor já transpassa o limite do iminente para se tornar agressão atual. Não é necessário prever o acontecimento futuro. Importa isto sim o temor de que algo suceda contra a posse. Nesse sentido:

(– 4ª C. – Ap. 482.598-5 –
São Sebastião – Rel. Juiz Carlos Bittar – 14-10-1993 – v. u.).

O autor deve indicar o valor da pena pecuniária a ser imposta no preceito. Se não o fizer, o juiz deve fixá-la. Se o juiz entendê-la excessiva, pode reduzi-la. O princípio é o mesmo da cláusula penal. Não pode, contudo, ser fixada em quantia que a torne inócua como fator construtivo, pois se trata de . O pagamento da multa torna-se devido pela infração ao preceito. Se ocorrida a turbação ou esbulho, liquida-se a multa do interdito, independentemente de apuração de prejuízos pela agressão efetiva à posse.

Pelo princípio da conversibilidade ou fungibilidade das ações possessórias, se ingressada ação de manutenção ou reintegração, convencendo-se o juiz que se trata de mera ameaça, deve ouvir o autor para impor a multa, se este já não a houver requerido. Verificada a moléstia à posse, transforma-se o interdito em ação de manutenção ou reintegração, bastando a comunicação do fato ao juiz (490/75).

Possível também o interdito para a ameaça ao estado de fato de bens incorpóreos (Miranda, 1971, v. 10:309): alguém tem justo receio de supressão de fornecimento de energia elétrica, de transmissão de sinais televisivos ou informáticos, de linha telefônica ou outra modalidade de comunicação etc. Lembre-se, porém, do que foi dito a respeito desses direitos de uso com relação às concessionárias de serviço, que são, como regra geral (podem ocorrer situações fáticas excepcionais), partes ilegítimas na possessória.

Possível igualmente o interdito contra a Administração Pública, pois se aplica o parágrafo único do art. 562 do CPC, que exige prévia oitiva de seus representantes para a concessão de liminar. No entanto, na prática, a ameaça à posse por órgão estatal possibilitará, na maioria das vezes, o mandado de segurança, com maior eficácia.

O simples fato de alguém lançar mão de medidas judiciais não justifica o interdito.

Aplica-se ao interdito proibitório o disposto sobre as demais ações possessórias, por força do art. 568 do CPC. Destarte, a concessão da liminar, com ou sem justificção prévia, segue os mesmos parâmetros.¹⁰

O interdito proibitório é utilizado para a simples ameaça à posse. A turbação é ofensa média à posse, socorrida pela ação de manutenção. O titular tem o exercício de sua posse prejudicado, embora não totalmente suprimido. Como vimos, a própria lei reconhece a dificuldade de estabelecer limites claros entre uma e outra ofensa da posse, permitindo que uma ação seja convertida em outra.

Na ação de manutenção, de acordo com o art. 561 do CPC, o autor deve provar sua posse, a turbação e a data de seu início e a continuação da posse, embora turbada. Como se trata de situação de fato, a cognição prévia na concessão da liminar e mesmo a sentença apenas examinam o fato da posse.¹¹

Os atos turbativos podem ser positivos, como a invasão de parte de imóvel, ou negativos, como impedir que o possuidor se utilize da porta ou do caminho de ingresso em seu imóvel.

Ocorrendo esbulho, a ação é de reintegração de posse. Esbulho existe quando o possuidor fica injustamente privado da posse. Não é necessário que o desapossamento decorra de violência. Nesse caso, o possuidor está totalmente despojado do poder de exercício de fato sobre a coisa. Os requisitos estão estampados em conjunto com os da manutenção no art. 561 da lei processual. Além de sua posse, o autor deve provar o esbulho, a data de seu início e a perda da posse. Aplica-se tudo o que foi dito a respeito das ações possessórias em geral. O objetivo do pedido é a restituição da coisa a seu possuidor ou seu valor, se ela não mais existir.

Existe esbulho, por exemplo, por parte do comodatário, quando, findo o contrato de empréstimo, o bem não é devolvido. Na locação, finda a relação contratual, também seria caso de possessória, porém a lei inquilinária exige que a ação seja sempre de despejo.

Os três interditos já examinados são as ações possessórias típicas, decorrentes do ordenamento de direito material. Contudo, como já acenado, existem outras situações, no universo jurídico, que também requerem proteção de índole possessória, embora o remédio processual não esteja imbuído exclusivamente desse conteúdo. São, porém, situações que podem trazer grave ameaça à posse.

Os embargos de terceiro, à disposição tanto do proprietário, como do possuidor, são, quicá, após as ações típicas, o mais utilizado meio de defesa da posse. Por essa ação se protege a turbação ou esbulho

de bens por atos constritivos , tais como a penhora (hipótese mais correta), arresto, sequestro, busca e apreensão etc. (a enumeração do artigo a seguir transcrito é apenas exemplificativa).

Dispõe o art. 674 do CPC:

Em razão de sua natureza, os embargos de terceiro são sempre decorrentes de outro processo judicial. Tanto que a ação deve ser distribuída por dependência, correndo perante o mesmo juiz que determinou o ato constritivo (art. 676 do CPC).

Somente tem legitimidade para intentar a medida quem não for parte no outro processo, guardando a condição de terceiro. A ação pressupõe a discussão de direito distinto daquele versado no outro processo.

As constantes referências à posse na lei processual não deixam dúvidas de que a medida pode ter cunho exclusivamente possessório.

(Monteiro, 1989, v. 3:52).

(Barros, s.d., v. 9:289).

Pode também nessa ação ser designada audiência de justificação da posse (art. 677, § 1º, do CPC), a fim de ser deferida a medida liminar (art. 678), também com possibilidade de caução. Embora a lei não o diga, designada a audiência de justificação, deve ser citado o embargado, não somente por analogia ao que sucede nas ações possessórias típicas, como também pelo princípio constitucional (do contraditório e) da ampla defesa consagrado pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal. Geralmente, em face da matéria discutida, não haverá prejuízo de o embargado tomar conhecimento do processo ajuizado antes do

deferimento liminar.

Quando os embargos versarem sobre todos os bens atingidos no processo principal, este se suspenderá, prosseguindo, porém, se a constrição for parcial (deve ser mantida a ideia lógica do art. 1.052 do CPC anterior). Servindo também para os atos de turbação, a simples ameaça efetiva de turbação ou esbulho à posse já autoriza os embargos (659/184, 104/19, 128/206), como, por exemplo, a decisão que determina a penhora de bem, ainda que não expedido o mandado. Clóvis do Couto e Silva (1982 v. 2, t. 2:466), ao analisar os artigos processuais da matéria, conclui:

Comungando com o que foi anteriormente estudado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que também o uso de linha telefônica pode ser defendido por embargos de terceiro (37/384, 691/187). Os embargos somente podem ser liminarmente indeferidos quando manifestamente impróprios para sua finalidade, quando, por exemplo, o ato apontado não for de constrição judicial ou o embargante não se qualificar como terceiro.

Os embargos de terceiro podem ser ajuizados a qualquer tempo, antes da sentença final ou, na execução, até cinco dias após a arrematação, adjudicação ou da alienação por iniciativa particular, mas sempre antes da assinatura da carta respectiva (art. 675 do CPC).

Permanece acesa a discussão sobre a possibilidade de embargos de terceiro nas ações possessórias, com fundados argumentos pró e contra. Entendemos que nada está a obstar seu ajuizamento nessas hipóteses, embora a matéria exija digressão a respeito do instituto processual da , refugindo ao âmbito de nosso estudo. Lembre-se, porém, do singelo exemplo levantado por Hamilton de Moraes e Barros (s.d., v. 9:295):

A aplicação referida pelo autor é do § 2º do art. 1.046 (art. 674 do CPC de 2015). Outras situações podem permitir a ação de embargos nas possessórias.

Situação aflitiva na prática, nos últimos anos, foi gerada pela Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, a qual exigia o registro imobiliário do compromisso de compra e venda, para sua defesa por embargos. Atendendo forte corrente jurisprudencial dos tribunais estaduais, o Superior Tribunal de Justiça expediu a Súmula 84:

Essa orientação está de acordo com a finalidade dos embargos de terceiro possuidor. Muitas iniquidades

foram praticadas contra compromissários-compradores que gozavam de boa posse por longo período e vieram a perdê-la por força da superada orientação do Superior Tribunal Federal, tão só por lhes faltar o dispendioso e por vezes inacessível registro imobiliário. Essa posição ultrapassada negava, na realidade, o cunho possessório aos embargos de terceiro, entendendo-os como defesa de direito real.

Decidindo a lide em esfera da posse, a sentença dos embargos não reconhece direito real. Destarte, nessa hipótese, permanece aberta a via petítória. Miguel Maria de Serpa Lopes (1964, v. 6:212) comenta:

Esse aspecto é ressaltado pelo § 1º do art. 674. Os embargos podem ser de senhor e possuidor ou apenas de possuidor. Muito ricas são a jurisprudência e a doutrina dos embargos de terceiro cujo estudo aprofundado pertence à ciência processual.

Essa ação não está mais presente no Código de Processo Civil de 2015. O remédio processual deve ser buscado no procedimento comum e nas tutelas provisórias (arts. 294 ss) e de urgência (arts. 300 ss). Não se afasta também a utilização das ações possessórias. Com o novo estatuto processual é ampla a margem decisória do juiz no caso concreto, que pode conceder as mais variadas formas de tutelas de urgência, cautelar ou antecipada. O caso concreto e o bom senso do juiz deverão definir a medida e sua amplitude.

Para melhor esclarecimento, lembremos o disposto no CPC anterior. Seus princípios básicos de direito material devem ser guardados.

A referência à posse na ação de nunciação ou embargo de obra nova estava no art. 934, I, do CPC de 1973:

O título e a espécie de posse não influem na legitimidade ativa. A posse pode ser direta ou indireta ou emanar de direito real limitado, como no caso de usufruto, uso ou habitação.

Duas outras hipóteses, afastadas do contexto possessório, permitiam também a nunciação:

Cuida-se de ofensa à posse por obra vizinha. Essa ofensa depende do exame de posturas oficiais, de exigências impostas pelo loteador ou de simples regras de vizinhança. A edificação em curso deve prejudicar o prédio, suas servidões ou finalidades. Deve ser ajuizada no curso da obra. Trata-se de ação que visa “aspectos materiais, ou seja, a obra em si”. Se já terminada, não mais era cabível essa ação (490/68, 501/113). Nesse caso, a ação para desfazer a coisa é a de obrigação de fazer com preceito cominatório, pelo procedimento comum. A nunciação é também uma ação preventiva, perante ameaça de ofensa à posse. Daí por que serão importantes as medidas do poder de cautela do juiz no CPC de 1973. Cabe tanto ao possuidor direto, quanto ao indireto. Não se nega, portanto, legitimidade ao locatário que vê o imóvel locado ameaçado por obra próxima. A legitimidade pode ser concorrente tanto do dono do imóvel, como do locatário, nessa hipótese. A ruína do prédio trará prejuízos a ambos. Ao locatário, ao menos pelas coisas móveis que colocou no prédio, perda da utilização do bem, além de eventual perda de ponto comercial, se protegida a locação pela ação renovatória. Ao dono do imóvel, pela destruição de seu bem e perda dos alugueres.

O contexto de fato delimitará o conceito de imóvel vizinho, que não é necessariamente o contíguo. Entrosa-se a ação com o conteúdo dos direitos de vizinhança a serem estudados neste livro.

O conteúdo da medida nitidamente se aproxima do procedimento das ações possessórias, as quais, dependendo da situação fática, podem ser utilizadas. Esse aspecto é importante na conceituação dessa ação. O autor pede a suspensão da obra em andamento ofensiva à posse ou que se reconstitua, modifique ou destrua o que houver sido feito em seu detrimento (art. 936, I, do CPC de 1973). Deve pedir a cominação de pena, da mesma natureza da estudada nas ações possessórias, para caso de inobservância do preceito (inciso II), mais condenação em perdas e danos (inciso III). Também nessa ação pode o juiz conceder a liminar de plano ou após justificação (art. 937). Aplica-se a essa justificação, dada sua idêntica natureza, o que expusemos nos tópicos anteriores.

O réu poderá prosseguir na obra por sua conta e risco, a qualquer tempo, desde que preste caução e justifique o prejuízo resultante da suspensão. O CPC de 2015 tem procedimentos acautelatórios para a medida.

Quem tiver justo receio de sofrer dano em seu imóvel em decorrência de ruína em prédio ou obras vizinhas pode pedir que o proprietário responsável preste caução, para garantir eventual indenização, se ocorrer dano. Nesse caso, protege-se o bem possuído de dano potencial, ainda não ocorrido. O possuidor ou proprietário previne-se exigindo caução. Seu fundamento residia nos arts. 554 e 555 do Código Civil de 1916. Essa matéria é tratada com maior amplitude no vigente Código, que leva em consideração a predominância do aspecto social dos direitos de vizinhança nos arts. 1.277 a 1.281.

O conteúdo possessório dessa ação mostra-se mais tênue. A medida pode, no entanto, ser requerida

por qualquer possuidor. O procedimento pode ser meramente preparatório ou acautelatório. Se já ocorreram danos, a caução pode ser pedida incidentalmente em pedido cominatório, tendo em vista outros danos que possam ainda vir a ocorrer.

O anterior CPC, de 1939, trazia, como procedimento especial, a ação de imissão de posse. Era reservada, na realidade, a quem nunca tivera a posse. Não é ação possessória. Três eram as hipóteses na lei antiga no art. 381:

Era necessário que o pedido viesse fundado no domínio, no [§ 1º](#). Cuidava-se mesmo de juízo petitório.

No estatuto processual de 1973 não foi incluída a ação, como procedimento especial. Não se nega que o processo comum sirva para suas finalidades, mormente o caso mais significativo, qual seja, ação do comprador para receber a coisa adquirida. Trata-se de ação para dar coisa certa. No entanto, nesse caso, não existe medida liminar típica. Se presentes os requisitos, há que se recorrer às regras gerais de cautela do processo, atualmente amplas no CPC de 2015, que dá larga margem protetiva, uma vez presentes o [art. 311, III](#) e o [art. 312, I](#).

As servidões, como os demais direitos reais limitados passíveis de disposição, podem ser objeto de posse. Servidão é o direito real constituído em favor de um prédio sobre outro, de dono diverso. O prédio beneficiado denomina-se dominante. O prédio onerado denomina-se serviente.

Contudo, o Código Civil de 1916, após tratar dos remédios possessórios, no art. 509 dispunha:

Houve modificação nessa redação no presente Código Civil, quanto à modalidade das servidões:

Como examinaremos no Capítulo 19, as servidões podem ser aparentes e não aparentes, sendo estas as que não se revelam por sinais visíveis (por exemplo, a servidão de não construir mais alto). Podem também ser contínuas e descontínuas. Estas exigem a atividade de seus titulares, a qual não é contínua (por exemplo, a servidão de retirada de água).

Desse modo, o art. 509 suprimia proteção possessória às servidões contínuas não aparentes e às descontínuas, quando não houvesse título. Como geralmente não se exteriorizam por fatos externos, embora latentes e não visíveis, preferiu o legislador tolhê-las do remédio possessório. Não se lhes nega, porém, a via petítória. O mais recente Código, contudo, apenas restringiu a aplicação do remédio possessório às servidões não aparentes, no que andou bem e de acordo com a jurisprudência.

Podem, no entanto, ser defendidas por ações possessórias, se houver título, ou seja, situação que excepcionalmente permita sua exteriorização com exame de sua constituição, sem que com isso se torne ação de discussão do domínio.

As servidões aparentes e as contínuas, que se manifestam por sinais externos, não sofrem restrição nenhuma na proteção de sua posse, pois seguem a regra geral de exteriorização do domínio.¹²

Ainda que a servidão seja descontínua, como a servidão de caminho, se ela deixar marcas ou sinais visíveis, como a abertura de muro, a pavimentação de estrada, as marcas de carro ou animais etc., não se lhe pode negar a proteção possessória, pelos princípios gerais (425/178). Como vimos, o Código em vigor diminuiu a restrição. À matéria voltaremos no Capítulo 18 de estudo desses direitos reais sobre coisas alheias. O mesmo se diga com relação às servidões não aparentes, que serão protegidas pelos interditos

(Rizzardo, 1991:177). Imagine, por exemplo, a servidão de não construir mais alto, ou de não tolher vista, em que se coloca cartaz ou placa de advertência com dizeres sobre a limitação, tornando-a de todos conhecida. O sinal externo permitirá, sem dúvida, o recurso à defesa possessória. Levando em conta essa problemática, a matéria passa a ser casuística como casuístico é o fato da posse. Sob a nova lei, deve ser examinado em cada caso se há fato de posse na servidão a ser protegido, segundo o que aqui expusemos.

“Agravado de instrumento – Ação de reintegração de posse – Esbulho – Liminar – Comodato verbal – Indeferimento – Audiência de justificação – No caso de alegação de comodato verbal é indispensável a realização de audiência de justificação – Existência de elementos nos autos, ademais, que indicam se tratar de posse velha, com mais de ano e dia – Notificação prévia enviada à agravante, que foi recebida por terceiro desconhecido – Ausentes, portanto, os requisitos legais, determinará o Juiz que a autora justifique previamente o alegado, intimando-se, vez que a ré já foi citada, para comparecer à audiência que for designada – Norma cogente que obriga o magistrado – Inteligência dos arts. 927 e 928, do CPC – Precedentes – Determinada a designação de audiência de justificação prévia, sem prejuízo do reexame do pedido liminar – Efeitos da decisão agravada que ficam, por ora, suspensos – Agravado provido, com observação” (– AI 2187748-25.2015.8.26.0000, 29-2-2016, Rel. Salles Vieira).

“**Agravado de instrumento. Ação de reintegração de posse.** Decisão que deferiu a liminar. Inconformismo da ré. Ação movida pelo agravado contra sua ex-esposa, visando sua reintegração à posse do imóvel hoje ocupado pela agravante e pelos filhos menores do casal. Sentença de parcial procedência da ação de separação judicial, com atribuição da guarda dos filhos menores à agravante e não reconhecimento do direito à partilha do bem imóvel. Recursos interpostos contra essa sentença que foram submetidos à apreciação da Colenda 6ª Câmara de Direito Privado deste Tribunal. Incidência do artigo 105 do Regimento Interno do TJSP. Recurso não conhecido,

com determinação de redistribuição para a 6ª Câmara de Direito Privado” (AI 2036029-30.2014.8.26.0000, 14-4-2014, Rel. Viviani Nicolau).

“Reintegração de posse – Ausência de prova do domínio e posse – Resistência fundada em posse efetiva – Prevalência desta – Inteligência do art. 1.210, § 2º, do Código Civil de 2002 – Ação improcedente – Inversão do ônus da sucumbência – Recurso provido (Acórdão Apelação Cível 0005051 – 20.2009.8.26.0505, 14-2-2012, Rel. Des. Sebastião Junqueira).

“Direito civil e processo civil. Retenção por benfeitorias. Exercício mediante ação direta. Direito que não fora exercido quando da contestação, no processo de conhecimento. Sentenças com acentuada carga executiva. Necessidade. 1. A jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de que a pretensão ao exercício do direito de retenção por benfeitorias tem de ser exercida no momento da contestação de ação de kunho possessório, sob pena de preclusão. 2. Na hipótese de ação declaratória de invalidade de compromisso de compra e venda, com pedido de imediata restituição do imóvel, o direito de retenção deve ser exercido na contestação por força da elevada carga executiva contida nessa ação. O pedido de restituição somente pode ser objeto de cumprimento forçado pela forma estabelecida no art. 461-A do CPC, que não mais prevê a possibilidade de discussão, na fase executiva, do direito de retenção. 3. Esse entendimento, válido para o fim de impedir a apresentação de embargos de retenção, deve ser invocado também para impedir a propositura de uma ação autônoma de retenção, com pedido de antecipação de tutela. O mesmo resultado não pode ser vedado quando perseguido por uma via processual, e aceito por outra via. 4. Recurso especial conhecido e improvido” (Acórdão Recurso Especial 1.278.094 – SP, 16-8-2012, Rel. Min. Nancy Andrighi).

“Agravado de instrumento – Ação de obrigação de fazer – Tutela Antecipada – Reintegração na posse de gerência – Fraude na constituição de empresa e transferência de patrimônio – Falsificação que não restou demonstrada, inexistindo prova inequívoca, bem como verossimilhança das alegações – Configurado o perigo de irreversibilidade da medida, vez que a empresa agravante pretende seja sua direção reassumida por seu representante, ora cedente de direitos, sendo decretado o impedimento de aproximação dos agravados à empresa – Ausentes os requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada, nos moldes do art. 273 do CPC – Decisão mantida – Agravado improvido” (– AI 2053917-75.2015.8.26.0000, 26-2-2016, Rel. Salles Vieira).

“Processual civil. Agravado regimental contra decisão monocrática denegatória a agravado de instrumento. Ação de reintegração de posse. Deferimento de medida liminar. Preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 927 do CPC. Decisão mantida. Agravado conhecido e desprovido. 1 – A liminar em ação reintegratória, representativa de autêntico mecanismo de proteção à posse, vocaciona-se, pura e simplesmente, à salvaguarda dos direitos titularizados pelo legítimo detentor de posse nova ilegalmente esbulhada. Para fazer jus a esta medida protetiva, incumbe ao autor da ação provar (art. 927, do CPC): I – a sua posse; II – A turbacão ou o esbulho praticado pelo réu; III – a data da turbacão ou do esbulho; IV – [...] a perda da posse, na ação de reintegração. 2 – No caso dos autos, a autora da ação reintegratória logrou comprovar que detinha a posse titulada do bem e que veio a sofrer um esbulho possessório por meio de invasão, dispensando imediato desforço para reverter a situação, de modo que deve ser mantida a liminar que o reintegrou na posse do imóvel. 3 – Agravado conhecido e improvido, mantida a decisão vergastada por seus próprios fundamentos” (– AG 0004666-22.2011.8.06.0000/50000, 10-5-2013, Rel. Carlos Rodrigues Feitosa).

“Apelação. Ação de reintegração de posse com pedido de liminar. Esbulho configurado. Aquisição da posse originária. Inexistência de demonstração. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade. Réus que não se desincumbiram do ônus de demonstrar fato impeditivo ao direito da autora – Dever de restituição do imóvel ao possuidor e proprietário constante no registro imobiliário – Inteligência do artigo 1.204 c.c o artigo 1210, , ambos do Código Civil. Sentença mantida. Recurso improvido” (– Acórdão Apelação Cível, 0011030-75.2007.8.26.0361, 3-2-2012, Rel. Des. Luis Fernando Nishi).

“Civil. Direitos de vizinhança. Demanda proposta em face de vizinhos. Reclamação do comportamento da autora perante à administração do condomínio. Declarações prestadas em sede de juizado especial criminal acerca de fato que configura crime de ameaça. Ofensas à honra. Não ocorrência. Atos dos réus que não configuram ilícito. Improcedência do pedido. Sentença correta. A demanda tem fundamento nos fatos denunciados à direção do condomínio, onde residem as partes e no processo especial criminal, no qual foi denunciada a apelante e onde firmou transação. O mencionado processo penal não foi o primeiro por fatos ocorridos no mesmo condomínio, tendo como protagonista a apelante, embora tenha sido arquivado por ausência de prova pericial. Se a apelante aceitou a transação penal é porque o fato que lhe foi imputado era verídico, assim como sua conduta era típica de ameaça. A ação dos apelados não constituiu ato ilícito algum, porque ocorreu no exercício regular de um direito reconhecido (art. 188, I, Código Civil). Na verdade, os apelados buscavam resguardar o seu direito de vizinhança em benefício da segurança, do sossego e da saúde dos habitantes da sua propriedade, assegurado no artigo 1.277 do Código Civil. Recurso manifestamente improcedente. Negativa de seguimento. Aplicação do art. 557 do Código de Processo Civil” (– Apelação Cível 239.848-27/2008-0001, 9-8-2011, Rel. Des. Lindolpho Moraes Marinho).

“Agravado de instrumento – Ação de rescisão de contrato – Decisão agravada que revogou a liminar anteriormente concedida e determinou a reintegração dos requeridos na posse do imóvel. Inconformismo. Não acolhimento. A existência de expressivo pagamento do valor total do imóvel, aliada ao depósito de valores em juízo e possível existência de benfeitorias sobre o bem imóvel, afastam a possibilidade de concessão da tutela antecipada, voltada à reintegração de posse do bem. Decisão mantida. Negado provimento ao recurso” (– AI 2254869-70.2015.8.26.0000, 26-4-2016, Relª Viviani Nicolau).

“**Agravado cautelar nominado.** Compromisso de compra e venda de imóvel. Requerentes impedidos de ingressar no imóvel objeto do contrato, quando o bem já estava por eles habitado. Decisão que indeferiu a liminar. Inconformismo. Acolhimento. Liminar concedida no plantão judiciário de segunda instância. – Presentes os requisitos da cautelar. Imóvel habitado, ao que parece, o mesmo ocorrendo com outras unidades do empreendimento. Construtora que deve se valer dos meios judiciais cabíveis para perseguir seu pretensão direito, vedado o exercício arbitrário das próprias razões. Decisão de primeira instância reformada. Recurso provido” (– AI 0056950-78.2013.8.26.0000, 15-5-2013, Relª Viviani Nicolau).

“**Ação de reintegração de posse** – Interlocutório que deferiu liminar para reintegrar o autor na posse – Existência de provas documentais e testemunhais – Contexto fático-probatório que não autoriza a reforma – Requisitos do artigo 927 do Código de Processo Civil configurados – Sentença mantida – Recurso conhecido e desprovido – O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho (artigo 926 do Código de Processo Civil). A alegação de que o possuidor, aqui réu, recebeu a propriedade do imóvel por ato nulo, o que se discute em ação própria, não autoriza o exercício arbitrário das próprias razões pelo autor, consistente na invasão do terreno litigioso, com evidente prática de esbulho” (– Acórdão 2011.055010-7, 25-1-2012, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari).

“**Apelação cível** – Ação de reintegração de posse – Requisitos do art. 927 do CPC demonstrados – Esbulho – Confissão – Exercício arbitrário das próprias razões – Ilegalidade – Inversão dos ônus sucumbenciais – I – Nas ações possessórias é defeso a discussão dominial, limitando-se ao exercício efetivo da posse, eventual esbulho ou turbação e comprovação dos demais requisitos do art. 927 do CPC. II – Restando comprovado o esbulho praticado pelo requerido, impõe-se a procedência do pedido de reintegração de posse, mormente quando o exercício da posse, de acordo com o conjunto probatório, milita em favor do apelado. III – A confissão extrajudicial tem a mesma eficácia da confissão judicial, devendo, todavia, ser apreciada livremente pelo juiz. IV – Impossibilidade de se valer do exercício arbitrário das próprias razões para fazer valer eventual direito sob o bem. V – Reformada a sentença recorrida e julgado o mérito em favor do autor/apelante, faz-se necessária a inversão dos ônus sucumbenciais. Arbitrados com parcimônia e inexistindo razão para sua majoração, devem ser mantidos no valor fixado. Apelação conhecida e provida” (AC 200693660511, 16-3-2011, Rel. Des. Carlos Alberto Franca).

“Apelação cível – Ação de manutenção de posse – Litispendência – Ação de interdito proibitório ajuizada anteriormente – Fungibilidade dos pleitos possessórios – Manutenção da extinção do feito – O direito processual civil pátrio consagra a regra da fungibilidade entre as tutelas possessórias, o que significa dizer que o juiz, independentemente da espécie de ação proposta, pode, com base no que restar comprovado nos autos, conceder a tutela possessória adequada. Considerando, pois, a regra da fungibilidade entre as tutelas possessórias, no caso em que a ameaça à posse venha a ser convertida em agressão à posse propriamente dita, é cabível a conversão do interdito proibitório em medida de manutenção da posse, não se tornando necessário o ajuizamento de outra ação, como fez a parte requerente no presente caso. Assim, deve ser mantida a sentença que extinguiu o feito sem resolução do mérito” (– AC 1.0452.15.003743-3/001, 19-7-2016, Rel. Luciano Pinto)

“**Civil e processual civil. Ação de reintegração de posse.** Contrato de promessa de compra e venda de bem imóvel. Demonstração inequívoca da posse e do esbulho. Inocorrência. Princípio da fungibilidade. Não cabimento. 1 – nos termos do artigo 927 do Código de Processo Civil, combinado com o artigo 333, inciso I, do mesmo diploma legal, incumbe à parte autora demonstrar a posse do imóvel litigioso e a prática de esbulho, de forma a obter a proteção possessória vindicada. 2 – verificado que a parte autora limitou-se a afirmar que é titular da propriedade do imóvel objeto do litígio, sem demonstrar o efetivo exercício da posse do bem, mostra-se correto o julgamento de improcedência da pretensão possessória. 3 – o princípio da fungibilidade possui aplicação restrita, nos limites do dispositivo legal permissivo, sendo inadmissível a sua utilização quando se tratar de uma ação possessória proposta com base em fundamento apto a amparar o ajuizamento de demanda de natureza petitória, como a ação de imissão na posse. 4 – recurso conhecido e não provido” (Proc. 20100111034762 – (765623), 10-3-2014, Relª Desª Nídia Corrêa Lima).

“**Ação possessória.** Reintegração de posse. Inadequação da via eleita. Procedimento especial previsto para as ações possessórias não comporta instrução processual acerca de eventual defeito no negócio jurídico celebrado. Fungibilidade aplicável apenas entre demandas possessórias. Sentença integralmente mantida. Recurso improvido” (– Ap. 0007467-69.2008.8.26.0642, 23-1-2013, Rel. Neves Amorim).

“**Apelação cível** – Ação de interdito proibitório com pedido liminar de desfazimento de construção e pena pecuniária. Marcos divisórios. Alegado justo receio de serem molestados. Turbação concretizada. **Aplicação do princípio da fungibilidade das ações possessórias.** Liminar deferida. Laudo pericial que concluiu não estarem os demandados na posse da área litigiosa. Sentença de improcedência. Insurgência dos demandantes. Ausência do preenchimento dos requisitos autorizadores da medida possessória (CPC, art. 927). mantido. Recurso conhecido e desprovido” (– Acórdão 2008.074643-0, 27-3-2012, Rel. Des. Ronei Danielli).

“**Apelação cível** – Ação de reintegração de posse – Impossibilidade de acolhimento de ação de natureza distinta do que o caso requer. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade entre ação possessória e petítória. O princípio da fungibilidade das formas somente é aplicado entre as ações possessórias (art. 920, CPC), não sendo possível aproveitar ação que deveria ser petítória, reivindicatória, quando ajuizada ação reintegratória, visto que a autora da ação, ora apelante, detinha apenas a propriedade do imóvel e não a sua posse. Apelo conhecido, porém desprovido” (– AC 200991134230, 15-6-2011, Rel. Des. Amaral Wilson de Oliveira).

“Agravado de instrumento – reintegração de posse – Pretensão de revogação da liminar deferida em favor dos réus. Descabimento: Por se tratar de ação possessória, que tem natureza dúplice, é cabível o deferimento da liminar em favor dos réus. Autor que ingressou no imóvel sem autorização judicial, após indeferimento de seu pedido de liminar. Decisão mantida. Recurso desprovido” (– AI 2144289-36.2016.8.26.0000, 9-9-2016, Rel. Israel Góes dos Anjos).

“**Arrendamento mercantil de bem móvel – Reintegração de posse** – Restituição de valores pagos antecipadamente a título de VRG. Admissibilidade, diante do não exercício da opção de compra da coisa. Pedido formulado em contestação. Possibilidade de restituição do VRG em vista da natureza dúplice das ações possessórias. Recurso improvido, sentença mantida” (Ap. 0050235-93.2009.8.26.0506, 24-9-2012, Rel. Carlos Nunes).

“**Apelação cível** – Ação de reintegração de posse – Possibilidade de revisão de cláusulas contratuais – Contrato de arrendamento mercantil – Rescisão – Valor residual garantido – VRG – Devolução – 1 – Em sede de ação de reintegração de posse, admite-se a discussão acerca da legalidade de cláusulas contratuais, caso a parte ré suscite a questão em sua tese de defesa, mormente em razão da natureza dúplice das ações possessórias. 2 – Havendo rescisão do contrato de arrendamento mercantil, independentemente do motivo, impõe-se a devolução do valor residual garantido, porquanto este só passa a integrar o patrimônio da arrendante na eventualidade do exercício da opção de compra do bem. 3 – A restituição do VRG é decorrência lógica do retorno das partes ao , podendo, inclusive, ser determinado de ofício pelo magistrado. 4 – Recurso conhecido e não provido” (Acórdão 20091010091395 – (526932), 15-8-2011, Rel. Des. Sandoval Oliveira).

“Apelação – Ação de manutenção de posse – Contrato de locação firmado com quem não detinha a posse, nem o justo título de propriedade do imóvel – Natureza dúplice da ação possessória que permite ao réu demandar a proteção possessória e requerer indenização pelos prejuízos da turbação ou esbulho – Inteligência do art. 922, do Código de Processo Civil de 1973, que encontra correspondência no art. 556 da nova Lei adjetiva – Sentença mantida – Recurso desprovido” (– Ap 0006573-67.2003.8.26.0093, 20-5-2016, Rel. Cesar Luiz de Almeida).

“**Processual civil** – Apelação em ação ordinária que veicula pretensão já deduzida em ação possessória – Litispêndência – Processo extinto sem julgamento do mérito – Apelação conhecida e desprovida – Ações cautelares que visam emprestar efeito suspensivo a recursos apelatórios – Ausência de interesse de agir – Existência de recurso específico para combater a decisão que atribui efeitos à apelação – Petições iniciais indeferidas – As presentes lides nasceram da controvérsia acerca da revogação da permissão de uso relativa a boxes no Terminal Rodoviário Engenheiro João Thomé – TERJOT. Revogada a permissão, o DERT ajuizou ação de reintegração de posse para desalojar os ocupantes. Concomitantemente, alguns dos permissionários ajuizaram ação ordinária para discutir seu direito de preferência em futura licitação. Esta ação foi extinta sob o fundamento de litispêndência. Com a procedência da ação possessória, foram interpostas apelações, as quais foram recebidas somente no efeito devolutivo, motivo pelo qual foram ajuizadas as presentes ações cautelares – O Código de Processo Civil conferiu às **ações possessórias o caráter dúplice, tornando despicienda a utilização de reconvenção ou de ação própria para se discutir aspectos referentes à posse** – Tendo os réus, ora apelantes, deduzido, na ação de reintegração de posse, pretensão de manterem a ocupação do espaço público, não lhes é permitido repetir, em ação ordinária, tal objeto. O presente apelo devolve as mesmas teses levantadas em primeiro grau e também na contestação da possessória, o que evidencia a litispêndência – Apelação conhecida e desprovida. Mantida a decisão que extinguiu o processo sem julgamento de mérito – O Código Buzaid estabeleceu recurso específico contra decisão que atribui efeitos ao recurso de apelação, o que inviabiliza a interposição de ação cautelar com o único objeto de se atribuir efeito suspensivo ao apelo – Petições iniciais indeferidas, ocasionando a extinção dos processos sem julgamento do mérito” (ACInc 15391-46.2006.8.06.0000/0, 17-10-2012, Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra).

“**Civil e processual civil** – Reintegração de posse de imóvel e danos materiais – Não conhecimento do apelo do réu por falta de

fundamento – Rejeição – Identificação dos elementos da ação – Demanda idêntica definitivamente julgada pela justiça do Estado de Goiás. Coisa julgada. Natureza dúplice das possessórias. Art. 267, V, do CPC. 1 – Se a apelação é cabível, tempestiva, instruída com preparo regular, se não há causas impeditivas ou extintivas do direito de recorrer e se foram cumpridos os requisitos do art. 514, do CPC, não há óbices ao seu conhecimento. 2 – Cada ação proposta em juízo apresenta elementos intrínsecos de identificação, que servem para distingui-la das demais. Tais elementos são as partes, a causa de pedir e o pedido. Segundo Couture, em seus ‘Fundamentos del Derecho Procesal Civil’, há que se apreciar os elementos de identificação de modo ‘generoso’, por assim dizer, como forma de detectar os fenômenos da litispendência e da coisa julgada – E de evitar o risco de decisões contraditórias daí decorrente – Mesmo quando, em princípio e à primeira análise, as ações parecem não ser idênticas. Se, analisando o caso concreto, constatar-se que, após diversas sucessões, as partes são as mesmas de outro processo, definitivamente julgado pela justiça de Goiás, assim como o pedido e a causa de pedir, deve-se reconhecer a existência de coisa julgada. 3 – A ação de reintegração de posse é, por sua própria natureza – E por definição legal (Art. 922, do CPC), uma ação de natureza dúplice. Assim, o acolhimento da pretensão possessória em favor de uma das partes importa no inequívoco reconhecimento de que a parte contrária não tem direito à proteção possessória. Se a justiça do estado de Goiás já proclamou a melhor posse da parte autora, deve-se concluir pela inexistência de algum direito possessório em favor da parte ré. 4 – Preliminar acolhida. Processo extinto com base no art. 267, V, do CPC” (– Proc. 20050410108643 – (531695), 5-9-2011, Rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis).

“Ação de imissão de posse – Ação julgada procedente – Imissão deferida em razão da titularidade do domínio demonstrada pelos autores. Réus apelantes invocam a exceptio ad usucapionem para paralisar a imissão. Anterior ação de usucapião ajuizada pelos réus julgada improcedente, com coisa julgada material. Impossibilidade de renovação de exceção substancial se o mesmo direito já foi negado em ação própria perante a Justiça Federal. Recurso não provido” (– Ap 0005932-66.2013.8.26.0566, 31-5-2016, Rel. Francisco Loureiro).

“**Apelação.** Ação possessória. Natureza fática. **Exceção de domínio.** Proscrita. Ônus da prova. Posse primitiva não demonstrada. Manutenção da decisão. Pleito incompatível com a prova do domínio. – O Código Civil de 2002 repete a doutrina alemã de posse (artigo 1.196), cuja natureza é essencialmente fática. A ação possessória, com base na natureza fática da posse, apresenta ‘tríplice estrutura fática’ – causa de pedir, pedido e sentença fática. Vedada a exceção de domínio, com fulcro nos artigos 1.210, § 2º, do Código Civil, e 923 do Código de Processo Civil. Cabia à requerente demonstrar (artigos 333 e 927, ambos do Código de Processo Civil) a posse anterior e o esbulho possessório. Documentos de domínio e oitiva de testemunhas que não foram suficientes para demonstrar o exercício de situação fática pretérita sobre o bem. Manutenção da decisão por seus próprios e bem lançados fundamentos artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso não provido” (– Ap 9178421-78.2008.8.26.0000, 27-1-2014, Relª Maria Lúcia Pizzotti).

“**Agravo de instrumento.** Manutenção de posse. Tutela antecipada. **Exceção de domínio.** – O Código Civil de 2002 repete a doutrina alemã de posse (artigo 1.196), cuja natureza é essencialmente fática (); A ação possessória, com base na natureza fática da posse, apresenta ‘tríplice estrutura fática’: causa de pedir, pedido e sentença fática; Vedada a exceção de domínio, com fulcro nos artigos 1.210, § 2º, do Código Civil, e 923 do Código de Processo Civil; Análise preliminar que não permite a inversão da decisão agravada. Manutenção da posse em conformidade com as provas produzidas em audiência de justificação e documentos trazidos à colação Artigo 273 do Código de Processo Civil. Agravo não provido” (– AI 0157363-36.2012.8.26.0000, 21-2-2013, Relª Maria Lúcia Pizzotti).

“**Direito de vizinhança. Ação de reintegração de posse.** Sentença de improcedência – Apelação do autor – Esbulho não houve, pois ele traduz perda da posse e se ela já era exercida pelo apelado o apelante não a perdeu por jamais tê-la exercido, logo não fazendo jus à reintegração pedida, nem por força da exceção de domínio, haja vista que esta restou extinta ou afastada do ordenamento brasileiro desde o advento da Lei nº 6.820/80. Recurso improvido” (Ap. 992.05.137509-4, 28-2-2012, Rel. Palma Bisson).

“**Direito civil** – Processual civil – Ação de manutenção de posse – Fundamento – Direito de propriedade – Origem – Registro decorrente de sentença de usucapião – Discrepância entre a metragem consignada na sentença e no mandado de averbação e o averbado no registro imobiliário – Possibilidade de perpetração de fraude – Sentença de rejeição do interdito possessório feita por juiz diverso daquele que presidiu a audiência de instrução – Falta de comprovação da não ocorrência das exceções legais (art. 132 do CPC) – Manutenção do julgado com a respectiva cominação de sanção processual por litigância de má-fé – Apelação desprovida – 1 – pretensão possessória viabiliza-se pela comprovação desse poder-direito alegado, não se prestando a propriedade para tal fim porque não mais vigente a exceção de domínio, ainda mais quando o direito de propriedade decorre de manobra fraudulenta que fez averbar no registro imobiliário uma metragem diferente daquela reconhecida com devida em sentença de usucapião e que constava do respectivo mandado de averbação. 2 – Princípio da identidade física do juiz é excepcionado segundo o mesmo preceito legal que o prevê (art. 132 do CPC), incumbindo à parte que alega a sua ofensa comprovar que a discrepância entre o magistrado que preside a audiência e o que prola a sentença não se amolda a nenhuma dessas hipóteses excepcionais. 3 – Ação desprovida” (– Acórdão 2011.000868-4, 1-

7-2011, Relª Desª Maria das Graças Pessoa Figueiredo).

“**Apelação cível** – Ação de reintegração de posse – Preliminar de cerceamento de defesa – Inacolhida – Posse anterior não provada pelo autor – Discussão sobre o domínio – Inadmissibilidade no juízo possessório, salvo se ambos os litigantes disputam a posse com base na alegação de propriedade ou quando há dúvidas quanto a posse – Defesa das partes fundamentada no domínio – Admissibilidade –
– Súmula 487 do STF – Sentença mantida – 1 – O êxito nos Interditos Possessórios requer prova inequívoca dos requisitos estampados no artigo 927, da Lei Processual Civil, quais sejam: a posse, o esbulho praticado pelo Réu e a perda da posse em decorrência desse esbulho. 2 – A Ação de Reintegração de Posse tem como fundamento, exclusivamente a posse, não sendo relevantes motivações pertinentes ao direito petitorio. 3 – Disputando os litigantes a posse da área supostamente esbulhada, invocando ambas as partes a qualidade de proprietários da área em litígio, deve-se resolver a lide, deferindo a posse àquele que possuir efetivamente o título, ou seja, quem tiver o melhor domínio, nos termos da Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime” (– Acórdão 2010.001244-6 – (6-0442/2011), 31-3-2011, Relª Desª Nelma Torres Padilha).

“Ação possessória julgada improcedente – Posse do autor derivada de direito dominial – Imóvel ocupado pelo réu em virtude de contrato de locação firmado por seu avô que veio a falecer – Insuficiência da comprovação do domínio ou do ius possidendi do autor – Proprietário que nunca teve posse do imóvel – Conjunto probatório que demonstra posse mansa e pacífica do réu por longo lapso temporal – Título de propriedade – Insuficiência para caracterizar o esbulho – Honorários advocatícios – Majoração – Recurso dos autores improvido – Recurso do réu provido” (– Ap 1001321-44.2014.8.26.0008, 13-5-2016, Rel. Miguel Petroni Neto).

“**Processo civil.** Direito civil. Apelação cível. **Ação de reintegração de posse.** Cabimento. Possibilidade de discussão de domínio. Exceção de domínio. Súmula 478 do STF e jurisprudência pacificada do STJ. Necessidade de prova pericial. Inaplicabilidade do artigo 515, § 3º do CPC. Recurso provido para anular a sentença e determinar o retorno dos autos. 1 – A ação de reintegração de posse, como se extrai dos arts. 927 do CPC e 1.210 do CC, visa à tutela da posse, assim definida, no dizer de Ihering, como a situação na qual alguém imprime utilização econômica normal à coisa, tal como o proprietário o faria, sem necessidade da presença do , mas com características identificáveis do . Assim, aquele que age empiricamente tal como o faria o proprietário assume o de possuidor, a não ser que a Lei expressamente desqualifique essa condição, reduzindo-a de mero detentor, tal com propugnado pela teoria objetiva da posse, adotada pelo Código Civil Brasileiro. 2 – Tal como no revogado Código Civil de 1916 (art. 485), o artigo 1.196 do atual Código Civil indiretamente conceitua a posse quando estabelece ser ‘possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade’. 3 – Os poderes inerentes à propriedade podem ser extraídos do disposto no artigo 1.228 do Código Civil, : ‘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.’ 4 – Como sabido, nas ações possessórias discute-se apenas a posse, ou seja, o , dispensando a caracterização da propriedade para o seu regular conhecimento, nos termos dos artigos 1210, § 2º do Código Civil e 927 do CPC, sendo a ação petitoria o meio adequado para tutelar a vindicação de bens submissos aos direitos reais, tal qual a propriedade. 5 – Apesar da literal vedação contida nos arts. 1.210, § 2º do CC e 923 do CPC, direcionados a obstar a alegação de domínio no âmbito das demandas possessórias, tal regra geral encontra-se submissa a hipóteses excepcionais nas quais, extraordinariamente, admite-se a como um dos fundamentos decisórios para deslinde do litígio possessório. 6 – Doutrina e jurisprudência vêm admitindo a exceção de domínio no processo possessório em duas hipóteses: a) quando dúvida a posse de ambos os litigantes, hipótese em que servirá de critério definidor do feito e b) quando as partes disputam a posse alicerçando a efetiva prática de seu exercício fundada em sua condição de proprietário. 7 – No caso dos autos, a ação de reintegração de posse é alicerçada em duplo fundamento, qual seja, o exercício da posse dentro do âmbito fático/ empírico, lastreado em fonte dominial, fazendo incidir o Enunciado de Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal (‘Será deferida a posse a quem evidentemente tiver o domínio, se com base neste for ela disputada’). 8 – Por derradeiro, do cotejo dos autos, verifica-se que a causa (ação de reintegração de posse) não está pronta para julgamento, sendo indispensável o retorno dos autos para fins de produção de provas, inviabilizando a aplicação do artigo 515, § 3º, do CPC. 9 – Recurso provido para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à origem” (– Ap 0000021-78.1997.8.08.0067, 25-6-2014, Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon).

“**Ação de reintegração de posse** c.c pedido de danos materiais. Parcial procedência, determinando a reintegração de posse, mas sem condenar o réu ao pagamento de danos materiais. Apelação das partes. Diferenciação entre a posse baseada no (com prévio título real ou pessoal) e a posse baseada no (a simples posse, sem qualquer título anterior). Lide baseada no . Réu que afirma ser proprietário do imóvel em razão da usucapião. Elementos probatórios não aptos a inferir o decurso do prazo prescricional para a usucapião. Ausência de provas suficientes para a demonstração da posse baseada no pelo réu. Doutrina. Súmula 487 do STF: ‘Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada’ Ausência de comprovação de prejuízo material por parte do autor art. 333, inc. I, do CPC. Sentença mantida. Recursos desprovidos” (– Ap. 0000838-93.2012.8.26.0010, 4-10-2013, Rel. Virgílio de Oliveira Junior).

“**Apelação cível** – Imissão de posse. **Ação de natureza petítória**, a qual visa a assegurar o direito daquele que ostenta melhor título de domínio. Demonstração nos autos da titularidade do domínio exercida pela autora. Réu detém mero direito obrigacional em face do promitente vendedor, face à ausência de registro no Cartório de Registro de Imóveis do compromisso de venda e compra que teve o imóvel por objeto. Ausência de diligência do réu na defesa de seus direitos. Aplicação da máxima . Estando o imóvel registrado em nome da autora no Cartório de Registro de Imóveis, que, assim, detém a titularidade do domínio, deve a mesma ser imitada na posse do bem. Nega-se provimento ao recurso” (– Ap. Cível 994.08.038872-3, 4-4-2012, Relª Christine Santini).

“**Possessória** – Reintegração com oposição através de manutenção na posse – Ação julgada improcedente – Profunda análise do quadro probatório – Juízo petítório que não se confunde com juízo possessório – Sentença ratificada nos moldes do artigo 252, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal. Recurso improvido” (– Ap. 990.10.440464-9, 8-4-2011, Rel. Souza Lopes).

“Agravado de instrumento – Reintegração de posse – Liminar deferida depois de realizada audiência de justificação prévia – Presença dos requisitos legais para a concessão da medida – Iterativa jurisprudência deste Tribunal no sentido de que a decisão pela qual se concede ou se denega a medida liminar de ação possessória somente poderá ser reformada em 2ª instância em caso de evidente ilegalidade – Ausência de qualquer vício na decisão de 1º grau – Liminar mantida – Agravado desprovido” (– AI 2224027-10.2015.8.26.0000, 21-7-2016, Rel. Castro Figliolia).

“**Recurso de agravo de instrumento** – Ação de reintegração de bem móvel – Decisão liminar que indeferiu reintegração de posse sobre veículo apreendido pelo DETRAN – Ausência **audiência prévia do representante jurídico da pessoa jurídica de direito público** – Inteligência do parágrafo único do art. 928 do CPC – Decisão mantida – Recurso improvido – Em se tratando de ação possessória movida contra autarquia estadual, a medida liminar não poderá ser concedida sem audiência do representante legal da pessoa jurídica de direito público, conforme prescreve o art. 928, parágrafo único, do CPC. Recurso Improvido” (– AI 75279/2011, 19-12-2011, Rel. Des. Mariano Alonso Ribeiro Travassos).

“**Agravado de instrumento** – Interdito proibitório – Liminar parcialmente deferida em primeiro grau – **Audiência de justificação prévia** – **Desnecessidade** – Delimitação da área turbada – Presença dos requisitos autorizadores para a concessão da liminar – Decisão mantida – Recurso improvido – Ao propor a ação possessória, é lícito ao autor postular a liminar respectiva, demonstrando a presença dos requisitos contidos no artigo 927 do CPC. Se a inicial traz a prova de todos os elementos contidos no referido dispositivo processual, cabe ao juiz deferir de plano a liminar, sendo desnecessária a audiência de justificação, mormente se a pessoa jurídica de direito público não se insurge contra a não aplicação do artigo 928 § 1º do Código de Processo Civil. Estando a área objeto da pretensão devidamente limitada na inicial da ação possessória não há como ser reconhecida a inépcia da petição. Presentes os requisitos autorizadores há de ser mantida a liminar deferida em primeiro grau para o fim de impedir os atos que ameaçam a posse do autor do interdito proibitório, vez que em sede de cognição sumária deve ser respaldada a situação que impedirá a ocorrência de prejuízos à parte. Recurso conhecido e improvido” (– AG 2010.035194-6/0000-00, 2-6-2011, Rel. Des. Dorival Renato Pavan).

“**Agravado de instrumento** – Ação de manutenção de posse – Liminar possessória concedida – Irresignação recursal – Posse disputada com base em domínio – Pleiteada aplicação da Súmula 487 do STF ao caso – Inaplicabilidade – Verbete aplicável apenas quando a posse é disputada exclusivamente com base em alegação de domínio – Pretensão fundada também no exercício da posse pela autora – Requisitos do art. 927 do CPC suficientemente demonstrados pelas testemunhas ouvidas na audiência de justificação – Pretendida oitiva de testemunhas dos requeridos – Descabimento – Recurso desprovido – Decisão mantida – O domínio nunca será substrato da ação possessória, de maneira que a exceção admitida na Súmula 487 do STF refere-se à posse disputada exclusivamente com base em título de domínio. Suficientemente demonstrada a presença dos requisitos reclamados pelos incisos do art. 927 do CPC, pelas provas pericial e testemunhais colhidas, escoreita a decisão que concede liminarmente a proteção possessória à autora. A audiência de justificação prévia ‘tem a única finalidade de dar elementos de cognição ao juiz, absolutamente sumários, a fim de que examine a possibilidade de conceder ou não a liminar. A prova, portanto, é exclusiva do autor. O réu, comparecendo à audiência, poderá reperguntar. A ele não é lícito, contudo, arrolar testemunhas nem requerer o depoimento pessoal do autor (Nery, RP 52/170).’ (NERY, 2006, p. 767)” (– AI 7113/2011, 20-4-2011, Relª Marilsen Andrade Addario).

“Agravado de instrumento – Arrendamento Rural – Ação de interdito proibitório – Retirada de cana-de-açúcar das propriedades rurais dos arrendadores – Inadimplemento incontroverso da arrendatária, há mais de uma safra – Despejos judicialmente decretados em outras ações envolvendo as partes – Descaracterização da posse justa então adquirida pela arrendatária – Liminar recursal mantida – Recurso provido com observação” (– AI 2092971-14.2016.8.26.0000, 4-7-2016, Rel. Melo Bueno).

“**Agravado de instrumento**. Ação possessória. **Interdito proibitório**. Pretensão dos agravantes de se manterem na posse do bem, resguardados de sofrer qualquer ato de esbulho ou atentatório praticado pelo Município de São Bernardo. Liminar indeferida na origem.

Inexistência do . Inadmissibilidade da pretensão. Decisão mantida. Recurso não provido” (– AI 0098276-18.2013.8.26.0000, 26-6-2013, Rel. Rui Stoco).

“**Interdito Proibitório** – Condomínio – Deliberação, em Assembleia geral ordinária, pela constituição de fundo de reserva mensal visando futura construção de um muro ao redor do condomínio. Autor que se recusa a permitir o fechamento de uma passagem existente em seu imóvel. Construção paralela ao muro já existente em nada prejudica o direito de propriedade do autor – A porta que o apelante pretende manter, quer para acesso à propriedade próxima de sua mãe, ou para acesso à igreja, não traz a devida segurança a todos os moradores do Núcleo, como sempre se pretendeu, e o recorrente, até então, nunca se opôs à referida construção, conforme se extrai das atas das Assembleias realizadas para esse fim. Sentença bem fundamentada. Ratificação do julgado. Artigo 252, do Regimento Interno do TJSP. Sentença mantida. Recurso improvido” (Ap. 991.07.065171, 11-7-2012, Rel. Candido Alem).

“**Interdito proibitório** – Ação movida por banco contra sindicato, visando a impedir a ocupação de agência bancária no decorrer de movimento grevista – Liminar concedida – Contestação sustentando a incompetência da Justiça Comum Estadual, em prol da Justiça do Trabalho, com fundamento na Emenda Constitucional 45/2004 – Competência da Justiça Comum Estadual reconhecida – Processo extinto, sem julgamento do mérito, por perda de objeto – Sucumbência a cargo do acionado – Agravo Regimental improvido. 1 – É competente a Justiça Comum Estadual para julgamento de interdito proibitório movido contra o sindicato ante o temor de invasão de agência bancária por ocasião de greve alegadamente por ele liderada. 2 – A extinção do processo, por perda de objeto, após liminar e contestação, acarreta a sucumbência do acionado, que arca com custas, despesas processuais e honorários advocatícios em prol do autor. Agravo Regimental improvido” (AgRg-AI 801.134 – (2006/0154208-1), 15-4-2011, Rel. Min. Sidnei Beneti).

“**Agravo retido** – Decisão que deferiu liminar de reintegração de posse – Presença dos requisitos – Manutenção da sentença de procedência, ademais, que corrobora a liminar deferida. Perda de objeto. Agravo retido não conhecido. **Possessória.** Ação de reintegração de posse de imóvel urbano. Alegação do réu no sentido de ser possuidor de boa-fé, tendo ele locado o imóvel da possuidora direta, que detém direito real de habitação. Invalidade do contrato de locação, tendo em vista as expressas vedações do artigo 1.414 do Código Civil, que obsta a cessão do direito real de habitação. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Art. 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça. Recurso improvido” (– Ap. 991.07.031698-0, 12-3-2012, Rel. Jovino de Syllos).

“**Civil e processo civil – Manutenção de posse** não comprovação da posse e da turbacão alegados pelos autores – Produção de provas suficientes ao convencimento do juiz – Princípio do livre convencimento motivado – Sentença mantida recurso desprovido – 1 – A manutenção de posse é instrumento posto à disposição do legítimo possuidor do imóvel, que sofre turbacão possessória, devendo o mesmo comprovar os atos atentatórios à sua posse, bem como que a mesma não restou cessada, embora turbada. 2 – O magistrado deve considerar todo o conjunto probatório carreado aos autos, fazendo o sopesamento necessário entre as provas apresentadas por ambas as partes a fim de firmar o seu convencimento, tendo liberdade para apreciá-las, na conformidade do disposto no artigo 131 do Código de Processo Civil, que homenageia o princípio do livre convencimento motivado do juiz. 3 – Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido” (– Acórdão 35070097262, 10-2-2011, Rel. Des. Subst. Fernando Estevam Bravin Ruy).

“Recurso especial – Processual Civil – Civil – Posse – Esbulho – Pedido de reintegração de posse de aqueduto cumulado com perdas e danos – Servidão de passagem de água – Julgamento extra petita – Provimento diverso do deduzido, com fundamento no princípio da função social da propriedade e condenação em indenização em favor dos réus – Nulidade Reconhecida – Recurso especial provido – 1- Constata-se, na hipótese, a ocorrência de julgamento extra petita, pois foram alterados, pela eg. Corte local, o pedido e a causa de pedir constantes da inicial. O pedido na ação possessória era de reintegração de posse, com indenização de danos materiais, em face de esbulho cometido pelos réus. O julgamento, por maioria, contrário à sentença e ao voto do relator originário, julgou procedente a ação possessória, como se fosse ordinária, para reconhecer o direito de utilização do canal pelos promoventes, em razão da função social da propriedade, e em vista do escoamento natural das águas, desde que os autores indenizem os demandados. 2- Nesse contexto, tem-se violação aos arts. 459 e 460 do Código de Processo Civil, o que conduz à nulidade dos acórdãos da apelação e dos embargos infringentes. 3- Recurso especial provido” (– REsp 1.426.239 – (2012/0182682-3), 3-2-2016, Rel. Min. Marco Buzzi).

“**Ação de reintegração de posse cumulada com indenização – Servidão de passagem** – Imóvel ‘dominante’ não encravado – Ato de ‘mera tolerância’ pelo proprietário do imóvel ‘serviente’ – Servidão não reconhecida – Proteção possessória não admitida – Ação julgada improcedente – Sentença mantida – Recurso improvido” (Ap. 991.07.073884-0, 19-6-2012, Rel. Coutinho de Arruda).

“**Servidão** – Ação negatória de servidão cumulada com pedido de reintegração de posse. Alegação de precariedade da posse dos réus. Hipótese em que se cuida de servidão instituída por ato humano, o que dispensa o seu registro. Proteção possessória assegurada aos usuários da passagem, ainda que não titulada, porque se tornou permanente. Prova de que a servidão vinha sendo utilizada pelos réus há mais de dez anos, de maneira contínua e aparente. Consideração de que as servidões aparentes e contínuas, estabelecidas por ato humano, tornam-se permanentes e importam em direito real sobre coisa alheia, independentemente de sua transcrição no registro de

imóveis. Servidão de passagem preservada. Reintegração de posse negada. Pedido inicial julgado improcedente. Sentença mantida. Recurso improvido” (– Ap. 991.07.090131-8, 19-8-2011, Rel. João Camillo de Almeida Prado Costa).

8

PROPRIEDADE

8.1 NOTÍCIA HISTÓRICA

8.2 ASPECTOS DA FINALIDADE SOCIAL DA PROPRIEDADE. A EXPROPRIAÇÃO DO ART. 1.228, § 4º

8.2.1 O Estatuto da Cidade

8.3 SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA PROPRIEDADE

8.4 OBJETO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

8.5 RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

8.6 NOÇÃO DE PATRIMÔNIO

9

AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE EM GERAL. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL. USUCAPIÃO E SUAS MODALIDADES

O art. 530 do Código de 1916 enumerou as modalidades de aquisição da propriedade:

O Código antigo não descreveu de forma analítica os modos de aquisição das coisas móveis. No entanto, o Capítulo III do Título da Propriedade, , cuidava de vários institutos sucessivamente, os quais nem sempre podiam ser considerados de forma isolada:

e e .

Dessa matéria nos ocuparemos no capítulo seguinte.

O Código de 2002 não elenca os modos de aquisição da propriedade imóvel em artigo específico, mas a partir do art. 1.238 apresenta os artigos referentes à usucapião, aquisição por registro do título, aquisição por acessão. No tocante à propriedade móvel cuida, a partir do art. 1.260, da usucapião, ocupação, achado de tesouro, tradição, especificação, confusão, comistão e adjunção.

Em nossa obra introdutória (, Capítulo 15), discorremos sobre os bens em Direito Romano. Ali, acentuamos que eram divididos em e . O critério divisório obedecia à ordem de importância das coisas para a sociedade da época. Eram os fundos itálicos, assim considerados o solo romano e da península itálica, as servidões prediais sobre os fundos itálicos, os escravos, os animais que se domavam pelo pescoço, ou seja, animais de carga ou de trabalho. Os demais bens eram : dinheiro, metais preciosos, móveis, demais animais, inclusive os domáveis, mas desconhecidos dos primitivos romanos, como os elefantes e os camelos. A sociedade primitiva romana era essencialmente agrícola, daí considerar o solo mais importante. Por isso, a transferência das coisas era realizada por atos solenes e formais, cercada de maiores garantias, enquanto as transmitiam-se pela simples tradição.

Essa distinção foi perdendo importância na medida do desenvolvimento e expansão romana, até ser suprimida na codificação de Justiniano.

A mesma importância que o direito primitivo romano concedia a essa classificação é atribuída hoje à distinção entre bens móveis e imóveis. Essas expressões são de origem pós-clássica.

Toda a estrutura das codificações civis do sistema romano-germânico dá preeminência e proteção jurídica mais extensa aos bens imóveis, entendendo que no imóvel está o substrato da riqueza. Na Idade Média, a propriedade da terra era sinônimo de soberania e poder. Essa noção insere-se nas codificações.

Nosso Código Civil anterior entrou em vigor no início do século XX e encontrou uma sociedade agrícola para regular. Nesse período do alvorecer da República, toda a estrutura da senhoria da terra, dos senhores de engenho do Nordeste e dos barões de café ao Sul, com grandes extensões de terras, estava presente. Ainda hoje, principalmente em bolsões nordestinos, coexistem vastas extensões de solo concentradas nas mãos de poucos. A industrialização e a polarização urbana em grandes centros permitem valor maior às riquezas imobiliárias. Nessa premissa, não somente pela forte pressão histórica, mas principalmente pelo estágio de nossa sociedade na promulgação do Código, era de esperarmos que fosse mantido o realce legislativo aos imóveis ao lado da proteção ao patrimônio privado. O imóvel urbano ganha realce na medida do crescimento das cidades. O denominado Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), referido no capítulo anterior, ocupa-se da disciplina da propriedade urbana entre nós. No ordenamento do Direito das Coisas, o Código mostra claramente a maior proteção dedicada aos imóveis.

Por nosso sistema, o contrato é veículo, é instrumento (embora não o único) para aquisição das coisas, mas por si só não transfere a propriedade. O domínio transmite-se pela tradição no tocante aos bens móveis e pela transcrição do título aquisitivo para os imóveis. Seguiu-se a tradição romana:

Nosso ordenamento de aquisição da propriedade seguiu o modelo alemão, sem, contudo, ser-lhe totalmente fiel. Afastou-se, portanto, do modelo francês, em que o simples pacto transfere a propriedade. Advirtamos, contudo, de que ainda há juristas em nosso país que, de forma absolutamente minoritária, defendem que o contrato transfere a propriedade em nosso direito.

No direito vigente no país anteriormente ao Código de 1916, proclamava-se a suficiência tão só do contrato para a aquisição da propriedade, sem necessidade de outra formalidade. Entendia-se, porém, de forma contraditória, que a transcrição no registro imobiliário era necessária para obtenção de efeito perante terceiros. Por essa razão, Teixeira de Freitas, em sua Consolidação das Leis Civis, acentuou a distinção entre a aquisição de bens móveis e imóveis, sustentando a exigência do registro para os imóveis.

Para o sistema francês, a transcrição no registro imobiliário não é constitutiva de direito real. O efeito translativo decorre do próprio contrato de compra e venda, doação, permuta etc. O contrato é, ao

mesmo tempo, obrigação e fato gerador do direito real. Transfere-se a propriedade pelo simples consentimento. Quanto aos imóveis, existem nesse direito duas fases distintas: quando do contrato, a propriedade transfere-se, acarretando efeito entre as partes; com o registro imobiliário, o direito alcança o efeito . O registro tem apenas o efeito de tornar o negócio público e oponível perante terceiros. Comenta Serpa Lopes, (1964, v. 6:517):

O Código alemão de 1896 instituiu a transferência de propriedade fundada no registro imobiliário. Pelo sistema alemão, há um exame prévio do título que serve de instrumento para a transferência da coisa, perante juízes do registro imobiliário. Essa modalidade exige cadastro rigoroso e confiável dos imóveis. Efetivado o registro nesse sistema, o ato assume caráter de negócio jurídico abstrato. Desvincula-se o negócio da causa anterior, seja ela contrato de compra e venda, doação, permuta etc. Destarte, o conteúdo do registro estabelece presunção absoluta de propriedade. A transcrição imobiliária é sua prova plena. O registro alemão concede publicidade formal ao tornar públicos os atos ali inscritos, permitindo a qualquer interessado deles tomar conhecimento. Também confere publicidade material ao ato registrado porque a ele atribui precipuamente eficácia. A inscrição exterioriza o ato e outorga-lhe eficácia .

Nosso ordenamento civil adota o Sistema Tedesco, com a mitigação necessária à realidade social. O registro imobiliário não poderia apresentar o mesmo caráter absoluto em razão de nossas deficiências estruturais. Clóvis adotou o primeiro passo da dogmática positiva alemã: a transmissão da propriedade imóvel dá-se pela transcrição. Com o contrato existe apenas obrigação, direito pessoal. É o que decorre dos arts. 530 e 531 do Código de 1916. Nesse sentido, o Código de 2002 é expresso no art. 1.245 ao estatuir:

O § 1º do dispositivo acrescenta que, enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser tido como dono do imóvel. O § 2º aduz ainda que, enquanto não se promover por ação própria a decretação de invalidade do registro e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser tido como dono do imóvel. Essas disposições demonstram claramente que o registro imobiliário estabelece uma presunção que não é absoluta, mas cujo registro somente pode ser alterado por outro registro ou por decisão judicial.

Como vemos, portanto, a presunção que se estabelece por nosso registro imobiliário não é absoluta, mas , relativa. A transferência estampada em instrumento é título hábil à transmissão da propriedade, sofrendo exame formal perfunctório pelo oficial do registro, que se recusará a efetuar-lo se lhe faltarem requisitos. Efetivada a matrícula ou o registro de outro direito real, presume-se que seu titular é aquele ali constante. A transcrição receberá a data da apresentação do título e não a data

constante do instrumento:

”¹.

Até prova em contrário, é titular do direito real aquele constante do registro imobiliário:
”.

O Código em vigor utiliza-se do termo “registro” ao mencionar a regra geral e dispõe:

(art. 1.246).

Enquanto o registro não for anulado, tem eficácia a presunção. Decorre daí a importância fundamental do registro. O registro efetua-se no cartório da circunscrição do imóvel. Outra importante distinção em nosso sistema imobiliário é poder qualquer pessoa interessada requerer o registro, enquanto no sistema alemão, para a transcrição, há necessidade do acordo de ambas as partes.

Não obstante inexistir ainda direito real, o adquirente de coisa móvel ou imóvel pode acionar o vendedor para entregá-la, tudo para que se dê cumprimento ao princípio da primazia da tutela específica; cuida-se, portanto, de cumprir obrigação de dar coisa certa. Na impossibilidade, tendo a coisa sido transferida a terceiro, ou em última análise não mais existindo no patrimônio do alienante, inviabilizando-se de qualquer modo a entrega, a obrigação converte-se em perdas e danos. Tivesse o contrato, entre nós, o condão de transferir o domínio da coisa tão só pelo instrumento, estaria o comprador legitimado a reivindicá-la. Não é o que ocorre em nosso sistema. O direito de sequência nasce com o registro imobiliário e com a tradição. Antes desses atos, existem apenas direitos obrigacionais (ou pessoais, terminologia também aceita).

Desse modo, não está o adquirente impedido de exigir que o alienante entregue a coisa decorrente de contrato como a princípio possa parecer. O ordenamento não proíbe a execução em espécie do contrato. Em outras palavras, o fato de o Código não criar um direito real não inibe a ação pessoal para receber a coisa. Os contratos nascem para serem cumpridos: . Entretanto, o âmbito nesse nível é estritamente obrigacional. Esse liame decorrente de contrato de compra e venda ou qualquer outro de transferência da propriedade, enquanto não efetivado o registro imobiliário, ou não ocorrida a tradição da coisa móvel, é exclusivamente pessoal. Vincula credor e devedor. Não é cogitada ainda a figura do proprietário ou titular de outro direito real. A pretensão contra o alienante ou promitente de direito real é obrigacional. Somente a lei pode atribuir efeitos reais a relações obrigacionais, como vimos (Capítulo 1, seção 1.4.3). O procedimento é comum, aplicando-se os princípios da obrigação de dar (arts. 233 ss).

O CPC de 1973 não regulou originalmente de forma especial o procedimento para as obrigações de dar, fazer e não fazer. Fê-lo apenas como modalidades de execução. Destarte, o procedimento será comum, executando-se a obrigação pelo disposto nos arts. 815 ss do estatuto processual de 2015. A Lei

nº 10.444, de 2002, alterou a redação do art. 621 do CPC de 1973, aduzindo que o devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, no prazo de 10 dias, satisfazer a obrigação ou apresentar embargos. Com a revogação do art. 737, II, expressamente mencionada no artigo 621, a apresentação de embargos não mais dependia de prévia segurança do juízo. A redação do parágrafo único disciplinava que a multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação deve ser fixada pelo juiz ao despachar a inicial. Por essa razão, o adquirente de bem que ainda não o recebeu, seja móvel ou imóvel, ingressará com ação de procedimento comum, objetivando a entrega. Não havendo título, será carecedor da execução. Se a coisa já não pode ser entregue, o bem imóvel também foi alienado a outrem, estando registrado em nome de terceiro. O art. 806 do CPC de 2015 estabelece prazo de quinze dias da citação, para satisfação da obrigação. No exemplo mais patente, a solução, a qual aliás nem precisaria estar na lei processual, é conferida pelo art. 809 do CPC de 2015:

Pecara o CPC anterior por não ter sido mais explícito, ou, quiçá, sendo mais justo com o insigne autor de seu projeto, por retratar postulados criteriosamente técnico-jurídicos fora do alcance e compreensão da grande massa profissional a que se destina. O fato é que as ações decorrentes de obrigações de dar, fazer e não fazer eram com frequência mal ajuizadas pela errônea compreensão dos princípios materiais e processuais, pelo vexo deslocado de procurar a solução no processo, antes de ser analisado o direito subjetivo descrito no direito material. Sobre a questão, aliás, já nos manifestamos na obra

Capítulo 6. Não se confunde o título aquisitivo de propriedade com os títulos executivos extrajudiciais descritos no art. 585 do CPC.

Observemos, porém, que a Lei nº 8.953/94 introduziu importante modificação na tipificação de título extrajudicial (art. 585, II, do CPC de 1973), permitindo que o instrumento de transação tenha essa qualidade, desde que referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores. Nesse diapasão, existe agora possibilidade de a obrigação de dar, fazer e não fazer ser dotada de força executória.

A propósito, o art. 498 do CPC de 2015, com redação idêntica ao estatuto processual anterior, procurou dirimir quaisquer dúvidas sobre a matéria, como vínhamos insistentemente enfatizando. Estatui o presente dispositivo:

Essa mesma disposição processual permite que seja convertida a condenação em perdas e danos se impossível a condenação em espécie.

Portanto, como a existência do simples pacto gera apenas vínculo obrigacional entre as partes, não

existindo registro imobiliário ou tradição, a ação não é nem reivindicatória, nem possessória, mas simplesmente obrigacional. Cuida-se de buscar as consequências do inadimplemento.

Quando existe direito real, a ação reivindicatória objetiva diretamente reaver a coisa, contra quem quer que a detenha. Sobre a posse e seus meios de defesa discorreremos nos capítulos anteriores. Acentuemos, porém, que na ausência de direito real, se existir o estado de fato da posse, sua defesa pode atingir com vantagem a manutenção ou reintegração da coisa, que a simples controvérsia acerca do pacto contratual tornaria inócua e mais difícil. Contudo, se não houver posse, só resta ao adquirente utilizar-se dos princípios e remédios processuais obrigacionais.

A aquisição da propriedade é quando desvinculada de qualquer relação com titular anterior. Nela não existe relação jurídica de transmissão. Inexiste ou não há relevância jurídica na figura do antecessor. Sustenta-se ser apenas a ocupação verdadeiramente modo originário de aquisição. Todavia, sem dúvida, como a maioria da doutrina, entendem-se como originárias também as aquisições por usucapião e acessão natural. Nessas três modalidades, não existe relação jurídica do adquirente com proprietário precedente.

A diferença de postura doutrinária a respeito da aquisição originária decorre da acepção segundo a qual, nessa modalidade, a coisa nunca pertenceu a outrem. Nessa visão restritiva, é fato, apenas a ocupação, tal como a caça e pesca, inserir-se-ia no conceito. Para a corrente dominante, a qual corretamente leva em conta as consequências jurídicas dessa categoria jurídica, é originária toda aquisição que não guarda qualquer relação com titulares precedentes, ainda que estes possam ter efetivamente existido.

Caso típico de aquisição originária é a usucapião. O bem usucapido pode ter pertencido a outrem, mas o usucapiente dele não recebe a coisa. Seu direito de aquisição não decorre do antigo proprietário. Na aquisição originária, o único elemento que para ela concorre é o próprio fato ou ato jurídico que lhe dá nascimento.

Ocorre aquisição quando há relação jurídica com o antecessor. Existe transmissão da propriedade de um sujeito a outro, em várias modalidades. A regra fundamental nessa espécie é a de que ninguém pode transferir mais direitos do que tem:

. A validade e eficácia da transferência da propriedade nesse caso são examinadas no fato, ato ou negócio jurídico de transferência. Existe transmissão derivada tanto por ato como

. Nesta última hipótese, o fato da morte faz com que o patrimônio do falecido transfira-se a seus herdeiros.

Na aquisição originária, não se consideram vícios anteriores da propriedade porque não existe anterior titular a ser levado em conta. Na aquisição derivada, a coisa chega ao adquirente com as

características anteriores, tanto atributos ou virtudes como defeitos ou mazelas. Desse modo, a alienação de bem hipotecado ou onerado com servidão, por exemplo, não extingue esses ônus. A aquisição por direito hereditário, a derivada de contrato e a tradição são exemplos de modalidades derivadas de aquisição.

Como já expusemos, a transmissão a título singular tem por objeto bem ou bens certos e individualizados. Ocorre quando a universalidade é transferida. Desta última, a transmissão hereditária é exemplo típico. O herdeiro continua como titular dos bens do autor da herança; é sucessor universal. Existe transmissão a título singular na sucessão na hipótese do legatário, que recebe bem individualizado da herança por força de testamento. Pode haver transmissão a título universal na relação, como, por exemplo, na transferência de um estabelecimento comercial.

Na aquisição a título universal, o sucessor assume todos os direitos reais e obrigações do transmitente, com relação a este e a terceiros. Na aquisição singular, objetivam-se exclusivamente os direitos que cercam a coisa certa e determinada transmitida.

Já assentamos neste capítulo o papel da transcrição imobiliária. O registro público desempenha várias funções, sendo o imobiliário apenas uma delas. O Direito Positivo regula o Registro Civil das Pessoas Naturais e das Pessoas Jurídicas, Registro de Títulos e Documentos, além do Registro de Imóveis.

Como enunciamos, o Código Civil de 1916 fortaleceu o sistema do registro público ao introduzir a transcrição como forma de aquisição da propriedade imobiliária, estabelecendo sua presunção

Atualmente, a matéria registrária é regulada pela Lei nº 6.015, de 31-12-73, com várias alterações. O Código Civil apenas traça lineamentos gerais do registro imobiliário. A escrituração e ordenação dos assentos é ordenada pela lei específica. O art. 856 do Código anterior dispunha que o Registro de Imóveis compreendia:

O art. 532, por sua vez, referia-se ao registro de sentenças de ações divisórias, de inventários e partilhas e de adjudicação e arrematação em hasta pública. O Código deste século entendeu desnecessário enunciar essas particularidades, que pertencem à lei específica dos registros públicos.

Não é esta a oportunidade de maior aprofundamento sobre a matéria. Adentramos apenas no aspecto referente à aquisição da propriedade.

Os princípios fundamentais que regem o Registro Imobiliário são os da e
dos oficiais de registro. Pelos atos registrários, seus assentos são de acesso a qualquer interessado. A conservação permite o arquivo permanente do histórico imobiliário. Pelo princípio da responsabilidade, os oficiais respondem pelos prejuízos causados por culpa ou dolo, pessoalmente ou por seus prepostos. Veja o que expusemos sobre a responsabilidade civil dos registradores e assemelhados no volume 2 desta obra.

Acrescentemos ainda a fundamental força probante de fé pública em todos os registros.

O Código de 1916 refere-se à como primeira hipótese de aquisição da propriedade imóvel. No entanto, esse vocábulo deve ser adaptado à legislação atual. A lei anterior reguladora dos registros públicos (Decreto nº 4.857/39) utilizava o termo para todos os casos de transferência de propriedade imobiliária. Na verdade, o vocábulo não exprimia a realidade porque não se transcrevia integralmente o título no registro, isto é, não ocorria sua transposição pura e simples, como ainda hoje sucede.

A lei registrária vigente refere-se apenas a registro e averbação, que são feitos na do imóvel, em que deve ser inserida toda a vida jurídica do bem. Essa matrícula deve obedecer ao requisito da . A transcrição deve ser contínua, sempre sucessiva à anterior, sem salto ou omissão de encadeamento entre um registro e outro. A missão do registro de imóveis é acompanhar a vida dos bens de raiz. Com a introdução da em nosso sistema imobiliário, passou-se a tomar como base o próprio imóvel no registro, que no diploma anterior levava em conta a pessoa titular de direito. Uma vez aberta a matrícula do imóvel, todas as modificações e vicissitudes sofridas por ele são registradas ou averbadas nela. O destaque à matrícula é feito no art. 167 da lei específica que elenca quais os atos que, além da matrícula, devem ser (inciso I) ou (inciso II). Essa lista não é exaustiva porque o legislador pode criar, como faz, outras hipóteses.

Nesse sentido, devia ser entendida a nomenclatura do Código Civil de 1916 ao se referir à transcrição. Afasta-se da legislação a compreensão de transcrição, inscrição e averbação da lei registrária anterior. é visto pela lei vigente como denominação genérica, denominação que foi adotada pelo presente Código Civil, que engloba e referidas pelas leis civis, na verdade pelo ordenamento em geral (art. 168 da Lei dos Registros Públicos). No entanto, a doutrina, e não sem frequência a própria lei, continua a baralhar os conceitos, vindos da tradição anterior. Mesmo no Código Civil de 2002, o Projeto originário mantinha ainda a referência à “transcrição”, substituindo-se pelo termo “registro” apenas na redação da última hora. O rol de registros ou de averbações deve ser buscado no elenco do art. 167. Assim, ao se examinar determinada matrícula, reconhecida por um número em que deverá estar descrito o imóvel, uma primeira alienação será registrada sob o número R-1, a segunda sob R-2, e assim sucessivamente. Se for caso de averbação, de uma convenção antenupcial, por exemplo, receberá a denominação AV-1, e assim por diante. Dessa maneira, será estampada a certidão

atual do imóvel, dela fazendo-se constar a continuidade e cadeia de registros e averbações sobre a matrícula. Dispõe o art. 228 da Lei dos Registros Públicos:

A respeito do registro, menciona o art. 236: “

”. A matrícula é o núcleo do registro imobiliário e cada imóvel deve ter matrícula própria. A esse respeito, critica Walter Ceneviva (1991:281), escorado em sua experiência profissional:

E conclui:

A transcrição deve ser feita no cartório correspondente ao local onde está o imóvel. As despesas com o registro, salvo convenção em contrário, cabem ao adquirente (art. 862 do Código anterior).

O art. 1.246 estabelece regra temporal de prioridade para o registro. Fixa-se a data com a prenotação da apresentação do título ao oficial. Se vários títulos foram apresentados, o registro será do primeiro que foi prenotado. No entanto, o art. 191 da Lei dos Registros Públicos dispõe que, se escrituras forem lavradas na mesma data, com indicação da hora, a regra é registrar a que foi lavrada em primeiro lugar. Daí a conveniência de fazer constar o horário do ato no instrumento.

Como descrito, o registro imobiliário estabelece presunção relativa de titularidade do direito real (art. 859 do Código de 1916). O art. 1.247 do Código de 2002 estabelece, por sua vez, ratificando o texto anterior, que

.² Todo registro público, imobiliário ou não, deve espelhar a realidade. Por essa razão sempre existirá a possibilidade de retificação. No mesmo sentido o art. 860 do velho Código:

O processo de retificação do registro imobiliário é disciplinado nos arts. 212 e 213 da Lei dos Registros Públicos. Na redação original da Lei dos Registros Públicos, a retificação processava-se exclusivamente perante o juízo corregedor do cartório imobiliário. A Lei nº 10.931/2004, que tratou basicamente do patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, trouxe nova redação a esses dois artigos da Lei nº 6.015/73, com importante inovação. O art. 212 permite que na hipótese de o registro ou a averbação serem omissos, imprecisos ou não exprimirem a verdade, o requerimento de retificação pode ser feito ao próprio Oficial do Registro de Imóveis competente, mantida a possibilidade, ou faculdade como dita a lei, de o interessado utilizar-se do procedimento judicial. Desse modo, retificações de área, descrição de perímetros de imóveis, nomes de pessoas e outros dados que mereçam corrigenda não ficam mais na dependência direta do procedimento perante o juiz corregedor, não se

assoberbando ainda mais o Poder Judiciário. O Oficial de Registro de Imóveis, mormente após a Constituição de 1988, que exige o acesso à delegação por concurso público, está, em princípio, plenamente capacitado para essa atividade. Assim, diz o art. 213 da LRP, com a nova redação, que o oficial retificará o registro ou a averbação, de ofício ou a requerimento do interessado nos casos das várias hipóteses de inexatidão. Muito se ganhará em tempo e desburocratização com essa nova orientação, que deve ser estendida a todas as modalidades de registros públicos.

Se houver impugnação fundamentada, se não ocorrer transação entre os interessados ou se o pedido envolver direito de terceiros, a retificação deverá ser decidida pelo juiz ainda em sede correccional. Se a controvérsia versar sobre direito de propriedade de alguma das partes, a matéria deverá ser objeto de processo judicial.

Tendo em vista o princípio de veracidade e presunção relativa, os registros ficam sujeitos à declaração de nulidade ou ação de anulação, se feitos em desacordo com a lei ou se espelharem situação não verdadeira. Nesse sentido, os arts. 214 e 216 da Lei dos Registros Públicos. A matéria registral imobiliária é especialidade que exige aprofundamento monográfico, devendo ser contemporaneamente tratada como disciplina didática autônoma.

O art. 860, parágrafo único, do Código Civil de 1916, estatuiu a regra fundamental da aquisição da propriedade imóvel entre nós, ao dispor que,

O atual Código Civil no art. 1.245, § 1º, redigiu:

3

Como visto, antes do registro existe apenas relação pessoal entre alienante e adquirente. Por outro lado, enquanto não cancelado o registro, presume que o titular é quem nele figura. A realidade social do país, no entanto, é bem outra: o registro do imóvel não é regra geral. Há milhares de imóveis que vão sendo transferidos várias vezes apenas por contratos, mais ou menos elaborados, sem que o registro corra. A posse, nesse cenário, passa desse modo a ser fundamental, e consequentemente a usucapião. Há necessidade que um ordenamento legal moderno, real e realístico enfrente o problema social de vez, possibilitando um sistema registral imobiliário não só mais simplificado, mas principalmente acessível à grande massa da população. Com os avanços da informática esse desiderato é perfeitamente possível.

O _____, facultado pelo ordenamento para imóveis rurais, visa conferir presunção absoluta de propriedade a quem tiver seu certificado. Foi idealizado pelo irlandês Robert Richard Torrens, filho de um dos fundadores da Austrália. Entre nós, sem justificativa plausível, apenas é autorizado para os imóveis rurais. O pedido deve ser endereçado ao oficial do Registro, que, considerando-o em termos, remeterá ao juízo. O procedimento é regulado pelos arts. 277 a 288 da Lei nº 6.015/73. As exigências são minuciosas. O interessado deve juntar, além da prova de domínio, planta do imóvel, além de outros documentos (art. 278). Publica-se edital. Qualquer interessado poderá contestar o

pedido, intervindo no processo necessariamente o Ministério Público. Finalmente, acolhida a pretensão e transitada em julgado a sentença, o oficial inscreverá na matrícula o julgado, arquivando toda a documentação (art. 288). A definição do que se entende por imóvel rural é dada pela Municipalidade. Essa modalidade de registro, pelas dificuldades e custo, não logrou difundir-se no país.

A matéria dos registros públicos é verdadeira especialização dentro do ramo do Direito Civil, cujo aprofundamento maior foge ao âmbito de nosso estudo. Digamos, no entanto, a propósito, como acenamos acima, que a realidade em nosso país nas últimas décadas, o descontrole monetário e a diminuição do poder aquisitivo da população têm alijado grande massa de titulares de imóveis, mormente urbanos, do registro imobiliário. O proprietário imobiliário não é necessariamente abastado, como pressupõe o projecto Código Civil. O registro público, sob a forma de delegação a mãos privadas, mercê de desmedido proteccionismo corporativo, mantinha até pouco tempo índole do regime cartorial da época colonial. Cumpria ao legislador corrigir a distorção, e nesse sentido a Constituição de 1988 deu grande passo ao exigir concursos públicos para as respectivas delegações. Ao Estado democrático cumpre fomentar a iniciativa privada. O sistema de registros públicos, porém, como tantos outros serviços essenciais, todo ele e não apenas o imobiliário, é de segurança nacional, pois diz respeito à própria estrutura da propriedade e do Estado. Não podia manter a mesma estrutura do passado tão antigo. O Estado brasileiro perdeu-se ao absorver atividades essencialmente da iniciativa privada e de livre concorrência e paradoxalmente manteve o registro público, de certa forma, fora de seu direto controle, sendo que muitos Estados não realizam concursos públicos para as delegações, contra o ditame constitucional. É crescente o número de contratos e promessas de venda não registrados. Transfere-se sucessivamente a posse. Sem o registro, persiste periclitante estado de fato, que pode ser questionado a qualquer momento e, como tal, torna-se motivo de instabilidade social. Por essa razão, avulta de importância na jurisprudência a crescente proteção à posse justa e a possibilidade de registros de compromissos de compra e venda que paulatinamente o legislador vem admitindo, com respaldo no trabalho consciente da nova geração de registradores de alto nível profissional em nosso País, não mais ligados às mazelas do nepotismo do passado.

O vocábulo acessão pode ter várias compreensões. No sentido mais amplo, significa aumento da coisa objeto de propriedade. Cuida-se, como mencionado, de forma originária de aquisição da propriedade. O termo também tem a noção de acréscimo. A questão jurídica igualmente tem em mira uma coisa principal. Pelo princípio, passa a pertencer ao dono da coisa principal o que se adere a ela. Obedece-se à regra geral segundo a qual o acessório segue o principal.

Também ocorre acessão quando da própria coisa exsurge um acréscimo, como o fruto da árvore. Essa acessão aproveita ao proprietário da coisa e não traz maiores consequências jurídicas. Não é, pois, dessa modalidade de aquisição de propriedade que a lei trata sob a epígrafe.

O problema jurídico surge quando as duas porções pertencem a proprietários distintos. O acréscimo

provém de força externa, em proveito de móvel ou imóvel. Há necessidade de que se distingam o bem principal e o acessório. Nem sempre será o maior valor econômico que prepondera: a construção pode ser mais valiosa que o solo, mas este é considerado bem principal.

Pela acessão imobiliária ocorre um acréscimo ao solo de outrem, aumentando o âmbito de sua propriedade e seu valor. Trata-se de acessão. Essa incorporação, aderência de uma coisa a outra, pode decorrer de causa natural ou de atividade humana. A lei entende por bem deixar a propriedade ao titular da coisa principal para evitar o condomínio, permitindo sempre que possível o ressarcimento impeditivo do injusto enriquecimento.

Nosso ordenamento regulou a acessão como modalidade de aquisição da propriedade em cinco espécies:

1. acessão fluvial.
A acessão fluvial ocorre por meio das construções e plantações em terreno alheio. A acessão de imóvel a imóvel decorre, pelo ordenamento civil brasileiro, unicamente de atividades fluviais.

A formação de ilha no leito de rios não navegáveis dá origem à propriedade dos titulares das margens ribeirinhas na proporção de suas testadas: acessão fluvial. O fenômeno pode decorrer da sedimentação paulatina que faz nascer a ilha ou pelo rebaixamento de águas que coloca o solo à mostra no leito do rio. As ilhas formadas no meio do rio são consideradas acréscimos aos terrenos ribeirinhos. Divide-se o rio pela linha da metade do álveo, fracionando-se a ilha em duas partes.

O art. 1.249 estabeleceu regras de como os proprietários ribeirinhos tornam-se senhores dessas novas porções de terra. Essas disposições que afetam a acessão são reguladas pelo Código de Águas (Decreto nº 24.643/34). Essa lei define álveo

álveo (art. 9º). Se se formarem entre uma das margens e a metade do rio, pertencerão ao proprietário da margem mais próxima.

Prossegue a mesma lei:

Os rios navegáveis são considerados águas públicas (art. 2º do Código de Águas). As regras que

dizem respeito à aquisição de propriedade aplicam-se aos rios não navegáveis.

O art. 24 do Código de Águas estabelece que ilhas ou ilhotas formadas pelo desdobramento de um novo braço de corrente fluvial pertencem aos proprietários dos terrenos à custa dos quais se formaram. O parágrafo único desse artigo introduziu acréscimo importante a essa regra já constante do inciso III do art. 537 do Código de 1916, ao acrescentar:

Como aduz Sílvio Rodrigues (1984, v. 5:97), o dispositivo do Código de Águas deu sentido à disposição do Código Civil que parecia inócua, pois apenas dizia que o titular do terreno continuava proprietário da ilha formada pelo desvio de corrente em seu terreno. Acrescenta o autor que a dicção do Código de Águas regula modalidade de desapropriação, independentemente de utilidade, necessidade pública e interesse social. A expropriação decorre tão só do fato de o rio ser navegável ou fluviável.

O art. 1.249 do mais recente Código mantém os mesmos princípios do Código anterior, com redação diversa no , fornecendo assim uma melhor compreensão da aquisição por acessão:

Os incisos acompanham a mesma redação do antigo art. 537.

O art. 538 do Código de 1916 definiu aluvião e estipulou seu destino:

O Código de Águas completou a noção para incluir a aluvião também ocorrente no mar (art. 16). Leve-se em conta que, perante o Código de Águas, a destinação do art. 538 não se aplica quando formada em águas públicas navegáveis:

(art. 16, § 1º).

Desse modo, o dispositivo do Código Civil aplica-se à aluvião em águas particulares. Esse acréscimo paulatino e imperceptível impede saber a quem pertencem as terras trazidas a outro local. Nisso se distingue da avulsão, em que ocorre um desgarramento repentino e violento.

O acréscimo decorrente do fenômeno importa aquisição para o proprietário do imóvel. Trata-se de aplicar o princípio segundo o qual o acessório segue o principal. Se, no entanto, a água margeia estrada pública e não terreno privado, o acréscimo passa a ser público dominial (art. 17, parágrafo único, do Código de Águas).

Distingue-se a aluvião própria, decorrente de acréscimo à porção de terra, da aluvião imprópria,

decorrente do afastamento das águas.

Se a aluvião se formar diante de prédios pertencentes a proprietários diversos, pertencerá a eles, em proporção à testada que possuíam na antiga margem (art. 18 do Código de Águas).

A aluvião tratada na lei é sempre decorrente de forças naturais. Não é considerado aluvião o acréscimo decorrente de atividade humana. Nem sempre, contudo, a situação se mostrará clara, requerendo exame técnico-pericial para apuração de eventual indenização.

O art. 539 do Código Civil antigo dispunha:

A razão da regra explicava-se pela frequência com que o fenômeno ocorre, decorrente de enchentes, índices pluviométricos elevados e outros fatores climáticos. Nessa hipótese, não existe aluvião.

O Código em vigor restringiu a um único artigo o fenômeno (art. 1.250):⁴

O referido dispositivo procurou ser claro, em matéria de pouca aplicação, mas de grande importância, ao definir que a aluvião caracteriza-se pela formação sucessiva e imperceptível de terreno ao longo das margens. Suprime-se a referência à navegação no presente Código. Suprime-se também a dicção do art. 539, que não diz respeito efetivamente a uma modalidade de aquisição de terreno.

Verifica-se a **avulsão**

(art. 19 do Código de Águas). Nessa hipótese, a lei das águas (não divergente do Código Civil derogado anterior) determina que

(art. 20).

O parágrafo único deste dispositivo, a exemplo do art. 542 do Código Civil de 1916, estabelece o prazo decadencial de um ano para a ação de _____ ou _____. Se não for possível a remoção, restará a ação indenizatória. Lembre-se, no entanto, de que não se trata propriamente de reivindicação, porque a lei concede a opção ao proprietário beneficiado pelo consentimento da remoção ou pelo pagamento da indenização.

O fenômeno ocorre em correntes de grandes e rápidos caudais. Nosso Direito apenas leva em conta a aderência natural, não sendo regidas pelo princípio aquelas derivadas de atividade humana. A situação ocorre não apenas quando há aumento da extensão de área, mas também quando há superposição de terreno, crescendo seu volume.

Na hipótese de avulsão, a regra geral é diversa da aluvião. A porção de terra desgarrada continua a pertencer a seu proprietário até escoar-se o prazo decadencial. Na avulsão, a porção desprendida é , em razão do desprendimento violento, o que não ocorre na aluvião.

Tanto o Código Civil de 1916 (art. 543), como o Código de Águas (art. 21) determinam que, se a avulsão for de coisa suscetível de não aderência natural, será regulada pelos princípios que regem a . Como veremos, as regras da invenção determinam a obrigação de restituição do dono ou legítimo possuidor, ou a entrega à autoridade competente (art. 603). Nessa situação, poderão encontrar-se cercas, postes, moirões etc.

O art. 22 do Código de Águas determina aplicação dos dispositivos da aluvião no que couber à avulsão.

Caio Mário (1993:99) lembra da possibilidade de a avulsão ocasionar prejuízo, e não vantagem. Entendemos que, em se tratando de causa natural, caso fortuito, não há dever de indenizar.

O Código em vigor, no art. 1.251, estatui:

Recusando-se ao pagamento da indenização, o dono do prédio beneficiado deverá concordar com a remoção da parte acrescida (art. 1.251, parágrafo único). Como se observa, esse prazo decadencial de um ano, presente no Código anterior, é mantido. A exiguidade desse prazo explica-se porque o fenômeno da avulsão é perfeitamente visível para ser notado pelo prejudicado, que poderá reclamar a indenização.

O Código deste século suprime a regra do art. 543 referida. Quando, com a avulsão, vierem para o vigente terreno coisas que não se aderem naturalmente ao solo, independentemente de qualquer regra, devem ser devolvidas ao legítimo dono, que pode reivindicá-las. Incluem-se inclusive os semoventes, animais domésticos, pertencentes ao proprietário do terreno prejudicado.

O regime do álveo definido no art. 9º do Código de Águas segue o princípio geral:

A regra é que o álveo abandonado (), particular ou público, pertence aos

proprietários ribeirinhos das duas margens, na proporção das testadas até o meio do álveo (art. 1.252). Cuida-se de situação em que o curso de água seca ou se desvia.

Ocorrendo desvio da corrente de água, os proprietários das terras por onde as águas naturalmente abrem novo curso não têm direito à indenização, idêntica solução do Direito Romano. Trata-se de caso fortuito. Não é esta a solução, contudo, se o desvio decorre de obra artificial, hipótese em que a perda de terreno deve ser indenizada. Se a mudança da corrente ocorre por utilidade pública, o dono do prédio ocupado deve ser indenizado, passando o álveo abandonado a pertencer ao poder expropriante, como forma de compensação (art. 27 do Código de Águas). Faixa de terra marginal de antigo álveo é insuscetível de apropriação por particular, se esse rio era navegável:

(688/98).

Se o rio voltar ao leito antigo, recompõe-se a situação anterior de propriedade dos prédios, salvo se essa retomada se der por utilidade pública (art. 26, parágrafo único), quando então a solução será a do art. 27, a não ser que os proprietários prefiram indenizar o Estado.

As construções e plantações são acessões decorrentes de conduta humana. Nessas hipóteses, a acessão é de .

Tecnicamente, não se confundem as acessões, especialmente as construções, com as benfeitorias. Delas nos ocupamos no volume sobre (seção 16.8.2). Benfeitorias são obras ou despesas feitas na coisa, para o fim de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la. Daí a tripartição em benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias. São obras decorrentes de ação humana.

A , tratada como acessão a imóvel, não é caracterizada como benfeitoria, embora na prática o termo seja usado para essa finalidade, sendo equiparada à benfeitoria para certos efeitos legais. A construção, no entanto, pode ser vista ora como acessão, ora como benfeitoria. Chamamos à colação o que por nós foi lembrado na obra introdutória e que dirime a questão. O exame deve ser subjetivo, segundo apontamos, na opinião de Serpa Lopes (1964, v. 6:374). Quem constrói em coisa acreditando-a sua, com de dono ou legítimo possuidor, faz benfeitoria. Na acessão, quem constrói sabe que o terreno não é seu, não une o fruto de seu trabalho à coisa que convictamente entende possuir ou ser dono.

No entanto, seja o conceito de benfeitoria, seja de acessão voluntária, o que a lei busca é evitar o injusto enriquecimento. O regime da construção e da sementeira em terreno alheio pode ensejar o direito de retenção ao possuidor de boa-fé, da mesma forma que as benfeitorias, pois a índole é a mesma. Tanto que o próprio Código de 1916 se referia a benfeitorias ao tratar da má-fé bilateral na sementeira, plantação e construção em terreno alheio, no art. 548, o que foi reparado pelo diploma civil vigente que

se refere nesse mesmo dispositivo a “acessões” (atual, art. 1.256).

As construções e plantações são consideradas acessórios do solo. Não se leva em conta o conceito de valor. A presunção é de que a construção e a plantação pertencem ao proprietário do solo (art. 1.253). Não é, porém, presunção absoluta, competindo ao interessado elidi-la.

Como é possível semear, plantar e construir com sementes e materiais não pertencentes ao proprietário do solo, distinguem-se as hipóteses nas quais isso pode ocorrer:

- a semeadura, plantação ou construção é feita em terreno próprio, com materiais alheios;
- a semeadura, plantação ou construção é feita em terreno alheio com materiais próprios;
- a semeadura, plantação ou construção é feita em terreno alheio, com materiais alheios.

Como enfatizamos, aqui, como na solução acerca das benfeitorias, encontramos exemplos legais que visam coibir o injusto enriquecimento.

A primeira hipótese é solucionada pelo art. 1.254. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios adquire sua propriedade, mas deve pagar o valor das coisas alheias utilizadas. Se estiver de má-fé, além da indenização deverá pagar perdas e danos.

A segunda hipótese vem descrita no art. 1.255. O semeador, plantador ou construtor em terreno alheio perde para o proprietário as coisas, com direito à indenização, se obrou com boa-fé.⁶ Se esteve de má-fé, poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar pelos prejuízos. A questão será do exame da oportunidade e conveniência no caso concreto. O parágrafo único do art. 1.255 introduz modificação:

A jurisprudência já se colocava nessa linha. No caso concreto, há dois aspectos que devem ser examinados, a boa-fé do plantador ou construtor e o que se entende por valor considerável. A solução é justa, mas dependerá do exato bom critério do juiz.

No entanto, se ambos estão de má-fé, o artigo 1.256 determina que o proprietário do imóvel adquira os acréscimos, devendo ressarcir o valor das acessões.

Na hipótese do semeador, plantador ou edificador em terreno alheio, com boa-fé, terá ele direito de retenção, se detém o imóvel, pois se aplicam os princípios das benfeitorias. Como examinado no estudo da posse, verifica-se a boa ou má-fé em cada caso concreto. No entanto, o parágrafo único do art. 1.256 faz presumir a má-fé do proprietário do imóvel quando o trabalho de construção ou lavoura se fez em sua presença e sem impugnação sua. Nessa situação, era seu dever impugnar os trabalhos.

Contudo, independentemente de boa ou má-fé, o dono das sementes, plantas e construções nunca adquirirá o imóvel no sistema de 1916. Nesse caso, a boa ou má-fé interfere apenas no direito de

indenização e no direito de retenção. Já pelo corrente Código, ressaltando a preocupação social do novel legislador, abre-se a possibilidade assinalada pelo parágrafo único do art. 1.255.

Na terceira hipótese enunciada, tanto os bens móveis como o imóvel são alheios (art. 1.257). Os materiais passam a pertencer inelutavelmente ao proprietário do solo. Se o semeador, plantador ou construtor estava de boa-fé, tem direito a receber o valor dos bens móveis. Nada deve receber se estava de má-fé. Acrescenta o parágrafo único do art. 1.257 que o proprietário das sementes, plantas ou materiais poderá cobrar do proprietário do solo a indenização, quando não puder receber do plantador ou construtor.

Nem sempre a solução de desfazer a construção será a mais justa no caso concreto, daí o porquê da nova redação do art. 1.255, parágrafo único. Figure-se a hipótese de quem invade com edificação um ou dois metros o imóvel vizinho. Poderá ser mais conveniente a indenização do que o desfazimento parcial de obra que prejudique seu todo, bem como sua função social. Algumas legislações admitem também essa solução, a qual vinha sendo adotada por nossa jurisprudência. O invasor torna-se proprietário do terreno invadido, nessa espécie de (Gomes, 1983:142). Essa será a melhor solução quando a área invadida for insignificante em relação ao todo. Evidente que não pode subverter a ideia geral expressa na lei civil. Leva-se em conta, no caso, que certas edificações ganham maior valor que o solo. Note que, durante a construção, o proprietário invadido pode lançar mão da ação de nunciação de obra nova. Quando a obra estiver concluída, cabe ao bom senso do magistrado encontrar a melhor solução, sem violentar os princípios legais, na proteção ao construtor de boa-fé. Destarte, trata-se de mais um exemplo para não entendermos como absoluto o direito do proprietário.

Mesmo se houver má-fé, poderá não coincidir com o interesse social a destruição do prédio facultada ao proprietário no art. 547 do antigo Código (Rodrigues, 1984, v. 5: 104). Imagine, por exemplo, a hipótese de edificação de hospital ou escola em pleno funcionamento. Não decidirá contra a lei o magistrado nessa situação se buscar o sentido social da propriedade, preconizado inclusive constitucionalmente. Comenta Beatriz Arean (1992:275) no direito argentino, cuja solução legislativa é idêntica a nossa de 1916, que

9.3.5.1 Construções em imóvel alheio. Disposições do Código de 2002

A construção em imóvel alheio dá margem a muitas discussões e difíceis soluções nos casos concretos. A redação do art. 1.258 do Código, que inova em nossa legislação, vem em socorro a essas situações:⁷

A questão é de enorme importância prática. Esse dispositivo, que com o artigo seguinte procurou estabelecer tanto quanto possível um critério objetivo para a construção em terreno alheio, surge como importante instrumento de solução para os magistrados e para as partes envolvidas, que por vezes se mostravam perplexos perante situações de fato. Em várias oportunidades nos deparamos com casos práticos de construção de boa ou de má-fé, com alguns ou muitos metros de construção invadindo os terrenos vizinhos. A situação é comum, mormente nos loteamentos mais antigos e irregulares, quando os marcos divisórios não estão aviventados ou simplesmente não existem. Mais uma vez, a boa ou má-fé será um grande divisor de águas a ser aferido pelo magistrado. Por outro lado, a perícia informará o juiz sobre a proporção da referida vigésima parte e seu respectivo valor, bem como sobre a conveniência da demolição, que será sempre a última solução, principalmente quando esta afeta o todo construído. Como apontamos, também aqui essa porcentagem não será um critério inflexível: dependendo da situação de fato enfrentada, nada impede, a nosso ver, que o magistrado decida na forma apontada pela lei se a porcentagem de invasão for pouco maior ou menor. O juiz deverá seguir a melhor argumentação para o caso e o que melhor se amolda à adequação social. Certamente haverá quem defenda deva o juiz prender-se exclusivamente à letra da lei, o que não é uma concepção filosófica contemporânea em qualquer situação. A ideia central do Código Civil de 2002 é sempre permitir uma flexibilização da lei, desde que não se contrarie o ordenamento:

(Viana, 2003:161).

A lei estabelece, por outro lado, uma multa vultosa para o invasor de má-fé, quando for conveniente que este mantenha como sua a parte invadida. Sempre deverá ser levado em conta se o valor da construção excede consideravelmente o valor do terreno, tomando-se por base a vigésima parte deste. Aqui, como alhures, o bom critério do juiz preponderará. De qualquer forma, a punição com décuplo do valor das perdas e danos ao possuidor de má-fé não poderá ser dispensada na decisão judicial. A matéria está mais afeta ao direito de vizinhança, sendo mais um pomo de discórdia na já difícil convivência entre vizinhos. Inobstante, ainda que o magistrado possa dar certa flexibilidade ao dispositivo para atender com justiça à situação, terá agora na lei um critério a apontar sua decisão.

Várias situações de fato e de direito podem surgir numa demanda desse jaez. Poderá a sentença, por

exemplo, determinar o pagamento do décuplo das perdas e danos, como apontado na lei, se não houve pedido do réu para adquirir a porção do imóvel?

A questão transfere-se para o plano processual. A nosso ver, é necessário que haja pedido expresso nesse sentido, em reconvenção, se o procedimento o permitir, ou em ação autônoma. E se o invasor não tiver condições para suportar essa indenização? Pode o deslinde do pagamento ser deferido para uma problemática execução do julgado? O interessado poderia pedir uma caução para essa garantia. A solução, nessa circunstância, apontaria, inexoravelmente, para a demolição. As soluções não são fáceis. A jurisprudência e os novos estudos sobre o tema devem apontar os rumos dessa inovação legal.

Especificamente quanto ao construtor em terreno alheio, que invade mais do que a vigésima parte do imóvel, o art. 1.259 complementa o dispositivo anterior:

8

Os critérios objetivos em matéria de indenização nem sempre dão a solução mais justa. É o que sucede nesses dois novos artigos. Neste último, quando a invasão é de monta, fixando a lei em superior a vigésima parte do solo alheio, o possuidor de boa-fé é aparentemente tratado de forma mais benéfica, adquirindo o terreno invadido, mas pagando indenização na forma descrita. Essas verbas serão evidentemente objeto de perícia complexa, tendo em vista os tópicos descritos na lei: valor da área invadida, valor da área perdida e desvalorização da área remanescente. Em sede de trabalho pericial, o trabalho terá analogia com as desapropriações, pois a situação é muito semelhante.

Quanto ao invasor de má-fé, a lei determina que seja ele obrigado a demolir o que se construiu em terreno alheio, pagando ainda o dobro das perdas e danos. Sob este último aspecto, lembramos tudo que se explanou nessa oportunidade. Pode ocorrer que a demolição seja mais prejudicial do que a manutenção da construção. Note que este último artigo abrange a construção parcial, superior à vigésima parte, ou total em terreno alheio. O art. 1.258 reporta-se unicamente à construção parcial em terreno alheio, a qual, como regra, ocorre em terreno contíguo ou do invasor.

Questão não enfocada em nossa lei diz respeito a animais domésticos que reassumem sua liberdade. Voltando à condição de selvagens, esses animais passam a ser _____, podendo ser objeto de apropriação.

Quando, porém, o animal doméstico desloca-se ou emigra, passando a viver em outra propriedade, a solução do direito argentino é este último proprietário adquirir o domínio do semovente, se não agiu com artifícios para atraí-lo. Trata-se de acessão de animais também regulada pelo direito francês. Em nosso

direito, a questão pode ser resolvida pela usucapião do semovente. Se o animal for identificável, porém, o proprietário poderá reivindicá-lo enquanto estiver a sua procura.

Serpa Lopes (1964, v. 6:398) conclui que, não tendo o Direito brasileiro norma positiva, a solução pode ser idêntica, não só pelo direito comparado, como também porque os animais devem ser considerados acessórios do novo prédio que passam a habitar. O autor entendia aplicável, com razão, o art. 596 de nosso Código de 1916:

Portanto, se identificáveis os animais e se persistir o dono em sua busca, este não perderá sua propriedade. Se o retorno dos animais inviabiliza-se, porque acostumados ao novo local, seu proprietário deve ser indenizado. A solução pode ser a mesma no Código de 2002, que não repete a regra lógica do art. 596, porque não mais se refere à caça.

A posse prolongada da coisa pode conduzir à aquisição da propriedade, se presentes determinados requisitos estabelecidos em lei. Em termos mais concretos, denomina-se usucapião o modo de aquisição da propriedade mediante a posse suficientemente prolongada sob determinadas condições.

Advirtamos, mais uma vez, que a palavra usucapião pode ser utilizada no gênero masculino. Os que se referem ao instituto como “a usucapião” prendem-se à origem latina do vocábulo. O Código Civil de 1916, no entanto, utilizou o termo no masculino. O Código de 2002 opta pelo feminino.

No direito de Justiniano, a usucapião resulta da fusão de dois institutos de mesma índole, mas com campos diversos de atuação, a usucapio e a adquisitio.

A usucapio deriva de us (tomar) e de capere (uso). Tomar pelo uso. Seu significado original era de posse. A Lei das XII Tábuas estabeleceu que quem possuísse por dois anos um imóvel ou por um ano um móvel tornar-se-ia proprietário. Era modalidade de aquisição do domínio, portanto apenas destinada aos cidadãos romanos.

A chamada actio publiciana, assim denominada porque vinha no cabeçalho de uma fórmula, era modalidade de exceção, meio de defesa, surgido posteriormente à actio publiciana, no Direito clássico. Quem possuísse um terreno provincial por certo tempo poderia repelir qualquer ameaça a sua propriedade pela actio publiciana. Essa defesa podia ser utilizada tanto pelos cidadãos romanos como pelos estrangeiros. A prescrição era de 10 anos contra presentes (residentes na mesma cidade) e 20 anos entre ausentes (residentes em cidades diferentes). Nesse período clássico do Direito Romano, conviveram ambos os institutos. No Direito pós-clássico, introduziu-se forma especial de usucapião, a usucapio extraordinaria, que os juristas modernos assimilaram como usucapião extraordinária. Nessa modalidade, quem possuísse por 40 anos, de boa-fé, mas sem justa causa, poderia defender-se com essa exceção (Alves, 1983:386).

Desaparecendo a distinção entre terrenos itálicos e provinciais, os dois institutos surgem já unificados na codificação de Justiniano, sob o nome de usucapião. Daí a razão de, com frequência,

utilizar-se da expressão _____ como sinônimo de usucapião. De fato, enquanto a prescrição extintiva, ou prescrição propriamente dita, implica perda de direito, a usucapião permite a aquisição do direito de propriedade. Em ambas as situações, levam-se em consideração o decurso de certo tempo. Desse modo, os princípios que regem a prescrição da ação, por nós examinados na obra _____, Capítulo 31, também se aplicam à prescrição aquisitiva, tais como as causas interruptivas e suspensivas:

Desse modo, por exemplo, não corre prazo de usucapião contra proprietário incapaz (art. 198, I).

Estabeleceram-se então os seguintes requisitos para a usucapião, mantidos na lei e na doutrina modernas: _____ (coisa hábil), _____ (justa causa), _____ (boa-fé), _____ (posse) e _____ (tempo).

Como decorrência dessa origem histórica, há legislações, como a francesa, que preferiram tratar unitariamente de ambas as modalidades, sob as denominações de _____ e _____. Entre nós, o Código optou por tratar da prescrição extintiva na parte geral, disciplinando a usucapião no livro dos direitos reais, como forma de aquisição da propriedade, destinada a móveis e imóveis.

A possibilidade de a posse continuada gerar a propriedade justifica-se pelo sentido social e axiológico das coisas. Premia-se aquele que se utiliza utilmente do bem, em detrimento daquele que deixa escoar o tempo, sem dele utilizar-se ou não se insurgindo que outro o faça, como se dono fosse. Destarte, não haveria justiça em suprimir-se o uso e gozo de imóvel (ou móvel) de quem dele cuidou, produziu ou residiu por longo espaço de tempo, sem oposição. Observa Serpa Lopes (1964, v. 6:544) a esse respeito que,

.

Embora destinado a móveis e imóveis, é evidente a maior importância econômica e social dos imóveis. Tendo sob orientação esses princípios, nossa legislação mais recente permite prazos menores do que os estabelecidos originalmente no Código Civil para certas modalidades de usucapião, como examinaremos. Nesse diapasão, a usucapião tem o condão de transformar a situação do fato da posse, sempre suscetível a vicissitudes, em propriedade, situação jurídica definida. Nesse sentido, também se coloca a prescrição extintiva que procura dar estabilidade à relação jurídica pendente. Desse modo, justifica-se a perda da coisa pelo proprietário em favor do possuidor.

(Ribeiro, 1992, v. 2:161).

A usucapião deve ser considerada modalidade originária de aquisição, porque o usucapiente constitui direito à parte, independentemente de qualquer relação jurídica com anterior proprietário. Irrelevante ademais houvesse ou não existido anteriormente um proprietário.

O Código de 1916 colocou a usucapião como modo de adquirir a propriedade imóvel ao lado da transcrição ou registro. O registro imobiliário faz-se necessário com relação à sentença que decreta a usucapião apenas para regularizar o direito de propriedade e o *usucapiente*. Note que não apenas a propriedade, como também outros direitos reais compatíveis permitem a usucapião, como a enfiteuse e as servidões:

(*RE 10.986/RS*, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro).

A *posse* é o principal elemento da usucapião. Temos que levar em consideração o que foi explanado nesta obra a respeito da posse.

Tudo o que pode ser objeto de posse, como exposto no estudo do instituto, não estando fora do comércio, é suscetível de prescrição aquisitiva. Cuida-se da *posse*. Os bens fora de comércio, não podendo ser objeto de posse, não poderão ser adquiridos por usucapião. Os bens públicos, como regra geral e por força de lei, não podem ser usucapidos. O Decreto nº 19.924/31 espancou dúvida até então reinante a respeito da impossibilidade de usucapião de bens públicos. A Constituição de 1988 declara expressamente que os imóveis públicos não podem ser usucapidos. Não é muito clara a noção de terras devolutas entre nós. Nem todas as terras não pertencentes a pessoas naturais ou jurídicas devem ser entendidas como terras públicas. A Fazenda Pública, ao alegar o domínio, deve prová-lo (Rizzardo, 1991, v. 3:405). O mais acertado é considerar devoluta a terra desocupada e sem dono, pela origem histórica. Não havemos de entender que terra abandonada se devolve automaticamente à União.

Não apenas o domínio ou a plena propriedade, como vimos, são passíveis de usucapião. Também há outros direitos reais passíveis de aquisição como o domínio útil da enfiteuse, o usufruto, o uso, a habitação, servidões etc. A usucapião também se aplica a semoventes e aos móveis em geral.

Quando examinamos a posse, deve ser levada em conta sua natureza. Há modalidades de posse que não permitem a aquisição. O locatário ou o comodatário, por exemplo, que tem posse imediata, não possui com ânimo de dono. Somente poderá usucapir se houver modificação no ânimo da posse.

Entende-se, destarte, não ser qualquer posse propiciadora da usucapião, ao menos a ordinária. Examina-se se existe posse *ordinária*. A lei exige que a posse seja contínua e incontestada, pelo

tempo determinado, com o ânimo de dono. Não pode o fato da posse ser clandestino, violento ou precário. Para o período exigido é necessário não ter a posse sofrido impugnação. Desse modo, a natureza da posse exclui a mera detenção.

(LEX 149/118).

Permite-se, no entanto, a sucessão na posse. Não há dúvida de que a posse pode ser transmitida por ato entre vivos e por causa da morte. O sucessor acresce a sua posse o período de seu antecessor. Trata-se de faculdade do possuidor, sucessor. Como já estudamos, pode não ser conveniente essa acessão da posse, se o antecessor lha transmitiu viciada ou insuficiente para a usucapião.⁹

Veja o art. 1.243 do vigente Código com idêntico sentido.

Na sucessão universal, no entanto, dá-se sempre a acessão temporal.

A união de posses exige que ambas sejam homogêneas, da mesma natureza, a fim de formar período suficiente para usucapir. Quem adquire, por exemplo, posse obtida pelo antecessor de forma precária, clandestina ou violenta não pode somar o período anterior para completar a usucapião. Deve aguardar seu próprio lapso temporal.

No exame do caráter da posse, no entanto, há necessidade de ser distinguida a da

A no Código de 1916 era disciplinado no art. 551. Adquiria o domínio do imóvel

. Nessa modalidade, deve estar presente juntamente com a posse contínua o justo título e a boa-fé, os quais serão a seguir enfocados. Verificamos que a posse requer o ânimo de dono. Os atos possessórios do usucapiente devem traduzir exteriorização da propriedade. Não se encontram nessa situação locatário, depositário, usufrutuário etc.

A vinha descrita no art. 550 do Código de 1916:

Na usucapião extraordinária, com lapso de tempo muito maior (originalmente, o Código de 1916 o

fixava em 30 anos), basta que ocorra o fato da posse, não se investigando o título ou a boa-fé. Basta a posse mansa, pacífica e ininterrupta. Ocorrendo posse nesses termos, não podemos contestar o direito à prescrição aquisitiva. Na realidade, se por um lado o usucapiente adquire o domínio, aquele que eventualmente o perde sofre punição por sua desídia e negligência em não cuidar do que é seu. Como já acentuamos, o preço da posse é a permanente vigilância. Esse último aspecto fica mais ressaltado na usucapião extraordinária. A referência à presunção de título e boa-fé poderia dar margem à discussão de se tratar de presunção relativa. No entanto, a doutrina e a jurisprudência de há muito entenderam que, na verdade, a lei dispensou o título e a boa-fé na usucapião extraordinária (142/22).¹⁰

A posse contínua e incontestada é a que durante o período não sofreu discussão, contestação, impugnação ou dúvida alguma. Qualquer ato concreto nesse sentido pode interromper a continuidade de posse. Pode interromper a prescrição. Cuida-se mesmo de interrupção de prescrição para a qual se invocam os princípios do instituto examinados na parte geral. Não é contínua, do mesmo modo, a posse exercida intermitentemente, com intervalos. Nessa hipótese, apenas o caso concreto definirá a situação de fato.

A sentença a usucapião como está dito no art. 1.238.¹¹ Aplica-se a qualquer modalidade de usucapião. O direito é obtido pelos requisitos de tempo e posse e mais boa-fé e justo título. Independe da sentença. O juiz limita-se a declarar situação jurídica preexistente. Fosse a sentença necessária para completar o direito, teria efeito constitutivo. Não é o que ocorre. Completado o prazo com os demais requisitos, o usucapiente já é proprietário. A sentença é decreto judicial que reconhece direito preestabelecido. A transcrição da sentença no registro imobiliário, com muito maior razão, também é mero requisito regularizador da situação jurídica do imóvel. Com o registro da sentença, terá o titular a situação do imóvel pacificada com relação a terceiros, obtendo o efeito . Não tem o mesmo sentido da transcrição da transferência do negócio jurídico de alienação, necessário para a aquisição da propriedade.

Quanto ao , outro requisito da usucapião, como visto, há prazos diversos para a ordinária e para a extraordinária, modificados pelo Código de 2002 como examinaremos a seguir.

O art. 551 aqui referido exigia lapso de 10 anos entre presentes ou 15 anos entre ausentes. Entendia-se por presentes, de acordo com o parágrafo único do dispositivo, as pessoas residentes no mesmo município, como se fazia no Direito Romano. Ausentes, os residentes em municípios diversos. Esses residentes referidos no artigo são os que eventualmente teriam interesse em impugnar a usucapião. A pessoa em cujo nome está registrado o imóvel, um confinante, outro possuidor, por exemplo, pode ter interesse em contestar pedido. A ela é destinada a norma.

Os autores levantam a hipótese de o interessado ter residido parte do tempo no mesmo município e parte do tempo em outro. A solução preconizada era contar em dobro o tempo de residência em outro município. Assim, reside oito anos no mesmo município e muda-se para outro. A usucapião ocorreria em 12 anos; oito anos de presença, mais quatro de ausência, o dobro do tempo de dois anos que ainda restava (Monteiro, 1989, v. 3:128).

A usucapição extraordinária no Código antigo possuía o lapso geral de 20 anos, prazo em que a posse deve ter transcorrido sem contraste algum. Geralmente, os testemunhos dos vizinhos e pessoas do lugar, bem como definição clara de limites do imóvel, são importantes elementos de prova da continuidade pacífica da posse.

9.4.2.1 Justo título e boa-fé na usucapição ordinária no Código de 1916

Justo título é requisito da usucapição ordinária no Código de 1916, porque a extraordinária o dispensa.¹²

O vocábulo da lei não se refere evidentemente ao documento perfeito e hábil para a transcrição. Se houvesse, não haveria necessidade de usucapir. O ou justa causa do Direito Romano deve ser entendido não como qualquer instrumento ou documento que denote propriedade, mas como (Ribeiro, 1992, v. 2:714). Trata-se do fato gerador da posse. Nesse fato gerador ou fato jurígeno, examinar-se-á a justa causa da posse do usucapiente. Esse título, por alguma razão, não logra a obtenção da propriedade. Não é necessário que seja documento. Melhor que a lei dissesse . Título é a causa ou fundamento do Direito. Melhor entendimento é dado pela casuística na compreensão do justo título. Escrituras não registráveis por óbices de fato, assim como formais de partilha, compromissos de compra e venda, cessão de direitos hereditários por instrumento particular, recibo de venda, procuração em causa própria, até simples autorização verbal para assumir a titularidade da coisa podem ser considerados justo título. . Se o título apresentado é hábil para a usucapição, é questão a ser decidida no processo. Em regra, é justo título todo ato ou negócio jurídico que em tese possa transferir a propriedade. É levada em conta a possibilidade abstrata de transferir a propriedade. O título putativo em princípio não constitui justo título, porque ninguém pode transferir mais direitos do que tem. No entanto, como temos repetido, por vezes se protege a aparência, e a proteção ao estado de posse o é em prol da paz social. A aparência de propriedade na transmissão pode constituir justo título.

A noção de justo título está intimamente ligada à boa-fé. O justo título exterioriza-se e ganha solidez na boa-fé. Aquele que sabe possuir de forma violenta, clandestina ou precária não tem justo título. Documento que faz crer a todos transferir a propriedade é justo título. Cabe ao impugnante provar a existência de má-fé, porque (a) boa-fé se presume.

Sobre boa-fé discorreremos ao tratar da posse. Lembre-se da dicção do art. 1.202:

A boa-fé deve persistir durante todo o prazo aquisitivo. A superveniência de má-fé após consumado o lapso aquisitivo não obsta a aquisição do domínio (501/114). A matéria é de prova. O parágrafo único do art. 1.201 dispõe que o possuidor com justo título tem presunção de boa-fé. Os dois requisitos

da usucapião caminham lado a lado. Para a boa-fé, o usucapiente deve ter ciência da validade do estado de posse exercido.

Na ação em que se reivindica a coisa, o demandado pode alegar usucapião como [defesa](#), devendo então no processo ser analisados os requisitos do instituto:

([Súmula 413](#), RE nº 8.324/SP, Rel. Ministro Cláudio Santos).

No entanto, a usucapião, nesse caso, é bastante para paralisar a reivindicatória, mas não pode ser transcrita. O prescribente deve recorrer à ação própria. Exceção a esta regra foi estabelecida pela usucapião especial. O art. 7º da Lei nº 6.969/81 estabeleceu expressamente:

Trata-se de expressa exceção que visou facilitar o procedimento nessa modalidade de aquisição da propriedade destinada a premiar quem se utiliza validamente de único e pequeno imóvel urbano ou rural, como analisamos a seguir.

A usucapião deve ser vista doravante sob uma perspectiva mais dinâmica, que necessariamente fará crescer alguns dos princípios básicos que tomamos como dogma no sistema de 1916. O vigente Código Civil assume uma nova perspectiva com relação à propriedade, ou seja, seu sentido social. Como a usucapião é o instrumento originário mais eficaz para atribuir moradia ou dinamizar a utilização da terra, há um novo enfoque no instituto. Alie-se a isso a orientação da Constituição de 1988, que realça o instituto e alberga modalidades mais singelas do instituto. Desse modo, a ideia básica no presente diploma é no sentido de que as modalidades de usucapião situam-se no tempo do período aquisitivo, mais ou menos longo.

Sob esse novo pálio deve ser atentamente analisado o art. 1.238:¹³

A usucapião extraordinária, de quinze anos, tal como está descrita no [art. 1.238, I, do CC/2002](#), independe de título e

boa-fé. Com isso se identifica com a usucapião extraordinária do antigo Código. No entanto, há modalidade de usucapião para aquisição do imóvel em dez anos disciplinado no parágrafo do dispositivo e que também independe de título e boa-fé. Desse modo, temos no mais recente diploma duas modalidades de usucapião extraordinária, com dois prazos diversos. Tal como se apresenta na dicção legal, o prazo da usucapião, que independe de título e boa-fé, fica reduzido a dez anos, possibilitando a aquisição da propriedade quando o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou quando nele houver realizado obras ou serviços de caráter produtivo. Esta última hipótese, por sua natureza, dirige-se para o imóvel rural, mas não exclui a aplicação também para o imóvel urbano.

Sob esse atual diapasão, nessas situações é desnecessária a investigação subjetiva da boa-fé do possuidor no caso concreto, em qualquer caso. Em ambas as situações preponderará o aspecto objetivo do fato da posse, o § 1.º, ficando o aspecto subjetivo transladado da boa-fé para exclusivamente a análise da posse § 2.º. Portanto, § 3.º, no exame de um lapso prescricional aquisitivo nos termos do descrito no parágrafo do artigo, o juiz deve examinar a utilização do imóvel e a intenção do usucapiente de lá se fazer presente para residir ou realizar obras de caráter produtivo. A modificação possui evidente caráter social ao ampliar a possibilidade de usucapião e dispensa o requisito da boa-fé. A perda da propriedade imóvel pelo antigo proprietário pela usucapião, se houver, reside então, como é evidente, na sua inércia em recuperar a coisa, nesse período de dez anos.

A § 4.º é disciplinada pelo art. 1.242:

Como se nota, trata-se aqui do mesmo prazo de dez anos da usucapião extraordinária do parágrafo único do art. 1.238. No entanto, como apontamos liminarmente, lá se cuida de usucapião extraordinária que dispensa o justo título e a boa-fé, mas que exige o requisito da moradia ou realização de serviços de caráter produtivo no local. No caso concreto, pode ocorrer que o usucapiente, ao requerer a aquisição da propriedade, o faça com fundamento no art. 1.242, mas, subsidiariamente, por preencher os requisitos do art. 1.238, peça que o juiz reconheça a usucapião extraordinária, se forem discutíveis a boa-fé ou o justo título.

Ainda, contudo, há mais uma possibilidade de usucapião versada no parágrafo único do art. 1.242:¹⁴

A hipótese contempla mais uma facilidade em prol da aquisição da propriedade, que pode ser denominada § 1.º. Nesse caso, como aponta Afrânio de Carvalho, o dispositivo visa proteger o proprietário aparente, isto é, aquele que já possuía uma inscrição dominial

que fora cancelada por vício de qualquer natureza (1982:206).

Nessa situação, pode ocorrer que o interessado tivesse título anteriormente, o qual, por qualquer razão, fora cancelado: por irregularidade formal, por vício de vontade etc. A lei em vigor protege quem, nessa situação, mantém no imóvel a moradia ou realizou ali investimentos de interesse social e econômico. Protege-se o possuidor que atribui utilidade para coisa, em detrimento de terceiros. De qualquer forma, porém, a hipótese é de usucapião ordinária e mesmo sob as condições expostas não se dispensará o justo título e a boa-fé. Destarte, essa usucapião não pode beneficiar aquele que obteve o título com vício e o registrou, para poder ocupar o imóvel. Nessa premissa, ao ocupante restará aguardar o prazo da usucapião extraordinária.

O passo do legislador neste aspecto, no entanto, ainda foi tímido: melhor seria permitir também essa modalidade de usucapião documental para os que tivessem compromisso de compra e venda devidamente quitado e posse contínua por esse período, com os demais requisitos expostos nesse dispositivo. Fica essa sugestão para futura norma e mesmo para a jurisprudência, pois, a nosso ver, essa questão envolve larga massa da população com compromissos quitados e posse, e a usucapião, nessa situação, amolda-se à intenção do legislador. Obrigar os compromissários compradores, nessa situação, a buscar a famigerada “escritura definitiva”, é superfetação de inútil burocracia. Melhor ainda se o legislador permitisse, nos compromissos registrados, como regra geral, que mera averbação de propriedade plena fosse feita no registro de imóveis. Algumas situações legais já permitem esse registro. Muito lenta, empedernida e sem maior visão de horizontes é a reação do legislador, para dizer o mínimo. Tal como está redigida a presente disposição, será muito pequeno o alcance de sua aplicação, salvo se a jurisprudência decidir alargá-lo.

O Código deste século suprime a distinção hoje inútil do art. 551 do velho Código, quanto à usucapião ordinária, a referência entre presentes e ausentes. Também teremos questões envolvendo direito intertemporal, posse aquisitiva que tenha se iniciado sob a égide do Código anterior e se consumará na vigência da mais recente lei civil. Nas disposições transitórias do presente Código, foi inserida a seguinte disposição:

Com esse critério objetivo instituído pelo legislador, evita-se a problemática da contagem proporcional dos respectivos tempos de posse nessas novas hipóteses de usucapião, mantidos na íntegra, em princípio, os demais períodos estabelecidos nos dos citados artigos. Diga-se, no entanto, que nesses casos, análogos ao do Código anterior, é perfeitamente possível, na falta de menção expressa do legislador, a contagem proporcional das posses, iniciada sob uma e finalizada em outra.

A Constituição de 1934 criou nova modalidade de usucapião, baseada na ideia da função social da propriedade. Persistiu o instituto na Constituição de 1946, permitindo a usucapião de terra de até 25 hectares, fixando-se prazo de 10 anos. O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) também regulou a modalidade.

A Lei nº 6.969/81 disciplinara usucapião especial, destinado a imóveis rurais, reduzindo seu prazo:

Essa aquisição era permitida em terras particulares, bem como em terras devolutas (art. 2º), o que abria exceção ao princípio de imprescritibilidade de terras públicas. A lei adotou o rito sumaríssimo para o processo (art. 5º) e expressamente se referia à possibilidade de ser invocado como matéria de defesa (art. 7º), conforme descrito.

Essa usucapião levava em conta a produtividade e a moradia na terra, além da posse e do tempo. A sentença declaratória era também instrumento hábil para o registro imobiliário.

A Constituição atual disciplina a usucapião urbana e a rural em duas disposições.

O art. 183 refere-se expressamente a imóvel urbano na chamada usucapião especial :

O sentido social fica ressaltado no dispositivo, mantidos os princípios tradicionais do instituto, que também não se refere à boa-fé. O vigente Código Civil assume essa mesma redação no art. 1.240. A Lei nº 12.424/2011 introduz o art. 1.240-A mantendo a mesma noção de proteção social:¹⁵

O intento deste artigo introduzido aqui é preservar e proteger um teto de moradia para o cônjuge ou convivente que se separa e permanece no imóvel. O texto não apresenta a melhor redação. O prazo é exíguo, o que exigirá atenção maior dos magistrados para evitar fraudes. Nunca se esqueça que o instituto, apesar do curto prazo, é usucapião e que, portanto, todos os princípios que o regem devem ser aplicados. Assim, não pode se converter em posse a posse decorrente de um negócio jurídico, como locação ou comodato, por exemplo. A dicção fala em “propriedade”, que na verdade ainda não existe enquanto não declarada por sentença. A questão do abandono do lar por um dos cônjuges é mais um elemento de dificuldade na aplicação desse dispositivo. Outra questão que pode trazer certa celeuma é o fato de o legislador ter restringido essa modalidade de usucapião ao imóvel urbano. Não pode deixar de ser aplicado o princípio se o casal é titular de imóvel descrito no texto, situado em área rural, mas utilizado para moradia.

Interessante notar, também, que nessa malha desconexa de leis criadas pelo legislador tecnicamente despreparado, o autodenominado Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) também repete, com pequeno acréscimo, a mesma disposição acerca da usucapião especial de imóvel urbano (art. 9º). Na redação constitucional, ainda, é feita ressalva expressa, proibindo a aquisição de bens públicos, situação

inadmissível na zona urbana. Nessa hipótese, sustentava-se que não se permitia a acessão de posses. A posse deveria, dada sua natureza, ser pessoal, beneficiando somente que possuísse a área. Como existe o intuito familiar na proteção, contudo, deveria ser admitida a sucessão nessa aquisição. Essa posição cai por terra, todavia, perante os termos expressos do Código Civil contemporâneo:

16

Assim, todas as modalidades de usucapião presentes neste Código admitem a acessão das posses, não havendo mais dúvidas a esse respeito. O Estatuto da Cidade apõe, porém, uma restrição que não existe expressamente na Constituição. Dispõe o § 3º do art. 9º:

A Constituição Federal não fez essa restrição, que conflita também com o princípio da . Note-se, porém, que a dicção da Carta objetiva fornecer moradia ao usucapiente e a sua família, havendo que se entender aqueles que residem no imóvel. Nesse sentido, a usucapião especial somente pode ser atribuída a quem tiver posse, não se aplicando por força do princípio da , pois o simples título de herdeiro e a respectiva ficção possessória se mostrarão insuficientes para esse desiderato (Francisco, 2001:138).

O usucapiente não poderá ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural, em qualquer local do território nacional. Essa prova negativa é de difícil realização na prática e dependerá, no mais das vezes, de simples declaração dos interessados. Essa dicção legal é restritiva e não se aplica a outros direitos reais: nada impede que o usucapiente seja, por exemplo, usufrutuário de outro bem imóvel. Outro requisito legal também é que o interessado não tenha sido beneficiado por usucapião dessa natureza anteriormente. Para evidenciar esse requisito, será necessária prova documental.

O Estatuto da Cidade também inova com acréscimo no dispositivo, pois se refere, no art. 9º, à área ou de até duzentos e cinquenta metros quadrados. A disposição constitucional não fala em edificação. Obedecendo ao limite da Constituição, a área do imóvel usucapiendo terá sempre como limite máximo os duzentos e cinquenta metros quadrados, ainda que a edificação seja menor. A Carta Federal refere-se à terra nua, sem edificação.

Trata-se, como se vê, de imóvel urbano, não tendo nem mesmo o Estatuto da Cidade definido o que se entende como urbano. Há que se levar em conta o critério da localização, segundo a respectiva lei municipal:

(Francisco,

2001:132).

Como o Estatuto da Cidade define e busca o desenvolvimento sustentável, pergunta-se se a usucapião especial urbana pode ter como objeto imóvel que não atenda às legislações urbanísticas, sendo, por exemplo, de área inferior ao permitido pela legislação local. Se deferida a propriedade nessa premissa, o usucapiente estará sujeito às reprimendas da legislação e do próprio Estatuto da Cidade, podendo até mesmo sofrer desapropriação. Concluímos, portanto, com Caramuru Afonso Francisco (2001:141):

A lei, declinando sua finalidade social, enfatiza, também, que essa usucapião é concedida em benefício da família, ao homem ou à mulher ou a ambos, independentemente do estado civil.

Por sua vez, o art. 191 da Constituição dispõe sobre _____, o denominada usucapião especial _____:

Esse dispositivo constitucional foi recepcionado pelo art. 1.239 do presente Código Civil. A Constituição de 1988 aumentou a extensão de terra usucapienda fixada na lei anterior.

A contagem do tempo deve iniciar-se com a vigência da Constituição. Se fosse admitida a contagem anterior à nova Carta, estaria prejudicado o proprietário que não houvesse interrompido a prescrição sob as normas da usucapião até então vigentes (Ribeiro, 1992, v. 2:855). Esse argumento parece-nos definitivo. No entanto, a jurisprudência mostra-se vacilante. Há julgados entendendo a norma constitucional de aplicação imediata (_____, Ap. 165.010-1/4, 1ª Câm., Rel. Desembargador Gomes de Amorim, com voto vencido, _____ 690/73). O imóvel urbano é definido pela lei municipal no caso concreto.

A lei refere-se à moradia no local. Essencial que exista, portanto, edificação no imóvel que sirva para moradia do usucapiente ou de sua família. Não existe exigência de justo título e boa-fé nessa modalidade, o que se aplica tanto à usucapião especial urbana, assim como à usucapião especial rural. O que leva alguém a apossar-se de imóvel para obter um teto é a ânsia da moradia, fenômeno social marcante nos centros urbanos. Por outro lado, há interesse do Estado de que terras produtivas permaneçam em mãos trabalhadoras e não com proprietário improdutivo. Há também o intuito de fixar a

pessoa no campo. Daí a razão de denominar-se essa usucapião rural de

Para essas modalidades de usucapião, não havendo regramento processual específico, a par da Lei nº 6.969/1981, o processo era sempre o mesmo da usucapião, que pelo CPC de 2015 segue o procedimento comum.

9.4.4.1 Usucapião coletiva instituída pelo Estatuto da Cidade. Aquisição de propriedade de imóvel reivindicando (art. 1.228, § 4º, do Código)

O citado Estatuto da Cidade introduz na legislação mais uma modalidade de usucapião no art. 10:

O intuito da lei, como se nota, é atingir populações de baixa renda, embora a lei não diga o que se entende por baixa renda. A lei cria, portanto, modalidade de usucapião coletiva, atendendo à pressão social das ocupações urbanas. Possibilita que a coletividade regularize a ocupação, sem os entraves e o preço de uma ação individual de usucapião. Como já apontamos, a ocupação de terrenos sempre foi a modalidade mais utilizada pela população urbana. A lei exige que a área tenha mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, com ocupação coletiva, sem identificação dos terrenos ocupados. Na prática, até que os terrenos podem ser identificados; ocorre que essa identificação mostra-se geralmente confusa ou inconveniente nesse emaranhado habitacional. Note também que a área deve ser particular, pois a Constituição da República é expressa em proibir a usucapião de terras públicas.

Cumprir notar que esse dispositivo apresenta-se sob a mesma filosofia e em paralelo ao art. 1.228, § 4º, do Código Civil, referido no Capítulo 8, o qual admite que o proprietário pode ser privado do imóvel que reivindica, quando este consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico. Aqui não se menciona que o dispositivo dirige-se a pessoas de baixa renda. Geralmente o será.

Em ambas as situações encontramos a busca pelo sentido social da propriedade, sua utilização coletiva. Em ambas, há necessidade de posse ininterrupta por cinco anos. No primeiro caso de usucapião coletiva, os habitantes da área adiantam-se e pedem a declaração de propriedade. No segundo caso, eles são demandados em ação reivindicatória pelo proprietário e apresentam a posse e demais requisitos como matéria de defesa ou em reconvenção, nesta pedindo o domínio da área. Na situação enfocada do Código Civil, porém, a aquisição aproxima-se da desapropriação, pois, de acordo com o art. 1.228, § 5º, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, a sentença valerá como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores. Veja o que falamos anteriormente. Nessa situação, o

Código Civil menciona que a ocupação deve ser de boa-fé, por mais de cinco anos. Haverá, sem dúvida, um procedimento custoso na execução, pois cada possuidor deverá pagar o preço referente a sua fração ideal do terreno, ou noutro critério de divisão que se estabelecer na sentença. Destarte, se o proprietário não desejar ter contra si uma ação de usucapião, deverá reivindicar área para lograr obter indenização. Observe que enquanto a disposição analisada do Código Civil aplica-se tanto a áreas rurais quanto urbanas, a usucapião coletiva da Lei nº 10.257/2001 aplica-se somente aos imóveis urbanos. No tocante ao direito intertemporal, quando, na hipótese do art. 1.228, § 4º, a posse teve início antes da vigência do presente Código Civil, até dois anos após sua entrada em vigor, o prazo de cinco anos será acrescido de dois anos (art. 2.030 do Código Civil).

Não resta dúvida de que, em que pese a boa intenção do legislador, teremos que lidar com fraudes a esses dispositivos e com os costumeiros atravessadores que se valem da massa coletiva para obter vantagens econômicas, além de dividendos políticos. A luta pela terra sempre foi um problema social antes de ser exclusivamente jurídico. Caberá ao juiz decidir, no caso concreto, sobre a legitimidade das partes, e principalmente, pelas obras e serviços que devem ser considerados relevantes sob o ponto de vista social e econômico. É claro que situações bem definidas não apresentam dificuldades, como nas áreas que se apresentam com vias e melhoramentos públicos, beneficiando uma coletividade.

Na usucapião coletiva instituído pelo Estatuto da Cidade, a lei determina que o juiz atribuirá igual fração ideal do terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas (art. 10, § 3º). Essa modalidade de aquisição da propriedade é dirigida à população de baixa renda, como menciona a lei, embora esta não defina o que se entende por baixa renda. A definição ficará por conta do juiz no caso concreto. O Estatuto menciona também que pode haver soma de posses, para o prazo ser atingido, desde que ambas as posses sejam contínuas (art. 10, § 1º).

Mesmo que a ação de usucapião coletiva tenha sido proposta por uma associação de moradores, como menciona a lei, há necessidade de identificá-los, pois de outro modo não há como se constituir o condomínio. Interessante apontar, como anotado, que a sentença que declarar a usucapião coletiva não identificará a área de cada possuidor, porque institui um condomínio indivisível. Quando se tratar de região urbanizada, porém, é conveniente que sejam descritas as vias públicas e logradouros.

Se o condomínio representa por si só uma causa permanente de desentendimentos, podem-se prever maiores problemas em um condomínio que se origina dessa forma. A lei ainda acrescenta que se trata de condomínio especial, sendo indivisível e não sendo passível de extinção, salvo deliberação tomada por dois terços dos condôminos, no caso de urbanização posterior à constituição do condomínio (art. 10, § 4º). Quando a urbanização precede à constituição do condomínio, portanto, ele não poderá ser extinto. Essa afirmação deve ser recebida com reserva, pois o caso concreto poderá demonstrar o contrário. Esse condomínio, é evidente, exigirá a eleição de um síndico, convocação de assembleias, elaboração de regulamentos, tal qual os condomínios de apartamentos ou assemelhados, cujas disposições deverão ser aplicadas no que couber.

Segundo o art. 11 do Estatuto, tanto para a usucapião individual, como para a coletiva, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações petitórias ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo. A lei reporta-se a ações futuras (“ ”); estas ficarão sobrestadas. Não se sobrestarão, portanto, as ações já propostas, as quais podem ou devem, é evidente, receber julgamento conjunto. Assim, se já proposta reivindicatória sobre a área, tratando-se de ocupação coletiva, pode ser conferida a solução do art. 1.228, § 4º.

O art. 12 do Estatuto da Cidade dispõe sobre a legitimidade para a propositura da ação de usucapião especial urbana, referindo-se tanto à usucapião individual (art. 9º) como à usucapião coletiva (art. 10). Nessas premissas, atribui-se legitimidade:

O mesmo artigo dispõe sobre a participação obrigatória do Ministério Público nesses processos e concede assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis.

O dispositivo do art. 13 desse Estatuto é de grande importância: menciona que a usucapião especial de imóvel urbano pode ser alegada como matéria de defesa. Quanto a isso não há novidade, pois qualquer modalidade de prescrição aquisitiva pode ser invocada como matéria de defesa a fim de paralisar ação reivindicatória. O art. 13 acrescenta, porém, que a sentença que reconhecer essa aquisição por usucapião valerá como título para Registro no cartório imobiliário. Desse modo, sob tal premissa, não haverá necessidade de ação própria. Essa solução poderia ser estendida a todas as formas de usucapião, com pequenas alterações em seu procedimento.

Como acenado, a ação de usucapião é de eficácia declaratória: “ (art. 1.241). Reconhece-se a existência da aquisição da propriedade. Não se constitui a propriedade pela sentença. Tendo em vista essa declaratividade, permite-se que a usucapião possa ser alegada como matéria de defesa, para obstar ação reivindicatória. O efeito da sentença na usucapião é , portanto.

Somente a sentença podia declarar a usucapião; não havia procedimento administrativo em nosso Direito, o que foi alterado pelo art. 1.071, inserido nas disposições finais e transitórias do CPC de 2015. Por esse dispositivo, introduzido, a nosso ver, em diploma impróprio, institui-se a possibilidade de processamento de pedido de reconhecimento de usucapião perante o cartório de registro de imóveis da comarca onde estiver situado o imóvel. Passamos a ter, portanto, a possibilidade de usucapião por via administrativa. Veremos alguns detalhes desse novel procedimento mais adiante.

O processo de usucapião está simplificado no CPC de 2015, apenas referindo no art. 246, § 3º, sobre a citação dos confinantes. O procedimento será ou ordinária ou comum. A inicial deve ser instruída com planta e descrição minuciosa do imóvel. Com isso, possibilita-se a citação dos confinantes e a matrícula correta, decorrente da sentença. Cabe ao juiz verificar a eficácia da planta apresentada, determinando sua complementação ou substituição, se necessário. A perícia na fase instrutória poderá suprir deficiências.

A juntada da certidão do registro imobiliário também é necessária, ainda que negativa, porque o art. 246, § 3º, do CPC exige a citação pessoal dos confinantes. Em tese, o confinante é pessoa mais interessada em impugnar o pedido. Não há como se atender ao requisito legal sem a juntada da certidão, embora a lei não o diga. Essa citação é imprescindível. Sua ausência implica nulidade do processo. Basta lembrarmos que, se o titular do domínio for menor, contra ele não corre prescrição.

As Varas dos Registros Públicos da Capital de São Paulo possuem portaria que determina a remessa do pedido de usucapião ao cartório imobiliário, que juntará certidão do imóvel, de acordo com as características apresentadas. Há sempre possibilidade de o imóvel não estar registrado. Isto também se certificará.

Cuida-se de procedimento para obtenção de declaração de domínio de imóvel ou servidão predial. A usucapião, porém, não se limita a esses direitos, como vimos. Pode referir-se a outros direitos reais de gozo.

Havia, no passado, duas fases distintas na ação de usucapião. Na primeira, com audiência de justificação prévia, para comprovação sumária da posse. Para essa audiência, deveriam ser citados pessoalmente aquele em cujo nome estivesse registrado o imóvel, assim como os confinantes.

Expede-se edital de citação para conhecimento de réus ausentes, incertos e desconhecidos de acordo com as circunstâncias. Cuida-se de processo em que a citação editalícia não se torna mais essencial no novo sistema.

Os representantes da Fazenda são cientificados pois poderão ter interesse. Tal ciência não pode ser dispensada, tanto que no sistema de usucapião administrativo mencionado, o oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município (art. 216-A, § 3º, da Lei nº 6.015/1973, acrescido pelo art. 1.071 do CPC de 2015). Se órgão estatal for lindeiro, deve ser citado pessoalmente.

A Súmula 263 do Supremo Tribunal Federal dispõe:

Cuida-se da hipótese em que o usucapiente, embora tivesse o prazo aquisitivo, tenha perdido a posse ou parte dela. O possuidor atual deve ser citado. Sobre o mesmo tema, estatui a Súmula 391 do Supremo Tribunal Federal:

Sem a citação dos confinantes e da pessoa constante do registro imobiliário, nulo será o processo. A citação-edital somente será admitida nas hipóteses de essas pessoas estarem em lugar incerto e não sabido.

O novo estatuto processual não exige audiência prévia de justificação de posse, que na prática

mostrara-se mesmo inútil. Pela redação originária do estatuto processual de 1973, não justificada a posse, extinguir-se-ia o processo. Em caso contrário, o prazo para contestar iniciava-se da intimação da decisão, que declarasse justificada a posse. Nessa audiência examinava-se apenas perfunctoriamente o aspecto fático da posse. Não apresentava mesmo utilidade.

A intervenção do Ministério Público no processo é de fiscal da lei, embora a nova lei não a mencione como obrigatória. Pode contestar o pedido, requerer perícias e diligências.

A procedência do pedido pode ser parcial, acolhendo-se a usucapião apenas de parte da área descrita. Nada impede o julgamento antecipado da lide, embora, na maioria das vezes, haja necessidade de saneamento e instrução probatória.

Como examinado, o registro da sentença que declara a usucapião no Registro Imobiliário serve para regularizar o _____ do prescribente, bem como alcança a eficácia _____.

Usucapião alegada como defesa, em contestação, não pode ser registrado, salvo a exceção do art. 7º da Lei nº 6.969/81, na mesma orientação do Estatuto da Cidade, como expusemos.

A sentença que julgar procedente a ação será transcrita mediante mandado, no registro de imóveis, _____. Não é pago imposto de transmissão _____ porque a aquisição é originária. Deve ser comprovado o pagamento das taxas judiciárias.

O foro competente para a propositura da ação é o da situação do imóvel. Quando a União Federal demonstrar interesse, desloca-se a competência para a Justiça Federal. Esse interesse é jurídico, isto é, contestação ou alegação de que a decisão possa prejudicar direito da União, não bastando simples pedido de acompanhamento do feito.

Como mencionado, o art. 1.071 do Código de Processo Civil de 2015 criou a possibilidade de usucapião administrativo, por via do registro imobiliário.

Há tendência de ser relegada matéria possível ao procedimento administrativo registral, como já se procede com a retificação de área e com o divórcio. Com isso, matéria que não apresente litígio por ser suprimida da pletora de feitos do Judiciário. A experiência tem logrado bons resultados.

Aproveitando a promulgação de um novo CPC, o estatuto processual de 2015 autorizou o procedimento em cartório para reconhecimento de usucapião.

Esse procedimento, conquanto útil nos sistemas de usucapião simples ordinária e extraordinária, não nos parece possível, à primeira vista, nas usucapiões especiais, que exigem prova mais específica, como por exemplo na usucapião familiar introduzida pela Lei nº 12.424/2011, que exige algo mais em matéria de prova, além de simples descrição de imóvel.

Quando não há contraste, sem discussão de área, com concordância dos confinantes, no entanto, o procedimento em muito facilitará os interessados. A experiência vem dando bons resultados nos pedidos

de retificação de área, que também se entrosa com limites materiais da propriedade.

A quarta modalidade de aquisição da propriedade descrita no art. 530 do antigo Código é pelo direito hereditário. Da matéria nos ocupamos em nosso [art. 1.784](#), em que os princípios devem ser aprofundados.

A sucessão hereditária depende do fato da morte. A morte de um titular de um patrimônio determina a sucessão. O fato da morte, fato jurídico, indica o momento em que

[art. 1.572 do Código de 1916](#)). O presente Código aduz que

[art. 1.784](#)). Nesse caso, herança guarda a noção de patrimônio que se transmite aos herdeiros com a morte do autor da herança.

Por nosso Direito, portanto, com a morte dá-se a abertura da sucessão, com a transmissão imediata, [art. 1.829](#), dos bens do morto aos herdeiros legítimos e testamentários. A relação de herdeiros legítimos é a estabelecida em lei, segundo a ordem de vocação hereditária ([art. 1.829](#)). Herdeiros testamentários são os aquinhoados em testamento com fração da universalidade que constitui a herança. Não se confundem com os legatários que recebem, por testamento, bem certo e individualizado do testador e necessitam pedir o bem legado; não o recebem tão logo ocorra a morte, como os herdeiros.

Pelo princípio da [art. 1.784](#), tudo se transmite aos herdeiros, posse e propriedade. Não existe intervalo na posse e propriedade dos herdeiros que sucedem o falecido. Trata-se de ficção jurídica. A aceitação da herança ocorre geralmente de forma tácita, podendo ser expressa. Como ninguém pode ser herdeiro contra sua vontade, admite-se a renúncia da herança, a qual, no entanto, retroage à data da morte. A renúncia deve sempre ser expressa ([art. 1.806](#)). O patrimônio não fica sem titular. Ainda que não formalizado inventário, não concluída ou não registrada a partilha no cartório imobiliário, os herdeiros são proprietários. O fato da morte é que os tornou tal. O registro do formal de partilha serve apenas para manter sua continuidade, possibilitando o [art. 1.806](#), a exemplo da usucapião. Até a partilha os herdeiros mantêm a universalidade que lhes foi transmitida. A cessão de direitos hereditários, que pode ocorrer apenas antes da partilha, não pode ser registrada. Falta-lhe o requisito da especialidade. A questão é por nós analisada no volume [art. 1.806](#) (Cap. 2).

A posse e a propriedade recebidas pelos herdeiros mantêm, como acentuamos, a mesma natureza e características da mesma forma que exercidas pelo morto.

autora – Conjunto habitacional não regularizado – Situação que não constitui empecilho ao acolhimento do pedido de adjudicação compulsória – Título judicial, porém, que não terá acesso ao registro, subordinado à prévia regularização do empreendimento – Apelada que estará munida de título hábil à transmissão da propriedade no momento que a regularização for ultimada – Precedente – Decisão mantida – Recurso desprovido, com observação” (– Ap 1004888-89.2015.8.26.0609, 8-9-2016, Rel. Theodureto Camargo).

“**Apelação** – Ação de obrigação de fazer – Compromisso de venda e compra – Pretensão do autor de lhe ser outorgada escritura definitiva – Sentença de improcedência – Inconformismo do autor – Não acolhimento – Compromissário vendedor, réu primitivo desta ação, que não é titular do domínio. Propriedade em nome da Prefeitura Municipal de Iguape, que outorgou documento denominado ‘título de domínio’ em favor de terceiro, que teria celebrado compromisso de compra e venda com o primitivo réu da ação, que, por sua vez, teria negociado o lote com o autor. ‘Título de domínio’ é utilizado pela Prefeitura de Iguape para legitimar posses dentro do 18º Perímetro de Terras Devolutas. Princípio da continuidade registral que há de ser preservado. Inviabilidade de outorga da escritura. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 252 do RITJSP. Negado provimento ao recurso” (– Ap 0000023-49.2007.8.26.0244, 13-2-2014, Relª Viviani Nicolau).

“**Ação reivindicatória.** Escritura pública de compra e venda. Registro. Ausência. Título. Domínio. Não comprovação. Pedido. Improcedência. Recurso improvido. Conforme se sabe, a ação reivindicatória tem cunho petitório, ou seja, o direito pleiteado pelo autor se funda na propriedade que se prova com o título de domínio. Com efeito, são pressupostos indispensáveis ao manejo desta ação: a titularidade do domínio, a individualização da coisa e a posse exercida por outrem em oposição ao título de domínio. A escritura pública de compra e venda do imóvel não tem o condão de comprovar o domínio do bem vindicado, se não foi registrada no Cartório de Registro de Imóveis do artigo 1.245, do Código Civil. Ausente a prova de domínio do bem vindicado infere-se que a improcedência do pleito reivindicatório é medida que se impõe. Negaram provimento ao recurso” (– Acórdão Apelação Cível 1.0568.08.009293-1/001, 6-7-2011, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza).

“**Apelação cível** – Ação de imissão de posse – Agravos retidos superados – Da sentença – Imóvel adjudicado em hasta pública – Vendido posteriormente – **Promessa de compra e venda registrada no cartório de registro de imóveis** – Legislação vigente à época – Artigo 22 do Decreto-lei nº 58 de 1937 – Transferência de propriedade – Artigo 530, I, do Código Civil de 1916 e artigo 1.225, VII, do Código Civil de 2002 – Sentença reformada – Recurso provido – 1 – A decisão se diz (e não) quando o magistrado se pronuncia tanto sobre pleitos efetivamente deduzidos na petição inicial como sobre pedidos não formulados, o que se deu no caso dos autos. 2 – A sentença deve ser proferida dentro dos parâmetros requeridos na vestibular. Uma vez extrapolado esse limite, a parte excedente há de ser extirpada, inclusive de ofício, sem que se considere a decisão viciada nos demais pontos. 3 – Consoante entendimento profligado pelo STJ, a promessa de compra e venda irrevogável e irrevogável transfere ao promitente comprador os direitos inerentes ao domínio e confere-lhe o direito de buscar o bem que se encontra injustamente em poder de terceiro. Contrato de promessa de compra e venda registrada em Cartório competente. 4 – O artigo 22 do Decreto-lei nº 58 de 1937 disciplina que os contratos sem cláusula de arrependimento de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil. Requisitos presentes no contrato em apreço. 5 – A transferência da propriedade imobiliária por ato inter vivos opera-se mediante a transcrição do título translativo no Registro de Imóveis, nos termos do art. 530, inciso I, do Código Civil de 1916, e do art. 1.245, do Código Civil de 2002. Na hipótese propriedade transferida ao promitente comprador. Demonstrada propriedade através do título. 6 – Apelo provido. Sentença reformada” (– Acórdão 0481048-74.2000.8.06.0000, 10-9-2012, Rel. Francisco Bezerra Cavalcante).

“**Anulação de escritura pública e seu respectivo registro** – Transmissão da propriedade imobiliária. A propriedade imobiliária nos termos do artigo 530 CC/1916 cujo correspondente é o artigo 1.245 CC/2002 somente se adquire com a transcrição do título translativo no Registro de Imóveis e enquanto não promovido o alienante continua a ser havido como dono (§ 1º do mesmo artigo) e o registro é eficaz desde o momento que o título for apresentado ao oficial do registro e for por ele prenotado ou protocolado (art. 1.246 CC/2002)” (– Acórdão Apelação Cível 1.0358.04.002464-0/001, 9-3-2010, Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes).

“**Apelação cível** – Ação de indenização – Proprietário – Compra e venda – Direito material – Produção de provas – Sentença anulada. 1) Não havendo provas da transferência do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis, o alienante permanece como antigo proprietário perante terceiros. Inteligência do e § 1º do art. 1.245 do CC. 2) O Direito à indenização por destruição de construção dentro do imóvel não se refere a direito real, logo pode ser pleiteado pelo novo proprietário do bem, ainda que não realizada a transferência do mesmo no Cartório de Registro de Imóvel. 3) A alienação do imóvel não acarreta o rompimento do contrato locatício, este tem seguimento com o novo proprietário, que se sub-roga em todos os direitos e obrigações contratuais. 4) Sentença anulada” (– Acórdão Apelação Cível 15070011950, 22-6-2010, Rel. Des. Elisabeth Lories).

“Apelação – Compra e venda – Bem Imóvel – Obrigação de fazer – Indenização – Dano moral e material – Aquisição de uma vaga de

garagem em um condomínio, por meio de contrato de promessa de venda e compra firmado em 1982 e registrado no ano de 2007 – Tentativas de registro do direito real sobre o imóvel frustradas segundo o Cartório de Registro de Imóveis por ausência de prévia retificação esclarecedora da Incorporadora ré, ora agravante – Reconhecimento de prescrição sobre o pleito de reparação civil – Alegação de nulidade da sentença que não declarou expressamente extintos sem julgamento do mérito os pleitos prescritos, alegação de que deixou de apreciar preliminares de impossibilidade do pedido e ilegitimidade passiva – Não prosperam, ante a ausência de elementos que comprovem a tese apresentada – Argumentação de adimplemento integral das obrigações contratuais – Não basta somente o adimplemento das obrigações contratuais, necessário também o adimplemento de obrigações acessórias como o devido registro e a diligência para que este seja realizado – Pedido de minoração de honorários arbitrados em 15% – Não demonstrada necessidade de produção de provas, perícias, diligências, ou audiências, argumentação jurídica que não se apresenta como demasiado complexa – Redução para dez por cento do valor da causa – Recurso parcialmente provido” (– Ap 4003640-94.2013.8.26.0451, 29-7-2016, Rel. Mario Chiuvi Junior).

“Apelação cível – Ação de retificação de registro de imóvel – Equívoco na cadeia de transmissão dos antigos proprietários – Erro material cometido e admitido pelo respectivo cartório – Apresentação da escritura pública anterior comprobatória dos fatos alegados – Disputa da propriedade do imóvel em questão em ação reivindicatória – Ausência de prejuízo para qualquer das partes – Possibilidade da retificação – Nulidade suscitada pela viúva do contestante não configurada – Ausência de citação – Desnecessidade – Apelação conhecida e improvida – 1 – Busca o autor da ação a retificação da Escritura Pública de Compra e Venda do imóvel objeto deste processo, em cujo registro se verificou um equívoco material, cometido e admitido pelo Cartório Angelim, na ocasião da respectiva lavratura, notadamente na cadeia de transmissão do referido bem. 2 – A retificação de registros públicos é plenamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, embasada no Código Civil de 2002, art. 1.247 – e na Lei nº 6.015/73 – arts. 212 e seguintes –, de modo que é perfeitamente possível a alteração dos referidos documentos quando efetivamente constatado equívoco em sua constituição. 3 – Eventual disputa no tocante à propriedade do imóvel sob análise não interfere no cerne da presente questão de se adequar o registro à situação de fato existente, até mesmo em face da necessidade de coerência entre a Escritura Pública e o respectivo registro no Cartório de Imóveis, a teor do que prescreve o art. 228, da Lei nº 6.015/73. 4 – Inexistindo prejuízo, e, ainda, não afetando diretamente para qualquer das partes o direito sobre a propriedade que está em litígio nos autos em apenso, entendo que não merece prosperar a nulidade suscitada pela viúva da parte promovida que, aproveitando-se da mesma petição utilizada nos autos da ação reivindicatória em apenso, requereu a nulidade da ação de retificação de registro em face da ausência de sua citação. 5 – Apelação conhecida e improvida” (Acórdão 0447513-57.2000.8.06.0000, 25-4-2012, Rel. Ernani Barreira Porto).

“Civil e processual civil – Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais – Escritura pública de compra e venda de imóvel – Registro – Necessidade de retificação do nome da proprietária anterior – Obrigação de o alienante viabilizar o registro – Obrigação anexa à venda – Cominação de astreinte – Deferimento – Dano Moral – Afastado – Mero dissabor e aborrecimento – 1- Na relação entabulada em contrato de compra e venda de imóvel, constitui obrigação dos alienantes viabilizar que o registro do bem, que até então estava sob sua responsabilidade, esteja em condições de receber o registro da escritura pública pelo adquirente. 2- Havendo necessidade de retificação do registro anterior, pode o comprador requerer que os vendedores sejam compelidos a procederem às correções que se fizerem necessárias para a consumação do negócio, que só ocorre com a efetiva transmissão da propriedade mediante o registro do título traslativo. 3- Cabível a imposição de astreintes com o objetivo de compelir os réus a satisfazer a obrigação, visando dar efetividade ao decisum. 4- Para a indenização por danos morais mister se faz a verificação de ofensa aos direitos da personalidade do ofendido, causando-lhe sofrimento que ultrapasse a barreira de simples aborrecimentos. 5- Recurso conhecido e parcialmente provido” (– Proc. 20130110801034APC – (948969), 28-6-2016, Relª Ana Maria Cantarino).

“Processo civil. Ação de extinção de condomínio. Imóveis de domínio comum dos autores e de copropriedária já morta. Demanda proposta contra o espólio da falecida. Noticiada a homologação da partilha no respectivo inventário. Determinação de retificação do polo passivo, para inclusão dos herdeiros da condômina falecida. Inconformismo dos autores, ante a ausência de registro do formal de partilha. Descabimento com a partilha, desaparece a figura do espólio, que é substituído pelos herdeiros a quem coube o direito ou a coisa objeto da demanda. – Hipótese, no entanto, em que o princípio da continuidade registral impedirá o registro da carta de arrematação sem prévio registro do formal de partilha. Irregularidade a ser sanada previamente, no curso do processo. Decisão mantida. Recurso desprovido” (– AI 2070740-95.2013.8.26.0000, 17-3-2014, Rel. Rui Cascardi).

“Apelação cível em ação de retificação de registro. Medida excepcional – Incorreções não comprovadas apelação desprovida – 1 – A retificação de registro civil só se justifica quando há incorreção e esta fique devidamente demonstrada, em razão da presunção de veracidade que gozam os documentos públicos. 2 – Os registros questionados certidão de óbito e averbação em registro de imóvel – estão em conformidade com os fatos comprovados nos autos, não podendo ser tidos como equivocados. 3 – Recurso desprovido” (– Acórdão 0003295-22.2011.8.08.0047, 19-10-2012, Rel. Subst. Lyrio Regis de Souza Lyrio).

“Agravado de instrumento. Ação reivindicatória. Suspensão do processo até a solução de ação conexa. Titularidade do imóvel. Questão passível de apreciação nesta demanda. Bem integralizado no capital da agravante. Transferência do domínio somente após o registro na matrícula imobiliária. Art. 1.245, § 1º, do Código Civil de 2002. Decisão reformada. Recurso conhecido e provido. O proprietário não possuidor é o titular da ação reivindicatória. A integralização de bem imóvel ao capital da pessoa jurídica não dispensa o registro do título translativo. Enquanto não realizado, o alienante continua a ser o dono do imóvel (art. 1.245, § 1º, do CC/2002). Se tal questão, relativa à legitimidade ativa para a ação reivindicatória, pode ser resolvida nesta demanda, desnecessário aguardar-se a análise da juridicidade do respectivo negócio jurídico em ação conexa” (– Acórdão Agravo de Instrumento 2011.002823-9, 23-8-2011, Rel. Des. Victor Ferreira).

“Ação de reintegração de posse e oposição conexa – Oposição – Ação julgada improcedente – Pretensão ao reconhecimento da posse e domínio sobre a área em litígio, porque resultante da alteração do curso do córrego lindeiro às propriedades das partes envolvidas, por ação exclusivamente humana – Inadmissibilidade – Prova coligida, especialmente a pericial, afirmando a ocorrência do aluvião, com alteração do leito do córrego de forma paulatina ao longo do tempo – Inteligência do art. 1.250 do Código Civil – Acréscimos decorrentes da aluvião que pertencem aos donos dos terrenos marginais – Sentença mantida – Recurso dos oponentes negado. Ação de reintegração de posse – Ação julgada improcedente – Alegação de alteração de cerca pela ré, invadindo área pertencente ao autor – Inocorrência – Autor não comprovou a posse sobre a área em litígio, a qual, na verdade, tratava-se de terreno pantanoso e sujeito a enchentes, causando constantes modificações na disposição da cerca, somente posta em local correto após o assoreamento do trecho do córrego – Sentença mantida – Recurso do autor negado. Recursos negados” (– Ap 0001176-43.2007.8.26.0204, 29-8-2016, Rel. Francisco Giaquinto). Apelação cível – Ação de cobrança de benfeitorias – Bem arrematado na justiça do trabalho em metragem inferior – Aluvião não incluído no termo de penhora – indenização por benfeitorias devidas – Diante da discrepância da metragem objeto da matrícula e aquela efetivamente encontrada no imóvel, é de se presumir que as acessões não foram objeto de avaliação por parte da Justiça do Trabalho. Inexistindo relação de acessoriedade entre o aluvião e o imóvel arrematado na Justiça do Trabalho, faz jus a apelada a receber pelas benfeitorias, uma vez que não se pode considerar arrematado o que não foi objeto de constrição específica. Na espécie aluvião, os acréscimos formados por depósitos e aterros naturais pertencem aos donos dos terrenos marginais, aplicando-se a regra do acessório segue o principal” (– AC 1.0015.11.000804-0/001, 18-3-2016, Rel. Pedro Aleixo).

“Indenização por danos materiais e morais. Obras no rododanel. Autores não comprovaram a propriedade. Construção de padrão rústico situada a 100 metros do local das obras. Edificação que se apresentava precária desde a construção, com desaprumos e desníveis nas paredes, ausência de reboco e caibros sem sustentação. Terreno pertencente ao DAEE, sendo área remanescente do Rio Tietê. **Caracterização de aluvião.** Edificação que não tem colunas de concreto. Polo ativo não comprovou o nexo causal. Ausência de suporte para a indenização por danos materiais. Mesmo que existisse respaldo para a verba reparatória por danos patrimoniais, ainda assim, não se identificaria supedâneo para a condenação por danos morais. Requeridas colocaram à disposição dos requerentes um apartamento, além do que, pagaram aluguel até fevereiro de 2004. Descaso não configurado. Aspecto social levado em consideração. Afronta à dignidade da pessoa humana não se faz presente. Pretensão dos autores é o enriquecimento sem causa. Recursos providos” (– Ap. 0004863-53.2004.8.26.0068, 23-9-2013, Rel. Natan Zelinski de Arruda).

“Apelação – Aluvião – Ação julgada improcedente – Irresignação recursal dos autores – Honorários advocatícios fixados por equidade – Possibilidade – Causa de pequeno valor – Tese defensiva do patrono da Municipalidade que afastou a pretensão aquisitiva dos autores. Quantia fixada que remunera condignamente os trabalhos realizados pelos advogados. Aluvião não caracterizado. Terraplanagem realizada pela Prefeitura para interligar duas vias públicas. Decisão mantida. Recurso Improvido” (Ap. 994.05.116932-, 26-11-2012, Rel. Egidio Giacoia).

“Apelação – Execução Fiscal – Município de São Bernardo do Campo – Preço Público (álveo abandonado) – Exercício de 1998 – Pretensão de substituição da Certidão de Dívida Ativa para alteração do polo passivo – Impossibilidade – Inteligência da Súmula nº 392 do STJ – Imóvel que não mais pertencia ao executado quando da propositura da ação – Sentença que extinguiu a execução mantida – Recurso improvido” (Ap 0053111-90.1999.8.26.0564, 15-3-2016, Rel. Rezende Silveira).

“Ação declaratória de domínio sobre álveo abandonado cumulado com pedido de retificação de registro imobiliário e usucapião extraordinária. Sentença de procedência em parte. Insurgência da municipalidade de São Paulo. Álveo abandonado possui caráter particular. Constatação de que as águas do antigo córrego de sapateiro não reuniam condições de navegabilidade e fluviabilidade. Aplicação do disposto nos artigos 7º e 10º do Código de Águas. Não demonstrado o direito de propriedade do ente público embora o desvio das águas do córrego tenha se dado em razão de obras públicas, não restou configurada a indenização de prédio ocupado por novo álveo. Precedentes desta e. 10ª Câmara de Direito Privado. Demonstrada a posse por acesso sob a área descrita. Recurso não provido” (– Ap 0000769-44.2003.8.26.0053, 3-4-2014, Relª Marcia Dalla Déa Barone).

“Civil. Processual civil. Código de águas. Decreto nº 24.643/34 (art. 27). Mudança do curso de rio federal por obra de utilidade pública.

Álveo abandonado. Domínio da união. Ausência de indenização aos proprietários da área atingida pelo novo curso d'água. Mera irregularidade que não afasta do domínio da união sobre o álveo abandonado. – 1 – ‘São bens da União – Os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais’ (art. 20, III, CF). Situação na qual se enquadra o Rio Paraibuna, por dividir os Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro. 2 – Alterado, por utilidade pública, o curso do Rio Paraibuna, no trecho que corta a Cidade de Juiz de Fora-MG, nos termos do art. 27 do Dec. 24.643/34, ‘o álveo abandonado passa a pertencer ao expropriante para que se compense da despesa feita’. 3 – Intentando os proprietários ribeirinhos ação reivindicatória buscando legitimar o domínio sobre as terras decorrentes do álveo abandonado, é nula a sentença respectiva, proferida pela Justiça Estadual, bem como os registros imobiliários dela decorrentes, se para essa ação não foi citada a União. 4 – É irrelevante para legitimar essa ação o fato do ex-DNOS ter emitido parecer administrativo atestando que a área não lhe pertencia. Primeiro, porque esse parecer não tem força vinculante. Segundo, porque proferido administrativamente sem que tenha sido judicializado. Terceiro, por faltar competência ao DNOS para sugerir ‘que o leito abandonado do rio fosse objeto de divisão entre os proprietários ribeirinhos’. Posto se tratar de um ente com personalidade jurídica distinta da União, sem poder para definir a propriedade da União sobre a área. Quarto, porque, mesmo que não tenha havido indenização dos proprietários da área por onde passou a correr o Rio Paraibuna após o desvio do seu curso, não afasta seu domínio sobre o antigo álveo (art. 27 do Dec. 24.643/46). Ou seja, se a área é pública, nos termos do art. 183, § 3º, da CF, é imprescritível e somente alienável em condições e procedimentos especiais. Quinto e último, porque interpôs, nessa ação, a competente oposição a qual foi apreciada e rejeitada pela Justiça Estadual, fato que, por si só, já justifica a anulação da sentença. 5 – Agravo retido, apelação e remessa oficial providos” (_____. – Ap-RN 2002.01.00.002813-5/MG, 18-9-2013, Rel. Juiz Fed. Osmane Antonio dos Santos).

“Ação de retificação de registro imobiliário – Canalização de leito de rio – Terreno remanescente que compreende área entre o imóvel original do autor e a avenida municipal criada. **Pretensão de acréscimo de álveo abandonado.** Impossibilidade. Área pertencente ao município expropriador. Código de águas, art. 27. Princípio da indisponibilidade de bem público. Impossibilidade jurídica do pedido. Código de Processo Civil, art. 267, inc. VI. Sentença mantida. Recurso desprovido” (_____. – Acórdão 2007.024634-6, 3-8-2012, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

“Reintegração de posse – Imóvel urbano – Instrumento particular de aquisição – Ausência de registro ou de reconhecimento das firmas – Idoneidade – **Indenização por construções.** 1. A ausência de registro ou de reconhecimento das firmas, contemporâneos à data figurada no contrato particular de compra e venda de imóvel, torna inidôneo o documento, se não acompanhado de outras provas, justificando-se suspeita de simulação do negócio jurídico, ainda que restrita a essa parte concernente à data. O ônus da prova da veracidade do documento cabe a quem o exhibe em juízo. Inteligência do art. 370 do CPC. 2. Por força do princípio da _____, previsto no art. 1.784 do Código Civil, aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, ficando os herdeiros legitimados a defender a posse perante terceiros pelo meio processual adequado. 3. Quem constrói em terreno alheio perde as construções em favor do proprietário, apenas tendo direito de indenização se obrou de boa-fé. Art. 1.255 do Código Civil. Ação procedente. Recurso não provido (_____. – Acórdão Apelação Cível 0014054 – 03.2008.8.26.0127, 24-8-2012, Rel. Des. Itamar Gaino).

“Possessória – Reintegração – Posse velha – Construção por equívoco, mas de boa-fé Indenização devida – Exegese do art. 1.255, _____ e parágrafo único, do Código Civil. – Aquele que constrói em terreno alheio, se procede de boa-fé, tem direito a indenização. Caso a construção exceda consideravelmente o valor do terreno, a propriedade é adquirida pelo construtor, mediante indenização judicial do valor do terreno, salvo acordo. Exegese do art. 1.255, _____ e parágrafo único, do Código Civil. Recurso provido, com determinação” (_____. – Acórdão Apelação Cível 9070443-13.2006.8.26.0000, 17-1-2011, Rel. Des. Andrade Marques).

“Liquidação de sentença por arbitramento. Acessões. Preliminar. Fundamentação da decisão clara e adequada. Nulidade repelida. **Posse de má-fé** reconhecida por decisão transitada em julgado. Construção em terreno alheio que não é passível de indenização. Art. 1.255 do CC/2002. Afastaram a preliminar e negaram provimento” (_____. – Acórdão Agravo de Instrumento 70037953973, 5-10-2010, Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior).

“Reintegração de posse. Invasão em parte mínima da área de terreno vizinho. Construção da residência do réu já concluída. Demolição parcial que acarretaria prejuízo acentuado. Substituição da reintegração de posse, com ordem de demolição, pela indenização da área invadida, bem como eventual desvalorização da área remanescente da autora. Solução preconizada pelo artigo 1.258 do Código Civil/2002 e que reflete os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que hoje se elevam como verdadeiro direito fundamental, na medida em que no Estado de Direito não se pode tolerar o excesso. Recurso parcialmente provido. A invasão de área mínima de terreno, com a construção concluída de prédio, resolve-se com a indenização e não com a demolição, alternativa mais onerosa e desproporcionalmente superior ao prejuízo sofrido pelo autor, portanto reputando-se solução iníqua” (_____. – Acórdão Apelação Cível _____).

“Processo Civil – Ação de Nunciação de Obra Nova c/c Perdas e Danos – Área Expropriada – Disparidade nas Medições – Laudo Pericial Baseado do Registro Público do Imóvel – Presunção Relativa de Veracidade – Não Afastada – **Indenização em Dobro** – Art. 1.259 do CC/2002 – Indevida – Sentença Mantida. I – Considerando que o imóvel em questão encontra-se devidamente inscrito no registro público, presume-se, até prova em contrário, que as dimensões insertas naquele documento são verídicas, retratando com fidelidade a situação fática. Dessa forma, razão assiste ao perito judicial quando fundamenta seu laudo na escritura pública do imóvel, não podendo basear-se em qualquer outro documento ou indício, como pretendeu o Assistente Técnico dos autores; II – Recurso conhecido e desprovido” (– Acórdão Apelação Cível 6711/2009, 26-1-2010, Rel. Des. Marilza Maynard Salgado de Carvalho).

“Reivindicatória. Construtor de boa-fé que invade o solo alheio. Aquisição da parte invadida e indenização aos proprietários por perdas e danos. Aplicação do art. 1259 do CC/ 2.002. Ausência de prova de má-fé dos apelantes. Demolição da obra na parte que invade o terreno dos autores que fere o princípio da razoabilidade. Recurso provido” (– Acórdão Apelação Cível 466.152-4/7, 7-12-2010, Rel. Des. Maia da Cunha).

“Usucapião extraordinária. Imóvel rural. Prova pericial indica que o pai dos apelantes nunca residiu no local e não demonstrou posse longa e incontestada. Prova oral que tampouco convence do contrário. Sentença que analisou corretamente as questões suscitadas e avaliou com propriedade o conjunto probatório, tendo dado exato deslinde à querela. Ratificação de seus fundamentos. (Art. 252 do novo RITJSP) – Recurso improvido” (Ap. 0017075-44.2009.8.26.0032, 10-5-2013, Rel. Paulo Eduardo Razuk).

“Processo civil – Recurso especial – **Usucapião extraordinária** – Modificação da descrição do imóvel usucapiendo – Alteração do pedido sem a concordância dos réus – Violação do art. 264 do CPC não configurada – Súmula 7 do STJ – 1 – Na ação que visa à aquisição originária da propriedade por usucapião, a petição inicial deve conter, além dos requisitos genéricos enumerados no art. 282 do CPC, também aqueles específicos enumerados no art. 942, do mesmo diploma legal, fazendo-se mister o detalhamento preciso da causa de pedir, bem como a identificação rigorosa do imóvel litigioso, sua dimensão, localização, confrontações, inclusive com a juntada da planta descritiva, uma vez que a sentença de procedência do pedido será registrada no cartório imobiliário. 2 – Outrossim, urge preservar o direito do proprietário à defesa e o de possíveis interessados a impugnar a pretensão do usucapiente, de modo que a delimitação exata do imóvel litigioso é procedimento de rigor, à medida que os efeitos da sentença devem atingir a todos que possam ter qualquer tipo de interesse ou direito sobre a coisa usucapienda. 3 – Destarte, eventuais alterações no memorial descritivo do imóvel podem ser feitas unilateralmente, antes da angularização da relação jurídico-processual ou, após a citação, somente com a anuência explícita do réu (art. 264 do CPC), sendo certo que a decisão saneadora enseja a estabilização do processo, impossibilitando toda e qualquer alteração nos elementos da demanda (art. 331, §§ 2º e 3º). 4 – No caso sob análise, o Tribunal consignou que a documentação acostada aos autos pelos recorridos, por ocasião das razões finais, não trouxe nenhuma alteração aos elementos objetivos da demanda. Infirmar tal decisão importaria o reexame de fatos e provas, o que é defeso a esta Corte Superior ante o teor da Súmula 7 do STJ. 5 – Recurso especial não conhecido” (REsp 944.403 – (2007/0089828-6), 16-5-2012, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

“Agravado nominado na apelação cível. Reintegração de posse. Esbulho. 1. Com a abertura da sucessão nos termos do artigo 1.572 do antigo Código Civil, atual 1.206, o recorrido e seus herdeiros sempre foram possuidores do imóvel em litígio, cuja propriedade em nome da finada está devidamente comprovada nos autos. 2. Esbulho configurado. 3. Segundo o artigo 492 do Código Civil/1916, atual 1.203, ainda que houvesse justo título do recorrente, o que não há, diante da declaração de falsidade do instrumento particular de compra e venda, a posse adquirida pelo réu permanece precária, uma vez que a posse anterior do alienante foi obtida por má-fé. 4. Dispõe o artigo 552 do Código Civil vigente à época, atual 1.243, que o possuidor pode, para o fim de contagem da prescrição aquisitiva, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores, contanto que todas sejam contínuas e pacíficas. 5. A posse do Sr. Marco Aurélio, por não ser pacífica, não pode ser considerada hábil para atingir a usucapião do imóvel. Além disso, entre a posse do demandado (1982) e a propositura da ação (1999) não transcorreu o prazo de 20 (vinte) anos. 6. Presentes os requisitos do artigo 927 do Código de Processo Civil. Precedentes. 7. Não provimento ao recurso” (– Acórdão Apelação Cível 0151573-20.1999.8.19.0001, 2-2-2011, Rel. Des. José Carlos Paes).

“Apelação. Ação de usucapião extraordinária. Autora que não preenche o requisito da posse mansa e pacífica. Imóvel que é alvo de execução hipotecária. Lições doutrinárias de Affonso Fraga e Pontes de Miranda. Julgados dos desembargadores Sebastião Carlos Garcia e Ênio Santarelli Zuliani. A hipoteca é indiferente a quaisquer atos de transmissão de domínio; É oponível . A relação real que se estabelece é entre o credor hipotecário e todos. Todos têm o mesmo dever de abstenção. Sentença de extinção do processo, sem exame de mérito, mantida (art. 252 do RITJSP). Apelação desprovida” (– Ap. 9104851-59.2008.8.26.0000, 13-2-2013, Rel. Cesar Ciampolini).

“Usucapião. Loteamento sob a égide do Dec.-lei 58/37, aprovado em 1938, sem regulamentação da área pública. Posse mansa, pacífica e ininterrupta do Município por prazo superior a 20 anos, se enquadrando nas hipóteses do art. 1.238 do Código Civil, com força suficiente

para que seja confirmada a usucapião pleiteada. A lei não faz qualquer vedação que seja concedido o benefício à pessoa jurídica de direito público. Medida judicial que, além de declarar o domínio, tem o fim social de regularizar a propriedade imperfeita. Sentença confirmada. Recursos improvidos” (– Acórdão Apelação Cível 0012309-55.1996.8.26.0564, 6-7-2011, Rel. Des. Miguel Brandi).

“Apelação cível. Usucapião extraordinária. Posse exercida, em parte, na vigência do Código Civil de 1916 e o restante na vigência do novo Código Civil. Aplicação imediata do art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Inteligência da regra de transição específica conferida pelo art. 2.029 do CC. Posse mansa, pacífica, contínua e com pelo lapso de tempo necessário à aquisição do domínio. Caracterizada a ‘posse trabalho’. Recurso provido. 1. ‘À usucapião extraordinária qualificado pela ‘posse-trabalho’, previsto no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil de 2002, a regra de transição aplicável não é a insculpida no art. 2.028 (regra geral), mas sim a do art. 2.029, que prevê forma específica de transição dos prazos da usucapião dessa natureza. (– REsp 1.088.082/RJ). 2. O art. 1.238, parágrafo único, do CC/02, tem aplicação imediata às posses já iniciadas, ‘qualquer que seja o tempo transcorrido’ na vigência do Código anterior, devendo apenas ser respeitada a fórmula de transição, segundo a qual serão acrescidos dois anos ao novo prazo, nos dois anos após a entrada em vigor do Código de 2002’ (– REsp 1.088.082/RJ). 3. Na espécie, a entidade/apelante provou que exerceu a posse mansa, pacífica, contínua e com do imóvel em discussão, desde meados do ano de 1997, tendo realizado, no bem, obras e serviços de caráter produtivo, dando-lhe destinação relevante e cumprindo com a sua função social, o que enseja a aplicação do prazo prescricional de dez anos, bem como o reconhecimento da aquisição da propriedade em discussão, por meio da usucapião, ocorrida em 2007” (– Acórdão Apelação Cível 2011.017088-2/0000-00, 19-6-2013, Rel. Des. Josué de Oliveira).

“Ação reivindicatória – Exceção de usucapião – Impossibilidade de reconhecimento de usucapião constitucional porque a área do imóvel é superior a 250m². Reconhecimento da usucapião extraordinária. Posse de má-fé (terreno invadido), mas exercida por mais de 12 anos (art. 2.029 do Código Civil de 2002), com ‘animus domini’, sem interrupção nem oposição, sobre o qual o Réu edificou obra (parágrafo único do art. 1.238). Ação improcedente. Recurso desprovido” (– Ap. 0054453-67.2008.8.26.0000, 14-9-2012, Rel. Pedro Baccarat).

“Apelação cível. Usucapião (bens imóveis). Ação de usucapião. Art. 1.238 do Código Civil. Requisitos ausentes. Demanda improcedente. O pedido de usucapião, por constituir forma originária de aquisição de propriedade, deve vir acompanhado de todos os requisitos legais autorizadores. Caso em que a prova produzida é insuficiente a propiciar julgamento favorável à autora, ante a ausência de comprovação dos requisitos legais para aquisição da propriedade por usucapião, em especial a posse pelo prazo de lei. A posse constitui estado de fato, não se evidenciando por meras alegações do exercício possessório. Recurso ao qual se nega provimento. Unânime” (– Acórdão Apelação Cível 70039177837, 4-11-2010, Rel. Des. Pedro Ceso Dal Prá).

“Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária. Alegação de ausência de análise dos documentos e existência de mandado de reintegração de posse. Impertinência. Autora que preencheu os requisitos do artigo 1.238, do Código Civil, apresentando conjunto probatório condizente com os fatos articulados. Declaração de reconhecimento da prescrição aquisitiva. Recurso desprovido” (– Acórdão Apelação Cível 679.979-9, 25-8-2010, Rel. Des. Lauri Caetano da Silva).

“Ação de usucapião. Prescrição aquisitiva configurada no caso. Art. 1.238 do CC. Demonstrado pela prova dos autos que a parte autora exerceu posse sobre o imóvel objeto da lide, utilizando-o para sua moradia há mais de 10 anos, deve ser mantida a sentença que julgou procedente o pedido. Apelo desprovido” (– Acórdão Apelação Cível 70035163005, 22-4-2010, Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo).

“Usucapião. Promitente comprador. Possibilidade. Promitente comprador. Posse integral, sem distinção entre direta e indireta. Exercício de posse por mais de dez anos, com ânimo de dono, sem qualquer oposição e interrupção. Possibilidade de declaração do domínio pela via eleita. Arts. 1.238, parágrafo único, CC/2002. Não incidência do art. 2029, CC/2002. Ação ajuizada após os dois anos da vigência do Código Civil de 2002. Prazo prescricional implementado. Deram provimento” (– Acórdão Apelação Cível 70033932666, 20-4-2010, Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior).

“Apelação – Ação de usucapião especial rural – Ausência de comprovação dos requisitos prescritos no artigo 1.239 do Código Civil – Improcedência – Sentença confirmada. Para a declaração da usucapião especial rural nos termos da Constituição Federal e artigo 1.239 do Código Civil é necessária a demonstração inequívoca da posse mansa, pacífica e ininterrupta durante o período temporal legalmente exigido, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, pelo que não logrando a parte autora comprovar suas alegações, inviável o acolhimento da pretensão” (– Acórdão Apelação Cível 1.0073.08.035400-1/001, 11-5-2011, Rel. Des. Wanderley Paiva).

“Apelação cível. Ação de usucapião especial rural. Realização de acordo pelo autor em demanda reivindicatória sobre o imóvel usucapiendo antes do ajuizamento da presente ação. Ocasão na qual o autor admitiu exercer posse sobre área de terras de propriedade

de outrem e se comprometeu a desocupar o imóvel. Inexistência de posse sem oposição por cinco anos ininterruptos. Ausência de requisitos do art. 1.239 do Código Civil não preenchidos. Improcedência mantida. Recurso desprovido” (– Acórdão Apelação Cível 2007.037916-4, 30-6-2011, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil).

“Civil e processual civil – Ação de usucapião extraordinária – Requisitos – Discussão restrita à natureza da posse – Súmula nº 7 do STJ – Não incidência da espécie – Premissas fáticas já assentadas – Enquadramento jurídico dos fatos – Oposição – Não demonstração – Exercício com ânimo de dono exteriorizado – Aquisição do domínio pela prescrição aquisitiva – 1- o fato de o proprietário do imóvel ter celebrado negócio com instituição financeira e dado o bem em garantia, depois baixada, não configura verdadeira oposição à posse exercida por terceiros que nenhuma relação têm com aquele negócio, já que não foi adotada nenhuma providência hábil a interromper o lapso prescricional hábil a autorizar o reconhecimento da aquisição do domínio pela usucapião. 2- Exerce a posse com ânimo de dono aquele que passa a residir no imóvel por autorização de quem acreditava ser o dono e com a promessa de que o bem lhe seria doado, passando a pagar os respectivos impostos, a conservar as respectivas benfeitorias, ali recebendo correspondências particulares, tudo por mais de vinte anos, sem ser molestado por quem quer que seja. A exteriorização da posse reforça que ela é exercida com ânimo de dono. 3- Preenchidos os requisitos legais, deve-se reconhecer a aquisição do domínio pela usucapião. 4- Recurso especial provido. Sentença restabelecida” (– REsp 1.253.767 – (2011/0108265-3), 26-2-2016, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

“**Usucapião.** Loteamento sob a égide do Dec.-lei 58/37, aprovado em 1938, sem regulamentação da área pública. Posse mansa, pacífica e ininterrupta do Município por prazo superior a 20 anos, se enquadrando nas hipóteses do art. 1.238 do Código Civil, com força suficiente para que seja confirmada a usucapião pleiteada. A lei não faz qualquer vedação que seja concedido o benefício à pessoa jurídica de direito público. Medida judicial que, além de declarar o domínio, tem o fim social de regularizar a propriedade imperfeita. Sentença confirmada. Recursos improvidos (– Acórdão Apelação Cível 0012309-55.1996.8.26.0564, 6-7-2012, Rel. Des. Miguel Brandi).

“**Apelação cível. Ação de usucapião extraordinária.** Artigo 1.238, parágrafo único, do Código Civil. Requisitos ausentes. Demanda improcedente. O pedido de usucapião, por constituir forma originária de aquisição de propriedade, deve vir acompanhado de todos os requisitos legais autorizadores. Caso em que a prova produzida revela-se insuficiente, ante a ausência de comprovação dos requisitos legais para aquisição da propriedade por usucapião. A posse deriva de estado de fato, não se evidenciando, em regra, unicamente através de documentos. Recurso de apelação desprovido. Unânime” (– Acórdão Apelação Cível 70045257714, 27-10-2011, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá).

“Civil – Usucapião – Requisitos – Posse mansa e pacífica – Não Comprovação – Improcedência – A usucapião se traduz como forma de aquisição originária da propriedade pela posse prolongada, por um certo período de tempo, atendidos os requisitos legais mínimos: posse ad usucapionem; Lapso temporal; Coisa hábil – A usucapião extraordinária requer o concurso dos pressupostos gerais – Posse com animus domini, mansa, pacífica, e contínua –, sendo marcado, porém, pela maior duração da posse, cujo decurso, de modo tranquilo, faz presumir o domínio, independentemente de justo título ou boa-fé – No caso, não comprovado pela prova documental e oral que os autores exerceram a posse mansa e pacífica do imóvel, ausentes os requisitos legais, julga-se improcedente o pedido” (TRF-4ª R. – AC 5000300-31.2015.4.04.7103, 24-5-2016, Rel. Ricardo Teixeira do Valle Pereira).

“**Apelação cível – Ação de usucapião extraordinária conexa com ação reivindicatória** – Direito intertemporal – Hipótese excepcional – Aplicação do art. 2.029 do Código Civil – Presença dos requisitos essenciais para a declaração de prescrição aquisitiva – Posse com ânimo de dono, mansa e pacífica por longo lapso temporal – Prescrição aquisitiva configurada – Usucapião declarada. Nos casos previstos nos parágrafos únicos dos artigos 1.238 e 1.242 do Código Civil, aplica-se a norma de transição especial do art. 2.029 e não a regra geral do art. 2.028 daquele mesmo Código. Para que seja declarada a usucapião extraordinária em favor de quem eventualmente não possua justo título e boa-fé, é necessária posse mansa, ininterrupta e com ânimo de dono pelo lapso temporal exigido para a transferência de domínio pela prescrição aquisitiva. Agravo retido não provido e recurso provido” (– Acórdão Apelação Cível 1.0027.06.090952-3/001, 1º-2-2012, Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva).

“Usucapião pró-mísero – Cumulação de imóveis que superam a área de 250 metros quadrados. Vedação. Art. 183 da CF. Sentença que se mantém por seus próprios e jurídicos fundamentos” (– Ap 0064023-55.2006.8.26.0224, 12-11-2015, Rel. Mauro Conti Machado).

“**Apelação Cível. Direito processual. Ação de Usucapião.** Sentença indeferindo a exordial tendo em vista o imóvel usucapiendo possuir área de 360 metros quadrados, cujo prazo prescricional é de 15 anos. Impossível a aquisição da propriedade do imóvel em questão com fulcro no art. 1.240 do Código Civil, e também no artigo 183 da CRFB/88 e artigo 9º da Lei 10.257/2011, uma vez que as dimensões do imóvel pretendido ultrapassam o limite máximo de 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados estabelecido pelos supracitados artigos. Não há que se falar em aquisição da propriedade do imóvel em questão pelas modalidades de usucapião extraordinária ou ordinária previstas nos artigos 1.238 e 1.242 do Código Civil, respectivamente, uma vez que consta nos autos que a Apelante está na posse do imóvel somente desde o ano de 2004, não estando satisfeitos os prazos de 15 (quinze) ou 10 (dez) anos de posse exigidos por tais dispositivos legais. Nego seguimento ao Recurso” (– Apelação Cível 0032015-38.2010.8.19.0205, 7-10-2012, Rel. Des. Carlos

Eduardo Moreira da Silva).

“Apelação cível. Ação de usucapião. Ausência da matrícula do imóvel. Declaração cartorária dos registros de imóveis de que não encontraram o bem descrito, sem, contudo, afirmar a inexistência de matrícula. Imóvel pertencente a um loteamento. Ausência de manifestação a respeito da matrícula geral a qual deveria constar o desmembramento. Carência de certeza a respeito da titularidade do imóvel. Contratos particulares de compra e venda que não se configuram em justo título, pois não há como saber se quem vendeu o bem possuía poderes para tanto. Requisito para configuração da usucapião ordinária não comprovado. Usucapião extraordinária. Alegação de sucessão na posse. Prazo de dez anos ante a fixação de residência no imóvel. Continuidade da posse não demonstrada. Posse. Estado de fato. Prova essencialmente testemunhal. Depoimentos que não comprovam a posse alegada. Pretensão afastada. Decisum mantido. Recurso conhecido e improvido. De acordo com o artigo 1.242, do Código Civil, a aquisição originária da propriedade por meio de ação de usucapião ordinária está condicionada ao exercício da posse mansa, pacífica e ininterrupta pelo lapso temporal de no mínimo 10 (dez) anos com ânimo de dono e aquisição por justo título. Não havendo justo título, a aquisição da propriedade condiciona-se ao exercício da posse mansa, pacífica e ininterrupta pelo lapso temporal de no mínimo 15 (quinze) anos com ânimo de dono, podendo este prazo ser reduzido para 10 (dez) anos se comprovado nos autos que a coisa usucapienda é utilizada como moradia habitual ou nela é realizada obras ou atividades de caráter produtivo. Não estando cabalmente comprovado o exercício da posse pelo lapso temporal exigido pela lei, o indeferimento do pedido exordial é medida que se impõe” (– Acórdão Apelação Cível 2011.087186-7, 7-2-2012, Rel. Saul Steil).

10

AÇÃO REIVINDICATÓRIA E OUTROS MEIOS DE TUTELA DA PROPRIEDADE

10.1 JUÍZO POSSESSÓRIO E JUÍZO PETITÓRIO. TUTELA DA PROPRIEDADE

10.2 AÇÃO REIVINDICATÓRIA

10.3 AÇÃO DECLARATÓRIA

10.4 AÇÃO NEGATÓRIA

10.5 OUTROS MEIOS DE TUTELA DA PROPRIEDADE



11

AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE MÓVEL

O conceito e a compreensão de bens móveis e imóveis pertencem ao estudo da Parte Geral (ver nosso [artigo 10](#), seção 16.3). O Código define e elenca-os nos arts. 82 a 84. A maior importância jurídica conferida aos bens imóveis não se deve unicamente à relevância econômica, mas também porque intuitivamente a imobilidade no campo jurídico é a regra:

(Pontes de Miranda, 1971, v. 15:5).

A industrialização e o consumismo dos tempos atuais dão nova dimensão à importância dos bens móveis. Avulta a proeminência dos chamados bens de consumo, cada vez mais transitórios e descartáveis, mas vitais para a subsistência do homem atual. No entanto, ainda reside no imóvel a vitalidade da economia privada e a soberania dos povos. Disso dificilmente se afastará. Aos bens móveis, contudo, está reservado o importante papel de circulação das riquezas; a dinâmica da sociedade. O imóvel, por sua própria natureza, desempenha papel estático no bojo do patrimônio.

Tendo em vista o estágio histórico de nossa sociedade, perde importância a maioria das modalidades de aquisição da propriedade móvel descritas em nossos códigos, mercê de sua evidente vetustez. Sobreleva-se, no entretanto, a [ocupação](#) como modalidade mais importante de aquisição dos bens móveis. Para regulá-la, em última análise, é dirigida a maior parte da legislação de defesa do consumidor, por meio do microssistema jurídico introduzido por seu Código de Defesa (Lei nº 8.078/90).

O Código Civil de 1916 disciplinou como modalidades de aquisição dos móveis: [aquisição por tradição](#). Na seção dedicada à ocupação, trata da [ocupação](#) e [usucapião](#). O Código de 2002 estabelece a seguinte ordem, a partir do art. 1.260:

[aquisição originária](#). Modalidades originárias de aquisição são a ocupação e a usucapião. A invenção ou descoberta como regra geral não permite a aquisição da propriedade. As demais são derivadas.

O Código de 1916 definiu _____ no art. 592. A matéria continua a ser orientadora no Código de 2002, que não disciplina especificamente a matéria:

O Código em vigor dispõe no art. 1.263:

Nas sociedades primitivas, a princípio, as coisas não tinham dono. Delas apropriava-se o primeiro ocupante. O Direito Romano cristalizou a ideia de que a _____ pertence naturalmente ao primeiro tomador. A coisa é sem dono porque nunca o teve ou porque houve abandono por parte do titular (_____). Efetiva-se a propriedade pela apreensão da coisa, com a intenção do agente de tê-la como própria.

O art. 593 do Código de 1916, o qual mantém permanentemente interesse doutrinário e didático, enumerou a primeira classe abordada pelo ordenamento, ou seja, as coisas sem dono:

Os animais bravios não são todos os selvagens, porque estes podem já ter sido apropriados por alguém. São considerados _____ os animais não subordinados a qualquer senhoria.

Os animais, assinalados, marcados a fogo ou com sinetes ou sinais, como se costuma fazer com o gado, têm presunção de propriedade. Se não assinalados, são apropriáveis aqueles que perderam o hábito de retornar ao lugar do dono. Este, porém, não perde sua propriedade, enquanto estiver à procura deles (art. 596 do Código de 1916). Não há necessidade de procura contínua. O exame do caso demonstrará se o _____ do proprietário do animal é de permanente e atual estado de busca.

No mesmo sentido, tornam-se coisa de ninguém os enxames de abelha, se seu apicultor não os reclamar imediatamente. Há necessidade de que a colmeia transfira-se de um local para outro. Os enxames de abelhas são ordinariamente considerados universalidades de fato. São _____ as colmeias selvagens, que nunca foram ocupadas, ou podem ser parte integrante, pertença de imóvel, nos

termos do art. 43, III do Código anterior.

Os objetos lançados ao mar, tal como descritos na lei, serão se não apresentarem sinal de domínio: mercadorias alijadas de navio que trazem o nome da embarcação, ou do responsável pelo transporte, não são apropriáveis pela ocupação. Poderão ser objeto de invenção. Para a ocupação de , há necessidade de que efetivamente as coisas estejam sem dono.

O parágrafo único do art. 592, aqui transcrito do antigo Código, definiu o que se deve entender por coisa abandonada. No abandono, existe ato de renúncia; abre-se mão do direito de propriedade. A pode assim ser apropriada por outrem, em ato originário de aquisição. Verifica-se em cada caso se houve renúncia à propriedade. de não mais ser dono. Examina-se o comportamento do agente. Quem joga coisa fora manifesta a intenção de não mais exercer a propriedade. Quem deixa coisa dentro de sua propriedade presume-se manter a posse e a propriedade.

O crescimento da população e a valorização dos bens móveis em geral tornam rara na atualidade a aquisição por ocupação. As modalidades de e são as poucas possibilidades de ocupação. Com exceção da pesca em escala comercial, as demais situações de ocupação não apresentam relevância.

O ordenamento de 2002, art. 1.263, preferiu sintetizar em uma frase legal a aquisição por ocupação, referindo-se apenas às coisas sem dono, que abrangem todas as modalidades de , abrindo mão da enumeração do velho art. 593. Coisas sem dono são tanto as que foram abandonadas, como as que nunca tiveram titular. Incluem-se, evidentemente, os semoventes. Não há mesmo, atualmente, necessidade de qualquer outra disposição.

A foi a principal atividade de subsistência das sociedades primitivas. Nosso ordenamento disciplina-a pelo Código de Caça, Lei nº 5.197/67, que substituiu o Decreto nº 5.894/43. Há, ainda, legislação esparsa complementar. As normas reguladoras da caça, licença, períodos permitidos e proibidos, regiões etc. dizem respeito ao direito administrativo, e por este deve ser tratado, tanto que o instituto não é disciplinado pelo presente Código. Como modalidade de aquisição da propriedade, a caça pode ter lugar em terras públicas ou particulares, com licença do proprietário (art. 594 do Código de 1916). Analisam-se aqui, nessa oportunidade, os princípios do antigo Código, que servirão de referência mesmo no ordenamento civil em vigor.

Pertence ao caçador o animal por ele apreendido ou ferido, quando for em seu encalço, ainda que outrem o tenha apanhado (art. 595). Se o animal ferido ingressar em terreno de outrem, se este não permitir o ingresso do caçador, terá que expelir ou entregar a caça. Não o fazendo, deixando o caçador de adquirir a propriedade do animal atingido, terá direito à indenização daquele que se recusou a entregá-lo. O caçador não pode, no entanto, penetrar em terreno alheio, sem licença do dono. Se o fizer, perderá para este a caça, respondendo por dano que tenha causado (art. 598). O Código resguardou o

pleno exercício da propriedade imóvel. O ingresso de estranho, sem autorização, sempre será ponto de discórdia. A questão não deixa de ter importância em locais onde ainda abundam animais selvagens. O ingresso de estranho em terra alheia, sem autorização, caracteriza esbulho (ou turbação) à posse, a permitir a legítima defesa, ou o desforço imediato. Da mesma forma, não pode o caçador colocar alçapões e armadilhas em terreno alheio; se autorizado para tal, o animal apreendido lhe pertencerá.

Ainda que exercendo a caça nos limites de sua propriedade, o proprietário fica subordinado aos regulamentos administrativos. Há que se atentar para o equilíbrio ecológico e preservação das espécies. O exercício da caça não é livre. Quando o direito administrativo permite a caça, o Estado regulamenta o direito, mas não o proíbe sistematicamente. Permitida a caça em terreno particular, o proprietário pode arrendar o direito à caça, limitando-o ou não a certos animais, bem como a certas quantidades. Quando se trata de encalço de animal perigoso, a matança não é caça, mas estado de necessidade (Miranda, 1971, v. 15:52).

A caça consiste no ato de apanhar peixes em curso de água, lagos, mares etc. O Código de 2002 também não cuida da matéria, que deve ser objeto da legislação específica. Trata-se, porém, de modalidade de aquisição da propriedade e como tal deve ser vista. Analisamos os princípios estabelecidos no Código de 1916, também como mera orientação.

O art. 599 apresenta simetria ao disposto sobre a caça:

A pesca possui importância econômica maior na realidade atual. É meio de subsistência e sobrevivência principal de muitos povos. Há que se distinguir em cada caso se de fato existe ocupação de determinado terreno. Quem pesca em vasca, açude ou piscina com autorização do proprietário não ocupa, mas tem relação contratual com o dono do terreno. Não apenas nosso Código de Pesca (Decreto-lei nº 221/67), mas também tratados e acordos internacionais regulam o exercício da atividade pesqueira em alto-mar, águas nacionais e internacionais. É matéria de direito administrativo. Ao direito civil importa unicamente a pesca como modalidade de aquisição da propriedade. A possibilidade de pesca é ordenada tendo em vista a reprodução das espécies, proibindo-se práticas predatórias.

No mesmo sentido da caça:

As disposições são simétricas ao estabelecido para a caça, no Código revogado.

Assim como o proprietário pode caçar em suas terras, obedecidas as restrições administrativas, também pode pescar nas margens ribeirinhas:

Pescar em águas alheias ou dominicais sem autorização é ato ilícito.

A invenção, como disciplinada em nosso Código de 1916, é a invenção (Gomes, 1983:158). O código em vigor prefere o título “descoberta”, que possui o mesmo sentido (arts. 1.233 a 1.237). São coisas perdidas, mas não abandonadas. A perda da coisa não implica perda da propriedade. Nisto a invenção distingue-se da ocupação de coisas sem dono ou abandonadas. Inventor é aquele que encontra coisas perdidas, mas que têm dono. Sua obrigação é devolvê-las ao titular:

Não se cuida, portanto, de modalidade de aquisição da propriedade em nosso sistema, que segue princípio romano. O corrente Código suprime a disposição como modalidade de aquisição da propriedade, para cuidar do fenômeno no capítulo da propriedade em geral.

Pelo nosso ordenamento, o inventor nunca poderá adquirir a coisa achada. O art. 606 do Código de 1916 dispôs que, após seis meses da notificação à autoridade, sem que se apresente o dono, a coisa seria vendida em hasta pública. O inventor teria apenas direito a recompensa e indenização pela guarda e transporte da coisa, se o dono não preferisse abandoná-la (art. 604). A essa recompensa dá-se o nome de recompensa do descobridor. Somente nessa hipótese de abandono poderia o inventor ocupar a coisa, que, nesse caso, tornara-se coisa sem dono. Se vendida em hasta pública, seriam deduzidas do valor alcançado as despesas e a recompensa do inventor, pertencendo o remanescente ao Estado (ou ao Distrito Federal ou Território, conforme o local do achado).

O art. 1.237 do Código contemporâneo muda parcialmente o enfoque: por esse dispositivo, decorridos 60 dias da divulgação da notícia pela imprensa, ou do edital, não se apresentando quem comprove a propriedade sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública. Deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do descobridor, o achádego, o remanescente pertencerá ao Município em cuja circunscrição se deparou o objeto perdido. Como se vê, não há necessidade sistemática de edital, pois basta que o prazo de 60 dias seja contado da divulgação da notícia pela imprensa. A esse respeito, inova o art. 1.236 do Código ao estabelecer que

. Melhor seria que o Código esclarecesse que caberiam à autoridade judicial os procedimentos acerca da descoberta. O art. 746 do CPC de 2015 repete, em síntese, o que já constava do art. 1.170 do estatuto anterior, e também menciona que uma vez recebida a coisa por autoridade policial, esta remeterá ao juízo competente.

Caberá ao juiz, entretanto, tendo em vista as circunstâncias em torno do achado, o valor e o preço da coisa, fixar o montante do achádego. Acrescenta, porém, o parágrafo único do art. 1.237 que

Como se nota, cabe ao Município definir a oportunidade e conveniência de deixar a coisa com o descobridor. Para tanto poderá ser notificado pelos interessados para que se manifeste em prazo razoável.

No entanto, o art. 1.234 do presente Código, ao contrário do estatuto anterior, preferiu ser objetivo quanto à fixação do valor da recompensa, estabelecendo um montante não inferior a cinco por cento de seu valor, bem como abonando ao inventor as despesas com a conservação e transporte da coisa,

. Acrescenta ainda o parágrafo único do art. 1.234:

O art. 604 do antigo Código nada estabelecia quanto aos critérios para o montante da recompensa, que ficava a critério exclusivo do juiz.

Há que se enfatizar que os dispositivos referentes à descoberta têm aplicação para a atividade espontânea ou fortuita do descobridor. Este pode ter-se lançado à procura de coisa perdida justamente em busca de aventura ou recompensa ou pode ter deparado com ela fortuitamente. Em qualquer das situações, fará jus à recompensa, com os critérios especificados. Nada, porém, poderá pleitear se o dono preferir abandonar a coisa, salvo o direito de ficar com ela. A situação, porém, será diversa se o dono da coisa encarregou alguém para achá-la. Nesse caso, o fato terá cunho contratual e como tal deve ser interpretado, servindo os artigos do Código acerca da descoberta apenas como disposições supletivas da vontade das partes.

O sistema efetivamente não incentiva o inventor de a devolver a coisa achada, salvo as de pequeno valor, conforme referido e na hipótese de o dono preferir abandoná-la. Preferirá, talvez, em vez de receber duvidosa recompensa, manter a coisa em sua posse com ânimo de dono, adquirindo a propriedade pela usucapião. No entanto, ninguém está obrigado a recolher a coisa perdida. Se o fizer, deve, como regra, submeter-se às regras do ordenamento. Pelo fato de se tornar inventor, assume deveres e obrigações. Para o inventor somente surgia a obrigação de procurar o dono ou possuidor, ou entregar a coisa à autoridade se a recolhe. Essa a razão pela qual a lei o premia com recompensa, além do direito de receber pelos gastos no transporte e manutenção. Coíbe-se, nesse aspecto, mais uma vez o injusto enriquecimento. A posição do descobridor é semelhante à do depositário, mas melhor se identifica ao

gestor de negócios (Miranda, 1971, v. 15:200). Desse modo, agindo o inventor com negligência ou dolo, deixando de procurar o titular da coisa achada ou de entregá-la à autoridade, responderá por indenização de acordo com o art. 1.235, quando não bastasse, pelo princípio geral da responsabilidade aquiliana (art. 186), sem prejuízo da penalização criminal. O art. 169, parágrafo único, inciso II, do Código Penal considera crime a apropriação total ou parcial de coisa alheia, em lugar de entregá-la ao dono, ou legítimo possuidor, ou à autoridade competente, dentro do prazo de 15 dias. Nesse crime, com acuidade, Celso Delmanto (1988:336) anota que a conduta deveria ficar restrita apenas à esfera civil, tendo em vista a possibilidade de erro de direito:

O mesmo autor aponta julgado em que o tribunal entendeu que não haverá dolo se provado que o agente deixou de entregar a coisa à autoridade, dentro dos 15 dias, por negligência e não por dolo (454/449).

Se o inventor tiver dúvidas acerca do titular da coisa, deverá de igual maneira entregá-la à autoridade, cabendo ao juiz decidir.

Poderá o inventor exercer direito de retenção para receber a recompensa e a indenização garantidas na lei? A resposta parece-nos afirmativa (Miranda, 1971, v. 15:200). O direito de retenção é garantia para o ressarcimento. É garantia de execução de obrigação. Como tal, todo possuidor de boa-fé, não importando a que título, pode exercê-lo. O princípio da boa-fé prepondera na espécie a exemplo das benfeitorias. Se o agente tiver agido de má-fé ao apreender a coisa, não terá havido invenção de coisa perdida, mas furto ou apropriação indébita. Se já a tiver entregue à autoridade, por desconhecer o dono, já não terá possibilidade material de exercer a retenção. Se a coisa achada for mercadoria de fácil deterioração, caberá ao juiz determinar sua venda. Age de boa-fé aquele que, em vez de entregar a coisa deteriorável, vende-a, entregando o valor ao dono ou à autoridade competente, impedindo sua perda.

O valor da recompensa poderá ser, ainda, aquele prometido pelo dono ou possuidor (arts. 1.512 ss), ou, não havendo promessa, fixado equitativamente pelo juiz, com os critérios estabelecidos pelo presente Código. Se o inventor entender insuficiente ou insignificante a recompensa, pode pedir o arbitramento judicial, conforme a solução do Código argentino, que não contraria o espírito de nossa lei.

Ainda, o Código impõe responsabilidade ao inventor pelos prejuízos causados ao proprietário ou possuidor legítimo, quando tiver procedido com dolo (art. 1.235; antigo, art. 605). Equipara-se ao dolo a culpa grave. A culpa simples não o obriga a indenizar, portanto.

O CPC regula a venda de coisas vagas ou perdidas nos arts. 746 ss. A entrega da coisa se fará à autoridade judiciária ou policial. Para o processo, instaurado pelo auto de arrecadação ou portaria, competente será o juízo do local onde foi encontrada a coisa. O art. 1.174 do CPC anterior permitia que o inventor pedisse a adjudicação da coisa, se o dono preferisse abandoná-la, operando-se somente nessa

hipótese, como acenado, a aquisição da propriedade pelo inventor. Esse procedimento não fica obstado pelo silêncio do estatuto processual a esse respeito.

A seguir, o Código de 1916 disciplina o . O Código de 2002 abre a seção sob o título

Trata-se de coisa de valor encontrada em bem móvel ou imóvel, que se encontrava oculta, sem relação jurídica com o titular, que não mais se sabe quem é, (art. 1.264). O dispositivo antigo refere-se a depósito antigo de moeda ou coisas preciosas. O Código em vigor refere-se apenas às coisas preciosas. Embora o ordenamento refira-se à invenção de coisas em imóvel, nada impede que o tesouro seja encontrado por outrem em bem móvel, encontrando-se ali sem conhecimento do dono.

Diminuta é a importância atual da matéria, inserida no Código como decorrência de épocas passadas, situação de pessoas que enterravam e escondiam seus pertences ao fugir de guerras ou revoluções. Morto ou desaparecido o proprietário, os tesouros ficavam ocultos até que por casualidade fossem encontrados.

Se o tesouro for encontrado em prédio alheio, o art. 1.264 determina que seja dividido entre o proprietário do prédio e o inventor. O vigente Código no art. 1.264 faz importante observação que deveria estar expressa no ordenamento anterior. Essa divisão do tesouro entre o proprietário do prédio e o achador deve decorrer de . Se a pessoa foi contratada para achar coisas, a relação é negocial. Tanto é assim, que o art. 1.265 do presente diploma esclarece que o tesouro pertencerá por inteiro ao proprietário do prédio, se for achado por ele, ou em pesquisa que ordenou, ou por terceiro não autorizado. A disposição moderniza o que já estava disposto no art. 608 antigo.

A regra não sofre exceção se o tesouro é achado em bem público. Se a coisa é achada em prédio sob condomínio, a metade do proprietário é dividida entre os condôminos. Se foi o condômino que achou, tem ele direito à metade que lhe cabe como inventor. Se em condomínio em edifícios ou assemelhado, pertence ao condomínio a metade da coisa achada nas áreas comuns e ao condômino se achada em sua unidade autônoma. Se o tesouro é achado por inquilino, comodatário, depositário etc., os quais detêm a posse imediata em razão de contrato, o mecanismo funciona como se estranhos fossem, não se alterando a regra do art. 1.264. Para o usufrutuário, existia regra específica no art. 727 do Código de 1916:

Terá direito à metade, porém, como qualquer outro, se ele casualmente achar o tesouro, cabendo a outra metade ao nu-proprietário. A regra do art. 727 não é repetida no vigente ordenamento, mas, por um sentido lógico e histórico, a mesma regra deve ser mantida, pois o art. 1.264 refere-se unicamente ao proprietário do prédio.

É difícil justificar a regra que determina a divisão do achado entre o inventor e o proprietário do prédio. O tesouro é evidentemente coisa distinta do prédio, sem qualquer relação jurídica com seu

proprietário, não havendo razão para beneficiá-lo pela atividade alheia. A esse respeito comenta Guillermo Borda (1984:276):

Para a caracterização do tesouro, devem estar presentes, de acordo com a lei, os seguintes requisitos: 1. ser um depósito de coisas móveis de certo valor, decorrente de ato voluntário; 2. a coisa encontrada deve estar enterrada ou oculta; 3. deve ser tão antigo de molde a não existir notícia de sua origem ou propriedade. É necessário que se trate de coisa sem dono.

Tesouro é necessariamente bem móvel de que não se tinha conhecimento. Se alguém descobre que a tela sobre a parede é de pintor célebre e não simples reprodução, não há tesouro, porque a coisa já era conhecida. Não há necessidade de que se trate de pluralidade de coisas. Uma só moeda antiga pode constituir tesouro. O tesouro constitui-se de coisa antiga, da qual não se tinha memória. A vetustez é requisito essencial, porém relativo; nosso Código não fixa tempo.

Não é suficiente que alguém descubra o tesouro, é necessário que o . O Código não empregou o verbo , mas . Alguém pode saber que há moedas enterradas em prédio, sem saber sua exata localização. O tesouro requer a posse por parte do inventor. De acordo com o art. 1.264, quem acha coisas em terreno alheio faz-se possuidor imediato de metade do achado, sendo também possuidor imediato da outra metade o dono do prédio (Miranda, 1971, v. 15:95).

Se é o proprietário do prédio quem encontra o tesouro, existe acessão. Adquire a propriedade da coisa achada porque está em seu domínio. Quando o Código manda dividir o tesouro com o terceiro achador, mais apropriadamente, segundo a doutrina, qualifica-se a divisão do tesouro como modalidade de recompensa para o achador. Cuida-se, pois, de situação atípica de aquisição da propriedade, porque se divide o achado com o dono do prédio ou do móvel onde o tesouro se encontrava. Tal como disposto na lei, seguindo a mesma solução no direito comparado, estabelece-se um condomínio forçado entre o descobridor e o proprietário do prédio (Weill, Terré, Simler, 1985:356), tanto que comete ilícito penal o inventor que se apossa do todo.

Para que ocorra o tesouro, o achado há de ser casual. Se o agente pesquisa justamente para encontrar coisas preciosas, não há tesouro. Se o fazia com licença do dono do imóvel, há contrato entre eles. Se contra sua vontade, a coisa pertence inteiramente ao dono do imóvel (veja art. 1.265).

O Código Penal, no art. 169, I, qualifica como crime a apropriação da quota do proprietário do tesouro achado em seu prédio.

A regra geral aplica-se ao terreno enfiteutico que trata o enfiteuta como se dono do prédio fosse:

(atual, art. 1.266).

Lembre-se de que a enfiteuse desaparecerá gradualmente com o Código de 2002, que deveria estabelecer uma solução para o direito de superfície, que é introduzido pelo ordenamento vigente.

Não mais se considera tesouro a coisa encontrada se for identificado o dono. Nesse sentido dispunha o art. 610 do Código de 1916:

Se o proprietário da coisa encontrada surgir e reclamar, não há tesouro. O presente Código entendeu desnecessária essa disposição. O procedimento judicial possibilita, inclusive pela rede mundial de computadores, o conhecimento do achado por terceiros, pela publicação de edital (art. 746, § 2º, do CPC).

A manipulação de matéria-prima pode dar origem à propriedade (art. 611 do Código de 1916):

O art. 1.269 do Código em vigor dispõe:

De natureza controvertida no passado, nosso Código classifica a especificação como modalidade de aquisição da propriedade móvel. A questão é muito importante, tendo em vista a criatividade humana. O artífice transforma o couro em calçados, a pedra em instrumentos, o ferro em utensílios, o barro em escultura etc. Ocorre a especificação quando existe o labor e não pode a coisa retornar à espécie anterior. A relevância jurídica surge do fato de a matéria-prima ser alheia, total ou parcialmente. A especificação é necessariamente produto do trabalho humano.

Os princípios legais procuram sempre evitar o injusto enriquecimento. Se a mão de obra for de valor consideravelmente superior ao material, a espécie nova deverá pertencer ao especificador, ainda que tenha ele agido de má-fé.

Trazemos à colação a redação do art. 1.270:

Problema não surge quando alguém trabalha com material seu. Quando a matéria-prima é parcialmente sua, deve indenizar pelo valor daquilo que era alheio (art. 1.271). Se toda a matéria-prima não é do especificador, e a coisa nova não puder ser revertida ao estado anterior, dele será a novidade se obrou com boa-fé. Indenizará evidentemente o dono da matéria-prima. Se a novidade puder ser revertida ao estado anterior, a ferradura ao ferro, o anel ao ouro, por exemplo, a coisa pertencerá ao dono da matéria-prima. Mesmo quando não redutível, estando o especificador de má-fé, a novidade ficará com o proprietário da matéria-prima. É evidente que, se a lei dispusesse em contrário, incentivaria o furto.

No entanto, nos termos do § 2º, se o valor da mão de obra supera em muito o valor da matéria-prima, a escultura em relação à pedra ou ao barro, por exemplo, ainda que ocorrendo má-fé, a novidade será do especificador. Imagine-se subtrair uma obra de Michelângelo somente porque se utilizou de mármore alheio! O Código anterior reportava-se ao preço da mão de obra, ou seja, atividade do artífice, e não preço da coisa nova. No entanto, era evidente que, em se tratando de obra de arte, o preço da mão de obra confunde-se com o da própria obra. Trata-se de valor axiológico. Outra interpretação levaria à solução injusta. Sob esse prisma, o Código deste século, além de mencionar o princípio geral, é também expresso quanto ao valor da pintura em relação à tela, da escultura, da escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima (art. 1.270, § 2º). Trata-se de aplicação do princípio de acessoriedade exposto no art. 62 do Código de 1916. Cabe ao juiz em cada caso avaliar a superação do trabalho sobre a matéria.

Em qualquer caso, indeniza-se pelo valor da matéria-prima perdida (art. 1.271). No caso de má-fé, o especificador responde também por perdas e danos.

O art. 614 do Código anterior dispunha que “a especificação obtida por alguma das maneiras do art. 62 atribui a propriedade ao especificador, mas não o exime à indenização”. Cuidava-se das hipóteses de acessoriedade, já mencionadas, da pintura em relação à tela; da escultura em relação à matéria-prima e da escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima que os recebe. Superior o valor do labor, atribui-se a propriedade da coisa ao especificador, que indenizará pela matéria-prima utilizada, evitando-se o enriquecimento injusto. O ordenamento dá preferência ao especificador ao lhe atribuir a novidade, dando proeminência à criação do gênio humano sobre a matéria. Nessas situações, não se leva em conta a influência da má-fé. Em nenhuma hipótese, porém, deixa o dono do material de ter direito à indenização. A regra mantém-se no presente diploma, como apontamos.

Nessas hipóteses, também ocorre amálgama, em regra involuntária ou fortuita, de matérias pertencentes a diferentes proprietários. Se o fenômeno foi estabelecido por vontade das partes, incumbe-lhes disciplinar o regime jurídico ou partilha, regulando-se pelos princípios contratuais. A doutrina entende essas três modalidades como formas de acessão de móvel a móvel.

Essa mescla de materiais pode decorrer de líquidos de pessoas diferentes (), ou de coisas secas ().

Aqui, a confusão é de coisas e não confusão de direitos obrigacionais (art. 381), cuja conotação semântica é semelhante. Nessas situações, ordinariamente se estabelece o condomínio. Na , ocorre a justaposição de uma coisa a outra, impossível de serem destacadas. Distinguindo-se a principal da acessória, assume o dono da principal a propriedade da segunda.

As situações de fato podem decorrer, por exemplo, da junção de vinhos de duas espécies (confusão); café de duas qualidades (comistão). Ocorre a adjunção quando se solda uma peça a um motor, por exemplo.

A regra geral é o estabelecimento de condomínio entre os vários titulares (art. 1.217). Se for possível a separação, líquidos de densidades diferentes, como óleo e vinagre, por exemplo, as coisas voltam aos respectivos donos. O condomínio estabelecido extingue-se.

Quando a separação for impossível, ou muito dispendiosa, manter-se-á o condomínio , mantendo cada titular seu quinhão proporcional sobre o todo (art. 1.272, § 1º). se a parte insiste na separação das coisas ainda que muito dispendiosa? Deve o juiz decidir no caso concreto, impondo à parte insistente as despesas pela separação, pois a lei não autoriza, na hipótese, a proporcionalidade dos custos.

Quando uma das coisas puder ser considerada principal em relação à outra, como a incrustação de pedras preciosas em metal, por exemplo, o bem pertencerá ao dono do principal que indenizará pelo acessório (art. 1.271, § 2º). A adjunção somente permite a propriedade exclusiva se um dos objetos puder ser considerado principal em relação ao outro; caso contrário, subsiste a regra do condomínio forçado. Mantém-se o todo indiviso.

Também nesse tópico se evitará a ocorrência do injusto enriquecimento. A parte que agiu de boa-fé, perante outra de má-fé, pode escolher entre guardar o todo, pagando a parte que lhe for estranha, ou então optará em renunciar ao todo, recebendo o valor do que perdeu mais perdas e danos.

comissão

A nova redação melhora a compreensão do antigo art. 616.

Houve uma injustificável cochilada do legislador de 2002, pois menciona nos arts. 1.272, 1.273 e 1.274 e na abertura da respectiva seção do Código mais recente a palavra “comissão”, quando evidentemente se refere ao fenômeno da “comistão”. Deverá ser feita a oportuna correição, a qual, aliás, já tarda.

Sempre que ocorrer má-fé no campo jurídico, existe a possibilidade de indenização por perdas e danos. Evidente que, se o agente mescla matéria toda ela alheia, responde pelo valor mais perdas e danos com base no princípio geral da culpa.

Se com a mesclagem resultar espécie nova, aplicar-se-ão os princípios da especificação, no sistema

do Código de 1916 (art. 617). O Código de 2002 altera essa solução e determina, no art. 1.274, que nesse caso se aplicarão as normas da confusão, comistão ou adjunção, aqui expostas, arts. 1.272 e 1.273. O presente Código entende mais justa a solução de manter em condomínio a coisa nova obtida de boa-fé, e, no caso de má-fé, atribuir à parte de boa-fé o direito de escolher entre adquirir a propriedade, pagando o que não for seu, abatida a indenização devida, ou renunciar ao que lhe pertencer, optando pela indenização. No sistema anterior, aplicada a solução da especificação a consequência seria outra, como vimos, atribuindo o domínio ao autor do fato.

A importância da usucapião para os móveis é evidentemente muito menos ampla do que para os imóveis. No entanto, os princípios e a finalidade que o inspiram são idênticos. Embora entre nós não prepondere o princípio pelo qual a posse dos móveis de per si pressupõe a propriedade, como no direito francês, a posse inconturbada da coisa móvel em geral é suficiente para o direito e proteção do titular, uma vez que a tradição transfere o domínio. No entanto, os móveis e semoventes também podem ser objeto de usucapião.

Por vezes, terá o possuidor de coisa móvel necessidade de comprovar e regularizar a propriedade. Suponhamos a hipótese de veículos. Como toda coisa móvel, sua propriedade transfere-se pela tradição. O registro na repartição administrativa não interfere no princípio de direito material. No entanto, a ausência ou defeito no registro administrativo poderá trazer entraves ao proprietário, bem como sanções administrativas. Trata-se de caso típico no qual, não logrando o titular regularizar a documentação administrativa do veículo, irregular por qualquer motivo, pode obter a declaração de propriedade por meio da usucapião. O mesmo se diga sobre a necessidade de regularização e comprovação de propriedade de semoventes, pois muitos animais de alto valor, como cavalos, cães, gado de alta linhagem possuem registro administrativo ou privado.

O art. 1.260 estabelece o lapso possessório de três anos para a usucapião ordinária:

Para a usucapião ordinária, observam-se as mesmas regras conferidas aos imóveis. Aplica-se o que foi dito a respeito da conceituação de justo título e boa-fé. Estes devem perdurar durante todo o período aquisitivo.

O art. 1.261 regula a usucapião extraordinária dos móveis:

Também aqui, no prazo maior, dispensam-se os requisitos de justo título e boa-fé. O Código de 1916

mantinha também esse mesmo prazo na hipótese (art. 619).

O art. 1.262 manda aplicar os arts. 1.243 e 1.244 à usucapião das coisas móveis.¹ Desse modo, a lei admite a acessão das posses e as causas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição à usucapião ordinária e extraordinária das coisas móveis. Destarte, o herdeiro soma a sua à posse que recebe do autor da herança, e contra o incapaz não corre prescrição aquisitiva.²

De acordo com esses princípios, nada obsta que o proprietário se valha da ação reivindicatória para haver sua coisa móvel. No entanto, a usucapião pode eficazmente ser alegada como matéria de defesa, como sói acontecer com os imóveis. Aliás, muito mais comum que a usucapião nessas hipóteses seja alegado como exceção substancial na contestação do que em ação específica. Por outro lado, consumado o prazo usucapiendo, o antigo titular perde direito à ação reivindicatória.

A usucapião de coisa móvel, como vimos, apresenta prazos mais exíguos.

Da mesma forma dos imóveis, constituem para a usucapião dos móveis tudo o que puder ser objeto de posse. A usucapião extraordinária ignora a boa-fé e o justo título.

Poucos são os exemplos jurisprudenciais de usucapião de coisas móveis. Já nos manifestamos sobre a possibilidade de defesa possessória do direito de uso de linha telefônica. O direito de uso do telefone é coisa móvel por força do art. 48 do Código anterior. A assinatura de um telefone confere ao titular o direito de uso sobre objeto móvel. Por consequência, também esse direito pode ser objeto de usucapião. Nesse sentido, comungando com nossa opinião, aduz Benedito Silvério Ribeiro (1992, v. 1:373):

Atualmente, não se pode mais afirmar que a linha telefônica apresente valor considerável, mas a assertiva é importante pelo princípio geral que encerra, permitindo a analogia para outras hipóteses. Esse monografista também colaciona inúmeros julgados que admitem a aquisição. Evidente, como já afirmado, que essa aquisição usucapienda nunca ocorrerá em relação à concessionária, mas em relação a terceiros.

(Rizzardo, 1991, v. 2:490).

Não fosse essa a melhor solução, seriam injustificáveis as penhoras sobre linhas telefônicas, de ocorrência comuníssima no passado. A Súmula 193 do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a usucapião de direito de uso de linha telefônica, colocou fim à discussão.

A maior dificuldade processual na usucapião de coisas móveis reside em saber contra quem promover o pedido, uma vez que a pretensão, em tese, é dirigida contra todos. Nessa hipótese de réu indeterminado, a sentença limita-se a declarar o domínio, homologando a pretensão. Cabe ao juiz, porém, exigir a prova necessária, como, por exemplo, certidão de inexistência de ações possessórias relativas

ao bem descrito.

Desconhecido o atual proprietário, emerge dúvida sobre quem colocar no polo passivo. A solução será, sem dúvida, a citação edilícia de réus desconhecidos, incertos e ausentes, hipótese em que determinará a presença do Ministério Público. Doutro lado, dirigida a ação exclusivamente contra anterior proprietário, pois outro interessado na coisa não existe, não há necessidade de intervenção do Ministério Público (120/125). Havendo possibilidade de a coisa ter pertencido a entes estatais, devem ser científicas as fazendas públicas. Examina-se a hipótese vertente no processo, segundo o prudente critério do juiz. Juiz imprudente é aquele excessivamente apegado à fórmula; é atrabiliário e mau juiz. Não pratica a justiça, mas a burocracia. O processo de usucapião de coisa móvel requer cautela, mas não exagero. O mesmo se diga a respeito de representantes do Ministério Público que, por vezes, extrapolam os limites do aceitável em seu nobre mister, com requerimento de exigências descabidas. Geralmente, a prova testemunhal será suficiente para a prova da usucapião. No entanto, não se dispensa até mesmo a possibilidade de prova pericial, se as circunstâncias da posse da coisa o exigirem.

Se o efeito da sentença for declaratório, reconhecerá a preexistência da propriedade da coisa móvel. Será a decisão título hábil para o registro administrativo, se necessidade houver, como, por exemplo, nas hipóteses de veículos automotores, telefones, navios e aeronaves. Destarte, destaca-se aí o efeito secundário mandamental da sentença declaratória de usucapião. Não havendo outra necessidade de registro, pode ser registrada no Cartório de Títulos e Documentos, para conhecimento de terceiros. Nesse sentido, a Súmula 489 do Supremo Tribunal Federal:

Como a aquisição da propriedade se dá pela inércia do anterior titular, este não terá ação de injusto enriquecimento contra o usucapiente (Miranda, 1971, v. 15:105).

Assentamos no decorrer deste texto que a propriedade no direito nacional transfere-se primordialmente pelo registro imobiliário no tocante aos imóveis e pela tradição quanto aos móveis. Não prepondera a regra mobiliária do direito francês pela qual a posse vale título.

Nesse diapasão, dispõe o art. 1.267:

Enunciamos também que, não ocorrendo a tradição do móvel, o adquirente tem apenas ação pessoal, de obrigação de dar ou entregar contra o alienante para haver a coisa, decorrente do contrato. Não a reivindica, porque ainda não é dono. Somente a tradição, ainda que pelo constituto possessório ou outra

modalidade simbólica, transforma-o em proprietário da coisa móvel. O contrato por si só não transfere a propriedade.³ Com a entrega, a transferência da coisa torna-se pública. O direito pessoal transforma-se em real.

significa entregar, ceder, fazer passar a alguém, transmitir, confiar, dar. configura a ação de dar ou entregar. Somente com a entrega da coisa nasce o direito real. No entanto, cumpre advertir que a tradição é ato ambíguo. Não somente serve para transmitir a propriedade, como também para transmitir unicamente a posse ou detenção. Importa analisar o caso concreto e a intenção dos sujeitos. Somente alheia a propriedade como regra geral se o tem o domínio da coisa. É necessário também que o tenha intenção de recebê-lo. A transmissão da propriedade pela tradição deve ser fundada em negócio jurídico bilateral (Miranda, 1971, v. 15:241). A cláusula de transferir o objeto da alienação é implícita nos contratos de compra e venda de bens móveis. Daí a possibilidade de ajuizamento da ação para obrigação de dar, por nós enfatizada. A tradição, com o contrato, também é ato ou negócio jurídico bilateral, mas com ele não se confunde. Já exaurimos a noção de que pode existir contrato de alienação sem tradição, assim como tradição sem contrato de alienação.

Três modalidades de tradição costumam ser distinguidas:

- A tradição consiste na efetiva entrega material da coisa feita pelo alienante ao adquirente, ainda que por procuradores ou núncios.
- A tradição é tão somente representativa, não ocorre materialmente.

A entrega das chaves de um veículo é exemplo caracterizador.

- O , referido na lei e já mencionado no tocante aos imóveis, é tradição . O alienante continua na posse do móvel, mas altera-se seu . Possuía como dono e passa a possuir a outro título. Vende a coisa e permanece com ela como locatário, por exemplo. Também é ficta a tradição , quando a coisa já está em mãos de quem deve recebê-la, como descreve o vigente Código, operando-se apenas a mudança do título: o locatário passa a possuir como proprietário pelo ato de alienação. A exemplo dos imóveis, a tradição simbólica ocorre quando a coisa é mostrada e descrita pelo alienante, sendo posta a sua disposição.

O presente Código refere-se ainda à modalidade de tradição ficta pela qual o titular cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro. Nesse caso, opera-se a transferência da posse mediata ou indireta. Efetuamos nesta obra estudo sobre a sistemática pátria acerca da posse direta e indireta. O proprietário titular da posse indireta pode transmiti-la, cedendo o direito à restituição da coisa. São as hipóteses, por exemplo, de alienação de coisa dada em locação, em comodato, em depósito etc. A transferência envolve a posse indireta que é acompanhada do direito à restituição, isto é, o direito de reaver a coisa locada na época oportuna.

A tradição remonta ao Direito Romano, que exigia a materialidade de transferência da coisa. Lembre-se, todavia, de que apenas a tradição não transfere a propriedade, se não preexistir um negócio

jurídico anterior que consubstancie essa transferência. Os contratos de locação, depósito, comodato, por exemplo, traduzem tradição que não transmite a propriedade. A tradição é idônea para aquisição da propriedade móvel se houver o ânimo de alienar. Na relação jurídica, devem ser destacados os dois momentos distintos: o gerador da vontade de alienar e o ato material da transferência da coisa, ainda que ficta ou simbólica.

O art. 1.268 dispõe acerca da tradição

4

A regra geral é a de que ninguém pode transferir mais direitos do que tem. Se vier a adquirir esse direito, porém, não há razão para inquirir a alienação feita a outrem de boa-fé, cuja eficácia retroage à data do ato. A boa-fé de que fala a lei é examinada no momento da tradição. A aquisição é que deve ser de boa-fé. Desse modo, torna-se possível a alienação de coisas futuras.

Em prol do sentido social que o Código contemporâneo imprimiu às relações sociais, o art. 1.268 apresenta inovações contundentes e que atendem aos reclamos da boa-fé, já presentes, aliás, no estatuto de defesa do consumidor. Assim, mesmo feita por quem não seja dono, se a coisa foi oferecida ao público em leilão, ou estabelecimento comercial, tudo levando a crer que o alienante é proprietário, esse negócio transfere a propriedade. Dá-se proeminência à boa-fé em detrimento do real proprietário que deverá responsabilizar o alienante de má-fé, persistindo porém a tradição e a alienação feita ao adquirente de boa-fé. Trata-se de mais uma hipótese na qual o Direito homenageia a aparência protegendo a boa-fé. A regra geral, como vimos, já consagrada no ordenamento anterior, é a de que a alienação feita por quem não seja dono não tem o condão de alienar a propriedade. As exceções, com referência ao leilão, ao estabelecimento comercial e à boa-fé estampam situações que são cobertas pelo Código de Defesa do Consumidor. Coloca-se na situação de consumidor quem adquire bens em leilão ou estabelecimento comercial, dentro do conceito amplo estabelecido de consumidor e fornecedor, segundo os arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90. Nessas situações, a responsabilidade é objetiva do fornecedor de produtos e a alienação é eficaz, como regra geral. De qualquer forma, o Código presente protege as situações de aparência em geral, quando há boa-fé do adquirente e quando o alienante se apresenta em tudo e por tudo como dono.

A nulidade referida no § 2º é aplicação da regra geral: o que é nulo não pode produzir efeito. A questão atinente aos móveis é enfatizada, porque a tradição transmite a posse, e essa exteriorização de propriedade na espécie é mais notória do que nos imóveis, em que existe o crivo do registro imobiliário para a aquisição da propriedade. A referência à nulidade no dispositivo demonstra que, entre nós, a transferência da propriedade mobiliária é causal. Se nulo o negócio jurídico originador, o domínio não se

transfere.

Há exceções, a confirmarem a regra, de transmissão de propriedade de coisa móvel no ordenamento, independentemente de tradição. No casamento realizado sob o regime de comunhão universal, por exemplo, os bens transmitem-se entre os nubentes por ato decorrente do próprio ato matrimonial (art. 1.667). Na alienação fiduciária em garantia, instrumento utilizado para financiamento de bens, o domínio transfere-se ao adquirente fiduciário (instituição financeira), sem tradição real.

“Agravado de instrumento – Ação de usucapião de bem móvel – Contrato de compra e venda de veículo automotor – Cumprimento de sentença – Indeferimento, por ora, de penhora on-line pelo sistema Bacenjud – Decisão mantida. Sensato que se espere o resultado das providências determinadas pela r. decisão agravada para, se necessário, adotarem-se medidas mais amplas para localização dos bens do executado. Agravo desprovido, com observação” (– AI 2233157-24.2015.8.26.0000, 29-3-2016, Rel. Lino Machado).

“**Agravo de instrumento** – Usucapião de bem móvel – Pedido de tutela antecipada visando autorização para transferência do bem. Descabimento na atual fase processual, porquanto ainda não estabelecida a relação jurídica-processual. Concessão da medida que deve ser reservada para casos de inequívoca necessidade e urgência. Agravo negado”. (AI 2064865-76.2015.8.26.0000, 21-5-2015, Rel. Gil Cimini).

“**Apelação cível.** Ação de usucapião de coisa móvel (veículo automotor). Indeferimento da inicial por falta de interesse de agir. Provimento do recurso. A usucapião é meio originário de aquisição de propriedade e pode ser empregado por aquele que detém a posse mansa e pacífica do bem pretendido, e apesar de se presumir proprietário de bem móvel aquele que se encontra em sua posse, é identificável o interesse de agir do autor em obter prestação jurisdicional, que lhe declare a propriedade plena do veículo adquirido, para regularização dos documentos do veículo junto ao DETRAN” (Ap 0008703-03.2011.8.12.0008, 22-1-2014, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho).

“**Coisa móvel.** Pleito de usucapião de veículo. Improcedência em virtude do não atendimento do requisito temporal. Prevalhecimento. Recurso improvido. 1 – Todo o desenvolvimento da causa de pedir foi no sentido da ocorrência de usucapião extraordinária. Ainda que desconsiderado esse aspecto, porém, não há fundamento para falar em usucapião ordinária, pois ausente o justo título e evidenciado de plano o desatendimento do requisito temporal. 2 – A satisfação dos requisitos deve estar presente na oportunidade da propositura da ação, de onde se infere que não existe possibilidade de computar o tempo de posse transcorrido após o ajuizamento” (– Ap. 0013673-66.2008.8.26.0071, 1-8-2013, Rel. Antonio Rigolin).

“**Bem móvel** – Direito de uso sobre linha telefônica – **Usucapião** – Transferência do bem a terceiro – Inocorrência – Réu – Parte legítima para figurar na ação – Improvimento” (– Ap. 992.09.050409-6, 29-2-2012, Rel. Vianna Cotrim).

“**Apelação cível – Ação declaratória – Propriedade de bem móvel – Usucapião arguida em sede de reconvenção** – 1 – Não faz jus à aquisição de automóvel negociante que recebe de terceiro automóvel registrado em nome de outrem, deixando de agir com a diligência necessária para acautelamento de seu direito. 2 – Usucapião a que falta o requisito do , não se contando para esse efeito o tempo pelo qual o autor permaneceu na condição de depositário do bem. 3 – Reconvenção cuja improcedência se mantém pela falta de insurgência do réu. Recurso desprovido” (Ap. 992.07.062826-1, 20-4-2012, Rel. Gilberto Leme).

“**Apelação cível. Ação de usucapião de bem móvel.** Caminhão apreendido por autoridade policial por suspeita de adulteração no chassi. Discussão sobre origem ilícita da posse. Ausência ânimo de dono. Não comprovação, ademais, exercício posse mansa, pacífica e ininterrupta pelo período de três anos. Requisitos ensejadores do pedido não preenchidos. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido. Em se tratando de Usucapião de Coisa Móvel, necessário demonstrar o exercício da posse mansa, pacífica, ininterrupta e com ânimo de dono pelo período de três anos, com justo título e boa-fé, ou, na ausência desta, pelo período de cinco anos, conforme preceituam os arts. 1.260 e 1.261, do Código Civil. Havendo no âmbito policial investigação sobre a origem ilícita da posse exercida pela parte autora sobre o caminhão que pretende este usucapir, afastado esta o ânimo de dono do autor sobre a coisa” (– Acórdão Apelação Cível 2010.064201-2, 29-3-2011, Rel. Saul Steil).

“Ação de usucapião – Bem Móvel – Veículo objeto de contrato de compra e venda – Transmissão da propriedade que ocorreu com a tradição – Pleito restrito à regularização da propriedade em órgão administrativo. Interesse processual não evidenciado. Recurso

desprovido” (– Ap. 1006384-31.2015.8.26.000330-8-2016, 30-8-2016, Rel. Dimas Rubens Fonseca).

“**Bem móvel** – Ação de usucapião – Compra e venda de automóvel – Credor fiduciário que não foi comunicado da transferência do bem – Clandestinidade da posse configurada – Posse incapaz de gerar direito à usucapião – inteligência do art. 1.208, do CC – Ação Improcedente – Recurso desprovido. (– Ap. 0024881-28.2011.8.26.0302, 18-8-2015, Rel. Melo Bueno).

“**Usucapião de bem móvel** – Veículo que, na verdade, foi retido pelo autor pelo não pagamento de seu conserto. Ausência de abandono e de fluência do prazo temporal de cinco anos (CCivil, artigo 1.261), já que inexistente justo título. Bem litigioso. Ação improcedente. Apelo improvido” (– Ap. 992.08.025230-2, 21-3-2012, Rel. Soares Levada).

“**Usucapião de bem móvel** – Veículo automotor – Requisitos – – Revelia – Efeitos. Para o reconhecimento da usucapião de bem móvel, exige a lei (art. 1.260 do Código Civil) a posse efetiva, independente de boa-fé, por lapso não inferior a cinco anos, além da prova de que o efetivo exercício desta posse ocorreu sempre com . O reconhecimento da revelia não implica procedência do pedido” (– Acórdão Apelação Cível 1.0024.08.966413-0/002, 23-2-2010, Rel. Des. José Antônio Braga).

“**Apelação** – instrumento particular de compromisso de compra e venda – Ação ordinária de rescisão contratual cumulada com danos morais. Sentença de improcedência. Incon- formismo do autor. Não acolhimento. Manutenção da improcedência, porém ancorada em fundamentos diversos dos exarados na r. sentença. Dação em pagamento de veículo de comprador. Transferência da propriedade do veículo com a tradição. Ausência de regularização perante ao Departamento de Trânsito. Documento juntado aos autos que não demonstra que o veículo estava em termos de transferência junto ao órgão de trânsito. Acolhimento, todavia, da teoria do adimplemento substancial. Precedentes. Rescisão contratual incabível diante do pagamento integral do valor ajustado. Descumprimento somente quanto à formalidade relativa à dação em pagamento. Cabe ao autor procurar os meios cabíveis para compelir o réu a transferência do veículo junto ao departamento de trânsito. Indenização incabível. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso” (– Ap. 4002332-68.2013.8.26.0048, 12-6-2015, Rel.^a Viviani Nicolau).

“**A propriedade de bem móvel, como é o caso de veículo automotor, transfere-se pela tradição (CC, art. 1.267)** – E uma vez transferida a sua propriedade ao comprador-arrendante incumbe, junto ao DETRAN e no prazo de trinta dias ‘adotar as providências necessárias à efetivação da expedição de novo Certificado de Registro de Veículo’ (Código de Trânsito Brasileiro, art. 123, inc. I e seu § 1º). 2 – ‘A função das ‘astreintes’ é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação, e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância’” (– EDcl 2002244-77.2014.8.26.0000, 14-5-2014, Rel. S. Oscar Feltrin).

“Se, em geral, a **tradição consiste na entrega da coisa alienada**, em se tratando de compra e venda de automóvel a mera entrega não basta – É preciso que o alienante entregue também o documento assinado pelo qual transfere a propriedade. Aí, o adquirente se torna proprietário, não antes. Aí, passa a ter direito à posse” (– Ap. 0422342-91.2010.8.26.0000, 6-2-2013, Rel. S. Oscar Feltrin).

“**Contrato de venda ou promessa de venda de gado**. Negócio feito com quem não ostentava condição de proprietário. Ação declaratória julgada parcialmente procedente. **Contrato que não transmite, por si só, a propriedade**. Animais que não saíram do patrimônio do proprietário. Incidência do art. 1.267 do Código Civil. Honorários advocatícios fixados com exacerbação. Redução. Improvimento do recurso do réu e provimento parcial daquele do autor. A compra e venda acertada é a ‘non domino’, ou seja, o contrato de compra e venda não transmite, por si só, a propriedade. Os animais não saíram do patrimônio do proprietário, tanto assim que não há prova do recebimento das novilhas pelo vendedor mediante tradição real e efetiva. Bem por isso, não pode o autor reclamar os animais de quem não ostenta a condição de vendedor e proprietário. Diante do excesso na estimação dos honorários advocatícios devidos pelo autor, deve a verba ser reduzida para o limite pretendido, ou seja, 10% sobre o valor da causa” (– Acórdão Apelação Cível 0000424 – 29.2007.8.26.0412, 2-6-2012, Rel. Des. Kioitsi Chicuta).

“**Direito Civil**. Seguro de automóvel. Negativa de pagamento da indenização. Alegação de que a documentação do veículo aponta como proprietário pessoa diversa do segurado. Descabimento. O registro da documentação do veículo tem natureza meramente declaratória, não sendo suficiente para comprovar quem de fato é o proprietário do bem, uma vez que a propriedade dos bens móveis se perfaz com a tradição (art. 1.267, do Código Civil). Além do mais, se após analisar a documentação do veículo e do segurado a seguradora não opôs qualquer objeção ao fato dele estar registrado em nome de terceiro, não lhe cabe agora após ter celebrado o contrato e recebido o valor do prêmio invocar este fato para se eximir do pagamento dos riscos assumidos, sob pena de configurar flagrante descumprimento contratual e enriquecimento sem causa da seguradora. Provimento do recurso para condenar a seguradora ao pagamento da indenização na forma estipulada na apólice” (– Acórdão Apelação Cível 0001959-46.2007.8.19.0037, 24-8-2011, Rel. Des. Nagib Slaibi).

“Anulação de escritura pública de venda e compra – Escritura de compra e venda de imóvel celebrada entre os réus, um deles irmão do autor – Alegação do demandante de que o negócio é inválido, pois o contrato de venda e compra do bem fora celebrado inicialmente entre sua mãe e o alienante – Insustentáveis as alegações do demandante de que houve venda de ascendente para descendente sem a sua anuência, aquisição a non domino e vício de consentimento – Prova dos autos a indicar que houve mera compensação de créditos

entre a mãe e o irmão do demandante, e que, por isso, a escritura foi lavrada diretamente entre os corréus – Ausência de provas, ademais, de vícios de consentimento ou de incapacidade da mãe do autor para a compensação mencionada – Sentença de improcedência mantida – Recurso não provido” (– Ap 4012537-69.2013.8.26.0562, 21-3-2016, Rel. Francisco Loureiro).

“**Bem móvel** – Compra e venda de veículo – Oposição – Ação julgada improcedente – Insurgência do opoente pautada na forma de aquisição do bem móvel e na boa-fé. Existência de vício de forma que visa proteger o beneficiado pelo resultado. Inexistência de prejuízo. Instrumentalidade das formas. Art. 249, § 2º, do CPC. Tradição do bem móvel que deve estar comprovada. Ausente prova documental inerente à aquisição de veículo automotor, aliada à falta de prova de quitação. Negócio realizado por quem não detinha o certificado de registro de transferência do veículo. Venda a (art. 1268, CC). Recurso improvido. Ainda que o modo de aquisição de bem móvel se dê com a tradição, conforme preceitua o art. 1267 do CC, não se exigindo o registro em nome do adquirente no órgão de trânsito, reclama-se que esteja efetivamente comprovada a propriedade no momento da transmissão. O opoente que não detém documentação regular do veículo, nem prova de quitação, bem como o recibo de transferência se mantém em poder do autor da ação principal (opositor). É venda a , eis que reconhecida a condição suspensiva para a concretização do negócio” (– Ap. 0002922-75.2010.8.26.0030, 8-5-2015, Rel. Kioitsi Chicuta).

“**Direito civil – Ação de reintegração de posse** – Imóvel – Programa de habitação – Participação de cooperativa de servidores públicos – Terceiro – Contratação com – Mera ocupação – Posse jurídica – Reintegração – 1 – A aquisição de imóvel de pessoa que não é a verdadeira proprietária do bem () tem como efeito a mera ocupação do bem pelo respectivo adquirente, não se podendo falar, , em posse civil. 2 – A posse jurídica é transferida por meio de título expedido pela administração, sendo bastante para garantir e invocar a proteção possessória contra terceiros. 3 – Recurso conhecido e desprovido” (– Proc. 20101110010012 – (601902), 13-7-2012, Rel. Des. Mario-Zam Belmiro).

12

PERDA DA PROPRIEDADE. DESAPROPRIAÇÃO

12.1 HIPÓTESES DE PERDA DA PROPRIEDADE MÓVEL E IMÓVEL

12.2 ALIENAÇÃO

12.3 RENÚNCIA

12.4 ABANDONO

12.5 PERECIMENTO DO OBJETO

12.6 DESAPROPRIAÇÃO. NATUREZA



12.6.1 Modalidades de Desapropriação

a segurança nacional;
a defesa do Estado;
o socorro público em caso de calamidade;
a salubridade pública;
a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
a exploração e a conservação dos serviços públicos;
i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o loteamento de terrenos edificados ou não, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;
o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos, e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico;
a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
os demais casos previstos por leis especiais”.

12.6.2 Objeto da Desapropriação

12.6.3 Declaração Expropriatória

12.6.4 Processo da Desapropriação

do preço oferecido, se este for superior a vinte vezes o valor locativo caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial;

da quantia correspondente a vinte vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido;

do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior;

não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará, independentemente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originariamente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel”.

12.6.5 Indenização e Pagamento

12.6.6 Desapropriação Indireta

12.6.7 Desistência da Desapropriação. Revogação e Anulação do Ato Expropriatório

12.6.8 Retrocessão

12.6.9 Servidão Administrativa, Requisição e Ocupação Provisória

DIREITOS DE VIZINHANÇA. USO NOCIVO DA PROPRIEDADE

É inevitável que no exercício do direito de propriedade, por mais amplo que seja seu âmbito, há restrições e limitações fundadas em interesses de ordem pública e de ordem privada. Não bastasse o interesse social em torno da propriedade descrito constitucionalmente, a coexistência de vários prédios próximos, a vizinhança, a coletividade, a disciplina urbana traduzem parte dessas restrições.

☐ **Caso 7 – Direito de vizinhança – Limitações ao direito de propriedade**

É inevitável que no exercício do direito de propriedade, por mais amplo que seja seu âmbito, haja restrições e limitações fundadas em interesses de ordem pública e de ordem privada. Não bastasse o interesse social em torno da propriedade descrito constitucionalmente, a coexistência de vários prédios próximos, a vizinhança, a coletividade, a disciplina urbana traduzem parte dessas restrições.

Nosso Código Civil, tanto o anterior como o atual, optou por formulação genérica de proteção à propriedade, afora algumas situações específicas, no livro destinado ao Direito das Coisas. Dois são os artigos dedicados à epígrafe no Código de 1916. Serviam de base para a solução dos conflitos de vizinhança, quando não descritos nos casos particulares que se seguem.

O Código de 2002, sob o título,

, dispõe no art. 1.277:

É importante perceber, de plano, que os chamados direitos de vizinhança são direitos de convivência decorrentes da proximidade ou interferência entre prédios, não necessariamente da contiguidade. Os edifícios e construções em geral servem de utilidade ao homem. Os danos e desassossegos ocasionados por um prédio a outro decorrem, em última análise, de fatos ou atos jurídicos, na classificação estudada na Parte Geral. As regras de vizinhança têm por objetivo harmonizar a vida em sociedade e o bem-estar, sem deixar à margem as finalidades do direito de propriedade. As regras dos arts. 554 e 555 do Código antigo, e as dos arts. 1.277 ss do atual atingem não somente o proprietário, mas também todos que se postam em relação direta com a coisa imóvel, possuidores, detentores e usuários em geral. O legislador, referindo-se a inquilino no art. 554, disse menos do que pretendeu.

(Miranda, 1971, v. 13:310). As ações derivadas dos direitos de vizinhança competem, portanto, ao proprietário, locatário, usufrutuário e de maneira geral a todo aquele que possui, detém ou utiliza a coisa. Seu direito surge da qualidade de vizinho e não da de proprietário (Borda, 1984, v. 1:413). No mesmo sentido se coloca o molestador como réu, que pode não ser o proprietário de prédio próximo, mas mero possuidor, detentor ou usuário eventual. É nesse sentido que o vigente diploma menciona, no art. 1.277, o proprietário ou o possuidor.

Os incômodos, desconfortos e prejuízos decorrentes desses fatos e atos dão origem a duas modalidades de atitudes do proprietário ou possuidor, conforme suas respectivas consequências, que se refletem em duas categorias de ações judiciais. Se já houve efetivo prejuízo decorrente da vizinhança: queda de objeto sobre terreno vizinho, danificando a propriedade; emissão de gases poluentes durante determinado período, afetando a saúde e a coisa do vizinho; descarga de esgotos sobre outro prédio etc., a solução pode ser somente a ação indenizatória, na qual se apurarão perdas e danos, mormente se já cessou a turbção ou moléstia. Essa ação buscará a reposição de valor equivalente, tanto quanto possível, ao prejuízo sofrido. Não se afasta da indenização, evidentemente, o dano exclusivamente moral. Os incômodos anormais de vizinhança também podem desaguar nos danos de natureza moral. A situação aproxima-se da responsabilidade civil aquiliana e muitas vezes com ela se confunde, porque presentes os requisitos do art. 186 do Código Civil, com culpa

No entanto, tratando-se de situação presente e continuativa de prejuízo à segurança, sossego e saúde do vizinho, a ação é tipicamente de vizinhança, nos termos do art. 1.277. O remédio processual será a ação de obrigação de fazer ou não fazer com cominação de multa diária (ação de efeito cominatório), tantas vezes já mencionada nesta obra, resumindo-se em indenização final dos prejuízos, pedido indenizatório esse que pode vir cumulado. Pede-se a cessação dos fatos ou atos perturbadores e a indenização pelos prejuízos já causados. A ação de nunciação de obra nova é admissível, enquanto em curso e não terminada a obra perturbadora.

Nem sempre, porém, o evento ocasionador do desassossego de vizinhança decorrerá, ao menos diretamente, de ato jurídico, isto é, com conteúdo de vontade. Pode decorrer de mero fato da natureza, com reflexos jurídicos, o que o tornará fato jurídico, portanto com reflexos no campo da vizinhança. O muro vizinho pode ter sido construído com toda a técnica possível e mesmo assim vir a desabar por decorrência de intempérie. Nem por isso se exonera o dono da coisa da indenização do vizinho. No mesmo sentido, a intenção do art. 1.280: o construtor pode tomar todas as cautelas, para não ocasionar ruína ao imóvel vizinho, mas esta pode ocorrer.

Portanto, nos direitos de vizinhança, que são princípios objetivos decorrentes da tão só proximidade entre prédios, acrescenta-se um no dever de indenizar à singela responsabilidade extracontratual. Evidente, e isso é repetidamente citado como regra geral, havendo má-fé do sujeito, qualquer indenização se agrava para além do pagamento do simples prejuízo ou reposição das coisas no estado anterior com apuração de perdas e danos. Sobre a problemática aduz Caio Mário da Silva Pereira (1993:143):

Desse modo, não diverge a doutrina na impossibilidade de enquadrar os direitos de vizinhança exclusivamente no campo do direito obrigacional ou no dos direitos reais. As questões devem ser resolvidas com a integração trazida dos princípios de ambos os compartimentos do direito civil (Mattia, 1976:91). Nada impede que a compreensão seja a mesma da conceituação das obrigações, por nós já estudada neste livro.

O conteúdo das limitações decorrentes da vizinhança está a meio caminho entre as obrigações e o direito real. A obrigação liga-se umbilicalmente ao direito de propriedade. As relações de vizinhança (Silva, 1992:221).

No chamado, é sempre necessário que um ato praticado pelo possuidor de um prédio ou estado de coisas por ele mantido vá exercer seus efeitos sobre o imóvel vizinho, causando prejuízo ao próprio imóvel ou incômodos a seu morador (Dantas, 1972:20). Como percebemos nesse conceito, o festejado monografista, ao se referir a, reporta-se inelutavelmente aos fatos jurídicos por nós mencionados causadores do incômodo ou dano.¹ Por outro lado, os efeitos do ato ou do fato atingem diretamente o próprio imóvel, desvalorizando-o, colocando-o em risco de ruína ou impedindo sua utilização normal, problemas cujos reflexos incidem, em última análise, sobre seu proprietário, morador ou usuário. Não há direito fora da relação jurídica, fora da sociedade. Os direitos de vizinhança buscam adequar a utilização social dos prédios. Em qualquer decisão judicial sobre a questão, esse aspecto nunca pode ser visto sob prisma objetivo. Não há que se determinar a supressão, restrição, demolição ou modificação de prédio, senão para servir ao homem, levado em conta o sentido social da propriedade. Ora, é justamente dentro desses princípios que o

presente Código menciona, no art. 1.277, parágrafo único, que as interferências devem ser coibidas, tendo em vista . A exemplo do que ocorre nos danos morais, o que é suscetível de indenização e de pedido de paralisação ou diminuição são os incômodos anormais, o que deve ser visto caso a caso. Mais uma vez, depende-se do caso concreto e do bom critério do magistrado. Assim, por exemplo, um nível de ruído que é tolerado próximo a uma avenida de trânsito intenso não é o mesmo daquele que será suportável em uma bucólica paisagem de campo.

Por tais premissas, a Administração também erige posturas e regulamenta a atividade de vizinhança, no interesse público e social. Há, portanto, dois aspectos não estanques, mas que se interpenetram em sede de vizinhança: regras de direito privado e de direito público. Quaisquer que sejam suas origens, o interesse nunca se afastará do verdadeiro equacionamento da utilização efetiva e eficiente da propriedade individual em um contexto de proteção social ampla, almejado pela Constituição. Tanto é assim que o Código presente admite que, em certas situações, o incômodo deve ser tolerado, quando prevalece o interesse público. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de um hospital na vizinhança que emita gases poluentes. Nesse caso, a vítima há de suportar a interferência desagradável no seu imóvel, mas fará jus a uma indenização, conforme exposto pelo art. 1.278. Interessante notar que, nesse caso, se o turbador é acionado para estagnar a interferência, pode, em reconvenção ou em ação autônoma, conforme o caso, pleitear a manutenção do , mediante indenização, que será apurada no caso concreto. Essa indenização deverá levar em conta a depreciação do valor do imóvel, como parece evidente, além de analisar outros fatores. De qualquer modo, a manutenção do incômodo somente pode ser autorizada em última hipótese, quando se torna impossível sua paralisação ou mitigação. Assim, por exemplo, os efeitos da emissão de gases poluentes podem ser minimizados com filtros e as técnicas mais modernas. Sob esse prisma, dispõe corretamente o art. 1.279:

Portanto, quando o desenvolvimento tecnológico o permitir, o proprietário pode, a qualquer momento, exigir a redução ou eliminação do incômodo, não se levando em conta, nesse aspecto, a coisa julgada, como em tantas outras situações nas quais há alterações de fato relevantes a serem consideradas.

As regras fundamentais de vizinhança independem da existência de leis especiais. Como enfatizamos no estudo do condomínio de edifícios e situações assemelhadas, serão sempre recrutadas as normas gerais de vizinhança, não somente para integrar o ordenamento do condomínio, mas também para suprir eventuais lacunas. A colisão de direitos condominiais, no condomínio ordinário ou de edifícios, não se desvincula do conceito de conflitos de vizinhança. A vizinhança é muito mais estreita nos condomínios em planos horizontais.

Nem sempre as perturbações à vizinhança possuem materialidade ou percepção visível. A perturbação pode ser olfativa ou auditiva: o ruído excessivo, a emissão de gases poluentes são exemplos patentes. Pelo lado da vítima, não se exclui também a possibilidade de indenização exclusivamente moral, consequência imaterial igualmente possível decorrente do mau uso da propriedade.

, portanto, em direito, não se confunde com simples contiguidade de prédios. O núcleo de

vizinhos, a vicinidade, pode ser mais ou menos amplo. O espectro de pessoas atingidas pelo estorvo à vizinhança variará conforme a natureza do distúrbio: sonoro, gasoso, edílico, comportamental etc. O simples comportamento pessoal de vizinho pode ocasionar danos à vizinhança. O antigo art. 554, art. 1.277 do Código em vigor, não possuem como conteúdo, pois, apenas a noção de proximidade entre prédios. Deve ser considerado vizinho o prédio mais ou menos distante atingido pelo distúrbio.

As ações típicas de vizinhança, aquelas nas quais se colima a cessação do estorvo, são imprescritíveis, porque podem ser propostas enquanto perdurar o ato turbativo. Esse direito de ação se conceitua como ou , tal como o de extinguir condomínio, possível enquanto condomínio houver (veja nossa obra , seção 31.4.1). Cessada a turbação, a ação é exclusivamente indenizatória, iniciando-se daí o prazo prescritivo ordinário para as ações pessoais, prazo esse que passa a ser geral no Código em vigor.

Afora as duas regras gerais atinentes ao uso nocivo da propriedade, os direitos de vizinhança em nosso Código trazem normas a respeito de árvores limítrofes (arts. 1.282 a 1.284, arts. 556 a 558), passagem forçada (art. 1.285, arts. 559 a 562), águas (arts. 563 a 568, revogados pelo Código de Águas, Decreto nº 24.643, de 10-7-1934), limites entre prédios (art. 1.297, arts. 569 a 571), direito de construir (arts. 1.299 a 1.313, arts. 572 a 587) e direito de tapagem (art. 1.297, art. 588). O Código de 2002 acrescenta, ainda, a passagem de cabos e tubulações (arts. 1.286 e 1.287).

O homem em ilha deserta não é, em princípio, atingido pelo Direito. Tudo pode e nada deve, a não ser a sua própria moral. Qualquer restrição que sofra é de ordem exclusivamente psíquica. Contudo, vivendo em sociedade, surge a relação jurídica, sendo obrigado a obedecer a preceitos necessários para harmonização coletiva.

Nesse sentido, apenas o caso concreto por vezes será idôneo, para concluir pelo mau uso ou uso nocivo da coisa imóvel. Odores insuportáveis, gases perigosos, ruídos excessivos, comportamentos que atentem contra a moral e os bons costumes, manutenção de animais em local impróprio ou inadequado, construções perigosas ou perniciosas à vizinhança e à coletividade, atividades inconvenientes ou insalubres na região, poluição de águas etc., apenas a riqueza da casuística e o bom senso do juiz podem concluir. Eis a preocupação dos direitos de vizinhança: distinguir os limites do bom e do mau direito de vizinhança, do tolerável e do intolerável, por vezes separados por linha demais tênue.

O homem que vive na cidade não pode ali pretender igual sossego ao daquele que escolheu habitar no campo. Da mesma forma, as exigências edilícias urbanas serão muito maiores do que as rurais. Contudo, na prática, não é simples definir quando e como uma propriedade ou coisa está sendo utilizada anormal ou nocivamente para a vizinhança. Enfatizemos, como visto, que vizinhança não se confunde com contiguidade. Os atos de vizinhança são todos os que atingem um número mais ou menos amplo de imóveis em determinada área, ou apenas o prédio ou algum prédio vizinho. O espectro legal não pode ser delimitado previamente. Não se afasta também a intervenção de órgãos públicos e privados na defesa da

vizinhança, nem a atividade do Ministério Público, com os instrumentos legais que lhes são conferidos, mormente tendo em vista a nova lei protetiva do consumidor e do meio ambiente. Nesse sentido, a Constituição dispõe, no art. 27:

Há situações de vizinhança que têm nítido caráter de proteção coletiva.

Historicamente, afastado o absolutismo do direito de propriedade, muitas são as teorias tendentes a explicar o fenômeno. No Direito Romano, já se afirmava que qualquer um poderia usar de sua propriedade como lhe aprouvesse, desde que não interferisse na propriedade alheia ([Ulpiano](#), L. 8, T. V, fr. 8, § 5º).

A chamada [teoria do uso](#), tantas vezes trazida à baila nos julgamentos no passado, não confere também direito absoluto. Não é pelo fato de uma indústria ter-se instalado em local ermo, posteriormente urbanizado, que lhe dará o direito de emitir gases poluentes, sem a devida filtragem, por exemplo. A maior dificuldade é estabelecer o limite de suportabilidade ou tolerabilidade, apontadas inclusive no Código de 2002.

Inicialmente, sustentou-se que nas relações entre as propriedades havia um [dever de abstenção](#). A antiga doutrina francesa defendeu que a relação estabelecida entre vizinhos era um [contrato de vizinhança](#), porque estabelecia entre eles obrigações recíprocas.

No final do século XIX, também na França, defendeu-se o direito de vizinhança baseado no conceito de [culpa in vicinia](#): o direito de propriedade está a exigir do proprietário um dever de não molestar o vizinho. Quando isso ocorre, surge o dever de reparar o dano. Vimos, na introdução deste tema, que o conceito de culpa não é sistematicamente afastado em sede de vizinhança, mas também não é seu elemento caracterizador.

O Código francês e os demais que seguiram fielmente seu modelo inspiraram-se no conceito de [servidão legal](#) para o regramento da vizinhança, que atingem a propriedade privada. Parte-se da ideia de que essas restrições gravam os imóveis independentemente de quem sejam seus titulares. O conceito de servidão legal, porém, se mostra insuficiente, não devendo ser confundido com as servidões propriamente ditas, direitos reais sobre coisas alheias. Conquanto várias legislações denominem essas restrições de servidões legais, seu conteúdo é próprio e perfeitamente conhecido, distinto, embora análogo, às servidões civis, como veremos.

A teoria do [abuso de direito](#) também é defendida por muitos, com respeitáveis argumentos, como sustentadora das restrições de vizinhança. Em muitas situações práticas, de fato, o desvio de uso da propriedade provocará prejuízo aos vizinhos. Todo aquele que extrapola os limites para os quais o direito foi concebido deve indenizar (ou, no caso de vizinhança, deve cessar a conduta abusiva). Como analisamos em [Abuso de direito](#), seção 30.4, o abuso de direito é categoria jurídica cujos efeitos

muito se aproximam da responsabilidade civil, assim consubstanciado no art. 187 do Código contemporâneo. Diferencia-se, no entanto, desta, porque não há necessidade de existência e de prova da culpa do agente. Tal sucede como visto nas relações de uso nocivo da propriedade. Por essa razão, em muitas situações práticas, a teoria do abuso de direito justificará medidas restritivas no direito de vizinhança. Analisa-se o abuso dentro do conceito de utilidade da propriedade. Acrescente-se, a esse aspecto, a suportabilidade ou tolerabilidade. O titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que contrarie a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da propriedade, incorre em .

Com frequência os julgados buscam no conceito de os fundamentos para a solução dos conflitos de vizinhança. Foi esse conceito trazido expressamente para o presente Código. O princípio do uso normal é aplicação da teoria do abuso de direito, sem dúvida. É critério válido. Nem sempre, porém, a nocividade ou anormalidade decorrerá de uso abusivo de direito. Uma fábrica, essencial à coletividade, pode ser nociva à vizinhança, sem que existam os pressupostos do abuso. Pode ocorrer uso anormal, mas socialmente necessário. A interferência é justificada pelo interesse público, como anota o art. 1.278 do Código Contemporâneo. O uso anormal, sem justificação e sem interesse coletivo, deverá ser coibido (Wald, 1991:158). O dano tolerável não deve ser levado em conta, dentro do critério da normalidade. Cabe ao caso concreto aferir o que é intolerável apresentando no domínio individual (Rodrigues, 1984, v. 5:124). Note que o art. 1.277 se refere a interferência . Por vezes o interesse coletivo determinará a continuação do incômodo, paralelamente à indenização para remediá-lo ou servir de lenitivo possível, tal como o legislador do Código de 2002 entendeu no art. 1.278.

Como subespécies da teoria do abuso de direito nas relações de vizinhança podem ser lembradas as situações de e a (Arean, 1992:229). Na expressão , procura-se fixar em cada caso o uso ordinário da coisa.

Se o proprietário a utiliza de forma excepcional, deve suportar os encargos deste uso que, em última análise, nada mais é do que abusivo, abstraída toda espécie de culpa.

Pela teoria dos atos excessivos têm-se em mira o limite de exercício e a finalidade da propriedade fixados pelo ordenamento. Excedido esse limite, o agente está obrigado a reparar os danos, cessar a moléstia ou repor a situação no estado anterior. Se o extrapolamento do exercício é imbuído de má-fé, a conceituação passa para a de ato ilícito.

Qualquer que seja a natureza jurídica adotada, ter-se-ão em mira a saúde, sossego, conforto, intimidade e segurança dos ocupantes. A casa de morada é o altar-mor para esse desfrute, seguido diretamente do local de trabalho. A forma genérica de nocividade ou anormalidade descritas pelos arts. 1.277 ss., com originalidade e eficiência, permite larga margem de discricionariedade no exame do caso concreto. Cabe ao juiz examinar se preponderará o interesse individual ou o coletivo.² Não se confunde, por outro lado, o interesse de uma comunidade restrita, que pode coincidir com o interesse individual, com o interesse social. Bom senso é o que se exige do julgador, quando a lei lhe outorga a confiança da

discricionariedade. Nunca se deve esquecer de que essa discricionariedade é do Poder Judiciário e não do juiz isoladamente. Como em qualquer fenômeno jurídico, os problemas de vizinhança navegam de um a outro extremo de acordo com a história. Levam-se em conta o tempo e o espaço em cada decisão. O que é abusivo em vizinhança de pacata e bucólica cidade do interior poderá ser tolerável em uma megalópole, e vice-versa. Sempre julgará mal o juiz que se desvincula da realidade em que exerce seu difícil mister.

(Dantas, 1972:148). Procura-se conceituar no caso concreto a receptividade normal média.

A produção industrial, o estabelecimento de conglomerados habitacionais de populações de renda baixa, média e alta, os chamados condomínios ou loteamentos fechados, as comunidades-satélites formadas em torno de polos econômicos ou industriais geram conflitos de vizinhança que interessam tanto ao Direito Privado como ao Direito Público.

No campo do Direito Privado, analisa-se o conflito entre dois ou mais direitos de propriedade, embora não sejam os únicos aspectos relevantes. Ao Direito Público interessam a regulamentação e obediência à ocupação e utilização dos imóveis. Deve existir, portanto, uma conceituação objetiva de uso nocivo da propriedade, uma contraposição objetiva ao estatuído na lei. Por essa razão, não se investiga a culpa e nem sempre haverá abuso de direito. Apenas atos de nocividade que devem ser coibidos em prol de coletividade mais ou menos ampla, quiçá de um único vizinho.

A nocividade no uso da propriedade que interessa ao direito estudado é apenas a causadora de prejuízos à vizinhança. A nocividade que fica apenas no âmbito de atuação do proprietário, ou quem faz suas vezes, em sua propriedade, e não extravasa para a vizinhança, não apresenta relevância jurídica no campo sob estudo.

Hely Lopes Meirelles (1979:31) destaca serem as restrições de vizinhança primordialmente de ordem civil, impostas pela lei ou pela convenção dos interessados. Quando convencionais, podem ser alteradas pela vontade dos vizinhos,

Por essa razão tem o proprietário ou possuidor legitimidade de acionar o vizinho, para que cumpra regulamento administrativo de vizinhança, pois este foi erigido em proteção de toda uma relação de vizinhança.

O Direito Civil disciplina de duas maneiras as relações de vizinhança: pela convenção entre os interessados, isto é, pelas servidões, e pelas regras gerais de vizinhança. Sob tais noções não se confundem, embora possam ter o mesmo aspecto concreto, as limitações de vizinhança com as reguladas como direitos reais sobre coisas alheias (arts. 1.378 e 1.379). A confusão decorre da

mesma origem histórica e das legislações que apresentam igual denominação, além de referência indevida ao termo em nossa revogada lei de 1916, nos arts. 562 e 568, no Capítulo que trata da vizinhança. A função primitiva das servidões prediais era reger a vicinalidade de prédios. Essa finalidade permanece até hoje. Nas servidões prediais, estabelece-se a utilização de um prédio, dominante, em favor de outro, serviente. Há sujeição de um prédio a outro. As limitações ao direito de vizinhança são recíprocas, podem ser mais amplas e abrangentes, e surgem tão somente da proximidade entre os prédios. São normas de interesse geral e não apenas dirigidas a prédios definidos e determinados. É diversa sua forma de constituição. As limitações de vizinhança independem de reconhecimento convencional, dispensando registro imobiliário. Nada impede, porém, que proprietários transformem o que originalmente é restrição em servidão, provadas assim sua patente analogia e origem histórica. A servidão, por fim, é sempre uma exceção ao direito de propriedade, que, como regra geral, deve ser pleno. A restrição traduzida por uma servidão é excepcional no sistema dominial. As limitações ou restrições de vizinhança estão sempre presentes e atuantes.

No entanto, levamos em conta um critério definitivo entre nós. O ordenamento civil restringiu as servidões às modalidades voluntárias, disciplinando as hipóteses denominadas pela legislação francesa de servidões legais ou naturais como direitos de vizinhança (Mattia, 1976:79, citando opinião de San Tiago Dantas).

A dificuldade maior em matéria de mau uso da propriedade transcende sua própria natureza jurídica, para questionar o que devemos entender por Sem dúvida, o critério é casuístico, mas há parâmetros estabelecidos claramente no ordenamento a serem seguidos. Não se afasta a noção do homem médio, do Não devemos levar em conta a extrema sensibilidade ou intolerabilidade de vizinho, para concluir o uso nocivo. Nem, ao contrário, o homem tosco, rude, com mínima sensibilidade. Há, na verdade, que se aferir o consciente e o inconsciente coletivo em termos de vizinhança. A matéria não prescinde de princípios de sociologia e psicologia. Por isso, o julgamento deve estar bem colocado no tempo e no espaço. Não pode ser anacrônico nem levar em conta o subjetivismo.

(Silva, 1992:297).

Assim se avaliam o sossego, a segurança e a saúde da vizinhança. Nesse sentido, decidiu-se, por exemplo, que a instalação de projeto de saúde para atendimento de crianças portadoras do vírus HIV, da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (Aids), não colocava a vizinhança em risco, segundo a perícia e as pesquisas realizadas (° , Ap. nº 523.367-8, 3ª Câm., Rel. Juiz Franco de Godoy).

Já acenamos com os remédios processuais.

Ocorrendo dano, não havendo mais atos continuativos de perturbação, a ação é indenizatória. Cabe ao vizinho atingido provar o que efetivamente perdeu e razoavelmente deixou de ganhar, suas perdas e danos.

Persistindo o ato, a ação é para obrigar o causador da nocividade a fazer ou não fazer, com cominação de multa diária (), tantas vezes aqui referida, com os elementos fundamentais traçados no Capítulo Execução das obrigações de fazer e de não fazer do CPC (arts. 814 ss).

Não há prejuízo para o réu, se à ação for imprimido o procedimento comum, pois nela ter-se-á maior amplitude probatória. Nesse sentido, manifestam-se os tribunais. Com frequência, com a presença do , se fará necessária a atuação do poder cautelar do juiz, conferido pelos meios colocados à disposição das partes no estatuto processual, com concessão de medida liminar.

A base de direito material para a ação está nos arts. 1.277 ss. Mais uma vez enfatizamos que não há execução sem título. A lesividade e o uso nocivo da propriedade são apurados no processo de conhecimento. O pedido na petição inicial é para a execução obedecer aos princípios da obrigação de fazer ou não fazer. Além da pretensão de multa diária, que é fator construtivo para a cessação do distúrbio, pode ser cumulado o pedido indenizatório. Quando não for possível obter coercitivamente a cessação do distúrbio, porque se atentaria com a própria liberdade individual, há que se impor um limite temporal na , resumindo-se também ela em um total final indenizatório. A multa diária tem natureza diversa da indenização. É ato construtivo. Há de ser tal monta que torne insuportável, inconveniente e intolerável ao réu a continuidade dos atos molestadores. Esse o sentido da imposição. Não se obsta porém ao juiz que reduza o valor exordialmente pedido. No entanto, não devemos olvidar que a finalidade da multa é construtiva e não indenizatória. Tanto assim que o pedido de multa diária pode ser cumulado com o de indenização.

A encontra sua estrutura também nos arts. 554 e 555 do Código anterior. O art. 1.277 é genérico e diz respeito a qualquer nocividade ocasionada ao vizinho. O art. 1.280 é exclusivo da relação edilícia. Essas situações têm por pressuposto a futuridade de um dano. Dano iminente. Não o dano já ocorrido, mas a possibilidade e potencialidade de vir a ocorrer. O estaqueamento em prédio vizinho, o uso de maquinaria pesada nas proximidades, a abertura de valas, a explosão de pedreira, por exemplo, podem colocar em risco o prédio do autor da ação. Ocorrido o dano, a ação é de cominação, reparação, demolição ou de reposição ao estado anterior. A demolição deve ser subsidiária, alternativa na ausência de outra solução. A opção deve ser buscada nas medidas reparatórias. A reparação dos danos deve ser completa, de molde a fazer desaparecer o prejuízo causado ao vizinho.

Como vemos, ainda que desaparecida a responsabilidade objetiva decorrente da simples vizinhança, os julgados não se afastam totalmente do conceito de culpa do art. 186, embora se reconheça que essa responsabilidade, na essência, seja objetiva:

Na ³aquele que teme a ruína ou prejuízo em sua propriedade pede garantia de futura reparação. A caução é sempre preventiva. A ação de caução de dano infecto decorre do direito material do art. 1.280. Provém do Direito Romano, que conferia ao vizinho uma garantia, a fim de que eventual dano não restasse irressarcido. Cessada a situação de iminência e não ocorrendo o dano, não haverá ação principal. Levanta-se a caução em favor do caucionante. Por vezes apresentará nítido caráter possessório, embora não seja essa sua natureza. A nunciação de obra nova, dependendo das circunstâncias de fato, poderá ser medida mais favorável no caso concreto. A ação de caução pode ser preventiva ou incidente a um ato de vizinho, preparatória ou incidente a uma ação já proposta.

O valor da caução, em dinheiro ou em espécie, deve ser idôneo para eventuais danos. A apuração na fase caucionária é perfunctória. Somente pode ser aproximada. Se o réu não tem como caucionar, falta-lhe idoneidade econômica, perde a ação o objeto. Deve então ser proposta a ação de cessação da obra ou demolição, ou término de qualquer ato ou conduta turbativa do réu. Não basta, porém, exigir simples caução sobre eventuais prejuízos, pois muito mais importante que isso é evitar que os prejuízos venham efetivamente a ocorrer. Sob esse prisma, o art. 1.311 do vigente Código, inserido entre as regras do direito de construir, menciona:

Também não se afasta a regra geral de possibilidade de entre vizinhos para o acerto do limite do exercício discutível de direito de propriedade (Miranda, 1971, v. 13:292).

O art. 1.281 do Código é um desdobramento do princípio do dano infecto e vem aclarar dúvida que por vezes se levantou na jurisprudência.⁴ Se há necessidade de obras no prédio do possuidor ou proprietário e houver possibilidade de dano iminente, podem ser exigidas do executor das obras as necessárias garantias contra o prejuízo eventual. A ideia é prevenir danos que possam ocorrer no prédio do proprietário ou possuidor por decorrência da atividade de um terceiro que lá irá realizar obras,

situação que ocorre com muita frequência.

Os nossos Códigos estabelecem três regras acerca de árvores situadas nos limites entre prédios, questão trazida do antigo Direito Romano. A redação não é modificada pelo presente Código. A regra geral é serem as árvores partes integrantes dos prédios. A situação abrange qualquer tipo de árvore, nascida naturalmente, semeada ou plantada.

O art. 1.282 estabelece presunção de condomínio da árvore de prédios confinantes. Presumimos pertencer em comum aos proprietários, bastando que parte do tronco esteja no limite, os quais devem dividir os frutos e a madeira, se vier a ser abatida. É o que se denomina *fructus in communem*, por analogia à expressão *fructus in communem*. A presunção é relativa, de modo que pode um dos confinantes provar sua propriedade exclusiva. No entanto, a árvore pode servir de marco divisório. Nosso direito é omissivo, mas o Código português proíbe aos confrontantes arrancá-la sem mútua autorização, situação lógica que deve ser também por nós obedecida (Pereira, 1993:147). Aliás, sendo comum a coisa, cada comunheiro deve indenizar o outro por quaisquer prejuízos a que der causa.

Pertencendo a árvore aos confinantes, cabem-lhes as despesas de conservação e colheita, podendo aquele que gastou cobrar do vizinho a metade.

O art. 1.284 determina que *fructus in communem*. Com isso se evita, como permitia o Direito Romano, que o dono da árvore penetre periodicamente no terreno vizinho para apanhar os frutos, o que levantaria causas de discórdias e dissensões. Trata-se de direito originário de aquisição da propriedade (Lopes, 1964:420). Com essa solução, o legislador preferiu contrariar a regra segundo a qual o acessório segue o principal. Devem ser compreendidos na dicção legal também os arbustos rasteiros que vicejam ao rés do solo, como abóboras e melancias: pertencem ao dono do terreno em que naturalmente se posicionarem.

Se o terreno em que darão os frutos for público, continuam a pertencer ao dono da árvore, porque nesse caso desaparece o risco de entreveros. A queda dos frutos deve ser natural, para permitir a aquisição pelo dono do terreno confinante. Se provocada, o agente pratica ato ilícito e se apossa do que não lhe pertence. Enquanto ligados à árvore, os frutos pertencem a seu dono, que pode colhê-los. Somente poderá ingressar no terreno vizinho para tal, no entanto, se houver autorização.

O art. 1.283 autoriza o proprietário que tenha imóvel invadido em sua estrema por raízes e ramos de árvores a cortá-los, *fructus in communem*. Trata-se de hipótese excepcional de defesa direta de direitos encontrável na lei. É direito imprescritível potestativo, exercitável enquanto perdurar a situação de fato. Somente se permite esse corte se a invasão de raízes e ramos ocasionar moléstia ao vizinho, embora essa não seja posição jurídica pacífica. Não somente pode cortar ramos e raízes, mas também deles tornar-se proprietário. Cuida-se de outra modalidade originária de aquisição da propriedade. Não pode o ato, em

nosso entender, porém, decorrer de mera emulação. E se o corte ocasionar o perecimento da árvore ou prejuízos? Deverá indenizar o confinante seu vizinho? O proprietário invadido não é responsável por nenhum prejuízo segundo a tradição, porque exerce direito assegurado na lei (Lopes, 1964:422). No entanto, não se pode negar o direito à indenização, se agiu com culpa grave ou dolo.

O dispositivo atribui essa faculdade ao proprietário, mas não se nega igual direito ao possuidor que age no âmbito de sua posse.

Se houver árvore, não no limite de propriedades, mas que cause ou possa causar prejuízo ao vizinho, aplicam-se as regras gerais do direito de vizinhança, podendo o prejudicado acionar o dono da árvore, para impedir que o dano ocorra, ou pedir indenização, se já existe prejuízo.

A propriedade imóvel rural ou urbana será inútil, se não possuir saída para via pública, fonte ou porto. Esse o sentido de terreno encravado, rústico ou urbano. O mais importante é a saída para a via pública. A fonte ou porto dependerá da utilização econômica da propriedade. O vizinho deve suportar a passagem:

Comparece-se com a dicção do art. 1.285 do Código de 2002:⁵

Trata-se de direito do proprietário do prédio encravado ao qual não se pode opor o vizinho. A passagem deve ser fixada no caminho mais curto, no prédio mais próximo e de forma menos onerosa para ambas as partes. A esse propósito, dispõe o vigente Código que

(art. 1.285, § 1º).

A matéria, como se vê, pode dar margem à discussão no caso concreto. O fato é que, objetivamente, deve ser definido quando a passagem é mais fácil e mais natural, no conflito entre mais de um proprietário. Convencionalmente, podem os interessados dispor como desejarem, pois haverá negócio jurídico.

Discute-se se o encravamento deve ser absoluto. Ou seja, deve ser considerado encravado o terreno cujo acesso é difícil ou perigoso. A doutrina vacila e no caso concreto pode ser evidenciado ser o acesso ao terreno de tal maneira impróprio que o imóvel deva ser considerado encravado. O assunto, de forma geral, dá margem a infindáveis discussões e nem sempre a solução concreta será fácil. Deve ser considerado encravado o prédio com acesso inseguro, perigoso, insuficiente para utilização econômica e social da propriedade.

A saída cômoda para a via pública busca

(Rodrigues, 1984, v.

5:140). Essa tem sido a tendência jurisprudencial. Cabe ao juiz, na falta de acordo dos interessados, fixar o rumo da passagem, encontrando a forma mais cômoda e menos onerosa. A sentença tem natureza declaratória e não constitutiva (Miranda, 1974, v. 13:335). Posteriormente, pode surgir necessidade de modificação do traçado ou ampliação da passagem. A questão resolve-se analogicamente às servidões. Se é o dono do prédio serviente quem pretende a alteração em benefício de sua propriedade, deve arcar com os custos (art. 1.384) (Nequete, 1978:37).

Legitimado para pedir passagem não é apenas o proprietário, mas também o usufrutuário, usuário, habitador ou possuidor. Podem eles também defender a turbação da via de passagem pelos remédios possessórios.⁶

De igual maneira deve ser considerado encravado o prédio que tenha saída apenas durante certos períodos do ano. O encravamento deve ser, como regra geral, absoluto e natural. Prédio não encravado pode vir a sê-lo como decorrência de fenômenos naturais, inundações, terremotos, quedas de barreiras etc.

Lembra Marco Aurélio S. Viana que o juiz, ao fixar o rumo do caminho ou passagem, deverá ter em mente reduzir ao máximo o dano ao vizinho obrigado a suportar a passagem ainda que isso implique caminho mais longo; e escolher, entre os prédios em torno do imóvel, aquele que melhor se presta para a finalidade, isto é, o mais apto a oferecer a passagem (art. 1.285, § 1º) (2003:239). O juiz deverá valer-se de perícia para essa apuração. Nada, porém, que substitua sua própria inspeção judicial, algo que fortemente se recomenda. Essa inspeção, regulada pelo estatuto processual, principalmente em sede de exame de questões de posse e propriedade, é efficientíssima, pois permite ao magistrado examinar pessoalmente o local e tirar suas conclusões. A perícia, de qualquer forma, deverá avaliar a indenização que o caso concreto exige.

Essa limitação de passagem imposta ao vizinho não é gratuita, como se vê, pois o art. 560 assegurava , indenização essa mencionada no bojo do art. 1.285 do Código de 2002. Essa indenização levará em conta a diminuição de valor da propriedade pela passagem de terreno alheio e a moléstia por ela ocasionada. Independe de culpa e decorre simplesmente do direito de vizinhança. Defende-se existir uma desapropriação no interesse privado. O sentido é de fato muito semelhante, relacionando-se com a chamada servidão administrativa. Ao contrário do que entendem alguns, indenização sempre haverá, pois ocorrerá sempre uma restrição ao direito de propriedade e essa restrição é remunerada, como dispõe a lei.

Esse direito é potestativo ou facultativo, perdurando enquanto existir o encravamento. Cessado este, por qualquer razão, desaparece o direito de passagem. Nada impede, porém, que as partes constituam servidão sobre o que era direito legal de passagem.

Se por conduta culposa do titular do terreno encravado este

(art. 561 do Código de 1916). O titular do direito de passagem deixa destruir ponte, por exemplo, por falta de conservação. A lei estabeleceu na verdade uma pena para a desídia do proprietário que deixou de cuidar do objeto de seu direito. Se não houvesse indenização na fixação da primeira passagem, a indenização poderia ter por base a responsabilidade aquiliana em geral (art. 186). O sentido da norma permitia essa interpretação. O presente Código não repete a regra, devendo ser seguida a ordem normal de responsabilidade civil.

O art. 562 do Código de 1916, por desatenção do legislador, mencionava o termo _____ :

Ao que tudo indica, a lei antiga foi levada à menção de servidão por influência da terminologia “servidões legais” nos direitos de vizinhança, utilizada em ordenamentos estrangeiros (Bessone, 1988:208). Deveria ter dito que esses caminhos não se constituem passagens forçadas. São mera liberalidade ou atos de tolerância do proprietário, mas podem ser erigidas em servidões. A esse respeito a Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal:

Voltaremos ao assunto quando examinarmos as servidões. Aponte-se, de plano, porém, que a servidão é direito real sobre coisa alheia, enquanto a passagem forçada decorre da vizinhança e do encravamento de um prédio. O Código mais recente não repetiu esse dispositivo.

A servidão de trânsito distingue-se da passagem forçada, porque esta é imposta por lei mediante indenização apenas em favor do titular do prédio onerado. A servidão de trânsito pode ser estabelecida em favor de prédio não encravado, apenas para tornar mais cômoda a utilização do prédio dominante, decorrendo da vontade das partes.

O encravamento pode resultar da alienação de parte do imóvel. O proprietário vende a parte dos fundos e permanece com a frente para a via pública. O alienante deve conceder a passagem. Também na hipótese oposta. É alienada a frente para a via pública, o adquirente deve conceder a passagem. Ideal que se fixe o rumo já no título constitutivo, evitando-se a lide. Seria injusto que, como decorrência desse encravamento procurado, se onerasse o prédio pertencente a terceiro. A passagem deve ser resolvida entre os partícipes do negócio jurídico que deram origem ao encravamento. O mais recente Código, a propósito, no art. 1.285, § 2º, dispõe que,

. Se, nesse caso, antes da alienação, já houvesse anteriormente uma passagem no imóvel, o proprietário não é obrigado a dar outra (art. 1.285, § 3º).

Questão essencial para os aglomerados urbanos, nos arts. 1.286 e 1.287 o Código Civil deste século introduz disciplina referente à passagem de cabos e tubulações. A matéria relaciona-se intimamente com as servidões, tanto que outras legislações tratam do fenômeno como modalidade de servidão legal. Assim, essa passagem também pode defluir de negócio jurídico, constituindo servidão. Segundo o primeiro desses artigos, o proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa.⁷ Nesse aspecto, como se enfatiza a obrigação de tolerar do vizinho, trata-se de típico direito de vizinhança, que cada vez se torna mais necessário no mundo moderno, tendo em vista o sem-número de dutos que conduzem dados eletrônicos. Cuida-se de situação análoga à servidão administrativa, com pontos de contato com a desapropriação, pois a atividade implica recebimento de indenização que deve atender também à desvalorização da área remanescente, segundo o mesmo dispositivo.

É direito do proprietário atingido que a instalação seja feita do modo menos gravoso, bem como seja depois removida à sua custa, para outro local do imóvel, se assim for conveniente (art. 1.286, parágrafo único). Se o titular dos cabos e dutos for a Administração ou seu concessionário, poderão ser aplicados os princípios de direito administrativo, mormente os que regem a desapropriação.

Sempre há que se examinar se há risco no local de passagem das instalações, o que sempre aconselha a mudança de rumo. Segundo o art. 1.287,

”. Nessas obras subterrâneas

sempre há necessidade de cuidados técnicos extremos.

A água, bem maior de sobrevivência, tem seu regime regulado pelo Código de Águas, Decreto nº 24.643, de 10-6-1934. De há muito percebemos que a água não é um bem inesgotável e que pode colocar em risco a sobrevivência da humanidade. É fundamental que todo Estado regulamente seu uso para preservar a atual e as futuras gerações. É essencial que sejam evitados desastres ecológicos que prejudiquem os mananciais. Desse modo, não há mais que se tratar o direito das águas como um mero problema de vizinhança como fazia nosso Código Civil de 1916. O direito de vizinhança é, na verdade, apenas parte de um questionamento global em torno das águas.

Na citada lei, são apresentadas conceituações de águas públicas, comuns e particulares. Já nos referimos, quando do exame da aquisição da propriedade, à compreensão de álveo dos rios, acesso e formação de ilhas. Dizem respeito especificamente ao direito público o regime e aproveitamento das águas públicas, subterrâneas e pluviais, a energia hidráulica, a fiscalização do uso das águas etc. Várias normas estaduais e a Lei Federal nº 9.433/97, conhecida como Lei dos Recursos Hídricos, incorporaram ao ordenamento novos princípios que dizem mais respeito ao direito público. Até pouco tempo, em nosso

país, apenas o Código de águas regulava o tema. Porém, como afirma Vladimir Passos de Freitas, (2002:21).

A água deve ser vista como bem de domínio público e recurso natural de valor econômico, segundo o art. 1º da Lei nº 9.433/97. A captação, tratamento e distribuição devem ser remunerados. A Constituição de 1988 alterou o regime anterior, fazendo com que o domínio das águas passasse a ser público, da União ou dos Estados. Não se esqueça, porém, do importante papel desempenhado pelos municípios na proteção e uso das águas. Há todo um aparato jurídico que deve ser levado em conta no exame do direito das águas, não só privatístico, nosso campo de estudo, como também administrativo e penal de amplo espectro.

No capítulo da vizinhança no Código Civil de 1916, que ora nos interessa, o crucial e vital problema das águas ganhou apenas alguns artigos, reformulados ou derogados pelo Código de Águas.

Em qualquer situação que se decida acerca das águas no campo privado, deve ser levada em conta a finalidade social da propriedade como princípio constitucional, ligado à utilização correta das águas. Há que se coibir abuso que desvie ou permita a utilização da água para fins egoísticos ou inúteis.

O art. 563 chancelava lei da física que estabelece que o dono do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior.

A disposição é repetida pelo art. 69 do Código de Águas. O art. 1.288 do presente Código repete a regra geral pela qual o dono ou possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior. Acrescenta, porém, no mesmo sentido da lei anterior, que não pode ele realizar obras que embarquem o fluxo normal das águas. Aduz ainda esse mesmo dispositivo que a condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior.⁸

As águas que o prédio inferior está obrigado a receber são as de chuva e as que brotam naturalmente do solo. Fluindo naturalmente, ainda que ocorra prejuízo, este não é imputável ao dono do prédio superior, mas a fato da natureza. Se a corrente é agravada por obra do titular do prédio superior, responderá este pelo dano. Como consequência da mesma regra, proprietário que recebe as águas não pode fazer diques ou represas, para impedir seu curso natural para outros prédios. Nem pode o proprietário do prédio inferior fazer obras de molde a impedir esse escoamento natural, represando assim águas no prédio superior.

O art. 70 do Código de Águas acrescenta que . Para a constituição da servidão há necessidade de conteúdo de vontade e outros requisitos a serem estudados.

O art. 564 do Código Civil estabelecia:

Essa regra era arbitrária, pois conferia direito ao proprietário do solo inferior de reclamar o desvio de águas ou a indenização. Com frequência o dono de prédio tem necessidade de captar água de outro local, para seu uso ou primordialmente para a agricultura. O excessivo individualismo do Código Civil poderia impedir essa utilização social da propriedade. O art. 92 do Código de Águas modificou a disposição, estabelecendo que:

Desse modo, de acordo com o Código de Águas, não pode o proprietário de prédio inferior, a seu alvedrio, simplesmente impedir a irrigação ou captação de água no prédio superior. Não é, porém, obrigado a receber águas servidas ou nocivas, somente as águas naturais. O proprietário deve fazer obras, para evitar que as águas impróprias escoem para o terreno vizinho, devendo indenizar o vizinho por eventuais prejuízos. Há dispositivo introduzido no Código de 2002. Quando ocorrer de águas serem artificialmente levadas ao prédio superior, ou aí colhidas, o titular do prédio inferior poderá reclamar que se desviem, ou se lhe indenize o prejuízo (art. 1.289). Volta-se, portanto, ao que já dispunha o Código de 1916. O dono ou titular do prédio inferior não está mais obrigado a suportar o fluxo de água do prédio superior que ali não tenha ido por força da natureza. Acrescenta, no entanto, o parágrafo único do dispositivo, que dessa indenização será deduzido o valor do benefício que foi obtido pelo recebimento das águas. É necessário, porém, que se prove a ocorrência do benefício.

A questão relaciona-se com as denominadas nascentes e águas comuns. O art. 565 foi revogado pelo art. 90 do Código de Águas, o qual dispõe:

A disposição consta também do Código em vigor (art. 1.290), que menciona a água proveniente de nascente e de águas pluviais. O dono do prédio inferior tem o direito de receber as águas supérfluas, o que se apurará no caso concreto. Há que se coibir o abuso, buscando o maior aproveitamento possível da água, por maior número possível de pessoas. Igual sentido se aplica para curso de água que transita pelo prédio superior, ainda que a nascente ali não se situe. O art. 94 do Código de Águas acrescenta que

. Evidente o alcance social da norma. Por tais regras se percebe que a utilização da água de nascente pelo proprietário não pode ser absoluta. Entende-se por nascente o curso de água que surge naturalmente ou por indústria humana na propriedade (art. 89 do Código de Águas).

(art. 95 do Código de Águas).

O sentido social da utilização da própria água como bem em si deve ser colocado paralelamente ao

sentido social da propriedade:

(Nunes, 1969:23). O

proprietário ou possuidor de prédio em que existe nascente ou curso de água, deixando de utilizá-la, não pode opor-se a sua utilização pelo vizinho. A utilização da água, nesse sentido, pode ser defendida pelos meios possessórios.

(Nunes, 1969:53).

A utilização de água por prédio vizinho pode ser estabelecida por servidão, como estudaremos no Capítulo 19. Os princípios gerais, na omissão da lei civil, porém, são os do Código de Águas. A disciplina das águas coloca-se na nomenclatura de de tradição romana.

As também devem ser objeto de regramento na vizinhança. Cuida-se de água proveniente de chuvas (art. 102 do Código de Águas). O art. 103 do Código de Águas substituiu a disposição do art. 566 do Código Civil de 1916. As águas de chuva pertencem ao dono do prédio em que caírem, salvo direito em sentido contrário. Também nesse aspecto observamos a noção de necessidade. Não pode o proprietário captar por mera emulação a água pluvial, impedindo seu curso para terrenos vizinhos. O § 1º do art. 103 proíbe ao proprietário

.

O art. 1.291 do Código presente é também expreso no sentido de que o possuidor do imóvel superior não poderá poluir as águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores. Quanto às águas que poluir, deverá recuperar, ressarcindo os danos que os proprietários dos prédios superiores vierem a sofrer, se não for possível a recuperação ou o desvio do curso artificial das águas. Protege-se, portanto, a água como um bem maior da coletividade, no sentido amplo, não se permitindo que o seu uso seja egoístico ou exclusivo, sem essencial utilidade.

O proprietário pode construir barragens, açudes, ou outras obras para represamento de água em seu prédio. Se as águas represadas invadirem prédio alheio, será o seu proprietário indenizado pelo dano sofrido, deduzido eventual benefício que tenha obtido (art. 1.292).

O art. 567 do Código Civil de 1916 estabeleceu o direito de , isto é, direito de o proprietário canalizar em proveito agrícola ou industrial, mediante prévia indenização, as águas a que tem direito. Segundo o art. 1.561 do Código Civil português, a constituição da servidão legal de aqueduto para aproveitamento de águas particulares assenta-se no poder jurídico do proprietário de um prédio de conduzir as águas a que tenha direito, até esse prédio, por meio de regos ou canos, a descoberto ou subterrâneos. Mantém-se, assim, a noção romana da , como um direito de conduzir água por terreno alheio (Gonçalves, 1993:468).

O Código de Águas disciplinou e ampliou a matéria sob a epígrafe

.

Estabeleceu a possibilidade de canalização pelo prédio de outrem, mediante prévia indenização, obedecidos os seguintes requisitos:

para as primeiras necessidades da vida;
para os serviços da agricultura ou da indústria;
para o escoamento das águas superabundantes;
para o enxugo ou bonificação de terrenos.

A indenização refere-se não somente à restrição trazida pelo aqueduto em si, como também a quaisquer outros danos causados pelas obras. O aqueduto é uma das mais antigas servidões admitidas pelo Direito Romano. Daí sua definição na lei das águas como *servidão pública*. Essa modalidade de canalização independe do consentimento do vizinho, pois se busca a utilização social da propriedade. É limitação onerosa da propriedade, porque propicia indenização. No novel Código, a matéria é tratada pelo art. 1.293.⁹ Além da indenização, o § 1º estabelece a possibilidade de ressarcimento de danos que de futuro os canais venham a causar, por infiltração ou irrupção de águas. Também, conforme o § 2º, o proprietário prejudicado poderá exigir que a canalização seja subterrânea quando atravessar áreas edificadas, pátios, hortas, jardins e quintais. O aqueduto será construído de forma a causar o menor incômodo possível aos vizinhos, e às expensas do seu respectivo dono (§ 3º). O art. 1.294 manda que se aplique ao aqueduto o disposto acerca da passagem de cabos e tubulações, pois é evidente a analogia.¹⁰

O art. 1.295 dispõe que os proprietários atingidos não ficarão impedidos de cercar os imóveis e de construir sobre eles, desde que o façam com preservação de sua segurança e conservação. Atendendo à função social do aqueduto, que provém desde os tempos mais antigos, o artigo ainda enfatiza que os proprietários dos imóveis trespassados pelo aqueduto podem-se utilizar da água para

para as primeiras necessidades da vida. Desse modo, a par de serem indenizados pela passagem do aqueduto, os vizinhos usufruem de sua presença *para as primeiras necessidades da vida*, isto é, para as necessidades essenciais, como higiene e alimentação. Não poderão, em princípio, é evidente, usar da água para atividades voluptuárias. No entanto, se houver águas supérfluas, outros poderão canalizá-las para as atividades de primeira necessidade, mediante pagamento aos proprietários prejudicados e ao dono do aqueduto. A preferência para essa utilização será dos proprietários atravessados pelo aqueduto (art. 1.296). Trata-se, como se vê, da possibilidade de ser construído um aqueduto derivado. Havendo águas supérfluas, o que será apurado no caso concreto, essa construção será um direito do interessado, que não pode ser negado.

Não apenas as ações típicas de vizinhança, mas também os remédios possessórios podem vir sempre em socorro dos proprietários prejudicados pelo mau uso das águas.

A contiguidade de prédios pode sempre levantar questões relativas aos limites entre os imóveis. A questão tem importância evidente para aquilatar o âmbito de utilização da coisa pelo proprietário. Ao

Estado, por seu lado, interessa que os limites entre os vários prédios estejam efetivamente definidos, não somente para a paz social, para o exercício de seu poder de polícia, como também para a tributação.

(Fulgêncio, 1978, v. 2:18).

Desde o Direito Romano tem-se notícia da ação demarcatória, descrita no art. 1.297 do Código Civil:¹¹

A legitimidade ativa deve ser alargada para aqueles cuja titularidade está muito próxima à de proprietário, como o enfiteuta, o nu-proprietário e o usuário (Lopes, 1964, v. 6:434). Cada condômino do imóvel confinante, no âmbito de seu direito concomitante de propriedade, também pode intentar a demarcação, sem o concurso dos demais condôminos. Trata-se de ação real. Todavia, possuidores também têm ação demarcatória de sua posse, como têm ação de divisão de composesse, em face da exteriorização da propriedade. A declaração da sentença movida por possuidor restringe-se à delimitação do fato da posse.

(Theodoro Jr., 1985:201).¹²

A ação demarcatória vem disciplinada pelos arts. 569 ss do CPC. Equivale à tradicional do Direito Romano. O direito não se restringe, pois, à simples demarcação, mas também a exigir a repartição de despesas com a atividade material.

Trata-se igualmente de direito potestativo do proprietário, imprescritível, exercitável, portanto, enquanto perdurar a confinância. É requisito para sua propositura que os limites entre os prédios de diferentes proprietários se apresentem com sinais exteriores duvidosos: muros, cercas, tapumes e valas desaparecidos ou destruídos, o que caracteriza os referidos pela lei. Não havendo ou não tendo havido obstáculo divisório, o proprietário vizinho é obrigado a ou os marcos destruídos ou arruinados. Não importa a causa dessa ruína ou desaparecimento, por fato natural ou por ato humano. Se a destruição ou ruína ocorreu por culpa do vizinho, deverá responder pelos prejuízos correspondentes, deduzindo-se de outras despesas proporcionais referidas no dispositivo legal. Se perfeitamente delineada e presente a linha divisória entre os prédios, inviável será a ação.

Por vezes, a confusão de limites não permite definição clara e precisa da propriedade de um e de outro. A dúvida se definirá em favor de quem exerce a posse na porção contestada. Por essa razão, pode ser cumulada a ação demarcatória com a pretensão possessória. Com muita frequência, pois, dever-se-á examinar o fato da posse na demarcação. A esse respeito, o art. 570 do Código Civil de 1916:¹³

O Código de 2002, no art. 1.298, equivalente ao art. 570, diz que, nessa hipótese, o terreno contestado se dividirá em partes iguais ou, não sendo possível a divisão cômoda, se adjudicará a um deles, mediante indenização ao outro.

Quando se transfere o nível de prova para o campo da posse, o exame do título dominial é adminículo probatório, tal como estudamos a esse respeito no Capítulo 7 nos limites dos remédios possessórios. Se a demarcação for fundada exclusivamente no domínio, não se trará à baila a questão possessória. Como acentua Sílvia Rodrigues (1984, v. 5:150), embora a natureza da ação demarcatória seja declaratória de propriedade preexistente, com frequência trará em seu bojo pedido reivindicatório, quando existem dúvida e discussão a respeito dos confins. No caso concreto, muitas vezes um vizinho invade e utiliza a propriedade confinante. A questão será controvertida em termos de posse ou propriedade dentro da pretensão demarcatória. Não se confunde, porém, a ação de demarcação com as ações possessórias e reivindicatórias propriamente ditas. Basta dizer que na ação reivindicatória se busca o que foi injustamente parar em mãos de outrem. Na divisória, ambos os confinantes têm interesse em fixar os marcos. Washington de Barros Monteiro (1989, v. 3:152) aponta a nosso ver terminologia esclarecedora, a fim de se afastar estéril discussão técnica acerca da possibilidade de cumulação da demarcação com pedido possessório ou reivindicatório:

Transferida a discussão para a posse, pode vir à tona a alegação de usucapião sobre a área em discussão. O que se alega é, portanto, a _____, porque, uma vez persistente a vizinhança, o _____. Conquanto reconhecido a usucapião, nessa hipótese a matéria de defesa obstará a demarcação. O que o juiz deve julgar é a impropriedade da ação demarcatória no caso (Miranda, 1971, v. 13:371). O usucapiente deverá recorrer à ação própria.

Contudo, a primeira regra a ser seguida no juízo da demarcação é o exame do título dominial. A finalidade primordial da ação é obter acerto acerca dos limites da propriedade. Tanto é assim que o art. 574 do CPC exige a juntada dos títulos de propriedade com a inicial. Nada impede que ambos os confinantes promovam conjuntamente a demarcação. Poderá inexistir lide, ou esta ser apenas parcial dentro do mesmo processo. Podem ocorrer aspectos da divisão tidos como incontroversos tanto pelo promovente, como pelo promovido, ou por ambos, quando se postam conjuntamente como promoventes. A divisão é campo fértil para o juízo arbitral, como o é para todos os direitos de vizinhança, e deveria

esse juízo ser incentivado pelo legislador e pela doutrina. Ninguém melhor que árbitros escolhidos pelos confinantes para resolver suas pendências, por vezes meras facécias facilmente resolvidas pelo meio social, sem necessidade da custosa intervenção do Judiciário.

Insuficientes os títulos para definir os limites, buscar-se-á o [art. 570 do CPC](#), tanto que o art. 570 se referia à [divisão dos prédios](#) para fixação dos limites.

Não conseguindo o juiz fixar os rumos, nem com os títulos, nem com o exame do fato da posse, a solução preconizada no art. 570 era determinar a divisão [proporcional](#) dos prédios. Essa divisão diz respeito, à evidência, unicamente à área confinante duvidosa e não à integralidade dos prédios. Por isso que o Código em vigor corrige a impropriedade e se refere, no art. 1.298, à divisão do terreno contestado em partes iguais. Reitere-se que a divisão é somente da área em litígio. No sistema do Código de 1916, divergia a doutrina de como poderia ser feita essa divisão proporcional não esclarecida na lei. Clóvis, em seus [comentários](#), entendia que deveria ser em partes iguais, ideia que preponderou, felizmente, no Código de 2002. Nem sempre será, porém, a solução mais justa. Outros entendiam que deveria ser proporcional à testada do imóvel de cada confinante; outros ainda sustentavam que a proporcionalidade era relativa à área de cada prédio confinante (Viana, 1983:83). Com o presente Código, de qualquer forma, resolve-se a até então infundável discussão.

Em última hipótese, se essa divisão cômoda não for possível, caberá ao juiz adjudicar a área litigiosa a um dos confinantes, mediante indenização ao outro. A quem caberá a área neste último caso apenas a casuística poderá aconselhar: o imóvel já apresenta edificação realizada por um dos confinantes, por exemplo. Justo é que essa porção permaneça com ele. Comenta Caio Mário da Silva Pereira (1993:151) que este será [o caso de demarcação](#), entre tantos que surgem numa ação demarcatória ou divisória; nada obsta que sejam cumuladas as pretensões de divisão e demarcação dos imóveis (art. 570 do CPC). Têm conhecimento bem disso todos os juízes que já atuaram em processos desse jaez, mormente em zona rural. Por vezes, a única solução possível é o próprio magistrado, em inspeção judicial, juntamente com os peritos, fixar no local o traçado da divisão, determinando o lançamento de pontaletes nos locais dos futuros marcos, para a passagem da linha de divisão, represando concomitantemente o estado de beligerância latente entre as partes. Mais de uma vez fomos jungidos a essa solução, única forma de terminar o processo.

Humberto Theodoro Jr. (1985:37) sintetiza os critérios a serem observados na demarcação:

Toda essa matéria atinente aos fatos materiais do imóvel receberá vastos subsídios probatórios na ação de demarcação, porque o juiz nomeará um ou mais peritos para promover a medição do imóvel e as operações de divisão (art. 590 do CPC). Esses peritos devem fornecer o critério técnico e jurídico mais seguro a ser seguido pelo julgador. A sentença determinará o traçado (art. 581 do CPC) levando em conta a planta da região e as conclusões técnicas presentes nos autos.

Há, portanto, duas fases distintas na ação de demarcação. Na primeira, discute-se a obrigação de

demarcar, possíveis questões dominiais e possessórias. Não há especificamente necessidade de cumular a reivindicatória com a divisória, pois ambas conduzem ao mesmo resultado; a reivindicação coloca-se implicitamente dentro do pedido demarcatório (625/53, 78/243). Admitem-se, por outro lado, demarcações parciais, movidas somente contra um ou alguns dos confinantes (303/219). Procedente o pedido demarcatório, com seu trânsito em julgado passa-se à fase executória, em que são praticados os atos materiais de demarcação, resultando daí a sentença homologatória, em que não mais se pode discutir o que foi debatido na fase inicial, mas apenas se fixa o traçado. Não se trata, porém, de singela homologação sem conteúdo decisório, porque resolve dúvidas e questões técnicas levantadas pelo agrimensor, com comentários das partes.

Quando a dúvida se resume exclusivamente à aviventação e fixação de rumos, sem maiores aprofundamentos que resvalam na ação reivindicatória ou possessória, as partes colocam-se na posição exclusiva de promoventes e promovidos e não de réu e autor. Se a resistência à ação se situar em plano que atinja a sucumbência, o juiz deverá condenar o vencido nos respectivos consectários, por ter resistido à pretensão. Nada impede que a demarcação se realize por transação ou outro negócio jurídico, levado a juízo para simples homologação. O procedimento promovido de comum acordo pelos confinantes assume o caráter de jurisdição voluntária (arts. 719 ss).

A regra geral é que todas as despesas decorrentes de demarcação ou manutenção de divisas devem ser repartidas pelos confinantes. Caracteriza-se a obrigação ou reipersecutória.

A lei presume também, , por meio do Código Civil, que as divisas, qualquer que seja sua natureza, pertencem em comum a ambos:

A tipificação desse artigo relaciona-se com o exposto no direito de tapagem. A situação aplica-se aos imóveis rurais e urbanos. Todo proprietário tem direito de cercar, murar ou tapar seu prédio (art. 1.297).

Ao estudarmos o condomínio, vimos que o art. 1.328 confere direito ao proprietário limítrofe de adquirir a meação da parede, muro, vala, valado, ou cerca do vizinho, mediante o pagamento da metade do valor. A lei incentiva nesse aspecto o estabelecimento de comunhão no objeto de divisa. Ainda que o muro ou equivalente pertença exclusivamente a um dos proprietários (e isso será exceção, segundo a lei), tal não impede o outro confinante de usá-lo dentro de suas necessidades, sem ocasionar prejuízo ao vizinho. Tal regra decorre inelutavelmente do art. 1.297, § 1º, que cuida do direito de uso dos intervalos e muros ou outras divisórias pelos vizinhos e somente secundariamente cuida da presunção de propriedade comum da divisória.

A construção de prédio pelo proprietário é direito seu, inserido no [art. 1.299 do Código Civil](#). No entanto, em prol da comunidade, da vizinhança e do interesse público não é direito absoluto, como em outros aspectos da propriedade.

O próprio Código Civil, no art. 1.299, descreve a modalidade genérica de exercício restrito desse direito:

O sentido continua a ser sempre o da busca da finalidade social da propriedade, o equacionamento do direito individual com o direito social. Deve ser entendido, no entanto, que a liberdade de construir é a regra. As limitações, como exceção, devem vir expostas pelo ordenamento. Essa utilização da propriedade deve, da mesma forma, sempre ser examinada em consonância com a regra geral de vizinhança do art. 554 ou art. 1.277 do atual Código, que reprimem o mau uso ou uso anormal da propriedade, quando ocasiona prejuízo à segurança, sossego e saúde da vizinhança. Aplicamos a esse respeito tudo o que foi exposto sobre o uso nocivo ou mau uso da propriedade.

Além das noções gerais, devem ser tomadas em consideração as duas classes de restrições ao direito de construir, as decorrentes das regras de vizinhança e as decorrentes de regras administrativas. O ordenamento fixa regras recíprocas entre os vizinhos. Geralmente, na área urbana, cabe aos Municípios delimitar e organizar o direito de construir. Pode também o loteador impor restrições edilícias a determinada área, que ganham natureza real com o registro, devendo ser obedecidas, a exemplo das restrições urbanas em geral. O art. 45 da Lei nº 6.766, de 19-12-1979, estabelece:

Modernamente, são mais numerosas e importantes as restrições de ordem administrativa. As regras civis aplicam-se subsidiariamente.

Essas limitações administrativas urbanísticas e rurais, conquanto de ordem pública, geram direito subjetivo aos vizinhos para exigir o cumprimento. Leva-se em conta o interesse coletivo, que também é direito da vizinhança. O vizinho está legitimado a acionar aquele que não cumpre as imposições administrativas. Para nós, sempre esteve correta a posição clássica firmada por Hely Lopes Meirelles (1979:79):

A infração aos princípios estabelecidos no capítulo a respeito do direito de construir, bem como aos

regulamentos urbanísticos administrativos, gera, em princípio, a obrigação de demolir as construções feitas, além de indenização por perdas e danos. Essa regra vem expressa no art. 1.312 do Código de 2002.¹⁴

A própria definição do Código Civil ressalta a observância aos regulamentos administrativos. Hoje, a situação mais se acentua com a exacerbação constitucional dada à função social da propriedade privada.

Cabe à Municipalidade estabelecer normas urbanísticas, seu , complexo de normas técnicas caracterizadoras dos direitos e limitações de construir. Essas regras municipais são sempre dinâmicas, alteráveis por sua natureza no tempo e no espaço, com base na própria conceituação do que se entende por zona urbana, que é atribuição municipal. Ao Município cabe criar a divisão em zoneamentos industriais, residenciais e mistos, com subdivisões, impondo exigências edilícias próprias para cada zona. Ao Estado em geral cabe também preservar o patrimônio histórico e artístico. Pelo proíbe-se que edifícios de valor histórico ou artístico sejam destruídos ou alterados sem autorização. Lembre-se, a propósito, de que a Lei nº 10.257/2001, autodenominada Estatuto da Cidade, é norma que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais de política urbana.

As construções devem seguir o gabarito determinado pela Administração, bem como recuo e alinhamento com relação às vias públicas, utilização de área máxima de edificação em cada zona etc. Enfim, há complexo de normas administrativas integrantes do direito de vizinhança. A matéria requer aprofundamento monográfico, é relacionada ao direito público e direito privado, bem como à engenharia civil, na especialidade de planejamento e administração urbana, um dos maiores desafios do século 20. Os dispositivos que dão regras às construções no bojo do Código Civil são apenas supletivos das leis administrativas. No Código Civil, encontra-se o mínimo de limitações no direito de construir a serem obedecidas no que não contrariarem o direito edilício administrativo. Veja, por exemplo, a norma do art. 1.300, que proíbe que o proprietário construa de molde a despejar águas diretamente sobre o prédio vizinho. O regulamento administrativo ou do loteamento pode exigir outros requisitos no tocante ao despejo de águas.

Deve ser entendida como construção toda realização material sobre o imóvel decorrente de atividade humana. Desse modo, também são construção a edificação ou reforma, a demolição, o levantamento de muros, a escavação, o aterro etc.

A ação demolitória pode ser movida contra o responsável pela edificação ilegal. A demolição, no entanto, deve ser a última solução. Sempre há que se buscar a possibilidade de adaptação da obra ou da edificação aos regulamentos administrativos e às restrições de vizinhança. Nesse sentido, há de ser interpretada a norma. Em qualquer hipótese, provados a responsabilidade e o nexo causal, deve ocorrer indenização pelos prejuízos. Essa responsabilidade independe de culpa, decorrendo da simples vizinhança.

(Rodrigues, 1984, v. 5:157).

O art. 1.301 permite ao proprietário se opor ou embargar obra que invada sua área ou lhe deite

goteiras, bem como aquela em que se abra janela, ou se faça eirado, terraço ou varanda a menos de metro e meio. A finalidade é preservar a privacidade. Geralmente, os atos administrativos impõem maiores restrições, dependendo da zona urbana. O § 1º acrescenta que

. A disposição no Código de 1916 era diversa. O § 2º acrescenta:

Trata-se de limitação negativa, a fim de impedir que o prédio seja devassado, permitindo, tanto quanto possível, a privacidade. Se entre os dois prédios existir estrada, caminho, ou rua, não se aplicam as restrições do art. 1.301. É sempre conveniente lembrar que os próprios interessados, como o loteador ou empreendedor de um loteamento fechado, podem opor restrições mais amplas com essa finalidade e que, uma vez presentes no registro imobiliário, devem ser obedecidas.

Os parágrafos do art. 1.301 do Código de 2002 estabelecem princípios com redação mais acessível e razoável. Assim, como visto, as janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser abertas a menos de setenta e cinco centímetros. As disposições acerca de janelas e assemelhados não abrangem as aberturas para luz ou ventilação não maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento e construídas a mais de dois metros de altura de cada piso.

O art. 1.300 deve ser entendido juntamente com o art. 1.305, que estabelece o regime de
:

O proprietário pode construir no terreno vizinho até meia espessura da parede. Se ultrapassar o limite, o vizinho prejudicado pode embargar a construção, com a nunciação de obra nova. Se a invasão for pequena, a solução melhor será sempre a indenização e não o desfazimento da obra. O vigente Código acrescenta regra a essa disposição, no parágrafo único do art. 1.305:

Sempre se aplicará a regra no sentido de que pagará perdas e danos quem ocasionar prejuízo a outrem.

No tocante às referidas na segunda parte do art. 573, a distância de metro e meio é do Código de 1916. O Código mais moderno refere-se a setenta e cinco centímetros. Essa distância deve ser contada da linha divisória do imóvel e não de outra janela. É distância mínima que a

postura municipal ou a vontade privada pode aumentar. As janelas ou similares são proibidas nessa distância tanto se se situarem diretamente em frente do prédio vizinho, como obliquamente. Persiste dúvida, porém, na doutrina. Nossa lei não fez distinção como direitos comparados. Em ambas as situações, de visão direta ou oblíqua, há possibilidade de devassar a privacidade vizinha. Serpa Lopes (1964, v. 6:462) entende que a janela oblíqua deve ser tolerada, quando não propicie domínio visual da propriedade contígua, cabendo ao juiz a boa decisão no caso concreto. Como o dispositivo não se refere a portas, interpreta-se restritivamente, não existindo impedimento para elas, assim como para tomadas de luz feitas com vidros ou materiais opacos (Monteiro, 1989, v. 3:160).

O art. 574 do Código de 1916 estabeleceu exceção à distância de metro e meio fixada no artigo antecedente, quando os prédios são separados por estradas, caminhos, ruas, ou qualquer outra passagem pública. Como a lei se referia a passagem pública, o preceito não atinge caminhos particulares, em que a distância deve ser observada. Dificilmente, porém, haverá estrada ou caminho que estabeleça espaço inferior a um metro e meio entre os prédios.

O art. 576 dispunha:

15

A dúvida do dispositivo era saber se, mesmo concordando com a obra, pode o titular do prédio serviente pedir que se desfaça. Evidente que, se autorizou de forma expressa, operou-se negócio jurídico que somente permite distrato bilateral. Tudo indica que a norma se refere às modalidades tácitas de consentimento, quando o proprietário tem conhecimento da edificação e não toma nenhuma providência para impedi-la. O prazo de ano e dia, já por nós conhecido, é contado a partir do término da obra. Durante os trabalhos, a ação é de nunciação de obra nova. Terminada, a ação é demolitória. O decurso de prazo de ano e dia no silêncio do vizinho estabelece situação semelhante à servidão, mas que não pode ser assim conceituada (Rizzardo, 1991, v. 3:734). Passado o prazo de ano e dia, consolida-se o direito do construtor da janela ou similar em mantê-la. Não nasce, porém, para ele servidão de luz, porque não estão presentes os requisitos desse instituto. Desse modo, não fica impedido o proprietário prejudicado pelo transcurso do prazo de ano e dia de construir integralmente em seu terreno, junto a sua divisa. O curto prazo de ano e dia não perfaz usucapião e não permite a conceituação de servidão (83/559, 557/188). Após esse prazo, o vizinho não pode mais reclamar, mas pode edificar em seu imóvel

(art. 573, § 2º) (Monteiro, 1989, v. 3:160). Mantendo o mesmo sentido, porém com redação diversa, estatui o art. 1.302 do Código em vigor:

O Código deste século dispõe ainda que, na zona rural, não será permitido levantar edificações a menos de três metros do terreno vizinho (art. 1.303).

O parágrafo único do art. 1.305 permite o travejamento da parede-meia. Se isso não for possível, o confinante não poderá fazer alicerce no pé sem prestar caução pelo risco de desmoronamento. Tudo isso porque se leva em conta a possibilidade de o confinante utilizar a parede divisória até a metade, desde que não exponha a risco a segurança ou a separação dos dois prédios (art. 1.306). Deve avisar o vizinho do que pretende fazer. Sem o consentimento do outro, não poderá

. Não pode assim demolir a parede sem o consentimento do vizinho do lado oposto, nem nela assentar máquina, fornos, aparelhos higiênicos, substâncias corrosivas etc. que provoquem infiltração ou ponham em risco a construção (art. 1.308). O mais recente Código teve o cuidado de ressaltar que a essa disposição não se aplicam as chaminés ordinárias e os fogões de cozinha (art. 1.308, parágrafo único). O dono de prédio ameaçado por utilização indevida ou perigosa no edifício contíguo,

(art. 582 do Código de 1916). A regra é lógica. Cuida-se de aplicação de possibilidade de ação e caução de dano infecto, como visto anteriormente.

A manutenção da parede-meia, como vimos, cabe aos dois confinantes, exemplo típico de obrigação . O proprietário é obrigado a consentir que o vizinho entre em seu prédio, para a reparação ou limpeza indispensável, construção ou reconstrução de sua casa. Mas, se daí lhe provier dano, terá direito a ser indenizado (art. 1.313). O dispositivo prevê a mesma possibilidade de visita aos casos de limpeza ou reparação dos esgotos, goteiras e aparelhos higiênicos, assim como dos poços e fontes já existentes. A recusa do ingresso pelo vizinho deve ser extirpada mediante intervenção judicial, ação cautelar, se houver urgência. Qualquer dano causado pelo vizinho por sua conduta deve ser indenizado. Presentes os requisitos, o vizinho visitado pode pedir caução.

A questão também se relaciona com o art. 1.304:

Cuida-se de mais uma hipótese de parede-meia e fato jurígeno de obrigação . É o chamado ou ¹⁶ Para que essa possibilidade ocorra, necessário que se trate de construção erguida em cidades, vilas ou povoados; que a edificação esteja submetida a alinhamento; que a parede-meia suporte a utilização, somente podendo esta ir até o meio de sua espessura e que o vizinho embolse ao confinante o meio valor da parede e do chão correspondente. Deve também indenizar por prejuízo que causar. Não pode pôr em risco a segurança do prédio (art. 1.306).

O art. 575 do Código de 1916 foi substituído pelo art. 105 do Código de Águas, de redação quase idêntica. Trata-se do :

Não importa que o prédio receptor das águas seja ou não edificado. Nada impede, contudo, que as partes estabeleçam servidão em sentido contrário, de tolerância no recebimento das águas vindas de outro prédio. A disposição refere-se unicamente a águas pluviais, não podendo o despejo ser de águas provenientes de uso do prédio.

O art. 577 do Código de 1916 reportava-se a prédios rústicos, nos quais

. No mesmo diapasão, a restrição do art. 578:

A matéria é típica do poder de polícia municipal e pertence ao direito administrativo.

Os arts. 584 e 585 do Código de 1916 foram substituídos por dispositivos do Código de Águas. Dizem respeito à utilização de águas de poços ou fontes. O proprietário pode defender-se do vizinho que ameace poluir ou inutilizar água de seu poço ou fonte. Não são permitidas escavações que tirem ou diminuam excessivamente do poço ou fonte alheia a água necessária. O vizinho não pode abrir poço sem guardar distância necessária, de molde a evitar prejuízo à captação de água do prédio próximo (art. 97 do Código de Águas).

Há algumas regras novas introduzidas no estatuto civil em vigor. O art. 1.307 menciona que

A questão também tem a ver com as paredes e os muros divisórios. O confinante pode ter necessidade de tornar mais alta a sua divisória (altear). Poderá fazê-lo por sua conta e risco, devendo reconstruir a parede se necessário. Esta ficará lhe pertencendo, e com isto suportará todas as despesas. Se o outro confinante concordar, poderá adquirir meação da parte aumentada, seguindo-se então a regra geral de condomínio na parede-meia.

O art. 1.309 descreve regra importante que tem mais a ver com o direito de águas:

A regra é branda ao estabelecer a proibição sem uma sanção expressa. Sabemos que em nosso país

ainda existe vasta população que depende de água de poços e nascentes. Quem constrói em suas proximidades tem o dever e a obrigação de preservar a qualidade da água. As normas administrativas de controle ambiental devem ser rigorosas contra o infrator, o qual, de qualquer forma, pode ser obrigado a repor a situação no estágio anterior, além de indenizar por perdas e danos. A regra do art. 1.310 é corolário da anterior: ninguém pode fazer escavações ou quaisquer obras que suprimam ao poço ou à nascente de outrem a água indispensável às suas necessidades normais.

O art. 1.311, que se refere a obra que coloca em perigo a segurança de prédio vizinho, tem relação com a ação de dano infecto como já mencionamos e com a prevenção de danos que podem ser ocasionados por obras em determinada área.

Mencione-se, por fim, o art. 1.313 do Código Civil mais recente, já referido. Esse dispositivo obriga que o proprietário ou ocupante do imóvel tolere o ingresso de vizinho no imóvel, mediante prévio aviso, em duas hipóteses:

O ingresso de estranho em uma propriedade sempre será motivo de inconveniências, senão de dissensões e desentendimentos. O termo “casa”, utilizado no inciso I, deve ser visto de forma ampliativa, pois diz respeito a qualquer prédio ou edificação. Somente de forma excepcional isso pode ser tolerado. No caso do dispositivo, com frequência, por motivos de proximidade dos prédios, o vizinho, pessoalmente ou por preposto, é obrigado a ingressar na outra propriedade para efetuar reparos decorrentes de defeitos em seu prédio, mormente quando as tubulações são comuns ou muito próximas, além das hipóteses de divisórias e parede-meia. A situação se aplica tanto a imóveis urbanos como a imóveis rurais, sendo muito frequente nos condomínios edilícios, mormente em situações de infiltrações e vazamentos. O proprietário ou possuidor é obrigado a tolerar essa visita a qual, no entanto, deve ser regulamentada entre as partes e provir de um aviso prévio como está na lei. A recusa injustificada dessa permissão de ingresso necessário pode acarretar o recurso ao Judiciário, que deverá assegurar prontamente o direito conforme as necessidades apontadas. Há situações de urgência que nem mesmo permitem o pedido de autorização e se aproximam ou constituem estado de necessidade. Assim, por exemplo, o rompimento de esgoto ou de cano d’água, a iminência de incêndio ou ruína, entre tantas outras situações, podem exigir o ingresso imediato do vizinho ou de alguém por ele indicado para efetuar os reparos. O § 2º nos parece inútil, pois uma vez entregues as coisas buscadas ao vizinho, não há que se permitir seu reingresso no imóvel, desaparecendo a razão para tal. Evidente, também, que qualquer prejuízo ocasionado pelo visitante deve ser ressarcido.

Pelo direito de tapagem permite-se ao proprietário

, de acordo com a lei (art. 1.297, primeira parte). Esse mesmo

dispositivo regulamenta a forma pela qual se pode estabelecer materialmente a divisa entre prédios. Cuida-se de mais uma restrição ao direito de propriedade que em tese é exclusivo. No entanto, com a feitura de limites se garante justamente essa exclusividade, embora se estabeleça, na maioria das vezes, comunhão na divisória, qualquer que seja a matéria empregada no linde.

Presumem-se de ambos os proprietários confinantes os tapumes divisórios e assemelhados, constituindo-se obrigação as despesas de sua construção, manutenção e conservação. O Código de 2002 cuida dos limites entre prédios e do direito de tapagem no mesmo art. 1.297, o qual determina a repartição proporcional das despesas, nesse caso. Essa presunção é relativa, permitindo prova em contrário. Essa presunção relativa é enfatizada pelo art. 1.297, § 1º, do presente Código.

Segundo esse dispositivo, os confinantes estão obrigados, de conformidade com os costumes da localidade, a concorrer em partes iguais para as despesas de construção e conservação das divisórias. A vedação das divisas é um direito do proprietário e não uma obrigação, a não ser que decorra de imposição administrativa ou contratual entre os confinantes. Se atribuída pelo loteador e presente no registro imobiliário, tem o mesmo papel de imposição administrativa. O proprietário tem possibilidade de cobrar a quota do confinante que não concorreu com as despesas. Não poderá fazê-lo, porém, se apenas por iniciativa sua efetuou a divisória, provado não haver interesse do confinante, bem como se efetuou obras ou despesas desnecessárias ou voluptuárias na separação, o que deve ser apurado no caso concreto. Se utilizou plantas raras na cerca viva ou materiais luxuosos no local, por exemplo, não pode carrear ao vizinho metade das despesas tidas como supérfluas.

O § 2º do art. 588 do Código de 1916 definiu o que a lei entende por :¹⁷

A regra pretérita auxilia a compreensão atual. Segundo o Código de 2002, essas sebes vivas, árvores ou plantas quaisquer, que servem de marco divisório, somente podem ser cortadas, ou arrancadas, de comum acordo entre os proprietários (art. 1.297, § 2º).

Os usos do local definirão a qualidade e espécie de material a ser utilizado: muros simples ou pintados, com tijolos aparentes ou revestidos, cercas com moirões de madeira ou de concreto, gradis simples ou trabalhados, arames farpados ou simples, cercas vivas com arbustos ou árvores etc.

Note que, não ocorrendo presunção de comunhão, sendo tanto a construção do muro ou divisória, como sua manutenção, de responsabilidade e iniciativa de um só dos vizinhos, sem imposição legal ou

negociação para tal, pertencem só a ele, que não pode obrigar o confinante a nenhum pagamento, segundo a doutrina tradicional. Poderá o vizinho fazê-lo, se provar que o confinante se utiliza da divisão. Quem nega a titularidade no muro deve provar em contrário, segundo decorre da presunção legal. Quando o confinante nega o pagamento, cabe ao lindeiro que arcou com a construção do muro obter declaração judicial daquele para pagamento pelo tapume em comum sob pena de se concluir que somente a ele pertence a divisória.

(Gomes, 1983:190).

Se existe lei ou contrato que impõe o tapume, o lindeiro não pode furtar-se à despesa comum. Ainda que não exista obrigação de construção do tapume, a decisão judicial geralmente propenderá a que a divisória seja feita no interesse de ambos, devendo ser repartidas as despesas. Não se trata, porém, como vimos, de regra geral. Difícil será no entanto, na prática, negar a utilidade comum do tapume para os confinantes. Interessante notar que os doutrinadores tradicionais não chegam a essa conclusão. No entanto, o fato de um só dos vizinhos ter construído a suas expensas a obra divisória não induz que tenha desistido de cobrar a metade do vizinho. Nesse sentido, julgado citado por Humberto Theodoro Jr. (1985:509):

Lembre-se sempre, porém, da regra do art. 1.328 pela qual o lindeiro tem de adquirir meação do muro ou similar, pagando metade do valor ao vizinho. Assim como o construtor pode cobrar metade da divisória, o vizinho que não erigiu o tapume tem direito de exigir, mediante pagamento, o direito de meação. A lei procura, de todas as formas, a comunhão nos muros e cercas divisórias. Note, ademais, que pela dicção do art. 1.330, enquanto o vizinho não pagar ou depositar o valor da meação, não poderá fazer uso da parede ou de outra divisória. Seu direito somente nasce com o pagamento, ainda que a iniciativa não tenha sido sua, mas do lindeiro que erigiu a divisória.

Na síntese de Serpa Lopes (1964, v. 6:441), dentro do aqui exposto, a meação de muros, paredes, cercas ou valas decorre de três causas determinantes: (1) foram construídos pelos vizinhos de comum acordo; (2) tornaram-se comuns em decorrência de negócio jurídico; e (3) a meação existe por presunção legal e pela falta de prova de exclusividade de propriedade.

Quem possuir animais que exijam maior proteção, tais como aves e animais domésticos, ou quem necessitar de para outro fim, deve responder pela construção e despesas dos chamados tapumes especiais (art. 1.297, § 3º; antigo, art. 588, § 3º). Se a utilidade desses tapumes for de ambos os confinantes, justo que se repartam os custos. No entanto, como regra geral, os tapumes especiais são de propriedade exclusiva do dono do terreno obrigado a construí-los. Quem não tem outra

necessidade ou não possui animais que exijam esses tapumes não fica obrigado a ressarcir os custos. No entanto, embora a lei não o diga, é justo que se pague o equivalente à metade de tapumes comuns, que de qualquer modo deveriam ser erigidos para utilidade conjunta.

Se a divisória for de mera ornamentação, de natureza voluptuária, como, por exemplo, muro ou gradil artístico, desnecessário para o local, não pode seu construtor imputar metade dos custos ao vizinho. A solução correta é o lindeiro pagar metade do valor do que o costume local normalmente faria colocar no limite dos prédios.

A doutrina lembra da colocação de [cacos de vidro](#) sobre o muro divisório. Geralmente, cacos de vidro ou pontaletes de ferro, para impedir invasão. Também são decorrentes da convivência de vizinhança e não exorbitam a finalidade dos tapumes, incluindo-se em seu custo. Modernamente, pode-se alargar o conceito para as ofendículas eletrônicas, cercas eletrificadas ou com alarmes etc., por exemplo. Podem também ser incluídas como despesas comuns dos confinantes, se úteis a ambos e se presentes nos costumes e nas necessidades do local.

Recorde que a supressão ou deslocação de tapume, marco ou qualquer sinal indicativo de linha divisória de propriedade pode tipificar o crime do art. 161 do Código Penal ([art. 161 do Código Penal](#)). Exige o dolo específico de alterar os limites, para se apropriar da coisa alheia. Também é crime

[art. 164 do Código Penal](#)). Avulta, portanto, de importância que o confinante mantenha o tapume devido, especial ou comum, para impedir a passagem de animais, pois o crime pode consumir-se pela modalidade omissiva.

Também nessas situações a lei de 1916 enfatizava a permissão de o vizinho ingressar no terreno confinante para [exercer o direito de passagem](#), mediante prévia comunicação (§ 4º do art. 588 do Código de 1916). Essa situação persiste no presente art. 1.313. Se ocasionar dano com sua conduta, deve indenizar. Aplica-se a regra do art. 1.313, § 3º, do Código vigente. Se houver urgência e resistência do vizinho, pode valer-se do processo cautelar, pleiteando liminar. O mais recente Código também, como vimos, assevera que

[art. 1.297, § 3º](#)). Como reiteramos, autorizar o vizinho a entrar em propriedade alheia é sempre um ponto de discórdia.

As cercas marginais das vias públicas serão feitas e conservadas pela Administração, ou pelas pessoas ou empresas que as explorarem (§ 5º do art. 588 do Código de 1916). A questão interessa ao direito público.

Essas regras gerais sobre tapumes aplicam-se também aos possuidores e não apenas aos proprietários, desde que os terrenos sejam utilizados a título de posse (Rizzardo, 1991, v. 3:760). É da essência das obrigações [do art. 1.313, § 3º](#). Não ficam os possuidores proibidos de limitar materialmente o âmbito da coisa sobre a qual exercem o fato da posse.

“Agravado interno – Agravado em recurso especial – Direito de vizinhança – Nunciação de obra nova – Prova oral que não substitui convencimento advindo de prova documental e pericial – Reexame de prova – 1- É inviável a análise do recurso especial quando dependente de reexame de matéria de prova (Súmula 7 do STJ). 2- Agravado interno a que se nega provimento” (– AGInt-AG-Resp 813.330 – (2015/0270667-6), 24-6-2016, Relª Minª Maria Isabel Gallotti).

“**Ação de indenização por danos materiais e morais** – Direito de vizinhança – Desobstrução de acesso a hidrômetro instalado no imóvel da autora visando o escoamento de águas pluviais. Decisão mantida. Agravado improvido” (– AI 2004132-81.2014.8.26.0000, 26-2-2014, Rel. Renato Sartorelli).

“**Ação de obrigação de fazer. Direito de vizinhança.** Danos ocasionados ao imóvel limítrofe em razão do erguimento de construção vizinha. Demolição da obra. Sentença que deixou de apreciar pedido indenizatório porque não formulado explicitamente na inicial. Decisão mantida. Recurso improvido. A atividade jurisdicional é delimitada pelos contornos trazidos na petição inicial, não sendo lícito ampliar os limites objetivos da lide, em sede de apelação, quando os recorrentes deixaram de apresentar pedido explícito de indenização. Os pedidos são interpretados restritivamente (art. 293 do CPC)” (– Ap. 0000071-30.2011.8.26.0062, 14-8-2013, Rel. Renato Sartorelli).

“**Apelação cível – Ação cominatória com obrigação de fazer e pedido de tutela antecipada** – Insurgência dos réus – Direito de vizinhança – Réus que abrigavam em sua residência cães que estavam abandonados na rua – Quantidade excessiva de animais que estava perturbando a paz dos vizinhos – Vigilância sanitária que já havia notificado os réus acerca da necessidade de redução de animais – Réus que estavam transformando sua residência em um canil particular – Mau uso da propriedade – Impossibilidade do município atuar na lide – Cães que ao serem retirados da rua passaram a ser de responsabilidade dos réus – pleito de intervenção do Ministério Público precluso – Decreto Lei Municipal nº 1.355/02 que limita em 5 (cinco) o número de cães permitidos por residência – Necessidade de majoração do limite de cães que os réus poderão abrigar em sua residência – Aprovação do projeto de Lei Complementar Municipal nº 1.065/10 que não foi juntada aos autos – Impossibilidade de reconhecer da matéria – Honorários mantidos – Recurso conhecido e parcialmente provido – Estando previsto em lei municipal, o limite de cães permitidos por residência, poderão os réus abrigar até 5 (cinco) cães em seu imóvel” (– Acórdão 2012.042480-5, 17-8-2012, Rel. Juiz Saul Steil).

“Direito de vizinhança – Árvores plantadas na divisa do imóvel limítrofe – Perícia que confirma a existência de prejuízos à residência limítrofe – Uso nocivo da propriedade – Caracterização – Danos materiais evidenciados – Hipótese de julgamento ultra petita – Limitação da condenação ao quantum pleiteado na petição inicial – Danos morais não configurados – Recurso parcialmente provido – A lide, como se sabe, é limitada pelo pedido – O juiz não pode ir além (julgamento ultra petita), nem ficar aquém (julgamento citra petita) do pedido. É o princípio da adstrição do juiz (art. 460 de CPC)” (– Ap 0051744-14.2012.8.26.0002, 9-5-2016, Rel. Renato Sartorelli).

“**Processual civil** – Ação Demolitória – Natureza Real – Cônjuge – Litisconsórcio Necessário – Ausência de citação – Nulidade – 1. Cinge-se a controvérsia a definir qual a natureza da Ação Demolitória e, em consequência, se a hipótese exige a formação de litisconsórcio necessário passivo entre os cônjuges. 2. O Tribunal entendeu que, por se tratar de ação pessoal, ‘a citação do cônjuge torna-se dispensável, posto que a ação demolitória não afeta diretamente o direito de propriedade das partes’ (fl. 130). 3. A Ação Demolitória visa à demolição de: a) prédio em ruína (art. 1.280 do CC); b) construção prejudicial a imóvel vizinho, às suas servidões ou aos fins a que é destinado (art. 934, I, do CPC); c) obra executada por um dos condôminos que importe prejuízo ou alteração de coisa comum (art. 934, II, do CPC); d) construção em contravenção da lei, do regulamento ou de postura estabelecidos pelo Município. 4. No sistema do Código Civil, a construção é tratada como uma das formas de aquisição da propriedade imóvel (arts. 1.253 a 1.259). Por outro lado, o direito de exigir a demolição de prédio vizinho encontra-se previsto no capítulo que trata dos direitos de vizinhança e está associado ao uso anormal da propriedade (Seção I do Capítulo V do Título III do Livro dos Direitos das Coisas). 5. A Ação Demolitória tem a mesma natureza da Ação de Nunciação de Obra Nova e se distingue desta em razão do estado em que se encontra a obra (REsp 311.507/AL, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., 05.11.2001, p. 118). 6. Assentada a premissa de que a Ação Demolitória e a Ação de Nunciação de Obra Nova se equivalem, o art. 95 do CPC corrobora a tese sobre a natureza real de ambas. O dispositivo prescreve que, nas ações fundadas em direito real sobre imóveis, o foro competente é o da situação da coisa, com a ressalva de que as referidas ações podem ser propostas no foro do domicílio ou de eleição, desde que o litígio não recaia sobre propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova. 7. Para o CPC, portanto, a Ação de Nunciação de Obra Nova se insere entre aquelas fundadas em direito real imobiliário. A mesma conclusão deve alcançar a Ação Demolitória. 8. Em precedente de relatoria do saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, o STJ assentou entendimento pela nulidade de processo em que pleiteada a demolição de bem, por ausência de citação de condômino litisconsorte necessário (REsp 147.769/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., 14.02.2000, p. 34). 9. Recurso Especial provido” (REsp 1.374.593, (2013/0011423-0), 1-7-2015, Rel. Min. Herman Benjamin).

“Direito de vizinhança – Ação de indenização por perdas e danos – Construção que causou o desabamento do prédio vizinho. Danos morais e materiais. Reconhecimento – Recursos parcialmente providos – O proprietário pode levantar em seu terreno qualquer construção, mas ocorrendo o dano e derivando este da obra limítrofe nasce a obrigação de indenizar. Vale dizer, a responsabilidade é objetiva, bastando a prova da existência do dano e sua relação de causalidade com a obra levada a efeito na propriedade limítrofe, não se cogitando do fator culpa” (– Ap 9000021-54.2009.8.26.0405, 18-8-2014, Rel. Renato Sartorelli).

“Ação de obrigação de não fazer. Direito de vizinhança. Alegação de uso anormal da propriedade. Réu que mantém uma ‘fazendinha’ em suas dependências. Prova pericial que constatou condições sanitárias adequadas, bem como baixa intensidade dos odores provenientes dos animais, que, assim como os ruídos, são percebidos de maneira intermitente. Incômodo não excedente do razoável. Inaplicabilidade do disposto no art. 1.277 do CC. Recurso improvido” (– Ap. 0004321-64.2006.8.26.0650, 23-8-2013, Rel. Hamid Bdine).

“Apelação cível – Ação ordinária de obrigação de fazer c/c pedido de tutela antecipada – Direito de vizinhança – **Uso anormal da propriedade** – Inteligência do art. 1.277, do Código Civil – prova pericial que demonstra a existência de poluição sonora – emissão de ruídos acima dos níveis permitidos – Imposição de construção de muro na divisa do imóvel que se mostra necessária a diminuir os transtornos causados à vizinhança. Sentença reformada. Inversão dos ônus sucumbenciais. Recurso provido” (– Acórdão 2010.064881-8, 23-5-2012, Rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior).

“Direito de vizinhança indenizatória – Mau uso da propriedade – Poluição sonora – Ruído excessivo cáustico pelo uso de instrumentos musicais, que gerou perturbações aos moradores vizinhos – Relações de vizinhança que limitam o uso do direito de propriedade em prol da convivência social (artigo 1.277 do Código Civil) – Indenização devida e atenta ao binômio reparação-reprimenda – Sentença mantida – Recurso não provido” (– Acórdão Apelação Cível 9176466-12.2008.8.26.0000, 6-7-2011, Rel. Des. Marcondes D’Angelo).

“Direito de vizinhança. Pretensão dos autores à indenização por danos morais supostamente causados pelas reclamações excessivas do réu em razão dos ruídos produzidos no imóvel vizinho. A prova oral produzida confirmou que era comum que móveis fossem arrastados durante a madrugada no imóvel dos autores. O imóvel do réu situava-se abaixo do apartamento dos autores. Assim, não há dúvida de que os ruídos causados pelos móveis arrastados incomodavam, com maior intensidade, o sossego do réu. Uso anormal da propriedade caracterizado (art. 1.277, do CC). Assim, o réu exerceu regularmente seu direito ao queixar-se dos incômodos produzidos pelos autores, o que afasta a reparação por danos morais concedida pela sentença (art. 188, inc. I, do CC). Ainda que algum excesso tivesse ocorrido nas reclamações, não poderia justificar a indenização em face dos incômodos que o réu comprovadamente sofreu causados pelos autores. Recurso do réu provido para julgar improcedente o pedido e recurso dos autores prejudicado” (– Acórdão Apelação Cível 0004846-91.2007.8.26.0268, 14-10-2010, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi).

“Agravamento de instrumento – Ação de dano infecto – não conhecimento – Falta de Pressuposto de admissibilidade por ausência de cópia do Termo de Juntada do mandado de citação e intimação cumprido ou da Certidão referente à realização ou não dessa juntada. Formação do instrumento com cópia dos autos até a carta de citação, sem a comprovação da data que permite aferir a tempestividade. Não observância do art. 525, inciso I, do CPC de 1973. Impossibilidade de concessão de prazo para suprir a deficiência. Recurso não conhecido” (– AI 2224147-53.2015.8.26.0000, 16-5-2016, Relª Daise Fajardo Nogueira Jacot).

“Agravamento de instrumento – Ação de dano infecto – Tutela antecipada de embargo da obra deferida na origem – Prestação de caução – prosseguimento da obra – possibilidade – A antecipação de tutela somente poderá ser deferida nos casos em que restar comprovado o preenchimento dos pressupostos do artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, a verossimilhança do direito alegado e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Em sede de cognição sumária, tenho como verossímeis as alegações da parte autora/agravada, porque há prova que ateste o seu direito de embargo da obra realizada pela demandada. O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação também se mostra presente, pois demonstrado o comprometimento da habitualidade do imóvel, considerando as rachaduras entre outros problemas decorrentes da obra. Assim, o perigo de dano para o imóvel e para a agravada estaria a exigir pronta e enérgica reação contra a obra, o que consiste em sua imediata paralisação. Por outro lado, na ação de nunciação de obra nova, o renunciado pode requerer a qualquer tempo que o embargo da obra seja levantado, desde que preste caução e demonstre o prejuízo de sua paralisação, nos termos do que dispõe o artigo 940 do Código de Processo Civil. Considerando a informação trazida na ata notarial de que a obra se encontra 80% concluída, o cronograma financeiro da obra, o contrato de construção por empreitada, o contrato de locação da empresa dos agravantes (fls. 188/193), no qual demonstram os prejuízos resultantes na suspensão da obra, entendo que o prosseguimento da obra pode ocorrer, sob a condição de que agravada preste caução. A caução, no caso, são as realizações das medidas protetivas sugeridas na petição inicial (reparos), no imóvel da autora, sob as expensas dos agravantes e mediante caução idônea a ser aferida na origem. Agravo de instrumento parcialmente provido. (AI 70065837544, 24-9-2015, Rel. Des. Eduardo João Lima Costa).

“Direito de vizinhança. Dano infecto. Construção erigida pelos réus. Perigo iminente ao imóvel dos demandantes. Ausência de prova. Improcedência do pedido mantida. Na medida em que os autores não se desincumbiram do ônus de provar a existência de perigo iminente a seu imóvel pela construção erigida pelos requeridos, de rigor é a rejeição do pedido. Apelo improvido” (– Ap 0002145-68.2007.8.26.0233, 30-5-2014, Rel. José Malerbi).

“Ação de obrigação de não fazer. Direito de vizinhança. Uso anormal da propriedade. Barulho causado pela realização de churrascos e de som alto até tarde da noite diariamente. Situação comprovada pela prova oral produzida e pelos demais elementos dos autos. Insubsistência da versão apresentada pelas testemunhas do réu. Desnecessidade de elaboração de boletins de ocorrência por outros vizinhos. Direito do proprietário de fazer cessar as interferências prejudiciais ao seu imóvel. Artigo 1.277 do Código Civil. Danos morais configurados. Indenização devida. Situação que ultrapassou os limites ordinários de tolerância e o mero dissabor cotidiano. Valor indenizatório mantido em R\$ 4.000,00. Recurso improvido” (– Ap. 9168577-70.2009.8.26.0000, 6-2-2013, Rel. Hamid Bdine).

“Ação dano infecto fundamentada no artigo 1.277 do Código Civil pátrio – Se a construção do muro divisório ultrapassa a altura máxima permitida pelas posturas municipais a interferir na área de iluminação, ventilação, insolação do imóvel vizinho, violando posturas municipais e o projeto original que limita a altura do muro a 1,80 metros, tal conduta enseja a demolição ou redução do muro divisório nos termos da decisão judicial para cessar a interferência prejudicial ao direito de propriedade do autor a restabelecer obrigações concedidas no procedimento administrativo uma vez que a ninguém é facultado se beneficiar da própria torpeza. Recurso desprovido” (– Ap. 992.08.046201-3, 22-3-2012, Rel. Júlio Vidal).

“Processual civil. Ação de nunciação de obra nova. Decisão suspensiva do embargo liminar. Construção que aparentemente não respeita o recuo lateral exigido e o número de pavimentos permitido pela municipalidade. Inteligência da Lei nº 16/93 do município de Palhoça e dos arts. 554 e 555 do CC/1916, correspondentes aos arts. 1.277 e 1.280 do CC/2002. e demonstrados. Recurso provido. A concessão ou manutenção de embargo liminar em nunciação de obra nova depende da demonstração do , caracterizado pela plausibilidade do direito substancial invocado, e do , consubstanciado na ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação. Presentes ambos os requisitos, impõe-se o deferimento da medida liminar, sobretudo quando a construção desrespeita as exigências da municipalidade” (– Acórdão Agravo de Instrumento 2000.021341-1, 9-2-2010, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

“Agravo de instrumento – Direito de vizinhança – Ação de dano infecto – Obrigação de fazer – Tutela antecipada deferida no despacho inicial para determinar a paralisação da obra no imóvel do réu. Insurgência contra indeferimento de pedido de reconsideração parcial da tutela, objetivando a realização de obras de acabamento no interior do imóvel, bem como sua ocupação pelo réu. Impossibilidade. Necessidade de aguardo da realização da perícia judicial, autorizada, contudo, a limpeza periódica do imóvel. Decisão liminar que deve ser mantida diante dos fatos constantes dos autos. Recurso improvido” (– AI 2058799-46.2016.8.26.0000, 17-8-2016, Rel. Francisco Occhiuto Júnior).

“Agravo de instrumento. Direito de vizinhança. Ação de dano infecto. – Liminar, autorizando trabalhos de contenção em área de divisa (barranco, com risco de erosão e de consequente abalo à estrutura do imóvel dos autores). Prudência, legitimando a outorga. Recurso dos réus. Desprovimento” (AI 0041566-75.2013.8.26.0000, 10-7-2013, Rel. Carlos Russo).

“Apelação cível – Ação de dano infecto – Indenização por danos materiais – Interferência prejudicial à saúde – Sistema de esgotamento sanitário – Legitimidade passiva da concessionária de serviços – Liquidação por arbitramento – A concessionária de serviços públicos é parte legítima para arcar com os prejuízos causados em imóvel lesado pelo lançamento de esgoto em local inadequado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, e do próprio microsistema do CDC, que assegura em seu art. 22, o fornecimento de suas atividades de forma adequada, eficiente e segura. Caso em que a responsabilidade civil da concessionária restou comprovada pelos laudos periciais acostados aos autos, dando conta do impacto ambiental nefasto que a aprovação do projeto hidráulico e sanitário do Condomínio Parque das Mangabeiras causou pela falta da devida inspeção. Aplicação do art. 14, § 1º, I, do CDC. Laudo pericial comprovador da interferência prejudicial ocasionada sobre o uso normal da propriedade do apelante, mostrando-se cabível a reparação pelos danos causados, mediante liquidação por arbitramento, a rigor dos arts. 187, 927, parágrafo único, 1.277 a 1.281, todos do CC e art. 475-C, II, do CPC” (Acórdão 015534-2011 – (110010/2012), 6-1-2012, Rel. Des. Stélio Muniz).

“Indenização – Direito de vizinhança – Rompimento de barragem existente na propriedade do réu, tendo as águas alcançado outros lagos contíguos no imóvel do autor – Prova que indicou para existência de culpa do réu na construção do açude, sem observância de qualquer critério técnico – Subdimensionamento que se mostrou a causa principal do acidente – Dever de indenizar bem estabelecido na sentença – Recurso do réu não provido” (– Acórdão Apelação Cível 992.07.030122-0, 20-4-2010, Rel. Des. Antonio Maria).

“Agravo de instrumento – Ação de constituição de passagem forçada – Decisão recorrida que deferiu a tutela antecipada – Presença dos requisitos autorizadores da medida – Decisão mantida – Recurso não provido” (– AI 2028323-59.2015.8.26.0000, 14-1-2016,

“Ausente servidão e ausente passagem forçada, porque não há prédio encravado nem dominante ou serviente, mantém-se decreto de improcedência de demanda demolitória e indenizatória ajuizada por vizinha contra vizinhos, repelindo-se reclamo de cerceamento de defesa” (— Ap. 0001933-15.2011.8.26.0457, 7-3-2013, Rel. Celso Pimentel).

“Ação de reintegração de posse. Litígio envolvendo terras de herança. Pendenga instaurada durante processo de inventário. Arts. 1.791 e 1.314 do CC/2002. **Legitimidade dos herdeiros para proporem, sozinhos ou em conjunto, demanda visando proteger bem comum.** Alienação de parte do solo a terceiro. Correta inserção apenas do cessionário no polo passivo. Art. 267, VI, do CPC. Extinção preliminar da contenda reformada. Art. 515, § 3º, do CPC. Feito pronto para julgamento de mérito. Histórico da divergência. Celebração de acordo entre os herdeiros prevendo a partilha do solo e também a instituição de servidão de passagem. Fechamento da via pelo terceiro adquirente. Impossibilidade. Dever de observância aos termos pactuados. Ausência de encravamento das demais frações. Irrelevância. Danos morais, por outro lado, incorrentes. Recurso parcialmente provido. Até a partilha da herança o patrimônio havido do — permanece em condomínio, motivo pelo qual poderão os herdeiros, sozinhos ou em caráter coletivo, comparecer ao juízo para propor demanda possessória que envolva parcela de imóvel comum tomada por outrem. Inaplicabilidade, nesse caso, do comando estatuído pelo art. 12, V, do CPC. Por outro lado, o terceiro que adquiriu de um dos herdeiros parte do quinhão, a quem se atribuem todos os atos de esbulho contrários aos interesses do sucessor/autor, é o único titulado a figurar no polo passivo, e nada justificaria a defesa de seus interesses privados, também, pelo espólio. A reforma da decisão que extingue preliminarmente o feito autoriza adentrar ao mérito, uma vez esclarecidas todas as questões de direito por meio da documentação apresentada (art. 515, § 3º, do CPC), sem caracterizar daí cerceamento de defesa. A instituição de servidão em projeto de partilha, por todos os herdeiros, configura previsão equivalente a contrato, e válida, que restringe também o direito de eventual adquirente de um dos quinhões, no caso o réu. Irrelevância, outrossim, de haver outros acessos às frações, pois o acordo de vontades nada tem a ver com a passagem forçada de que trata o art. 1.285 do CC/2002. Por isso, e satisfeitos os demais requisitos do art. 927 do CPC, impende dar procedência à demanda possessória deflagrada. O esbulho decorrente do fechamento da servidão, sem demonstrativo razoável de fatos adicionais depreciativos à integridade e imagem do possuidor não é apto a, sozinho, render ensejo a condenação por danos morais. Recurso provido” (— Acórdão Apelação Cível 2010.085576-7, 21-6-2010 Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

“Apelação. Ação de servidão de passagem forçada. Autores que são possuidores de área encravada por conta de desapropriação realizada pela SABESP. Sentença de procedência. Insurgência da SABESP contra a ausência de arbitramento de valor indenizatório. Cabimento. Sentença — . Necessidade de realização de perícia para arbitramento do — indenizatório devido pela passagem forçada. Sentença anulada. Recurso provido. Agravo Retido. Não conhecimento, por descumprimento ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 523, do Código de Processo Civil” (— Ap 0123325-59.2007.8.26.0004, 19-2-2014, Relª Ana Luiza Liarte).

“Ação de manutenção de posse. Servidão de passagem. Procedência. Apelação dos réus. Agravo retido julgado improcedente, pois o r. juiz de primeiro grau tem a faculdade de indeferir a oitiva de testemunhas que exceda o número de três pessoas por fato, nos termos do art. 407, parágrafo único, do CPC. Ausência de hipótese de cerceamento de defesa. Precedentes. Não configuração de hipótese de litisconsórcio necessário. Precedentes. Provas testemunhais e laudo pericial que confirmam a existência de servidão de passagem. O instituto da servidão de passagem não se confunde com o instituto da passagem forçada. É possível existir a servidão de passagem em imóvel que não seja encravado. Desnecessidade de previsão da servidão de passagem no respectivo registro do imóvel serviente para a proteção possessória. Usucapião é modo originário de aquisição da propriedade. Doutrina. Súmula 415 do STF. Sentença mantida. Recurso desprovido” (— Ap. 0019186-32.2010.8.26.0269, 4-10-2013, Rel. Virgílio de Oliveira Junior).

“Usucapião extraordinária — Pretensão à declaração do domínio sobre área que se prestava a acesso particular à via pública — Existência de propriedades que se encontram encravadas no local, valendo-se os proprietários ainda da passagem particular como único acesso à via pública — Impossibilidade de prescrição aquisitiva — Hipótese, ademais, de composesse, cujo exercício pelo pretense usucapiente não exclui o dos demais compossuidores — Extinção do processo decretada — Verba honorária mantida — Recurso improvido. O exercício da composesse, pelo pretense usucapiente, não exclui o dos demais compossuidores (aliás, característica fundamental da composesse, a teor do artigo 488 do Código Civil de 1916 e artigo 1.199 do Código Civil vigente). Não há se cogitar, portanto, de posse exclusiva exercida pelas autoras, a ensejar a declaração da prescrição aquisitiva” (— Acórdão Apelação Cível 190.746-4/1-00, 3-3-2010, Rel. Des. Elliot Akel).

“Direito de vizinhança — Servidão não aparente — Passagem de tubulação de água e esgoto — Impedimento alegado pela ré para a realização das obras — Situação não evidenciada — Multa estipulada para a hipótese de descumprimento da ordem judicial — Redução do valor — Descabimento — Sentença Mantida — Recurso improvido — A pena cominatória, a título de astreintes, não tem por finalidade, indenização pelo inadimplemento da obrigação de fazer ou não fazer. É utilizada como meio coativo de cumprimento da sentença ou

decisão interlocutória” (– Ap 0033898-65.2010.8.26.0224, 11-4-2016, Rel. Renato Sartorelli).

“**Servidão de passagem** – indenização – Aplicação da Súmula 271 do Superior Tribunal de Justiça, da qual se infere ser automática a correção monetária quando do depósito judicial – Desnecessidade de determinação – Sobre eventual diferença do valor oferecido/depositado e o valor da indenização fixada na sentença incidirão juros moratórios e compensatórios – Honorários advocatícios – Aplicação do art. 27, § 1º, do Decreto-lei 3.365/41 c.c. o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil – Sentença parcialmente reformada para reduzir os juros moratórios, bem como fixar os honorários advocatícios em 5% do valor da diferença e moratórios – Recurso parcialmente provido.” (– Ap. 0002488-96.2011.8.26.0177, 9-9-2015, Rel. Moreira de Carvalho).

“**Apelação cível.** Ação de reintegração de posse. **Servidão de passagem aparente e contínua.** Instalação de adutora de água. Art. 1.286 do Código Civil. Requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil demonstrados. 1 – Dispõe o art. 1.286 do Código Civil que o proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos. 2 – Pode o titular do direito de servidão de passagem defender sua existência em juízo através de ação possessória, por tratar-se de um direito real, havendo interesse de agir nesse sentido. 3 – Comprovada a posse, consubstanciada no direito de servidão de passagem, o esbulho praticado e a data em que ocorreu, a concessão de mandado de reintegração de posse se impõe, do disposto no art. 927 do Código de Processo Civil. Apelo conhecido e provido. Sentença reformada em parte” (– AC 200991306627, 17-6-2013, Rel. Des. Gerson Santana Cintra).

“**Apelação. Ação de obrigação de fazer.** Ligação com a rede pública coletora de esgoto construída sob divisa com lote vizinho. Responsabilidade do proprietário. Responsabilidade do prestador de serviço público restrita à rede pública coletora de esgoto, e não às instalações internas. Sentença reformada – recurso provido – 1 – A ligação das instalações internas de esgoto com a rede pública coletora é de responsabilidade dos particulares proprietários dos imóveis afetados, e não do prestador de serviço público. 2 – Quando a solução para a ligação interna de esgoto com a rede pública coletora dependa de passagem por imóvel vizinho, a matéria é regulada pelo direito de vizinhança” (Ap. 994.09.390858-0, 24-2-2012, Rel. Vicente de Abreu Amadei).

“**Ação de indenização por danos materiais e morais julgada parcialmente procedente** – A prova dos autos comprovou que os danos no imóvel do autor foram causados pela existência de um tijolo na rede de esgotos, que obstruiu o sistema, e pela passagem subterrânea irregular do esgoto do imóvel vizinho, assim como pelo lançamento de águas pluviais do vizinho que causaram sobrecarga na rede. A rede de esgoto mostrou-se inadequada e sem a manutenção devida. Prova e testemunha que comprovaram que os danos no imóvel causados pelo retorno do esgoto, já que tinha sido reformado há pouco tempo. Agravamento de dano e culpa concorrente afastados. Obrigação de indenizar mantida. Lucros cessantes. Ausência de provas do pagamento dos aluguéis. Dano moral. Mero dissabor. Sentença mantida. Recursos não providos” (– Ap. 990.10.053547-1, 12-4-2010, Rel. Carlos Alberto Garbi).

“Ação anulatória de negócio jurídico – Direito de vizinhança – Indenização – Umidade em parede divisória dos imóveis – Elaboração de contrato para cessão de servidão de passagem – Obrigação dos réus de realizarem obras de canalização das águas. Reconvenção dos réus com pedido de indenização por danos morais e materiais. Sentença que julgou improcedentes ações principal e reconvenção. Apelação dos autores. Repetição da tese inicial. Contrato que deve ser anulado por vício de consentimento. Não comprovado. Celebração do contrato que gerou benefícios para ambas as partes. Arrependimento que não é causa de anulação do contrato. Recurso improvido. Apelação dos réus. Repetição da tese reconvenção. Graves acusações na peça inicial que causaram danos morais. Não comprovados. Exercício regular de direito dos autores. Sentença mantida. Recursos improvidos” (– Ap 0023273-60.2012.8.26.0269, 20-6-2016, Rel. Francisco Occhiuto Júnior).

“**Direito de vizinhança.** Ação de obrigação de fazer cumulada com pleito indenizatório. Legitimidade ativa. Alegação contida na inicial de que o ato lesivo imputado à ré prejudicou todos os autores. Circunstância suficiente para o reconhecimento da legitimidade de cada um deles para a pretensão formulada. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Não identificada a necessidade ou mesmo a utilidade da produção das provas requeridas, não há que se falar em cerceamento de defesa. Passagem subterrânea de esgoto existente há mais de trinta anos em imóvel inferior. Obstrução da caixa de inspeção de esgoto e desvio das águas residuais provenientes de imóveis superiores para a rede de águas pluviais. Inadmissibilidade. Dever de recuperar o estado anterior da tubulação de esgoto. É defeso ao proprietário de imóvel inferior desfazer, ou permitir o desfazimento, de passagem de esgoto de imóvel superior, existente há mais de trinta anos, sob pena de ter de providenciar o restabelecimento do estado anterior da tubulação das águas residuais. Recurso não provido” (Ap. 0006332-29.2007.8.26.0554, 26-3-2013, Rel. Cesar Lacerda).

“**Direito civil – Direito de vizinhança – Passagem de tubulação por terreno vizinho** – Necessidade, para acesso à rede de esgoto (artigos 1.286 e 1.287 do Código Civil) – Obstrução deliberada da tubulação – Obrigação de fazer e não fazer – Danos morais e materiais – Apelação Cível nº 666348-9 a) Em se tratando de passagem de tubulação por imóvel vizinho, para acesso a serviço de utilidade pública que, de outro modo é excessivamente oneroso para os Autores, o caso não é de servidão direito real, mas de direito de

vizinhança direito obrigacional, que no Código Civil pátrio é abordado na parte do direito de propriedade, e não no capítulo das servidões. b) Sendo caso de restrição ao direito de propriedade, tornado expresso no Código Civil de 2002 (arts. 1.286 e 1.287) embora tutelado desde antes, prescinde de registro ou mesmo da concordância do proprietário vizinho, cabendo o uso de ação cominatória para sua defesa. c) O ato deliberado dos Réus em obstruir a tubulação que antes tinham autorizado, mesmo cientes da necessidade dela para o acesso dos Autores ao serviço de utilidade, acarreta a responsabilidade pela desobstrução e conserto do encanamento, de se absterem de criarem embaraços para o acesso ao serviço, e de indenizarem pelos danos morais causados. d) Os danos materiais não são devidos porque, o único motivo alegado para a eventual ocorrência deles (aluguel temporário de outro imóvel) restou afastado com o deferimento da liminar que determinou a desobstrução da tubulação, e a notícia do imediato cumprimento da medida pelos Réus. Apelação Cível nº 666348-9. e) Apelo da Sanepar e recurso adesivo não conhecidos. Apelo dos autores a que se dá parcial provimento, para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial (art. 515, § 3º do CPC)” (– Acórdão 0666348-9, 16-2-2011, Rel. Des. Leonel Cunha).

“Ação de obrigação de fazer – Passagem de esgoto pelo imóvel vizinho – Servidão – Inexistência – Inteligência do artigo 1.288 do Código Civil brasileiro – Voto vencido. Tratando-se de passagem de esgoto, não há que se falar em direito de servidão. As servidões não aparentes só podem ser estabelecidas mediante transcrição no registro de imóveis (artigo 1.378, do CC). Conforme dispõe o artigo 1.288 do Código Civil, cabe ao proprietário do imóvel inferior suportar as águas naturais advindas do imóvel superior, no entanto, não é obrigado a tolerar rede de esgoto. Recurso provido. VV.: O proprietário do imóvel vizinho a quem se reclama passagem para cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos não pode se opor ao pedido, salvo se demonstrar outros meios de se obter as benesses desejadas, sem que acarrete onerosidade excessiva ao beneficiário. O direito à indenização requer comprovação dos danos suportados (inteligência do Artigo 1.286 do Código Civil de 2002) (Des. Marcos Lincoln)” (– Acórdão Apelação Cível 1.0024.03.149262-2/001, 27-1-2010, Rel. Des. Pereira da Silva).

“Civil e processual civil. Agravo de instrumento. Recurso contra decisão concessiva de liminar antecipatória dos efeitos da tutela em ação de servidão aqueduto. Prova inequívoca hábil para demonstrar a verossimilhança das alegações produzida pela parte agravada. Perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Necessidade de manter a empresa na posse **do aqueduto construído há mais de 15 anos** e preexistente à aquisição do imóvel pela parte agravante continuidade da atividade industrial assegurada existência, ademais, de autorização ambiental para coleta de água alegada possibilidade de desvalorização e/ ou volatilidade imobiliária argumento insuficiente para efeito de revogação da liminar recurso não provido” (AI 0877352-4 – Rel. Des. Espedito Reis do Amaral – 20-7-2012 – p. 130).

“Apelação cível. Ação de interdito proibitório e ação de reintegração de posse, julgadas conjuntamente. Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrente. Inspeção judicial prescindível. Servidão de aqueduto. Art. 1.293, CC/02. É imperativa a prévia indenização ao proprietário prejudicado, sob pena de não ser configurada a servidão. 1) Agravo retido. Não se configura cerceamento de defesa o indeferimento de inspeção judicial. Tal medida é ato discricionário do juiz, prescindindo-se de tal prova se o fato puder ser provado de outra forma. Incidência do art. 130 do CPC. Agravo desprovido. 2) Interdito proibitório. O autor demonstrou satisfatoriamente deter a propriedade e a posse sobre a área em debate. A ameaça veio consubstanciada pela juntada de fotografias e boletins de ocorrência que atestam anterior invasão. 3) Servidão de aqueduto. A prova testemunhal produzida, no que diz respeito à captação das águas do açude do apelado para servir de irrigação à plantação do apelante, é manifestamente contraditória. Contudo, ainda que o recorrente tenha utilizado daquelas águas, nunca houve a constituição de servidão de aqueduto, que necessita de pagamento de prévia indenização. Ausente tal requisito, previsto no art. 1.293, do atual Código Civil, o proprietário prejudicado não tem a obrigação de suportar gratuitamente a servidão. Apelação desprovida” (– Acórdão Apelação Cível 70028149680, 19-3-2009, Rel. Des. Elaine Harzheim Macedo).

“Apelação cível – Ação de reintegração de posse – Servidão de água – Aqueduto – Presença dos requisitos previstos nos arts. 927 e 1.293, do CPC – 1- A ação de reintegração de posse tem como finalidade a retomada da posse, em caso de esbulho. Daí decorre que, para o manejo desta ação, devem estar devidamente comprovados a posse, o esbulho praticado pelo réu e sua data, além da consequente perda da posse. Presentes tais requisitos, impõe-se reconhecer a procedência do pedido possessório. 2- Cabe ao Autor provar que exercia a posse sobre o imóvel, o que, no caso, é fato incontroverso, e que, efetivamente, teria ocorrido o esbulho alegado. 3- Admitido pelo Réu que arbitrariamente retirou os canos que levavam água ao prédio dominante para a captação das águas, a procedência do pedido é medida que se impõe. 4- Nos termos do art. 35, do Código das Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), ‘se não houver caminho, os proprietários marginais não podem impedir que os seus vizinhos se aproveitem das mesmas para aquele fim, contanto que sejam indenizados do prejuízo que sofrerem com o trânsito pelos seus prédios. [...] Essa servidão só se dará, verificando-se que os ditos vizinhos não podem haver água de outra parte, sem grande incômodo ou dificuldade. [...] O direito do uso das águas, a que este artigo se refere, não prescreve, mas cessa logo que as pessoas a quem ele é concedido possam haver, sem grande dificuldade ou incômodo, a água de que carecem” (– AC 1.0680.12.000399-0/001, 22-2-2016, Rel. Roberto Vasconcellos).

“Atentado. Contra coisa litigiosa. Ação cautelar. Alegação de interrupção de fornecimento de água. Servidão de aqueduto do imóvel dominante. Procedência parcial. Razoabilidade. Interrupção abrupta do fornecimento de água. Circunstância que atenta contra a própria determinação judicial de manutenção do fornecimento. Prova testemunhal favorável ao requerente – Manutenção do julgado por seus próprios fundamentos. Recurso não provido” (– Ap. 9061944-74.2005.8.26.0000, 22-2-2013, Rel. William Marinho).

“Direito de vizinhança. Servidão de aqueduto reconhecida. Indenização incabível. Prejuízos não demonstrados. Ressarcimento pelo réu pelos gastos com a obra realizada pelos autores em favor de quem foi declarada a servidão – afastado. Remuneração do assistente técnico responsabilidade da parte que o contratou – Honorários advocatícios reduzidos. Apelação dos autores não provida e do réu parcialmente provida” (Ap. 992.09.043401-2, 26-4-2012, Rel. Luiz Eurico).

“Administrativo – Civil – Imóvel da extinta RFFSA – Servidão de aqueduto – Manutenção – Possibilidade – 1 – Não se pode confundir servidão de aqueduto com desapropriação ou usucapião. Os bens públicos também se sujeitam às limitações no exercício do direito de propriedade. 2 – Nos termos do art. 117 do Código de Águas, para os serviços da indústria, a todos é permitido canalizar pelo prédio de outrem as águas a que tenham direito, mediante prévia indenização ao dono deste prédio” (. – Acórdão 0000471-55.2001.404.7009/ PR, 29-6-2011, Rel. Juiz Fed. Jorge Antonio Maurique).

“Apelação – Ação de demarcação de terras – Pedido Procedente – Inépcia da inicial por inobservância dos requisitos legais – Autores que não indicaram a linha demarcatória que entendem ser acertada (art. 950, CPC). Indicação da área litigiosa em que a linha divisória deve ser acertada que já está determinada pelo registro imobiliário. Preliminar afastada. Perícia técnica a demonstrar necessidade de que o traçado da linha demarcanda seja retificado. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido” (– Ap 0020587-90.2003.8.26.0114, 2-3-2016, Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho).

“Apelação. Ação demarcatória e divisória. Não apresentação de certidão alguma do registro imobiliário para especificar imóvel de sua propriedade e os marcos a aviventar ou que tenham sido rompidos ilicitamente. Requisitos legais. Inépcia da inicial. Interesse de agir. Processo inútil. Sentença mantida. Recurso não provido” (– Ap. 0020699-20.2003.8.26.0224, 10-6-2013, Rel. Helio Faria).

“Agravo de instrumento – Ação demarcatória – Pedido de demarcação parcial da propriedade – Decisão que determinou a emenda da inicial para que fossem nomeados todos os confinantes, indicando-os devidamente no levantamento planimétrico. Inconformismo. Admissibilidade. Demanda adstrita à linha que divide o imóvel da autora com o dos réus, já indicados. Inexistência de interesse processual dos demais confrontantes. Inteligência do art. 950 do Código de Processo Civil, que exige a composição da lide por todos os confinantes da linha demarcanda e não de toda a propriedade. Decisão reformada. Recurso provido” (– AI 0206185-90.2011.8.26.0000, 17-10-2012, Rel. J. L. Mônaco da Silva).

“Apelação cível – Civil e processual civil – Ação demarcatória com queixa de esbulho – Improcedência em primeiro grau – Marcos do terreno – Escritura e perícia – Divergência ínfima – Prevalência da área menor – Art. 946 do CPC – Pressupostos satisfeitos – Esbulho – Reintegração – possibilidade – Art. 951 do CPC – Moléstia demonstrada – Sucumbência – Alteração – Despesas processuais pela vencida – Sentença reformada – Recurso provido. – O objetivo da ação demarcatória é aviventar os limites já apagados ou fixar novos, com o intuito de determinar a área de terras pertencente ao postulante. – Havendo pequena divergência entre a área contida na escritura do imóvel e aquela apurada pela perícia judicial, prevalecerá esta, porquanto ‘Os dispositivos referentes à ação demarcatória constantes no códex processual civil deixam claro que, antes de julgar a demanda, o Magistrado deve determinar a realização de perícia, cujo resultado será um minucioso laudo sobre o traçado da linha demarcada, o qual, obviamente que observados os demais elementos colhidos nos autos, deverá possuir caráter determinante do seu convencimento’ (, AC 1999.010102-9, rel. o então Des. Subst. JAIME LUIZ VICARI, j. 27-10-08). – A queixa de esbulho (CPC, art. 951), com consequente restituição do imóvel, não caracteriza um cúmulo de ações demarcatória e possessória, constitui-se, ao revés, em decorrência lógica do acolhimento daquele pleito, que reconheceu e fixou os limites do terreno, podendo a autora sobre ele exercer o domínio e viabilizar proteção possessória. – Acolhida a pretensão recursal, toca à vencida suportar as despesas processuais, na plenitude” (– Acórdão 2007.044903-8, 19-4-2011, Rel. Des. Henry Petry Junior).

“Ação demarcatória – Artigo 946, I, do CPC – Requisitos presentes – Prova pericial que confirmou que a construção do réu invadiu o imóvel do autor. Violação de normas do direito de vizinhança. Procedência mantida para que se trace a linha demarcatória entre os imóveis. Sentença mantida. Recurso desprovido” (– Ap. 990.10.164138-0, 9-2-2012, Rel. Paulo Alcides).

“Interdito proibitório – Pretensão da ré em construir avenida e vala de drenagem sobre o imóvel dos autores – Alegação de que não há prova de que a obra esteja sendo construída sobre o terreno dos demandantes – Alegava de que a delimitação da área somente será esclarecida na ação demarcatória promovida pela ré contra os autores – Demarcatória julgada extinta sem resolução do mérito por falta de citação de um dos confrontantes – Argumento de prevalência do interesse público sobre o interesse particular – Inexistência de intervenção de órgãos públicos a demonstrar o alegado interesse público – Precedente ação de reintegração de posse promovida pela ré,

na qual foi reconhecida a posse dos autores – Presença dos requisitos necessários à proteção possessória – Preliminares rejeitadas – Sentença de procedência mantida – Recurso improvido – Recurso adesivo – Pretendida majoração da verba honorária – Valor adequado à complexidade da demanda – Recurso improvido – Tendo os autores comprovado os requisitos necessários para proteção da posse do imóvel, quais sejam, a prova da posse, o justo receio de serem molestados e a iminência da conduta injusta da ré, impõe-se a manutenção da sentença que determinou a expedição de mandado proibitivo da execução de construção de avenida e vala de drenagem sobre o imóvel dos autores, cominando pena de multa pelo descumprimento da medida. Os honorários advocatícios fixados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) mostram-se adequados e consonância com a complexidade da demanda, sobretudo considerando-se o julgamento antecipado da lide” (– Acórdão 2010.015314-4, 14-4-2011, Rel. Juiz Saul Steil).

“Apelação cível – Divisão e demarcação de terras particulares – Ação demarcatória, cumulada com pedido de indenização – Alegação de esbulho – Nos termos do art. 946, do Código de Processo Civil, a ação demarcatória cabe ao proprietário quando existente confusão entre os limites das propriedades. Demonstrado pela prova testemunhal produzida nos autos que a divisa entre as propriedades é confusa, pois as partes manifestam divergência sobre os limites, merece ser mantida a sentença de parcial procedência da ação. Incabível a indenização postulada pelos alegados danos causados pelo esbulho, pois não comprovados. Julgada parcialmente procedente a demanda, devem ser redimensionados os ônus da sucumbência. Modificação do julgado, no ponto. A concessão do benefício da Assistência Judiciária Gratuita é possível quando a parte comprova situação financeira compatível com a postulação. Na ausência de elementos para se auferir a alegada necessidade, vai indeferido o benefício ao réu. Deram parcial provimento à apelação do réu e negaram provimento ao recurso do autor. Unânime” (– AC 70040706160, 17-8-2012, Relª Desª Walda Maria Melo Pierro).

“Apelação cível – Ação de demarcação c/c reivindicação e indenização por danos morais. Inépcia da inicial. Inocorrência. Requisitos demonstrados. Procedência parcial. Sentença. Fundamentação suficiente. Confirmação. 1 – A ação demarcatória constitui via adequada para constituir, aviventar ou renovar limites entre imóveis rurais, com o levantamento do traçado da linha divisória, ensejando, como consectário lógico, a restituição da área do imóvel, que esteja na posse indevida de confinante (CPC, art. 946, inc. I). 2 – Descabida a alegação de inépcia da inicial, porquanto atendida a exigência prevista no artigo 950 do Código de Processo Civil, haja vista que os autores emendaram a petição, , procedendo a descrição da linha demarcatória, na forma pretendida. 3 – Demonstrada, pelo conjunto probatório dos autos, a incorreção da cerca limítrofe dos imóveis em litígio, impõe-se a confirmação da sentença que, acolhendo, em parte, os pleitos exordiais, determinou a fixação da linha divisória, nos termos apontados na perícia judicial, com ordem de restituição da área indevidamente apossada pelo confinante, julgando-se improcedente a pretensão de indenização por danos morais, eis que não configurados. 4 – Atendidos os requisitos do artigo 458 do Código de Processo Civil, bem assim o princípio consagrado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, tem-se como desarrazoada alegação de nulidade da sentença recorrida. Apelação conhecida e desprovida” (– Acórdão 200703089891, 10-6-2011, Rel. Fernando de Castro Mesquita).

“Agravado de instrumento – Ação demolitória – Decisão agravada que concedeu medida liminar para determinar a demolição das obras de implantação da Estação Rádio Base (ERB) de telefonia móvel celular. Manutenção. Competência do Município para legislar sobre assunto de interesse local e para fixar regras relativas à Direito Urbanístico. Inobservância dos requisitos legais exigidos para sua edificação. Construção que, como qualquer outra, depende de licença prévia. Recurso não provido” (– AI 2124960-38.2016.8.26.0000, 24-8-2016, Rel. Jarbas Gomes).

“Apelação – Direito de vizinhança – Conversão de ação de nunciação de obra nova em demolitória. Possibilidade, desde que o pedido de nunciação seja cumulado com o pedido demolitório. Precedentes desta Corte. Falta de interesse afastada. Réus que inequivocamente realizaram a obra. Ilegitimidade afastada. Conforme orientação jurisprudencial atual, o pedido de demolição de três pavimentos de um prédio em razão do prejuízo causado por este quanto à ventilação e luminosidade do imóvel dos autores mostra-se desarrazoado e contrário aos princípios da boa-fé. Medida que não se justifica em razão da possibilidade de conversão em perdas e danos, a serem apurados em fase de liquidação por arbitramento. Precedentes deste Tribunal. Pedido demolitório afastado. Condenação ao pagamento das custas para a elaboração de parecer técnico de engenharia. Cabimento. Conclusões não acolhidas pelo laudo pericial e pela sentença. Irrelevância. Custos devidamente comprovados. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido” (Ap. 990.10.511149-1, 19-3-2012, Rel. Pereira Calças).

“Ação demolitória. – Art. 1.312, do CC/2002. – O conjunto probatório que instrui a demanda, em especial a prova pericial produzida nos autos, permite afirmar, com inteira convicção, que os réus desrespeitaram, reiteradamente, o Código de Obras do Município, bem como o Código Civil de 2002, na parte em que dispõe sobre o direito de construir. – O prazo concedido para o cumprimento da sentença é compatível com a obrigação imposta aos réus. – O arbitramento da multa para a hipótese de descumprimento da decisão judicial se revela, no caso concreto, medida adequada, proporcional e justa. – Tendo o autor decaído de parte mínima do pedido, aplica-se a regra do art. 21, par. único, do CPC. – Arbitramento dos honorários advocatícios que atende aos fins do art. 20, § 4º, do CPC. – Sentença que se confirma. – Recurso que se nega seguimento (CPC, art. 557,)” (– Apelação Cível 0000798-50.2005.8.19.0011, 18-8-2011,

“Agravamento no agravamento em recurso especial – Processual Civil – Ação de nunciação de obra nova – Restrição contratual quanto à natureza do lote de terreno. Julgamento extra petita. Reinterpretação de cláusula contratual. Revisão de matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmulas 05 e 07/STJ. Ausência de fundamentos que justifiquem a alteração da decisão recorrida. Agravamento interno desprovido com aplicação de multa. (– AGInt-AG-REsp 571.155 – (2014/0196574-0), 26-8-2016, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

“**Direito de vizinhança** – Direito civil – Proprietário obra irregular. Edificação de parede sobre o muro divisório com abertura de janelas e varandas diretamente sobre o imóvel contíguo – Ilegalidade – A abertura de janelas ou vãos a menos de metro e meio do terreno vizinho malfez os artigos 1.299 e 1.301 da lei substantiva, assim, facultado ao proprietário confinante proceder ao direito de nunciar a obra irregular que prejudique a visão, circulação de ar, claridade, umidade e arejamento de sua propriedade em respeito ao direito de vizinhança e às normas municipais. Ação julgada procedente, com determinação de fechamento das janelas e varandas irregularmente edificadas. Recurso desprovido” (– Ap. 0006715-02.2010.8.26.0554, 11-10-2012, Rel. Clóvis Castelo).

“**Direito de vizinhança**. Ação de nunciação de obra nova. Abertura de portão em muro de imóvel vizinho. Distância mínima de metro e meio. Desnecessidade. Não incidência do art. 1.301 do Código Civil. A regra esculpida no art. 1.301 do Código Civil, e parágrafos, não é aplicável para hipótese de abertura de portão de entrada em muro vizinho, mas apenas à abertura de janelas, eirados, terraços e varandas. Não há qualquer restrição, em nosso direito de vizinhança, à construção adjacente ao terreno vizinho. A regra instituída no preceito acima mencionado visa a resguardar a privacidade no direito de vizinhança, e não a impedir qualquer construção a menos de metro e meio do limite do imóvel vizinho. Desprovimento do recurso” (– Acórdão Apelação Cível 2007.001.19107, 12-6-2010, Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres).

“**Direito de vizinhança** – Ação demolitória julgada procedente – Desnecessidade de nova perícia – Quesitos suplementares que só podem ser ofertados até a entrega do laudo. Obra que acarreta nocividade em sentido estrito. Limites de área não edificável. Necessidade de observância em relação à obra nova. Preexistência de edificação em parcela da área discutida. Demonstração. Restrição da ordem de demolição ao pavimento superior da construção impugnada. Manutenção do pavimento inferior, ressalvada atuação da Administração Pública. Agravamento retido desprovido e provimento parcial da apelação. Os elementos objetivos necessários à convicção judicial já se encontram nos autos e a perícia não é nula pela oferta de conclusões adversas aos interesses da parte, nem exibem relevância os quesitos suplementares. O perito só pode ser substituído nas hipóteses do art. 424 do CPC e os quesitos suplementares devem ser apresentados durante a diligência (art. 425 do CPC). A obra irregular do prédio vizinho acarreta nocividade em sentido estrito aos moradores da casa das autoras, sendo certo que a proprietária não tem total disponibilidade de direitos sobre o terreno ou prédio de que é titular, devendo observar regramentos impostos para sua correta ocupação, saltando claro que os limites de área não edificável devem ser observados em relação à obra nova. Há demonstração de que, em data anterior ao início da controvérsia, já havia edificação em parcela da área discutida e o pavimento inferior, portanto, embora alterado, deve ser mantido, não se mostrando essencial debate sobre o **direito de travejar e a parede ou muro divisório**. Bem por isso, a ordem deve se restringir à demolição do pavimento superior da construção impugnada” (– Ap. 9207279-90.2006.8.26.0000, 27-8-2012, Rel. Kioitsi Chicuta).

“**Apelação cível**. Nunciação de obra nova. Direito de vizinhança. Imóveis contíguos. Parede divisória. 1. Sendo lícito ao confinante construir sobre parede divisória, descabe o pedido de demolição. Exegese do artigo 1.304 do Código Civil. 2. Uso nocivo da propriedade ou malferimento a direitos de vizinhança não demonstrados. 3. Apelação não provida” (– Acórdão Apelação Cível 403-25.2006.8.06.0063/1, 25-3-2011, Rel. Des. Lincoln Tavares Dantas).

“Acórdão apelação – Direito de vizinhança – Ação Indenizatória – Construção de muro divisório – Esbulho praticado por proprietário de imóvel lindeiro – Exercício irregular do direito de tapagem – Fato impeditivo do direito do autor – Autores que pleiteiam a condenação do réu, proprietário de imóvel lindeiro, no pagamento de metade das despesas com a construção de muro divisório entre as duas propriedades. As provas carreadas aos autos demonstram o exercício irregular do direito de tapagem. Esbulho praticado pelos demandantes comprovado. Réu que provou fato impeditivo do direito do autor, conforme a regra do art. 333, II, do CPC. Reforma da sentença que se impõe. Provimento ao recurso” (– Ap 0041889-55.2003.8.19.0023, 10-8-2016, Rel. Edson Aguiar de Vasconcelos).

“**Direito de vizinhança**. Pedido de demolição parcial da construção ou tapagem de janelas e varanda. Inobservância de posturas municipais e violação à intimidade dos demandantes. Conclusão pericial negativa. Ausência de prova. Improcedência mantida. – Correta a improcedência do pedido, na medida em que os demandantes não se desincumbiram do ônus de provar suas alegações no sentido de que a construção erigida pelo réu inobservou posturas municipais e, ainda, viola a intimidade dos vizinhos. Laudo pericial, coerente e bem fundamentado, expedido por profissional de confiança do juízo, que prevalece sobre o parecer do assistente técnico. Apelo improvido” (– Ap. 0000567-28.2007.8.26.0247, 29-4-2013, Rel. José Malerbi).

“Apelação cível – Ação cautelar inominada – Indeferimento da inicial – **Direito de tapagem** – Precariedade dos marcos limítrofes – conserto da cerca de divisa – caráter satisfativo da medida – possibilidade – A finalidade da ação cautelar não é atender à pretensão autoral, mas sim viabilizá-la, protegendo-a dos percalços a que estará sujeita até a solução do feito principal. Todavia, excepcionalmente, admite-se a propositura de cautelar com caráter satisfativo, a qual carrega consigo a noção de autonomia e esgota-se em si mesma, sendo que a verificação de referida natureza não enseja a sua extinção. Precedentes do STJ. Apelação conhecida e provida. Sentença cassada” (Acórdão 201194816231, 17-7-2012, Rel. Des. Floriano Gomes).

“Apelação cível. Ação de nunciação de obra nova. Cerca construída dentro de terreno vizinho. Inocorrência. Laudo pericial comprovando construção da cerca sobre área limítrofe. Mourões que adentram o terreno do apelante em parte. Incidência do art. 1.297 do Código Civil. Presunção de propriedade conjunta. Honorários advocatícios mantidos. Pleito, formulado nas contrarrazões, de condenação da parte recorrente nas penalidades relativas à litigância de má-fé. Não ocorrência de quaisquer das hipóteses do art. 17 do CPC. Impossibilidade de aplicação da sanção processual prevista no art. 18 do mesmo códex. Recurso desprovido. A construção de cerca divisória entre terrenos com pequena inserção dos mourões de sustentação no terreno vizinho não configura invasão, uma vez que presume-se a propriedade conjunta da referida cerca. O fato de a pretensão não ter sido acolhida não acarreta automaticamente a configuração da má-fé processual, que exige a ocorrência de ao menos uma das hipóteses do art. 17 do Código de Processo Civil” (– Acórdão Apelação Cível 2007.053551-1, 1-3-2011, Rel. Des. Stanley da Silva Braga).

“Apelação cível. Ação de manutenção de posse. Turbação não comprovada. 1) Se restou incontroverso nos autos que o autor efetivamente exerce a posse sobre o imóvel que ocupa, pode valer-se das ações possessórias para a salvaguarda de seus direitos de possuidor. 2) A via processual escolhida pelo demandante pressupõe uma lesão atual, concreta e efetiva, criando incômodos e dificuldades ao exercício da posse e tolhendo a atividade do possuidor. 3) Todavia, na hipótese em exame, o autor não logrou êxito em comprovar que a existência da passagem objeto dos autos causa transtornos ou perigo à segurança dos moradores da vila, ou, ainda, dificulta o exercício de sua posse, razão pela qual a proteção possessória, por não haver turbação, não lhe pode ser concedida. 4) Dita conclusão, nada obstante, não impede o proprietário de exercer o denominado ‘direito de tapagem’, previsto no artigo 1.297, do Código Civil. 5) Recurso ao qual se nega provimento” (– Acórdão Apelação Cível 0003381-28.2007.8.19.0208, 30-6-2010, Rel. Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes).

14

CONDOMÍNIO EM GERAL

14.1 COMUNHÃO DE DIREITOS E CONDOMÍNIO

14.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E NATUREZA DO CONDOMÍNIO

14.3 MODALIDADES E FONTES DO CONDOMÍNIO

14.4 DIREITOS E DEVERES DOS CONDÔMINOS

14.5 ADMINISTRAÇÃO DO CONDOMÍNIO

14.6 VENDA DA COISA COMUM.VENDA DE QUINHÃO COMUM. DIVISÃO E EXTINÇÃO DO CONDOMÍNIO

14.7 CONDOMÍNIO EM PAREDES, CERCAS, MUROS E VALAS

14.8 COMPÁSCUO

CONDOMÍNIO EDILÍCIO. OUTRAS MODALIDADES DE CONDOMÍNIO

Nenhuma outra modalidade de propriedade tenha talvez levantado maior riqueza de problemas jurídicos e sociais do que a denominada propriedade horizontal, propriedade em planos horizontais ou propriedade em edifícios. A começar por sua denominação. A doutrina nacional e estrangeira refere-se a essa modalidade como *condominium* *sui generis*, *condominium*. Esta última denominação foi adotada pelo Código de 2002, que disciplina a matéria nos arts. 1.331 a 1.358. De todas as denominações, vinha-se consagrando no país e no estrangeiro a *condominium*, embora não isenta de críticas, pois nem sempre esse condomínio rege apenas propriedades em edifícios, com planos horizontais superpostos (a denominação refere-se a esse fenômeno). Esta última é também a denominação consagrada na Espanha, Portugal e Argentina.

A pressão populacional, o preço do solo urbano e as modernas técnicas da construção civil fazem com que na atualidade os edifícios em planos superpostos desenhem o perfil das cidades em todo o mundo. O fenômeno já não fica restrito a megalópoles, mas hoje está presente em cidades de médio e até pequeno porte.

Do ponto de vista sociológico, há notícia de casas construídas por andares em Roma, bem como em cidades da Idade Média. Antes mesmo de Roma, já havia traços dessa propriedade entre os sumérios. O problema, no entanto, ganha contornos jurídicos mais nítidos no século XX. Contudo, o Código Civil de 1916 não se ocupou da matéria. Jungido pelas legislações estrangeiras e pelos fatos sociais, o direito pátrio promulgou o Decreto nº 5.481, de 25-6-28, que traçou as primeiras normas, de forma insatisfatória. Apenas em 1964 é promulgada a Lei nº 4.591/64, que sofreu algumas alterações pela Lei nº 4.864/65, denominada de *Lei do Condomínio Edilício*, detalhando essa modalidade de propriedade. Se na época se mostrou como diploma legal avançado, na atualidade e de há muito já estava a exigir nova reforma legislativa, mormente para preencher lacunas atinentes a novos fenômenos dentro do próprio

condomínio que regula, bem como a novas modalidades de compropriedade, não fosse ainda a necessidade de adaptação à disciplina protetiva do consumidor. As novas disposições do mais recente Código Civil procuraram preencher essas lacunas, embora a matéria seja vasta, estando a merecer, sem dúvida, um estatuto próprio. Não é mais o Código Civil o melhor local para detalhar a miríade de questões que os condomínios, em todas as suas manifestações, fazem aflorar. Há, sem dúvida, necessidade de um estatuto ou microsistema do condomínio.

A Lei nº 4.591/64 tratou na verdade de duas matérias diversas, que obrigatoriamente não necessitariam estar no mesmo diploma. A primeira parte é dedicada ao condomínio especial; a segunda diz respeito à figura do incorporador, ao respectivo contrato de incorporação e aos direitos e deveres das partes nessa avença, quais sejam, o incorporador e os adquirentes dos imóveis em construção. Como se percebe, o estudo do contrato de incorporação pertence ao campo dos contratos em espécie, ao direito obrigacional, embora com importantes reflexos no direito real estabelecido pelo condomínio especial em edifícios. O Código Civil de 2002 passa a disciplinar integralmente o condomínio edilício, revogando, em princípio, essa matéria na Lei nº 4.591/64, mas mantém em vigência a parte relativa às incorporações. Desse modo, neste estudo cabe-nos analisar o direito material do condomínio em planos horizontais, bem como as outras modalidades de condomínio criadas pela necessidade urbana, como, por exemplo, os chamados loteamentos fechados. O estudo do incorporador e da incorporação é feito em nossa obra de contratos. Houve razão histórica para a matéria vir tratada, no passado, no mesmo diploma legislativo que não a simples proximidade técnica dos assuntos: na época, eram muitos os empreendimentos imobiliários não levados a cabo, trazendo enormes prejuízos aos adquirentes de unidades condominiais em construção, na ausência de lei regulamentadora e protetiva do negócio jurídico da incorporação, perante empreendedores inescrupulosos. A necessidade de proteger esse consumidor justificou a edição de lei com matéria conjunta. No entanto, mesmo as disposições referentes à incorporação já estão por demais obsoletas, requerendo urgente atualização.

Na primeira parte, que interessa aos direitos reais, a Lei nº 4.591/64 trouxe disposições sobre o condomínio de unidades autônomas (arts. 1º a 8º); convenção de condomínio (arts. 9º a 11); despesas de condomínio (art. 12); seguro, incêndio, demolição e reconstrução obrigatória do prédio (arts. 13 a 18); utilização da edificação ou do conjunto de edificações (arts. 19 a 21); administração do condomínio (arts. 22 e 23); assembleia geral (arts. 24 a 27). Os arts. 28 ss cuidam das incorporações, também com subtítulos. No mais recente Código, há disposições gerais sobre o condomínio edilício (art. 1.331), sobre a administração do condomínio (arts. 1.347 a 1.356) e sobre sua extinção (arts. 1.357 e 1.358). Nas disposições gerais o Código de 2002 procura disciplinar, na verdade, toda a estrutura do instituto.

No condomínio regulado por ambas as leis, em sua natureza jurídica, existe nítida e distinta duplicidade de direitos reais. O direito de propriedade da unidade autônoma, em que o
é o mais amplo possível, como na propriedade em geral, sofre restrições de vizinhança impostas pela convivência material da coisa, em planos horizontais. Não se distingue muito do direito de propriedade ortodoxo que também sofre restrições de uso e gozo, tendo em vista os direitos de vizinhança em geral, as normas edilícias e os princípios do abuso de direito.

O direito de usar da unidade autônoma encontra limites apenas nos princípios de ordem natural de vizinhança, de um lado, e de outro nos ordenamentos particulares do condomínio. À margem desse direito, em quase tudo igual à propriedade exclusiva individual, coloca-se, portanto, a disciplina dirigida às partes comuns do edifício. Nesse aspecto, existe efetivamente condomínio. Os titulares de unidades condominiais são comproprietários de fração ideal de terreno e das partes de uso comum. Por essa razão, no que for omissa a lei condominial específica, devem ser chamadas à colação interpretativa as normas sobre o condomínio em geral do Código Civil. No que não conflitar com a finalidade do condomínio em edifícios, essa modalidade deve ser tratada também como condomínio. No instituto sob estudo, há, portanto, uma combinação dessas duas modalidades de propriedade que se completam e se interpenetram: um novo direito regulado de forma especial. O titular da unidade autônoma é, portanto, proprietário de um direito complexo. Nesse sentido, o art. 1.331 abre o capítulo estatuinto que

Essa comunidade condominial de natureza real dúplice não pode ser considerada simplesmente pessoa jurídica, pois de fato faltam-lhes vários requisitos, e a lei não se manifesta expressamente nesse sentido. Aliás, o presente Código Civil perdeu excelente oportunidade para reconhecer a personalidade jurídica desse condomínio como equiparada à da pessoa jurídica. De fato, com sua personalidade anômala, como definimos em nossa Teoria Geral (v. 1), o condomínio de apartamentos ou assemelhado compra, vende, empresta, presta serviços, é empregador, recolhe tributos etc. Nada impede, por exemplo, que o condomínio seja proprietário de unidades autônomas, lojas no térreo ou garagens, por exemplo, que loca e auferenda renda para a comunidade condominial.

Não existe, porém, entre os condôminos. No entanto, no mundo negocial o condomínio age tal qual uma pessoa jurídica. Em nossa obra (seção 14.6.2), aduzimos que o direito não pode ignorar realidades. O condomínio de edifícios possui o que denominamos , ou personalidade restrita, como preferem alguns. Qualificamo-lo como entidade com personificação anômala. O CPC, no art. 75, estabelece como são representadas ativa e passivamente as pessoas jurídicas. O inciso XI da lei adjetiva atribui ao ou ao administrador a representação processual do condomínio. Destarte, não se nega sua personificação, fenômeno que supera e extrapola, evidentemente, a simples esfera processual. O condomínio atua na vida negocial como qualquer pessoa jurídica, dentro de seu âmbito de atuação. A realidade não admite outra solução. O condomínio tem, portanto, existência formal (– 4ª T., RE 9.584-SO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, In: Theotônio Negrão, , nota 23 ao art. 12). Sua personificação mitigada é inafastável. Sua personalidade jurídica é reconhecida expressamente, por exemplo, na legislação francesa, cuja doutrina o qualifica como uma criação original do legislador (Lopes, 1994:31).

Por essa razão, afiguram-se-nos descabidas, estéreis e empedernidas discussões sobre a natureza da personalidade do condomínio regido pela Lei nº 4.591/64 e agora pelo presente Código Civil, as quais, no entanto, têm consequências práticas por vezes desastrosas para os interessados. Atenta contra a

realidade do ordenamento o cartório imobiliário, ou pior, a respectiva corregedoria, que, por exemplo, se recusa a transcrever unidade autônoma em nome do condomínio. Nada impede que a comunidade condominial decida ser proprietária, por exemplo, de lojas, estacionamento ou vagas de garagem no edifício, explorando-os comercialmente e com isso reduzindo as despesas condominiais dos titulares das unidades autônomas. Nunca se negou, por exemplo, a possibilidade de o condomínio deliberar e decidir locar dependência sua para restaurante ou outra finalidade mercantil. Existe, no dizer de João Batista Lopes (1994:55), . Se, ao espólio e à massa falida, entidades com personificação transitória se permitem atividades similares, com maior razão ao condomínio que tem o conteúdo amplo de permanência inerente aos direitos reais. No entanto, enfatize-se, não se conclui simplesmente pela existência de personalidade jurídica no condomínio, afirmação sem maior fundamento legal, mas por essa conceituação de conferida pela própria lei condominial e pelo CPC, bem como decorrente de fato social.

A Lei nº 4.591/64, no art. 1º, delimitou o âmbito de atuação dessa modalidade de propriedade:

O § 1º determinou que cada unidade será assinalada por designação alfabética ou numérica, e o § 2º estipulou que a cada unidade caberá uma

.
Está claro, embora a realidade prática por vezes permita esquecer, que a lei regulamenta não somente os edifícios de apartamentos, lojas, escritórios ou garagens de vários andares superpostos (daí a designação excêntrica), mas também qualquer edificação ou conjunto de edificações com unidades autônomas, que podem ser térreas, como, por exemplo, conjunto de escritórios ou de estabelecimentos comerciais, assim como unidades residenciais, em uma ou várias edificações com áreas comuns, em forma de , como outrora se costumava construir, ou loteamento fechado. Essencial que se trate de edificação com unidades autônomas,

. O art. 1.331, § 4º, do Código é expresso:

Cada unidade será tratada como objeto de propriedade exclusiva (art. 2º da Lei nº 4.591/64). O acesso à via pública será direto como no caso de lojas de frente para ela, ou por intermédio de elevadores, escadas, rampas, vielas, ruas etc. Tratando-se de edificações geralmente em vias particulares, não se afastam do alcance da lei, sistematicamente, os denominados loteamentos fechados e

os _____, ao menos nos princípios fundamentais de direito condominial, como veremos. Sob tal aspecto, o § 1º do art. 1.331 elenca, sem esgotar, várias modalidades de partes suscetíveis de utilização independente no condomínio: apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio (Redação dada pela Lei nº 12.607, de 2012). É importante a alteração feita, menção expressa com relação aos abrigos de veículos, em prol da segurança da vida condominial. A alienação ou cessão de vagas de garagem a terceiros estranhos ao condomínio representa mais um ponto em detrimento à segurança. Adiciona ainda esse dispositivo que essas unidades sujeitam-se à propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente, salvo as exceções aqui mencionadas, por seus proprietários. Surpreendente a denominação “_____” trazida pelo legislador de 2002, expressão equívoca que trará, sem dúvida, certa perplexidade interpretativa. Por que não se referir simplesmente a garagens? A simplificação de linguagem preferida por esse Código não pode ir a ponto de dificultar a compreensão técnica.

(_____ – 4ª T. RE 1.902-RJ, Rel. Min. Athos Carneiro, Bol. da AASP 1.673).

O art. 8º mencionado nessa decisão possibilita que se erija mais de uma edificação em terreno, com edificações térreas ou assobradadas, discriminando-se as áreas privativas e áreas comuns referentes a jardins e quintais, vias de acesso etc.

Cada proprietário condominial terá a propriedade de fração ideal do terreno e coisas comuns. Reportamo-nos à noção de _____ no capítulo anterior. A compreensão é idêntica. O art. 1.331, § 3º, dispunha, na redação originária: _____”.

Essa fração ideal já deve constar do ato constitutivo, quando da convenção de condomínio. Questão que se levantava nesse tópico dizia respeito ao cálculo do valor dessa fração nos termos da dicção do Código, tendo em vista que devia ser proporcional ao valor da unidade imobiliária em relação ao conjunto da edificação. Esse critério de valor da unidade somente traria dificuldades na prática, não se sabendo a razão que teria levado o legislador a ser tão confuso, se a lei anterior era clara e pacífica. Melhor seria que o legislador não tivesse trazido essa norma, que veio apenas complicar o que era sumamente simples. Felizmente, ao menos aqui, logrou-se modificar o texto inexplicável, com o retorno ao princípio tradicional e que nunca trouxera dúvidas. A Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, deu a seguinte redação a esse § 3º:

Fração ordinária ou decimal, como fora antes, sem qualquer dúvida.

Qualquer que seja a modalidade de construção destacam-se claramente duas áreas de exercício da propriedade. Uma exclusiva e tratada como propriedade autônoma, outra de uso comum de todos os condôminos e disciplinada pela vontade coletiva, conforme convenção e regulamento de acordo com os princípios legais. São áreas comuns ou de uso comum entradas, rampas, portarias, áreas de lazer, depósitos de materiais, local destinado à residência do zelador e tudo aquilo que não for descrito como objeto de unidade autônoma de uso privativo. Essas áreas são de uso coletivo e não podem ser objeto de utilização exclusiva por qualquer condômino. Nesse sentido, descreveu o art. 3º da Lei nº 4.591/64 como sendo comuns as fundações, as paredes externas, o teto, as áreas internas de ventilação

. O mais recente Código, por seu lado, descreve com detalhes no art. 1.331, § 2º:

O condomínio horizontal pode ser instituído de várias maneiras. O art. 7º da lei anterior dispôs que

O art. 1.332 do Código diz que

A finalidade das unidades, uso residencial ou não, é de vital importância, mormente porque pode caracterizar desvio de uso por parte do proprietário ou possuidor. É tendência atual que condomínios sejam construídos para finalidades específicas, devendo ser expresso o ato constitutivo a esse respeito.

Este pode especificar, por exemplo, que se trata de unidades destinadas a clínicas médicas e consultórios, ou para residências de pessoas na terceira idade. Em razão dessas finalidades específicas, haverá uma convenção de condomínio e um regulamento próprio que devem ser obedecidos. Nos Estados Unidos, por exemplo, são comuns os [condomínios para idosos](#), edifícios planejados e destinados a aposentados em propecta idade, com regulamento e estrutura a eles destinados. Já temos situações semelhantes em nosso país. Outros empreendimentos podem destinar-se a casais jovens, com filhos, o que exige outra modalidade de regulamento. Há loteamentos condominiais, por exemplo, destinados a indústrias fornecedoras de indústria principal, dentro do conceito do chamado “just in time”, modalidade utilizada pelas montadoras de veículos, em várias localidades do país. O regulamento dessa modalidade de condomínio exige regras peculiares.

A descrição interna da unidade diz respeito ao negócio jurídico aquisitivo e prende-se ao direito obrigacional.

Desse modo, a construção acabada, pertencente a um único proprietário, pode converter-se em condomínio por unidades autônomas por destinação do titular, mediante a especificação do condomínio, nos termos da lei. Pode ser estabelecido o condomínio por testamento, como mencionado. Embora a lei não o diga expressamente, é possível transformar-se condomínio tradicional, por vontade de todos os condôminos, em condomínio regulado por essa lei, se a situação de fato o permitir e com obediência aos requisitos legais, com instituição e descrição de unidades autônomas e partes comuns. Tal pode ocorrer, por exemplo, quando herdeiros recebem em comum um edifício de apartamentos. A divisão da coisa comum decorrente de sentença também pode criá-lo.

No entanto, a forma mais contraditória de origem do condomínio horizontal é a [incorporação](#). Essa matéria, como dissemos, vinha tratada na mesma lei, o que não está a significar que todos os condomínios por ela regulados tenham nascimento nessa modalidade negocial.

A incorporação é contrato por nós classificado como plurilateral (ver [art. 17.4 do CC](#), seção 17.4) sendo objeto de estudo em obra específica. A incorporação é avença complexa destinada a disciplinar a construção e alienação de unidades autônomas em construção ou para futura construção. A lei descreve a figura do incorporador (art. 28), sujeito centralizador do contrato, que assume o empreendimento de levar avante as providências administrativas preliminares, a obra e a entrega final do edifício e das unidades autônomas. Na segunda parte da lei, são descritas as obrigações e direitos do incorporador e dos adquirentes, bem como reguladas as modalidades de construção por empreitada e por administração. A matéria, embora fazendo parte do direito contratual, merece desde já a crítica preliminar de estar desatualizada com relação, principalmente, às novas modalidades de edificações e ao novo direito de proteção do consumidor. Não bastasse isso, foi bastante falha a proteção conferida aos adquirentes de unidades em construção nesse diploma legal. A Lei nº 10.931/2004 procurou corrigir em parte a situação, criando o denominado “[patrimônio separado](#)”. Esse patrimônio representa, na verdade, uma segregação ou separação do empreendimento ou edifício do patrimônio geral do incorporador, de molde a bastar-se economicamente por si mesmo e a garantir o sucesso e a finalização da empreita, em

benefício dos adquirentes das unidades autônomas. Trata-se de sistema facultativo ao qual pode aderir o incorporador, que para ele é atraído por um regime especial de tributação mais favorável, especificado nesse mesmo diploma legal. No contrato de incorporação, no volume III deste trabalho, tecemos outras considerações sobre essa lei.

Na constituição do condomínio impropriamente denominado em planos horizontais, leva-se em conta, por conseguinte, o elemento subjetivo inicial da vontade e o elemento objetivo, ou seja, a edificação que atenda aos requisitos legais. Ao contrário do condomínio tradicional, não existe condomínio desse teor contra a vontade dos titulares ou decorrente de lei. A esses dois acrescenta-se o terceiro elemento que é o registro imobiliário, o qual lhe confere existência legal (art. 167, I, 17, da Lei nº 6.015/73).

Qualquer que seja a modalidade de constituição, ao lado da instituição do condomínio propriamente dita, deve vir a especificação, que é a essencial descrição e identificação das unidades autônomas, áreas comuns e frações ideais do terreno. Tudo isso constará do registro imobiliário. É garantia fundamental do direito dos adquirentes e condôminos.

O objetivo da convenção de condomínio é regular os direitos e deveres dos condôminos e ocupantes do edifício ou conjunto de edifícios. Trata-se da lei básica do condomínio. É ato normativo imposto a todos os condôminos presentes e futuros. Dispõe o art. 9º da lei condominial antiga:

O § 1º determinou o registro imobiliário da convenção e de eventuais modificações. O § 2º considerou aprovada e obrigatória para os condôminos a convenção que reúna assinaturas de no mínimo dois terços das frações ideais. O art. 1.333 do Código dispõe:

Como se percebe, esse ato normativo pode decorrer de avença contratual, mas não é essa sua natureza primordial. O § 3º do art. 9º da lei anterior descrevia quais os requisitos essenciais da convenção. Às partes cabe acrescentar o que lhes convier, desde que não contrarie a lei e o direito de

cada titular.

Segundo a Lei nº 4.591/64, devia obrigatoriamente constar da convenção:

quorum

quorum

quorum

O Código de 2002, por seu lado, no art. 1.334, menciona que além das cláusulas referidas no art. 1.332, que já transcrevemos, a convenção determinará:

quorum

Os parágrafos desses dispositivos acrescentam que a convenção poderá ser feita por escritura pública ou instrumento particular e que são equiparados aos proprietários, para fins desse artigo, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas. Se houver uma forma especial de contribuição proporcional de despesas pelos condôminos, o fato de estar presente no ato constitutivo acautela os eventuais compradores de unidades.

A convenção pode incluir quaisquer outras disposições não conflitantes com a lei e seu espírito. Pode criar, por exemplo, um Conselho Disciplinar e estabelecer regras de uso das partes comuns etc. As disposições do Código, aparentemente mais sintéticas, incluem tudo que de mais sensível e mais importante deve constar da convenção. Tendo em vista o rumo que as questões condominiais têm tomado, bem como o sistema de penalidades trazido pelo presente Código, é importante que na convenção sejam estabelecidas as sanções a que estarão sujeitos os transgressores das regras condominiais, harmonizantes

com o que está na lei, bem como o procedimento para sua imposição, este, mais apropriadamente, constante do regulamento. Há um microuniverso em um condomínio, que pode tomar o vulto de uma aglomeração urbana. De fato, há condomínios que apresentam uma população equivalente até a pequenas cidades.

Tudo o que não for essencial à constituição e funcionamento do condomínio, mas de cunho circunstancial e mutável, deve ser relegado para o _____ (ou regulamento) _____. Por isso, é conveniente que esse regimento seja estabelecido à parte, e não juntamente com a convenção. Embora o art. 1.334 refira-se ao regimento interno, nada impede que seja ele estabelecido à parte. O regimento está para a convenção como o regulamento administrativo está para a lei. Deve completar a convenção, regulamentá-la, sem com ela conflitar. Ocorrendo conflito, deve prevalecer a convenção. Trata-se, pois, de instrumento complementar, uma terceira fase do condomínio, sucessivo à instituição e convenção. Ao regulamento é conveniente que se requeiram normas disciplinadoras de uso e funcionamento do edifício. É inconveniente que dele constem disposições geradoras de preferências ou direitos de condôminos. No entanto, se constarem do regulamento, sua força é igualmente obrigatória, no mesmo molde da convenção que lhe é hierarquicamente superior, devendo ser cumpridas (Franco e Gondo, 1988:150). Lembre-se de que o regulamento também é fruto de deliberação coletiva, sendo igualmente ato normativo.

Embora a lei e o Código não sejam expressos, é de toda conveniência que seja o regimento interno também aprovado em assembleia geral, especialmente convocada. Geralmente, uma minuta ou projeto é apresentado juntamente com a convocação, com tempo hábil para exame dos interessados, possibilitando-lhes proposição de emendas ou retificações. A assembleia se tornaria inviável se nela se fizesse a redação de todo o instrumento. O regimento deve atender ao específico interesse de cada condomínio, seja residencial, seja não residencial ou misto, com área comum ou de lazer mais ou menos ampla, com corpo de empregados maior ou menor etc. Cabe também ao regimento interno estabelecer as funções do zelador, bem como a disciplina de portaria, horários, utilização de áreas comuns e regime disciplinar aplicável aos ocupantes do edifício. A lei silencia a respeito do _____ para a aprovação do regimento. No silêncio também da convenção, a norma pode ser aprovada por maioria simples dos presentes. Já para a alteração da convenção e do regimento, o Código Civil de 2002 estabelece a necessidade de aprovação por dois terços dos votos dos condôminos. É de toda conveniência, contudo, mesmo sob a vigência da Lei nº 4.591/64, que se estabeleça _____ mínimo para a alteração do regimento, para que o ordenamento do edifício não balouce aos sabores de interesses de poucos e não da vontade da efetiva maioria.

Conforme o art. 1.333 do vigente Código, a convenção deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais, e torna-se desde logo obrigatória para todos os proprietários, possuidores ou detentores das unidades condominiais.²

Quanto a essa problemática da convenção, note que, quando o condomínio decorre de incorporação, entre as obrigações do incorporador está a de apresentar

_____ (art. 32, ____). Isso significa que, na prática, em se tratando de incorporação, a convenção é uma carta outorgada pelo incorporador, o que lhe pode trazer

vantagens em detrimento dos futuros adquirentes, mormente enquanto o incorporador mantiver unidades que lhe deem maioria nas votações das assembleias, impedindo assim a alteração da citada convenção. Esse aspecto mais acentua seu caráter *ius cogens* e *ius strictum* (Lopes, 1994:77). A eficácia da convenção (e também do regulamento) atinge os futuros proprietários, bem como qualquer ocupante que venha a relacionar-se com o condomínio, tais como locatários, comodatários, membros familiares ou visitantes que devem obedecer a determinados horários ou normas de segurança, por exemplo. Observe que toda pessoa que ingressar e se relacionar com esse microcosmo que é o condomínio sujeita-se a suas regras internas, tanto que a própria lei diz que a convenção deve ser obedecida não só pelos próprios possuidores, mas até mesmo pelos detentores das unidades.

O parágrafo único do art. 25 da lei condominial determinava que, salvo disposição em contrário, a convenção somente poderá ser modificada pelo voto mínimo de condôminos que representem 2/3 do total das frações ideais, no que se harmoniza com a nova disposição do art. 1.351.³ A lei estabelece, pois, o mínimo. Não é conveniente que a convenção seja facilmente alterada. Resta o problema referido quando a convenção é outorgada pelo incorporador, a merecer, ainda, alteração legislativa. Nada impede que a convenção estabeleça *ius cogens* maior, até mesmo a unanimidade. Há questões de curial importância como o uso e destinação das áreas comuns e do próprio imóvel que aconselham esse *ius cogens*.

O texto originário desse art. 1.351 estabelecia esse mesmo *ius cogens* de 2/3 para modificar o regimento interno, o que era inconveniente, pois o regimento é dinâmico e deve ter, em princípio, maior elasticidade de alteração. A Lei nº 10.931/2004 suprimiu a referência ao regimento interno nesse dispositivo, no que andou muito bem.

A convenção e o próprio regimento interno podem fixar *ius cogens* para a alteração deste, agora no silêncio da lei. O regimento diz respeito à dinâmica do edifício, enquanto a convenção, à sua estática.

Da mesma forma, a convenção pode fixar *ius cogens* qualificado para a aprovação de determinadas matérias. Há questões que exigirão necessariamente, segundo a doutrina homogênea, a unanimidade dos condôminos, como a alteração das frações ideais e das paredes externas do edifício, por exemplo. São matérias que dizem respeito à própria estrutura do condomínio. Por vezes, a lei é expressa. O § 2º do art. 10 da lei condominial dispôs que o condômino somente poderá fazer obra que modifique sua fachada com a concordância da unanimidade dos condôminos. O mais recente Código nem mesmo cogita dessa possibilidade. A destituição do síndico, na lei anterior, dependia do voto de no mínimo 2/3 dos condôminos presentes na Assembleia especialmente convocada, se a convenção não dispusesse diferentemente (art. 22, § 5º). O vigente Código, por seu lado, no art. 1.349, estabelece a necessidade de maioria absoluta para essa destituição.

De forma geral, nenhuma alteração se fará com prejuízo ao direito adquirido, salvo concordância do interessado. Obedecidos, porém, os requisitos legais e o *ius cogens* estabelecido, as decisões assembleares obrigam todos os condôminos.

Como percebemos, não existe plena liberdade dos interessados na elaboração da convenção. Há imposições cogentes. Desse modo, devem ser consideradas nulas as disposições da convenção, e

consequentemente também do regulamento interno, que contrariem norma impositiva. A questão é de exame no caso concreto.

Levando-se em conta o caráter normativo da convenção, as regras que orientam sua interpretação são as de hermenêutica das leis. Leva-se em conta a interpretação gramatical, sistemática, teleológica e histórica. Com muita frequência, o juiz é chamado a interpretar disposições de normas condominiais.



Convivendo em comunidade restrita, embora desfrutando da autonomia de seu direito de propriedade sobre a unidade autônoma, aos condôminos cabem direitos e deveres.

Seu principal dever, na realidade obrigação, é concorrer com a quota-parte que lhe couber no rateio para as despesas do condomínio (art. 12 da Lei nº 4.591/64; atual, art. 1.336, I). É razão da própria sobrevivência da estrutura condominial. O condômino inadimplente acarreta prejuízo geral, onerando toda a estrutura condominial. Especificamente, dessa obrigação nos ocuparemos em tópico seguinte. A fixação das despesas será determinada de acordo com a fração ideal do terreno ou de sua área na unidade autônoma.⁴ A convenção pode estabelecer outro critério. Lembre-se que, como mencionamos, o Código de 2002 inovara muito mal ao estabelecer que

(art. 1.331, § 3º). Norma complexa e de difícil aplicação tendo em vista a dificuldade de se estabelecer o valor do conjunto da edificação; disposição já substituída, como vimos. Na vigência do artigo com a redação primitiva, entendíamos que melhor seria ter a norma como não cogente, podendo ser admitida a tradicional regra de valor proporcional com base fracional na dimensão ou metragem de cada unidade autônoma, preservando-se íntegras as convenções anteriores ao presente Código Civil. Como se vê, foram atendidos nossos reclamos pelo legislador, face à flagrante impertinência desse dispositivo.

O presente Código estabelece que o condômino inadimplente com suas obrigações ficará sujeito aos juros moratórios convencionados, ou, não sendo previstos, de 1% ao mês e multa de até 2% sobre o débito (art. 1.336, § 1º). Essa multa é irrisória e deveria ser repensada urgentemente. Houve veto presidencial recente na tentativa de elevá-la para 10%: regozijem-se os maus pagadores. E sofram todos os condôminos cômicos e adimplentes que veem sua contribuição condominial aumentar,

em face da inadimplência. Há medidas legais populares e popularescas. Essa multa de 2% e o veto presidencial recente estão na última categoria. Certamente, como é fato, aumentou a inadimplência dos condôminos, sobrecarregando fardo sobre os bons pagadores. Essa percentagem na multa ridícula é piegas e demagógica, para dizer o mínimo, e retrata que, de última hora, foram inseridas disposições em um Código Civil que não honram nossa tradição do passado.

O art. 1.335 enumera os direitos do condômino:

Nos direitos dos condôminos há, portanto, uma adaptação do direito de propriedade à particularidade dessa modalidade de convivência social. Não estando quite com as contribuições condominiais, o condômino não pode votar ou participar das assembleias, segundo o texto da lei, não podendo ser nelas admitido. Havendo dúvidas sobre essa situação, cabe ao condômino provar que pagou todo o devido.

O art. 1.336 descreve os deveres do condômino:

A questão da boa convivência social é ponto fulcral da vida em condomínio. O condômino que, por exemplo, desejar reformar sua unidade, não pode fazê-lo a ponto de colocar em risco a estrutura do prédio. Deve, por outro lado, efetuar os reparos necessários para que eventuais defeitos em sua unidade não prejudiquem os demais condôminos. Nem sempre as soluções serão tranquilas, como demonstra a experiência.

O condômino é obrigado a obedecer à convenção e ao regulamento. A transgressão deve sujeitá-lo ao pagamento de multa ou outra penalidade, cuja forma de imposição e fixação deve decorrer da convenção ou mais apropriadamente do regulamento ou regimento interno.⁶ Qualquer que seja a modalidade de imposição de multa ou penalidade, requer seja conferido direito de defesa ao condômino. Para evitar nulidades, o regimento deve fixar procedimento administrativo para imposição de penalidades, nos moldes de uma sindicância. As punições podem ser graduadas desde a simples advertência até a imposição de multa, dentro de determinados limites ou proibição transitória de certas atividades no condomínio. Esta última matéria gera discussões. Não se duvida de que o condômino, ou qualquer ocupante, pode ser punido com a suspensão temporária de frequentar a piscina ou salão de

festas do edifício, em razão de comportamento inconveniente, por exemplo. A lei civil, porém, parece que só admite as multas, o que não é verdadeiro. Ainda porque há multas que não terão para determinados condôminos desajustados qualquer sentido penal ou pedagógico.

Torna-se discutível, porém, na falta de lei expressa, se o condomínio pode impor a supressão de serviços essenciais, como água, telefonia e energia elétrica, em razão da falta de pagamento. Entretanto, se as próprias concessionárias de serviço público têm essa faculdade, o regulamento e a convenção também podem fazê-lo. Não obstante, a questão é por demais controversa e pode gerar abusos. Há necessidade de maior reflexão, e uma imposição desse nível deve ser medida extrema. O vigente Código, ciente dessa problemática, ao contrário da lei anterior, introduz expressamente no ordenamento a possibilidade da imposição de multas. Deu, afinal, apenas meio passo, porque deveria se referir também a outras modalidades de pena, como advertência, repreensão e proibição de utilização de bens ou serviços. Mas a convenção e o regimento interno podem estabelecer essa gradação. Assim, tal como está no art. 1.336, § 2º, o condômino que não cumprir quaisquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV pagará multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ser ela superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem. Não havendo disposição expressa, caberá à assembleia geral, por dois terços, no mínimo, dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança de multa. Não se esqueça de que, em qualquer situação, há que se garantir direito de defesa ao infrator. Esse dispositivo se refere àquele infrator esporádico. No entanto, o Código vai mais além, pois reconheceu que o infrator reiterado, empedernido e renitente deve ser mais rigorosamente apenado, em prol da vida condominial. Assim é que o art. 1.337 dispõe:

Note que essas punições podem atingir não apenas o condômino, em sentido estrito, como qualquer possuidor da unidade, não importando a que título seja essa posse ou até mesmo mera detenção, como inclusive referido no art. 1.333.

Como se percebe, o legislador chegou muito próximo, mas não ousou admitir expressamente a possibilidade de estabelecer que o condômino ou assemelhado seja impedido de utilizar a unidade. Não temos dúvida, porém, tendo em vista o sentido social do direito de propriedade que ora se decante, que essa solução pode e deve ser tomada em casos extremos. É de se perguntar se deve o condomínio, seus moradores e ocupantes, suportar a presença de um baderneiro ou de um traficante de drogas. Ademais, nem sempre a multa será a punição mais eficiente ao condômino desajustado, mormente se ele é contumaz

inadimplente ou, no outro extremo, se o pagamento de multa, em qualquer valor, nada representa para o sacripanta, nem como punição nem como dissuasão, e muito menos como efeito pedagógico.

Desse modo, a questão que a atualidade deve também equacionar é a proibição ou restrição de uso do direito da propriedade condominial a determinadas pessoas, em razão de seu estado pessoal. Pode, por exemplo, a convenção estabelecer que o condômino (ou locatário, comodatário, ocupante a qualquer título, enfim) condenado por certas modalidades de crime fica proibido de residir ou ingressar no edifício? Não ousamos por ora dar uma resposta peremptória, mas francamente nos inclinamos pela afirmativa, devendo, de _____, ser regulamentada a matéria. O Código deste século, ao estabelecer um sistema punitivo, como vimos, chega muito perto dessa conclusão, a qual, segundo sustentamos, pode ser tomada em casos extremos. Ninguém pode ser obrigado a habitar ou exercer sua atividade diária ao lado de um facínora, em torno de quem certamente não gravitarão pessoas de escol. Como na hipótese exposta a seguir, o âmbito jurídico é o do abuso de direito na esfera da propriedade. No caso, não se esqueça, trata-se de propriedade de uso coletivo, com unidades autônomas, mas interligadas por inúmeros pontos em comunhão.

Outra questão paralela, no outro extremo, é saber se a convenção ou o regulamento pode impedir que pessoas de grande fama, atores, políticos, esportistas e outros do mesmo grau também podem ser repelidos da comunidade condominial. A permanência de pessoas desse nível atrai inevitavelmente a atenção popular e órgãos da imprensa para o edifício, não bastasse a cupidez de assaltantes e sequestradores, prejudicando a tranquilidade do cidadão comum que ali reside ou trabalha. cremos que a situação merece solução com base nos princípios do abuso de direito, que é, inclusive, texto expresso no Código (art. 187). Outra não é a solução em países do chamado primeiro mundo. Aliás, as associações corporativas e esportivas em geral estabelecem um julgamento prévio para a admissão de seus membros. A situação é analógica à do condomínio. Essas pessoas requerem constante vigilância, presença permanente de segurança e guarda-costas, o que por si só é inconveniente. É tempo de ser enfrentado o problema entre nós. J. Nascimento Franco e Niske Gondo (1988:93) lembram da situação em que foi colocado o ex-presidente Richard Nixon, já falecido, que não conseguiu mudar-se para apartamento que adquirira na Park Avenue, região mais nobre de New York, porque a convenção de condomínio vedava a ocupação por pessoas dessa graduação, o mesmo tendo sucedido com a cantora Barbra Streisand e com um príncipe saudita. Não se argumente, pois, contra essa proibição com a alegação da amplitude do direito de propriedade e com a garantia constitucional, pois a decisão emana do maior exemplo de democracia da atualidade, em que mais se preservam os direitos individuais e sociais.

Quando se trata de edifício já terminado, com convenção registrada, em pleno funcionamento, os futuros adquirentes devem submeter-se à norma intestina do edifício, pois a ela aderem. Não pode ocorrer a modificação da convenção com prejuízo de direitos adquiridos, o que não se confunde com o caso específico de mau uso ou de desvio de finalidade da unidade condominial.

Nossa conclusão propende para o sentido de que a permanência abusiva ou potencialmente perigosa de qualquer pessoa no condomínio deve possibilitar sua exclusão mediante decisão assemblear, com direito de defesa assegurado, submetendo-se a questão ao Judiciário. Entender-se diferentemente na

atualidade é fechar os olhos à realidade e desatender ao sentido social dado à propriedade pela própria Constituição. A decisão de proibição não atinge todo o direito de propriedade do condômino em questão, como se poderia objetar; ela apenas o limita, tolhendo seu direito de habitar e usar da coisa em prol de toda uma coletividade. Opera, nessa hipótese, o decantado *princípio da proporcionalidade*, coroado com pompas pelos editores do Código de 2002. Quem opta por residir ou trabalhar em um condomínio de edifícios ou comunhão condominial assemelhada deve amoldar-se e estar apto para a vida coletiva. Do contrário, deve estabelecer-se ou residir em local apropriado conforme sua condição, estado e personalidade. A situação no caso concreto, contudo, exigirá o diligente cuidado do julgador, pois estarão em jogo dois interesses de elevado grau axiológico, quais sejam, o direito individual do proprietário e o direito do corpo coletivo condominial. Sopesando-se devidamente esses valores, atingir-se-á a solução jurídica e justa. J. Nascimento Franco e Niske Gondo (1988:244), em sua importante monografia acerca de condomínio em edifícios, não fogem a essa crucial problemática, sufragando exatamente a mesma tese ora esposada:

Na omissão da lei antiga, e dentro da filosofia do vigente Código, é evidente que os princípios gerais dos direitos de vizinhança e do direito condominial permitem a solução. Preponderará sempre o prudente critério do julgador. Com essa solução, também se busca o sentido social e constitucional da propriedade.

Ademais, já é tempo de o legislador, e quiçá os próprios incorporadores, enfrentarem a hipótese de instituição de condomínios seletivos, a exemplo dos que existem na Europa e Estados Unidos, como já mencionamos, destinados, por exemplo, a pessoas idosas, valetudinárias ou casais sem filhos. A utilização seletiva da propriedade também atende a sua finalidade social.

Desse modo, afora essa matéria digressiva, o condômino tem o direito de usar, gozar e dispor de sua unidade de forma exclusiva. Ao assegurar esse direito a cada condômino, estatuiu o art. 19 da lei condominial anterior que

O meio processual para o condomínio fazer cessar o mau uso ou turbação da vida condominial é a ação de obrigação de fazer ou não fazer, com cominação de multa. O processo cautelar por vezes se fará necessário para obtenção de decreto judicial de pronta sustação do incômodo. Tormentosas e de difícil

solução as questões de vizinhança, particularmente as condominiais. Anote-se que não somente o condômino se submete aos ditames da convenção, do regimento interno e das regras de vizinhança, mas também (art. 20 da lei anterior). Nessa dicção, incluem-se o locatário, comodatário, familiar, morador, visitante eventual ou permanente, empregados, prepostos, prestadores de serviço, entregadores de mercadorias etc. A imposição de multa deve ser carreada ao responsável ou ao condômino, sendo conveniente que a convenção ou o regulamento estabeleça a solidariedade nessa obrigação. Se não houver previsão, o condômino deve responder pelo ato. Em última análise, o condômino deve ser sempre o responsável pelas obrigações emergentes da vida condominial a que deu origem, com direito regressivo contra o responsável, se for o caso. Doutro modo, as infrações praticadas por terceiro poderiam restar irressarcidas. Importa, no entanto, em cada caso concreto, estabelecer o nexo de causalidade entre o infrator e o titular da unidade condominial, ainda que esse vínculo seja de natureza objetiva: o condômino responde por atos de vandalismo praticado por seu convidado, visitante, hóspede, comodatário ou locatário, por exemplo, que aí estão colocados na posição de seus prepostos. O princípio reporta-se à responsabilidade aquiliana. Essa é matéria de prova. Nesse sentido, deve ser entendido o art. 21 da lei anterior que dispõe acerca da imposição de multa ao infrator, bem como os arts. 1.336, § 2º, e 1.337 do presente diploma.

Outra questão que ora e vez é trazida à baila é a presença de animais nos edifícios. A questão deve ser objeto de disciplina na convenção ou regulamento.⁸ A jurisprudência propende para a permissão de animais de pequeno porte, que não incomodem a vizinhança, nem se utilizem das áreas comuns (Pereira, 1993:171).

(Lopes, 1994:147). Essa também é a opinião de J. Nascimento Franco e Nisske Gondo (1988:222), que recomendam moderação na aplicação de cláusulas proibitivas relativas à questão.

O art. 10 e o art. 1.336, II, proíbem o condômino de alterar a forma externa da fachada (inciso I). Isso inclui pintura de cor diferente do padrão do edifício, diferentes luminárias, inclusão de cartazes, caixilhos diferentes dos aprovados etc. O condômino poderá, no entanto, alterar a fachada com a (art. 10, § 2º, da lei anterior). Há, portanto, no ordenamento de 2002, necessidade de unanimidade para alteração da fachada, o que, na prática, mostra-se quase intransponível, mormente em grandes edifícios. A questão atina primordialmente à estética do prédio, mas também à segurança. Há equipamentos de segurança que podem ser colocados nos apartamentos, sem prejuízo dessa proibição, como, por exemplo, redes de proteção em janelas e alpendres praticamente invisíveis a distância. O mesmo não se diga de toldos e vidraçaria de tonalidades diversas, que deverão obedecer a padrão aprovado, se devidamente autorizado. Na matéria, importa grandemente a casuística.

Completava o elenco de proibições a qualquer condômino o inciso III do art. 10:

condômino . O art. 1.336, IV, dispõe que é dever do

. Cabe à

convenção estabelecer a finalidade do edifício, residencial ou não residencial, estabelecendo restrições. Acrescentava o inciso IV do art. 10: . Tais proibições são corolário do que temos aqui exposto. A finalidade genérica, residencial ou não residencial, pode, como vimos, estabelecer restrição a certo nível de moradores ou a certa modalidade de atividade não residencial, considerada nociva, perigosa, ou inconveniente para aquele condomínio em particular. Examina-se em cada caso o critério da nocividade para o condomínio. Em condomínio para finalidade não residencial, por exemplo, torna-se inadmissível o pernoite de condômino ou possuidor, salvo situações excepcionais autorizadas pela administração ou assembleia.

O § 1º desse art. 10 fixava os parâmetros processuais para a ação de obrigação de fazer ou não fazer, por nós constantemente referida nesta obra.

Cabe ao síndico promover as medidas de defesa que se fizerem necessárias, com autorização da assembleia. Como detentor do poder executivo do condomínio, o síndico não necessita de autorização assemblear, contudo, para sua atividade ordinária de administração, proteção e defesa da coisa comum. Aliás, essa é sua obrigação.

Os empreendimentos imobiliários na atualidade ganham dimensão de verdadeira comunidade, sejam de uso exclusivamente residencial ou não. Há prédios e conjuntos de prédios que mantêm amplas áreas de lazer: quadras esportivas, salas de jogos e ginástica, churrasqueiras, jardins, piscinas etc. O mesmo ocorre com os prédios de uso comercial, que possuem salas de reunião, sofisticados sistemas de comunicação, segurança etc.

A disciplina dessas áreas deve caber à convenção ou regulamento. Nada impede, antes se aconselha, que a utilização de certas dependências e facilidades postas à disposição dos condôminos e ocupantes seja remunerada, revertendo-se o benefício em prol da administração da coisa comum.

O mais recente Código preocupou-se expressamente com o terraço de cobertura que, no passado, foi palco de ingentes disputas. No art. 1.331, § 4º, estatui que . Esse terraço, como se sabe, pode pertencer à unidade do último andar do edifício. Completa o art. 1.344:

Se o terraço for área comum, caberá ao condomínio sua manutenção. Quando, no entanto, houver danos estruturais, mesmo que o terraço pertença à unidade da cobertura, os reparos deverão caber ao condomínio, sempre com ação de regresso, se couber, ao construtor. Matéria de grande dificuldade prática nos condomínios sempre é a problemática das infiltrações e o ingresso na unidade causadora para os efetivos reparos. Sempre há que se contar com o bom senso dos magistrados, mormente no exercício desse poder de cautela, uma vez que nem sempre é possível contar com o bom senso e a cautela dos condôminos.

O problema mais crucial nesse aspecto, no entanto, diz respeito às garagens e sua respectiva utilização numa sociedade cada vez mais dependente das quatro rodas.

O dispositivo referente à garagem no art. 2º da lei anterior era sumamente incompleto. Parece referir-se unicamente ao _____, isto é, prédio destinado exclusivamente a estacionamento.

O fato é que a garagem ligada à unidade autônoma _____ se corresponder a fração ideal de terreno. Além desse aspecto, deve ser demarcada e identificada em planta detalhada presente no memorial e registrada no cartório imobiliário com descrição na especificação de condomínio (Lopes, 1994:64). Se não preenchidos esses requisitos, as garagens são consideradas áreas comuns do edifício, tipicamente uma garagem coletiva (Franco e Gondo, 1988:46). Na garagem do edifício, existirá um local demarcado com direito exclusivo ou um direito coletivo de utilização de toda a garagem, sujeito a regulamentação, dependendo da situação jurídica. Não é lícito ao condômino demarcar sua vaga se se trata de local de uso comum. Em qualquer Hipótese, o direito integra o direito de propriedade condominial. Cabe ao adquirente da unidade condominial certificar-se sobre qual a natureza da vaga de garagem do edifício, sob pena de enfrentar incômodos no futuro.⁹

A proteção possessória do espaço de garagem individualizado é possível contra quem turbe a posse, contra outro condômino, terceiros ou o próprio condomínio. Tratando-se de garagem _____, a possessória é possível contra quem turbe a utilização da coisa comum de forma geral. Não existe possibilidade de usucapião nessa garagem indivisa, porque se trata de posse simultânea (Viana, 1981:45), nem para o condômino e muito menos para estranho. A garagem deve ser tratada sempre como um acessório da unidade autônoma, salvo se se tratar de edifício-garagem.

Não permitindo a convenção ou sendo omissa, a nosso ver, sob o prisma da lei anterior, a vaga de garagem não pode ser alienada ou cedida a qualquer título a estranho do corpo condominial. Nesse sentido deve ser entendido o art. 1.338 do presente Código.¹⁰ Esse dispositivo permite ao condômino alugar “ _____”, preferindo, em condições iguais, qualquer dos condôminos a estranhos e, entre todos, os possuidores. Deveria o Código ter sido mais específico e incisivo. Não só a convenção e o regulamento podem vedar o ingresso de estranhos, como também a assembleia geral pode decidir sobre a matéria. Permitir que estranho utilize a garagem de um edifício residencial pode inserir mais um fator de insegurança no condomínio. Cabe, porém, ao próprio condomínio definir seu peculiar interesse. Nada impede, porém, que a vaga de garagem seja cedida a outro condômino. Essa vedação expressa decorria do § 2º do art. 2º da lei anterior. Nada impede que a convenção altere a destinação. Pode também ser estabelecida preferência de aquisição de garagem a condômino que não a possua.

O art. 1.338, como vimos, dispõe que, se o condômino resolver alugar área de abrigo para veículos, preferir-se-á, em condições iguais, qualquer dos condôminos a estranhos e, entre todos, os possuidores. Por outro lado, pelas mesmas razões, o art. 1.339, § 2º, permite que o condômino aliene parte acessória de sua unidade a outro condômino, só podendo fazê-lo a terceiro se essa faculdade constar da convenção e se a ela não se opuser a respectiva assembleia geral. Portanto, na ausência de disposição no ato constitutivo do condomínio, a assembleia deve autorizar a venda de parte acessória, tal como a vaga para

estacionamento ou garagem, a terceiro, estranho ao condomínio.

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

O critério de sorteio e rodízio de garagens, quando não demarcadas e unidas umbilicalmente a cada unidade, é por vezes adotado, situação, porém, não isenta de dúvidas. A esse respeito conclui João Batista Lopes (1994:68)

Não sendo permitido o estacionamento cômodo, torna-se necessária a presença de manobrista na garagem, não podendo o condômino obstar a atividade do empregado no acomodamento de todos os veículos.

A convenção ou regulamento também deve estabelecer local para veículos de visitantes ou sua proibição.

Transgride regra convencional e regulamentar o condômino que pretender estacionar maior número de veículos, ou veículo de maior porte, do que lhe assegura seu título aquisitivo. Da mesma forma, é transgressor aquele que pretende utilizar o espaço da garagem para outra finalidade que não o exclusivo estacionamento e depósito de veículos.

Em situação análoga às garagens, colocam-se os armários ou compartimentos de depósito situados no subsolo ou nas próprias garagens. O regime deve ser o mesmo.

O condomínio pode também reservar para si a propriedade e posse de algumas vagas de garagem, cuja utilização deve ser regulada em convenção, regimento ou assembleia.

A convenção deve fixar igualmente a responsabilidade civil referente a furtos, roubos ou danos ocorridos nas garagens e partes comuns do edifício. Válida a cláusula de não indenizar ali estabelecida.

(STJ, 3ª T., RE 10.285-SP, Rel. Min. Nilson Naves, 1.732; no mesmo sentido RE 13.027-RJ, 1.727; RE 37.098-1-SP, 1.823).

(STJ, RE 9.191/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, 189:13.491 de 30-9-91; no mesmo sentido, RE 20.303-3/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 167:13.650 de 31-8-92; em sentido contrário, RE 8.977/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 124:9.192, de 1º-7-91).

O condômino deve concorrer com o rateio que lhe couber para sustentar o funcionamento da vida condominial. As despesas comuns de energia elétrica, água, materiais de limpeza, pagamento de empregados e serviços eventuais, conservação de equipamentos, tributos, seguros etc. devem ser rateadas.

Essa obrigação estabelecida é prevista no § 1º do art. 12 da lei anterior, que dispõe:

¹¹ Essa mesma obrigação consta do art. 1.336, I.

As despesas que refogem à administração ordinária devem ser aprovadas em assembleia. Por vezes, despesas urgentes devem ser feitas, com aprovação posterior.

Os tribunais, no passado, perante a avassaladora inflação no país, passaram a entender que a correção monetária das despesas devia ser computada desde os respectivos vencimentos, sob pena de ocorrer enriquecimento ilícito em favor do inadimplente, com odioso prejuízo contra os condôminos cumpridores de suas obrigações. Desse modo, tornava-se corrigível o débito, ainda que a convenção silenciasse, porque o § 3º desse art. 12 da lei anterior permitia a cobrança de correção apenas no caso de mora por período superior ou igual a seis meses.

O parágrafo único do art. 4º da lei condominial, com a redação dada pela Lei nº 7.182/84, estabeleceu que (alienação da unidade)

. Essa prova se faz por meio de declaração do síndico. Alienação feita sem esse documento pode impedir o registro imobiliário. Ainda que, de qualquer modo, se ultime a transcrição, o adquirente assume o risco de pagar despesas pretéritas, se não se munir dessa declaração, ou se havia despesas em aberto desconhecidas na oportunidade. Outra não pode ser a interpretação tendo em vista a natureza reipersecutória da obrigação.¹² Nesse sentido, também é expresse o Código Civil de 2002, de molde a não deixar dúvidas:

(art. 1.345). Desse modo, persiste, a nosso ver, a obrigação do condomínio, por sua administração, em fornecer declaração atualizada de débitos referentes à unidade, para eventuais interessados na aquisição. Essa situação mereceria, aliás, um dispositivo expresse na vigente lei, para evitar abusos e mal-entendidos futuros que deságum na responsabilidade do novo adquirente.

A impenhorabilidade da unidade por disposição voluntária (testamento ou doação), ou por força da Lei nº 8.009/90, por se qualificar como bem de família, não impede a constrição da coisa decorrente de débitos da unidade condominial, sob pena de subversão do sistema do injusto enriquecimento. As despesas de condomínio, a exemplo dos tributos, oneram a própria coisa.

A discordância acerca de determinada despesa deve ser trazida pelo condômino em assembleia. A matéria é estranha à discussão na ação de cobrança. Somente a maioria dos votantes pode anulá-la.

Aprovada validamente a despesa pela maioria, não se discute mais sua exigibilidade.¹³

O art. 1.340 possui conteúdo que pode causar dificuldades:

Sob esse

prisma, no vigente ordenamento, deve ocorrer uma modificação de enfoque quanto a algumas decisões jurisprudenciais. Os condôminos das lojas do andar térreo, por exemplo, não devem pagar as despesas com elevadores. Dizíamos na edição anterior desta obra:

Pois, doravante, sob o pálio do art. 1.340, a posição é outra. Surgirão questões de difícil deslinde, como, por exemplo, a situação de condôminos que não desejam usufruir de televisão a cabo, contratada pelo condomínio. Não cremos que o art. 1.340 tenha atingido a melhor solução. De qualquer forma, a convenção pode dispor diferentemente e determinar que todos os condôminos concorram para todas as despesas.

O síndico representa o condomínio na ação de cobrança. Não havendo prazo especial, a ação de cobrança prescreve em 10 anos (art. 205).

Não há solidariedade entre os condôminos, pois é justamente a entidade com personificação anômala, ou seja, o condomínio, que se obriga perante terceiros.

A lei estabeleceu obrigatoriedade de seguro do edifício contra riscos de incêndio, terremoto ou outro sinistro (arts. 13 ss; atual, art. 1.346). A contratação desse seguro é responsabilidade do síndico, devendo todos os condôminos concorrer no rateio.

Quanto à realização de obras, dispõe o vigente Código, no art. 1.341:

Esse longo artigo toca em uma questão nevrálgica do condomínio, a autorização e a realização de obras, pois essas atividades implicam, necessariamente, acréscimos de despesas. Ainda que o dispositivo não resolva todas as questões, pois lei alguma o faz, aponta rumos importantes, ausentes na legislação anterior. Todos os que residem em condomínios sabem quão dificultosa é a aprovação e a realização de obras nas assembleias. O síndico, porém, exercendo o poder executivo no condomínio, tem o dever de realizar imediatamente as obras urgentes e necessárias, sob pena de omissão que pode custar seu cargo. Em sua omissão, ou impedimento, qualquer condômino pode fazê-lo. A questão se coloca, posteriormente, sobre o exame da necessidade ou urgência. Assim, por exemplo, será urgente a obra para restabelecer a energia elétrica ou o fornecimento de água para o edifício; serão urgentes os reparos no sistema de segurança que se apresenta inoperante etc. Se essas despesas demandarem gastos excessivos, o síndico, ou o condômino que tomou a iniciativa, deverá obter a ratificação da assembleia, que será convocada imediatamente. A onerosidade excessiva deve ser vista em consonância com a dimensão do edifício ou empreendimento. Sempre que a reforma puder esperar, deve ser obtida a autorização da assembleia geral.

O condômino que assume a iniciativa pelas obras ou reparos necessários deve se limitar exclusivamente a esse aspecto. Qualquer outra obra ou reparo, ainda que em benefício comum, que não seja urgente, não lhe dará o direito à restituição, na forma do § 4º. Essa restrição pode abrir margem a uma estéril discussão sobre o que tinha sido necessário para o condomínio.

Para as obras voluptuárias, aquelas consideradas de embelezamento ou deleite, é necessário o voto de dois terços dos condôminos. Para as obras úteis, é necessário o voto da maioria dos condôminos. Se, durante a discussão, surgir dúvida sobre a natureza das obras propostas, também sua natureza, no caso concreto, deve ser votada, e obtida a maioria.

O já esquecido Projeto nº 6.960/2002 propôs alteração no § 1º do dispositivo, estabelecendo que as obras e reparações necessárias que não ultrapassassem o orçamento aprovado em assembleia não dependeriam de autorização e poderiam ser realizadas pelo síndico, ou por qualquer condômino, em caso de omissão ou impedimento do primeiro. A inovação é salutar e deve ser incentivada. Se o valor ultrapassar o orçamento, haverá necessidade de ser votada a despesa extraordinária, e o Código não foi claro a esse respeito, mencionando mera ciência pelo síndico à assembleia. Para isso, o Projeto redigiu o § 2º no sentido de que seja convocada a assembleia incontinentem para a aprovação da nova despesa, com rateio extra ou saque de fundo de reserva. Isso é o que normalmente ocorre nos edifícios bem administrados, com conduta transparente do síndico, sendo conveniente sua colocação em lei.

O art. 1.342 se reporta a obras, em partes comuns, em acréscimo às já existentes, para aumentar ou facilitar a utilização da coisa. Colocar-se-ão nessa modalidade, por exemplo, as obras que facilitam o acesso; que aumentam a capacidade do estacionamento ou garagem; que modernizam o sistema de segurança; que criam quadra de esportes. Essas obras dependem da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos, não sendo permitidas construções, nas partes comuns, suscetíveis de prejudicar a utilização, por qualquer dos condôminos, das partes próprias ou comuns.

O art. 1.343 se refere à construção de outro pavimento, ou, no solo comum, de outro edifício destinado a conter novas unidades imobiliárias. Para tal, há necessidade de aprovação da unanimidade dos condôminos. Sabemos que, na prática, essa unanimidade é muito difícil de ser obtida. A situação, contudo, não se confunde com aqueles empreendimentos imobiliários que já preveem expansão, com a construção de outras unidades, como vilas e outros edifícios, e isso já fica especificado na convenção ou no instrumento de aquisição dos condôminos.

A vigente Lei do Inquilinato, preocupada com abusos contra locatários de apartamentos, introduziu possibilidade de estes participarem de assembleias, em assuntos pertinentes a despesas que lhes dizem respeito. Foi acrescentado o § 4º ao art. 24 da lei condominial, o qual continua aplicável, a nosso entender:

(Redação dada pela Lei 9.267, de 1996).

Como as despesas ordinárias são carreadas ao inquilino, geralmente o locador não se preocupa com a votação delas. No entanto, a participação do locatário na assembleia nem sempre será tranquila, a começar pelo que se entende por despesa ordinária e extraordinária. A lei inquilinária (Lei nº 8.245/91), ao estabelecer os direitos e deveres do locador e do locatário, disciplinou, como na lei anterior, que as despesas ordinárias de condomínio cabem ao inquilino, enquanto as extraordinárias, ao locador. No entanto, procurando evitar dúvidas da legislação anterior, procurou o legislador ser tanto quanto possível exaustivo ao elencar a dicotomia entre o que se define por despesas ordinárias e extraordinárias.

O parágrafo único do art. 22 da Lei do Inquilinato entende como despesas extraordinárias, de responsabilidade do locador,

Em nossa obra _____, tivemos a oportunidade de acentuar ser essa disposição inelutavelmente de ordem pública e não poder o locador carrear as despesas extraordinárias de condomínio ao locatário. A intenção da lei foi justamente evitar abusos. Esse dispositivo deve ser visto em consonância com o do inciso XII do art. 23 da mesma lei, que discrimina as despesas ordinárias de condomínio, estas a cargo do inquilino. Este dispositivo em seu § 1º dispõe:

Acrescenta o § 2º que o locatário fica obrigado a essas despesas desde que comprovadas em previsão orçamentária. Em nossa obra sobre locação, apontamos a dificuldade prática de obediência a esse preceito.

Verifica-se também que, embora o elenco legal se tenha expandido, não é exaustivo. Sempre haverá zona cinzenta sobre a natureza das despesas de condomínio. A questão, no entanto, sempre se resolverá no nível contratual da locação. Perante o condomínio, será sempre o condômino, e nunca o inquilino, responsável pelo pagamento de despesas de qualquer natureza. Não tem o condomínio legitimidade de cobrar diretamente do inquilino, salvo expressa autorização assemblear ou regimental, o que, a nosso ver, é de suma inconveniência.

Com o direito do inquilino de participar de assembleia de condomínio no tocante às discussões

sobre despesas ordinárias, quando ausente o condômino, poder-se-á com frequência levantar questão prévia de ordem, para definir se o âmbito da discussão pertine ou não ao direito do locatário. Por outro lado, a disposição acrescida ao art. 24 da lei condominial anterior obriga a convocação do locatário para as assembleias. É dever do condômino, portanto, comunicar a locação à administração. Por outro lado, o inquilino somente poderá participar da assembleia provando sua relação . A matéria que refoge às despesas ordinárias é estranha à participação do inquilino.

No sistema do presente Código, como a convenção de condomínio, e, conseqüentemente, o regulamento e as decisões assembleares, expressamente se reportam ao possuidor ou detentor, sob o prisma de serem obrigatórios a eles (art. 1.333), entendemos que se mantém a possibilidade de o locatário de unidade condominial discutir a matéria de seu peculiar interesse. Ainda que assim não fosse, o dispositivo comentado pertence ao microssistema da locação, que se mantém ilhadamente vigente , sem que ocorra revogação pelo vigente Código Civil, como ocorre também com outros microssistemas jurídicos, como a legislação do consumidor.

A assembleia dos condôminos representa o poder legislativo do instituto condominial. É órgão deliberativo do condomínio para o qual devem ser convocados todos os condôminos. A falta de convocação geral idônea sujeita a assembleia à nulidade:

(art. 1.354 do atual Código Civil). O Projeto nº 6.960/2002 objetivou acrescentar nesse artigo que os condôminos poderão fazer-se representar por procuração, sendo vedada a outorga de mais de três mandatos à mesma pessoa. Essa restrição já consta de muitas convenções e regulamentos condominiais existentes, restringindo ainda mais a limitação a um único mandato por comparecente à assembleia. O dispositivo visa justamente evitar que uma única vontade ou poucas vontades preponderem soberanas nas deliberações condominiais. O síndico, por seu lado, exerce o poder executivo no prédio.

Para efeito de comparecimento às assembleias, a lei refere-se também aos compromissários compradores e cessionários promitentes das unidades, que se equiparam aos proprietários (art. 1.334, § 2º).

O art. 24 da lei anterior e o art. 1.350 do Código estabelecem a necessidade de uma assembleia ordinária anual, convocada pelo síndico na forma da convenção. Além de qualquer matéria que possa ser colocada na ordem do dia, essa assembleia tem a missão de aprovar as verbas do condomínio, conservação e manutenção, podendo também tratar de outros assuntos da vida condominial (art. 1.350). Se o síndico não convocar a assembleia, um quarto dos condôminos poderá fazê-lo (art. 1.350, § 1º). As deliberações da assembleia, tomadas pelo exigido em cada caso, obrigam a todos os condôminos.

Pela lei anterior, poderiam ser realizadas assembleias extraordinárias sempre que houvesse necessidade, convocadas pelo síndico, ou por condôminos que representassem um quarto, no mínimo, do

condomínio, observada a representatividade em frações ideais ou outro método adotado na convenção (art. 25; atual, art. 1.355). Mantém-se a mesma orientação no Código Civil.

O vigente Código menciona a possibilidade de _____ especial para assembleias (dois terços dos condôminos), para a alteração da convenção (não mais para o regimento interno, como já expusemos, art. 1.351, com nova redação). O Projeto nº 6.960/2002 apresentou acréscimo importante a esse dispositivo:

A inovação visa impedir que o proprietário de várias unidades no condomínio tenha sistematicamente a maioria e imponha ditatorialmente sua vontade. Essa situação ocorre, por exemplo, quando o incorporador ainda não alienou todas as unidades. Não nos agrada, porém, que o voto de Minerva seja do presidente da mesa. Melhor é que se qualifique esse voto de outra forma, com base em frações ideais.

Há que se entender que os novos condomínios, constituídos após a vigência do presente Código, deverão obedecer a esse _____ mínimo, que não poderá ser inferior. Os votos tomarão por base as frações ideais de cada condômino, salvo disposição diversa na constituição do condomínio. Consoante o art. 1.352 do Código, salvo quando exigido _____ especial, as deliberações da assembleia serão tomadas, em primeira convocação, por maioria de votos dos condôminos presentes que representem pelo menos metade das frações ideais, salvo disposição diversa na convenção em contrário. Em segunda convocação, a assembleia se realiza com os condôminos presentes, cujos votos são tomados também por maioria, salvo também a necessidade de _____ especial em razão da matéria (art. 1.353). Geralmente, por praxe e economia, há um intervalo de uma ou meia hora, para o mesmo dia, entre a primeira e a segunda convocação.

Caso não se realize a assembleia devidamente convocada, ou qualquer óbice seja oposto para sua instalação, a matéria deve ser submetida ao Judiciário (art. 27; atual, art. 1.350, § 2º).

Como vemos, pelo menos uma vez por ano deverão reunir-se os condôminos em assembleia. Não estipula a lei a forma de convocação. Deve ser idônea de forma que comprove que os condôminos foram dela devidamente cientificados. Indispensável, portanto, se mostra a forma escrita, ainda porque dela deve constar a _____. Não há limite para a discussão de assuntos administrativos e corriqueiros, ainda que da convocação não constem _____.

Na contagem de votos nas assembleias, não se computa o escrutínio por cabeça, mas proporcionalmente às frações ideais de cada condômino, áreas privativas ou outro critério estabelecido na convenção. O voto é proporcional, portanto, ao conteúdo e extensão do direito condominial. É permitido o voto por procuração, com poderes especiais, conforme as observações que já fizemos. O desvio de finalidade da assembleia, no entanto, pode permitir abusos. O ideal é que se limite o mandato em determinadas hipóteses, não se permitindo, por exemplo, que um único procurador represente mais do

que um número limitado de condôminos, não mais que dois ou três. Caso contrário, pode-se estabelecer verdadeira ditadura ou procuração em causa própria, que contraria as finalidades da assembleia. Nosso legislador não se preocupou com a matéria, quando deveria fazê-lo. Deve fazê-lo a convenção. Se não o fizer, pode a maioria deliberar a questão para futuras assembleias.

À minoria dissidente cabe discutir a legalidade das decisões tomadas na assembleia, mas, enquanto não anulada a deliberação, deve-se submeter a elas. Note que existem matérias pontilhadas na lei que exigem mínimo para aprovação. O controle judicial examinará, a par da questão formal da assembleia, eventuais abusos de direito. Trata-se de aplicação de regra geral no uso da propriedade. Sujeitam-se as assembleias aos princípios gerais de nulidade e anulabilidade. A regra geral é da teoria geral dos negócios jurídicos. As medidas cautelares que impeçam a realização ou cumprimento de decisões de assembleias devem ser concedidas com prudência. Nada impede que o juiz designe representante seu para acompanhar ou presidir a assembleia, com funções de auxiliar do juízo, tal como perito, se a situação de beligerância entre os condôminos o exigir.

O Conselho Consultivo também é órgão do condomínio, conforme exigência do art. 9º, § 3º, da lei anterior. Na prática, esse conselho exerce as funções de conselho fiscal na maioria dos condomínios. O art. 1.356 do presente Código, porém, estabelece a faculdade de o condomínio instituir um conselho fiscal, composto de três membros, eleitos pela assembleia, por prazo não superior a dois anos, ao qual compete dar parecer sobre as contas do síndico. A convenção pode estabelecer outras modalidades de eleição e suas atribuições, que devem ser fiscalizadoras da atividade do síndico. Outros órgãos facultativos podem também ser criados, como Conselho Disciplinar, Administrador de Garagens etc. Tudo dependerá do vulto e das necessidades do empreendimento.

O Conselho Consultivo, mencionado pela lei condominial anterior, será eleito na forma prevista na convenção (art. 23), constituído de três condôminos, com mandatos de dois anos, permitida a reeleição. Sua função é assessorar o síndico como órgão auxiliar, exercendo, na maioria das vezes, função contábil fiscalizadora, por disposição da convenção. Esse conselho será sempre composto de condôminos, enquanto o síndico poderá ser pessoa estranha.

O síndico, com frequência mal compreendido na vida condominial, desempenha o papel mais importante no condomínio, não só porque o representa ativa e passivamente em juízo, mas também porque exerce as funções executivas de administrador. Entre suas principais funções, além da representação do condomínio, está a administração, devendo prestar contas à assembleia. Cabe-lhe impor multas na forma da convenção e do regulamento, além de cumprir e fazer cumprir tais atos normativos e zelar pelo patrimônio condominial. Conforme o art. 1.347 do vigente Código, o síndico é escolhido pela assembleia e poderá não ser condômino. Seu mandato será de dois anos, podendo ser renovado, conforme mesma disposição da lei anterior (art. 22). A convenção pode proibir a reeleição por mais de um mandato. Não é conveniente a perpetuidade no cargo, mas a lei não proíbe constantes

reeleições. Essa proibição, no entanto, foi sugerida pelo Projeto nº 6.960/2002, com redação que permite mandato do síndico não superior a dois anos, ficando permitida a renovação por um único período consecutivo.

A competência do síndico, no Código, é elencada no art. 1.348.

O síndico pode contratar administrador, pessoa natural ou jurídica, delegando-lhe funções administrativas. Deve submeter a aprovação do administrador à assembleia. A convenção pode estabelecer recurso à assembleia contra atos do síndico.

A lei, tanto a condominial como o Código, permite, embora nem sempre seja conveniente, que o síndico seja pessoa estranha ao corpo condominial. Discute-se se pode ser pessoa jurídica: parece-nos que o síndico assume obrigações próprias da pessoa natural, embora haja quem defenda o contrário. Ainda que a assembleia escolha terceiro para a função, poderá ser algum membro integrante de pessoa jurídica. Como o § 2º do art. 1.348 permite que o síndico delegue a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou funções administrativas, com aprovação da respectiva assembleia, se não houver proibição na convenção, aqui parece não haver dúvida que o delegado possa ser pessoa jurídica, como ocorre, na prática, com as empresas administradoras especializadas.¹⁵ No entanto, ainda quando ocorre essa transferência de poderes, a responsabilidade pela administração é sempre do síndico, que responderá por culpa ou dolo do preposto escolhido. Essa matéria, no entanto, é plena de dúvidas, sendo excessivamente lacunosa na lei.

A nomeação de pessoa estranha é faculdade que o juiz deve utilizar quando se torna inviável a administração por condômino, enquanto durar processo judicial, por exemplo. A assembleia deve estabelecer a remuneração do síndico nessa modalidade. Sendo condômino, cabe também à convenção ou à assembleia disciplinar se o mandato do síndico será gratuito ou remunerado. Sem dúvida, a remuneração permite que haja maior exigência com relação à dedicação do síndico ao condomínio.

O § 5º do art. 22 da lei anterior permitia a destituição do síndico na forma da convenção ou, no silêncio dela, por dois terços dos condôminos em assembleia especialmente convocada para tal. O art. 1.349 do Código, já mencionado, estabelece a maioria absoluta para a destituição do síndico.

Trata-se de cargo de confiança, permitindo-se a revogação do mandato. Permite-se também a eleição de subsíndicos, com fixação de suas funções.

As contas do síndico devem ser prestadas perante a assembleia anual e necessariamente ao findar seu mandato, sempre perante assembleia. Todo aquele que administra bens alheios deve prestar contas. Sendo administrador, é destituível. Também, pode renunciar ao cargo, por sua natureza, independentemente da concordância de outro órgão. Nos termos do art. 186 do Código Civil, responde por indenização se ocasionar prejuízo ao condomínio por culpa ou dolo.

A atividade do síndico não caracteriza relação de emprego nem locação de serviço. Ele é representante da comunhão. Não faz jus a remuneração se esta não estiver regularmente prevista.

Assim como toda realidade fática, o condomínio horizontal pode extinguir-se, embora seja criado sem prazo determinado.

Segundo a lei condominial anterior, apontam-se como causas principais de extinção a desapropriação do edifício, o perecimento do objeto e a alienação de todas as unidades a um só titular.

Na desapropriação, os valores das unidades autônomas caberão a cada titular, repartindo-se por rateio o equivalente às partes comuns. Divide-se a indenização pelas respectivas quotas.

No caso de destruição de menos de 2/3 da edificação, o síndico promoveria o recebimento do seguro e a reconstrução e reparos (art. 16). Dois terços dos condôminos representando fração ideal de 80% do terreno e coisas comuns poderiam decidir sobre a demolição e reconstrução do prédio ou sua alienação, por motivos urbanísticos ou arquitetônicos, ou ainda, no caso de condenação do edifício pela autoridade pública, em razão de insegurança ou insalubridade (art. 17). Assegurava-se o direito da minoria de ter suas partes adquiridas pela maioria. A alienação total do edifício também era autorizada pelos votos dos 2/3 mencionados, correspondendo a 80% do terreno e frações ideais (§§ 1º e 2º do art. 17).

No Código, o art. 1.357 aponta que, se a edificação for total ou consideravelmente destruída, ou ameace ruína, os condôminos deliberarão em assembleia sobre a reconstrução ou venda, por votos que representem metade mais uma das frações ideais. Como se percebe, a solução é mais realista do que a da lei anterior, pois, dependendo dos danos, os reparos podem ser inviáveis nessa situação trágica. O Código traduz de forma mais eficiente o direito das minorias. Como a reconstrução implica investimento vultoso para cada condômino, ele poderá eximir-se do pagamento, alienando seu direito a outros condôminos, mediante avaliação judicial (art. 1.357, § 1º). A preferência na aquisição será dos outros condôminos e, na falta de interesse deles, poderá adquirir a quota um estranho (art. 1.357, § 2º). O valor apurado será repartido entre os condôminos, proporcionalmente ao valor de suas unidades. Poderá, porém, a assembleia dar outro destino a essa verba. Na hipótese de desapropriação, a indenização será repartida também a cada condômino, na proporção de sua respectiva unidade (art. 1.358).

A atualidade criou realidades em matéria de condomínio que não se amoldam ao condomínio tradicional, bem como refogem à tipicidade regulada pela Lei nº 4.591/64 e também aos dispositivos do condomínio edilício do vigente Código.

São frequentes os chamados *condomínios horizontais*: bairros urbanizados, em periferia de grandes centros, para fins residenciais, ou em regiões mais afastadas para finalidades de lazer. Se as edificações ocorrem em dezenas de lotes, como nos casos concretos, com vias particulares, não temos dúvidas de que existem partes comuns, coletivas e unidades autônomas, empregando-se, no que não conflitar, a lei

condominial. É opinião também de J. Nascimento Franco e Nisske Gondo (1988:10). Não há razão para que se entenda aplicável apenas a lei de parcelamento do solo. No entanto, a questão acende vivas controvérsias. Se, no entanto, a urbanização é feita pelo Município, não há propriedade coletiva, não há partes ideais no condomínio. Se existe acesso controlado, vias particulares entre os imóveis, áreas de lazer e de uso comum, estará estabelecido o condomínio sob o regime de propriedade horizontal. Denomina-se porque as ruas, praças e áreas de lazer pertencem ao domínio privado, autorregulamentado por convenção e assembleias do condomínio. Essas ruas e praças podem também passar ao domínio do Município, estabelecendo-se um regime híbrido, ainda não bem formulado na lei. Segundo parte da doutrina, a que aderimos, ainda que sejam prestados serviços públicos no interior do condomínio, tal não transforma sua natureza jurídica. É claro que há necessidade de adaptação de normas condominiais na convenção, sem prejuízo das regras gerais de vizinhança. A Lei nº 4.591/64 albergou expressamente essa modalidade de condomínio em seu art. 8º (no mesmo sentido a opinião de Arnaldo Rizzardo, 1991, v. 3:645).¹⁶ O presente Código não se refere expressamente a essa modalidade, o que sugere que, de futuro, tenhamos um regramento próprio. Aplicam-se, contudo, no que couber, as regras condominiais. Da mesma forma devem ser tratados os inúmeros , situações não regularizadas, tendo em vista a omissão legal, como casas e unidades múltiplas que se constroem em um local fechado, com acesso mais ou menos complexo por rua, alameda ou similar, com ou sem vigilância, sem preocupação de regularização, bem como tantas outras situações que a necessidade urbana tem criado.¹⁷

O sistema da propriedade cria também nova modalidade de condomínio. O adquirente passa a ser titular de um imóvel¹⁸ assegurando-se-lhe determinado período anual para usar e gozar da coisa. Cuida-se de sistema destinado a locais de lazer. O sistema surge primeiramente na Europa, e hoje é muito usado por empresários ligados ao turismo. Gustavo Tepedino (1993:1) define-o como:

O sistema utilizado para os imóveis é conhecido como nos países de língua inglesa, multipropriedade na França, na Espanha e na Itália, nesta também como ; como , em Portugal. A doutrina argentina refere-se à . Todas as denominações dão ideia do que se trata.

A maioria dos Estados europeus também não possui legislação específica para o fenômeno, muito complexo e diversificado na prática, pois não se obedece a um único padrão contratual. A doutrina procura explicá-lo como uma propriedade periódica, propriedade sazonal, propriedade a tempo parcial ou a tempo repartido etc. Tudo leva a crer que se consagrará com o tempo o vocábulo inglês ou . Mesmo na comunidade europeia se discute a existência de um direito obrigacional ou um direito real.

O fenômeno social nasceu da procura da classe média por uma residência de férias na praia ou na

montanha. Os empresários optaram por um sistema que facilitasse o acesso a essa segunda propriedade a grupo social que não pode manter vários imóveis ao mesmo tempo. Busca-se com o a democratização do imóvel de férias.

Alguns países optaram por conceituá-lo como direito real de habitação por intermédio de um administrador denominado , que mantém a propriedade em nome de um clube. Os compradores adquirem o direito de uso e fruição temporal de uma unidade. Em Portugal, criou-se o contrato de arrendamento múltiplo como direito real (). No dizer de José de Oliveira Ascensão (1987:475), o direito de habitação periódica é um . Conclui, porém, o autor português que se estabelece parcialmente um regime semelhante ao da propriedade horizontal. A Grécia foi um dos primeiros países a regulamentar a multipropriedade por uma lei de 1986, tratando-a como modalidade de locação. Havendo problemas transnacionais na comunidade europeia, preocupam-se os legisladores da União Europeia em estabelecer atualmente diretivas para tornar homogêneos os direitos dos adquirentes de multipropriedade (as diretivas da Comunidade buscam estabelecer, nos vários campos jurídicos, normas mínimas para as legislações dos países-membros, que devem harmonizar sua respectiva legislação).

O fenômeno surge timidamente no Brasil, também sem legislação específica. A primeira dificuldade, na falta de lei, é conceituar a multipropriedade como direito real. Vimos que há legislações que mantêm o fenômeno no campo obrigacional. A situação material, na realidade, apresenta-se como condomínio especial, no qual os condôminos dividem, isto é, compartilham a mesma unidade habitacional, em frações de tempo diversas. Nesse sistema, todos os multiproprietários são condôminos, mas esse condomínio somente será exclusivo na unidade autônoma no tempo fixado no pacto. Sem permissão legal, contudo, não pode ser conferido direito real aos multiproprietários. Uma das soluções encontradas é registrar o empreendimento em nome de pessoa centralizadora de contratos (o citado), que concede e organiza a utilização periódica. Nesse diapasão, a relação dos multiusuários é de direito obrigacional com o proprietário da coisa. Outra solução é constar da escritura a aquisição por vários titulares de períodos de sete dias em cada ano, atribuindo-se a cada unidade cinquenta e dois períodos compartilhados. Todos os adquirentes são comproprietários de fração ideal, não se identificando a unidade, a não ser no vínculo obrigacional. Um pacto adjeto meramente contratual o fará. Não existe, desse modo, constituição de unidades autônomas, invocando-se as normas típicas do condomínio ordinário. A relação de tempo repartido fica exposta em regulamento. A administração é atribuída a empresa, que normalmente reserva para si frações ideais, correspondentes a duas semanas do ano em todos os apartamentos (Tepedino, 1993:45).

Embora essa modalidade de propriedade não seja regida pela lei condominial, é evidente que sua proximidade analógica permitirá o emprego de certos conceitos, como, por exemplo, o dever do condômino de concorrer na proporção de sua fração ideal no rateio das despesas. O mesmo se diga a respeito dos deveres e direitos emanados da convenção e do regulamento do empreendimento. Torna-se necessário diploma legal para definir os limites dos poderes do administrador, por vezes exacerbado.

A multipropriedade cria um direito de usar, gozar e dispor da propriedade, cuja

limitação não é apenas condominial, mas também temporal. Como o vínculo jurídico possui natureza real, a lei deve regular a possibilidade de registro dessa nova modalidade de propriedade em nome de cada condômino fracionário. Enquanto isso não ocorrer, procurar-se-á contornar a dificuldade, estabelecendo um multicondomínio, com relações pessoais entre os condôminos e o administrador. Para fins de registro estabelece-se a propriedade tão só do administrador ou a propriedade em condomínio entre os vários multiproprietários. Por outro lado, não há incompatibilidade de aplicação dos princípios norteadores da Lei nº 4.591/64 ou do Código Civil à multipropriedade. Também aqui se levam em conta a convenção, ou ato normativo, o regulamento e os direitos de vizinhança. Cabe ao jurista estabelecer a harmonização de situações de fato emergentes com a legislação em vigor. De qualquer forma, a exemplo do direito comparado, a necessidade social determinará o momento de regulamentação legislativa do instituto em nosso país. Não se pode tratar juridicamente o fenômeno como um singelo condomínio, pois sob esse regime o condômino poderia a qualquer momento pedir a extinção do estado de indivisão, faculdade imprescritível e potestativa, como vimos. Entendendo-se que se aplica subsidiariamente a lei condominial, afasta de plano essa situação teratológica (Papano, Kiper, Dillon, Causse, 1989, v. 2:119).

Os, normalmente tratados do ponto de vista exclusivamente contratual, envolvendo os lojistas, também têm perfeitos contornos condominiais, quando cada unidade comercial é alienada a um titular.¹⁹ Estabelece-se aí o condomínio, subordinado a regras mercadológicas próprias. No caso, o contrato normativo do funcionará como convenção condominial. Na prática, porém, com maior frequência, o administrador ou empreendedor mantém a propriedade de todo o imóvel, dando as lojas em locação ou a outro título; daí a razão de avultar de importância a relação obrigacional locatícia no instituto e não o direito real. Inafastável também a aplicação analógica da lei condominial à espécie no que tange principalmente às despesas de condomínio e regime das partes comuns, entre outros aspectos.

Nos, quando se alienam imóveis residenciais em seu interior, também se estabelece um condomínio, a exemplo dos loteamentos fechados. A ideia, ao se organizar um clube desse teor, é que cada membro seja proprietário de um lote e possua em condomínio áreas comuns, desfrutando de serviços complementares. Há um complexo condominial em que se chamarão à colação princípios de fração ideal de terreno, direitos de vizinhança, regulamentos internos e convenções etc. Inafastável também a aplicação parcial da lei condominial, enquanto não houver legislação específica.

Outro fenômeno moderno é a existência de cemitérios privados. Há que se entender que os contratos concessivos do uso de sepulcros poderão possuir natureza real apenas se assim for considerado pela lei. A relação entre o administrador e titular do terreno do cemitério e o adquirente de espaço para sepultura é de locação ou comodato. Há também nesse fenômeno situações de direito condominial. Não resta dúvida, porém, de que a lei pode atribuir sistema de direito real aos cemitérios privados.

Como verificamos, em matéria de uso e propriedade de coisas em comum há novos fenômenos sociais a serem examinados pelos juristas, estando a requerer, de pronto, soluções jurisprudenciais compatíveis com as novas realidades e, a curto prazo, a devida atenção do legislador. Conclui-se que a tendência será a ampliação dos direitos reais, para permitir a adequação social

“Apelação – Ação de obrigação de fazer – Preliminares – Litisconsórcio necessário – O litisconsórcio necessário terá lugar quando for indispensável a integração do polo passivo por todos os sujeitos, seja por conta da própria natureza da relação jurídica ou por imperativo legal. Na hipótese, ausente no ordenamento jurídico imperativo legal que exija a formação de litisconsórcio passivo necessário. Por outro lado, o resultado da demanda pode ser diferente para cada um dos coproprietários. Logo, não há falar em litisconsórcio necessário. Rejeição da preliminar. Litispêndência. Os réus sustentam haver litispêndência em relação ao processo nº 0004981-43.2010.8.26.0157. Entrementes, não há qualquer identidade entre partes, causa de pedir e pedido. Rejeição da preliminar. Inépcia. Na espécie, não se vislumbra qualquer das hipóteses do parágrafo único, do art. 295, do Código de Processo Civil. Rejeição da preliminar. Mérito. Extinção do processo, por falta de interesse de agir. Caso de parcial procedência. Exegese do art. 515, § 3º, CPC. A arrematação judicial é ato de transferência de bem anteriormente penhorado àquele que oferece maior lance. O auto de arrematação, por sua vez, é o documento hábil para a regulamentação do arrematante como novo titular do bem imóvel arrematado, transferindo-lhe os direitos afetos à posse, suficientes para o uso, gozo e fruição do bem. Nesse sentido, descabe o manejo de ação de usucapião, porque já houve transferência das respectivas partes ideais dos imóveis, por meio da arrematação, estando pendente apenas a aquisição do domínio, o que ocorrerá com o registro da carta de arrematação. Ademais, tratando-se de aquisição de parte ideal, os réus têm obrigação para com os autores, porquanto são condôminos. A instituição de condomínio pode resultar de atos entre vivos ou de testamento, com inscrição obrigatória no Registro de Imóveis, devendo conter, além do disposto na lei especial, a individualização de cada unidade, a determinação da fração ideal atribuída a cada uma, relativamente ao terreno e partes comuns e a finalidade. Inteligência do art. 1.332, do Código Civil. Na hipótese, construiu-se prédio consistente em quatro unidades autônomas, sem a competente incorporação imobiliária, circunstância que ensejou Nota de Devolução pelo CRI de Cubatão-SP. Em que pese os autores tenham interesse jurídico no atendimento de tais exigências, é certo que, sem a participação dos réus, não haverá a instituição do condomínio e atribuição da fração ideal do imóvel cabente a cada um dos proprietários. Hipótese de procedência parcial do pedido de obrigação de fazer. Sucumbência. Sentença reformada. Dado parcial provimento ao recurso de apelação” (– Ap 0000010-15.2010.8.26.0157, 21-3-2016, Rel. Fábio Podestá).

“**Ação de obrigação de fazer.** Compromisso de venda e compra. Obrigações do incorporador. Sentença de procedência, para condenar a ré na obrigação de (fazer) regularizar a incorporação imobiliária de fato, mediante registro e averbação perante o Cartório de Registro de Imóveis, outorgar as respectivas escrituras e regularizar as unidades junto aos órgãos competentes, tais como a Prefeitura Municipal e INSS, sob sua responsabilidade e expensas; Instituir o condomínio, com a elaboração do estatuto e realização do registro, sob pena de multa. Data da distribuição da ação: 5-11-2009. Valor da causa: R\$ 328.000,00. Apela a ré, alegando necessidade de respeito ao princípio da ; autores firmaram compromisso com a ré, responsabilizando-se pelas despesas necessárias à transferência definitiva do bem, inclusive as referentes à averbação da construção e ao registro da instituição, especificação e convenção de condomínio, o que não foi cumprido; ré ficou responsável apenas pela obtenção do habite-se, CND e INSS; sentença não respeitou as cláusulas obrigacionais; registro do imóvel não foi cumprido por culpa exclusiva dos autores, que não arcaram com as custas para este fim; ré cumpriu sua obrigação apresentando o habite-se e a CND do INSS; Subsidiariamente, requer que, na hipótese de parcial provimento ao apelo, pode proceder às providências requeridas pelos autores, mas desde que por eles custeadas; multa de 10% sobre o valor dos contratos é indevida, pois as providências necessárias à regularização do bem cabiam aos autores. Descabimento. Em razão de a ré ter deixado de arcar com as obrigações previstas no ordenamento legal Lei nº 4.591/64 Condomínio em Edificações e Incorporações Imobiliárias é caso de manutenção da procedência da ação e improcedência da reconvenção, para que a ré cumpra com as obrigações de fazer a ela impostas pela lei, tais como o arquivamento do registro, certidão negativa referente à Previdência Social, minuta da convenção de condomínio. Apreciando a petição dos autores na qual relatam que a ré vendeu bem imóvel pelo valor de R\$ 80.000,00, pedindo-se a revogação dos benefícios da justiça gratuita, conclui-se que é caso de acolhimento do pleito. Tendo em vista fato superveniente, demonstrando a venda, por parte da ré, de um bem imóvel no valor de R\$ 80.000,00, em agosto de 2012, tal benefício não deve subsistir. Revogado o benefício, relega-se a obrigação da recorrente, de recolhimento das custas do processo, após o trânsito em julgado desta decisão, sob pena de inscrição na dívida ativa. Recurso improvido” (– Ap. 9000087-06.2009.8.26.0576, 18-9-2013, Rel. James Siano).

“**Agravo de instrumento – Antecipação de tutela – Obrigação de fazer – Aplicação do art. 461 do CPC – O registro de instituição de condomínio** não se confunde com o registro de incorporação de condomínio. Relevância da fundamentação. Receio de ineficácia do provimento final. Ausência de prova da quitação integral dos imóveis. Impossibilidade de outorga de escritura definitiva. Recurso

conhecido e parcialmente provido” (– AI 2012.001871-2 – (6-0948/2012), 13-6-2012, Rel. Des. Eduardo José de Andrade).

“Agravamento – Destituição de síndico – – Maioria absoluta dos presentes – CCB 1.349. Para a destituição do síndico do condomínio exige-se apenas o da maioria absoluta dos condôminos presentes na assembleia geral extraordinária e não a maioria de todos os condôminos. Inteligência do CCB 1.349” (– Proc. 20160020087824AGI – (958672), 15-8-2016, Rel. Fernando Habibe).

“**Recurso especial** – Direito civil – Condomínio – Síndico – Destituição – Quórum de votação – Art. 1.349 do Código Civil – Interpretação – Maioria dos membros presentes na assembleia – 1. O quórum exigido no Código Civil para a destituição do cargo de síndico do condomínio é a maioria absoluta dos condôminos presentes na assembleia geral extraordinária. 2. Interpretação literal e teleológica do art. 1.349 do Código Civil. 3. Recurso especial desprovido” (REsp 1266016/DF, 5-2-2015, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

“**Anulatória** – Condomínio – Eleição de síndico – Candidata que não é proprietária – Violação da convenção de condomínio – Improcedência do pedido – Inconformismo – Desacolhimento – Convenção que permite a eleição de pessoa jurídica não condômina especializada no ramo. Reelection de pessoa física não proprietária com boa gestão segundo a maioria dos moradores que atende à finalidade prevista no regimento do prédio. Aplicação do art. 112 do Código Civil. Precedente desta Colenda Corte. Moradores que não foram induzidos a erro. Honorários inalterados. Sentença mantida. Recurso desprovido” (– Ap 0130527-22.2009.8.26.0100, 16-7-2014, Rel. J. L. Mônaco da Silva).

“**Condomínio. Ação de anulação de assembleia.** Validade da eleição de síndica e membro do conselho consultivo, não obstante a ausência de candidatos para preenchimento dos demais cargos diretivos. Impossibilidade de locatária, em nome próprio, eleger-se membro do conselho, ante a vedação na convenção. Validade da elevação do valor de contribuições mensais e fundo de reserva. Danos morais divulgação do nome dos autores em listas internas de condôminos inadimplentes. Indenização indevida. Inadimplência caracterizada. Exercício regular de direito. Pretensão reconvenicional ao pagamento de despesas com contratação de advogado. Descabimento. Contrato de honorários que vincula apenas o advogado e seu cliente. Verba abrangida pelo ônus da sucumbência. Ação parcialmente procedente. Sentença reformada em parte. Recurso do réu parcialmente provido, desprovido o dos autores” (– Ap. 0330314-41.2009.8.26.0000, 10-5-2013, Rel. Rui Cascardi).

“**Apelação** – Ação de anulação de assembleia geral extraordinária – Pedido contraposto não acolhido porque não fundado nos mesmos fatos referidos da inicial. **Prevalecimento do estabelecido na Convenção de Condomínio**, superior ao estabelecido na Lei Condominial. Nulidade da assembleia na qual o número de proprietários que votaram foi inferior ao exigido. Recurso improvido” (Ap. 994.01.010025-9, 7-3-2012, Rel. Gilberto de Souza Moreira).

“**Agravamento inominado.** Apelação cível. Ratificação da decisão monocrática por seus próprios fundamentos. Condomínio edifício instalado antes da concessão do “habite-se”. Cobrança de cotas ao promitente comprador. Débito relativo a período anterior à sua imissão na posse. Réu que apela de sentença que julgou procedente o pedido de cobrança de cotas condominiais estabelecidas em Assembleia Geral, realizada antes da concessão do ‘habite-se’ do edifício em construção, e destinadas à satisfação das despesas relativas a áreas comuns do edifício. Possibilidade de cobrança diante da disponibilidade do imóvel com o término das obras. Ônus que incumbe ao titular da unidade autônoma, seja ele o proprietário ou promitente-comprador, em razão da natureza da obrigação, por força da Convenção e do disposto nos artigos 1.333 e 1.334, I, § 2º e 1.336, I, do Código Civil. Vedação de enriquecimento sem causa. Precedentes Jurisprudenciais. Negativa de seguimento do recurso que ora se ratifica. Desprovimento do recurso” (– Acórdão Apelação Cível 0016206-64.2008.8.19.0209, 2-2-2011, Rel. Des. Leila Mariano).

“Apelação cível – Direito Civil – Condomínio – Anulação de deliberação tomada em assembleia extraordinária – Modificação da convenção condominial sem o mínimo exigido por lei – Nulidade Declarada – Sentença Mantida – 1- Cabe à assembleia de condôminos, por meio do qualificado de 2/3, deliberar sobre a alteração da convenção do condomínio (art. 1.351 do Código Civil de 2002). 2. A decisão tomada em assembleia de condomínio, acerca da imposição de novas regras para os condôminos pretendentes aos cargos de síndico, subsíndico, conselheiro fiscal e secretário, representa alteração da convenção do condomínio e somente pelo de pelo menos 2/3 dos condôminos poderia ser ultimada, de acordo com o disposto no art. 1.351 do Código Civil. 3- Não havendo o mínimo exigido por lei, imperativa é a anulação de deliberação efetuada em assembleia extraordinária. 4- Apelação conhecida, mas não provida. Unânime” (– AC 20150610040907APC – (919400), 17-2-2016, Relª Fátima Rafael).

“**Agravamento de instrumento.** Medida cautelar inominada. Condomínio. **Cancelamento de edital de convocação da assembleia geral extraordinária.** Decisão que concedeu liminar para sustar as decisões tomadas na reunião. Alegação de que a teria atendido a todas as exigências constantes da lei e da convenção. Inocorrência existência de indícios de que a não alcançou o de 2/3 das unidades imobiliárias exigidas pela convenção. Manifesta beligerância havida entre as partes desaconselha que se altere a atual

administração até que o juízo disponha de melhores elementos de convicção. Decisão mantida. Agravo desprovido” (– AI 0205736-98.2012.8.26.0000, 21-2-2013, Rel. Miguel Brandi).

“**Civil** – Processo civil – Apelação cível – Ação anulatória – **Convenção de condomínio** – Não observância ao quórum mínimo – Preliminares de cerceamento de defesa e julgamento afastadas – Sentença mantida – Recurso improvido – 1 – No caso sub examine a empresa autora, manejou ação declaratória de nulidade de alteração de convenção condominial, alegando a inobservância de quórum legal quando da realização da assembleia geral extraordinária, realizada em data de 22 de agosto de 2008, que aprovou nova forma de rateio das despesas, o que resultou no aumento significativo de sua taxa de condomínio; 2 – Ao julgar, a douta Magistrada entendeu pela procedência da ação, declarando a nulidade da alteração da convenção, que não respeitou o quórum mínimo de dois terços dos condôminos em função de suas frações ideais; 3 – Preliminar de cerceamento de defesa afastada, pois o protesto pela realização de provas não induz à efetividade de sua produção, visto que deve ser analisado criteriosamente pelo Togado, destinatário da prova, no que concerne à sua utilidade e necessidade; 4 – Igualmente afastada a preliminar de julgamento , porquanto a magistrada de piso manteve-se adstrita ao pleito, e, ainda que se queira discutir a concessão da antecipação de tutela, cumpre ressaltar que quando existe esse requerimento, tal instituto é parte integrante do pedido de mérito, podendo ser deferido a qualquer tempo, até mesmo na própria sentença; 5 – Estabelecido que cada condômino responderá financeiramente pela sua cota-parte, não faz sentido raciocínio diverso quando se tratar do quórum mínimo necessário para aprovar alteração na convenção condominial, que, em acorde com o artigo 9º, § 2º, da Lei nº 4.591/64, diz que a convenção de condomínio, aprovada pelos titulares de, no mínimo, 2/3 das frações ideais, tornava-se obrigatória para todos os condôminos; 6 – Sentença mantida; 7 – Recurso desprovido” (– Acórdão 0019796-20.2009.8.06.0001, 30-8-2012, Rel. Francisco Lincoln Araújo e Silva).

“**Anulatória – Convenção de condomínio** – Convocação para assembleias extraordinárias – Descumprimento dos requisitos estatutários – Deliberação acerca de cessão de área comum – Art. 1.351 do CC – Unanimidade dos condôminos – Inobservância – Nulidade da decisão assemblear. – A convenção condominial destina-se a disciplinar a vida do condomínio, detalhando os direitos e os deveres dos condôminos, e a regulamentar a administração do edifício. Estando a forma de convocação da AGE expressamente prevista, as exigências estabelecidas, para sua convocação, devem ser obrigatoriamente observadas, sob pena de nulidade de suas deliberações. – Se o condomínio pretende modificar a destinação dada à área comum – terraço do edifício – para cedê-la aos proprietários de duas unidades, conseqüentemente, alterando a fração ideal e, ainda, suprimindo o direito de uso assegurado aos demais, para tal mudança, prevalece a exigência de aprovação da totalidade dos condôminos, consoante dispõe o art. 1.331, parte final, do NCCB” (– Acórdão Apelação Cível 1.0145.07.379638-8/001, 30-10-2010, Rel. Des. Tarcisio Martins Costa).

“A obrigação de pagar despesa de condomínio resulta da propriedade sobre o bem – – Quem deve é a coisa, metáfora para dizer que quem deve é o dono, cujo nome importa pouco. Prevalece o interesse da coletividade. Daí a legitimidade passiva da incorporadora, a despeito da promessa de venda da unidade, ausente prova ‘da ciência inequívoca do condomínio acerca da transação’ ()” (– Ap 1004169-06.2016.8.26.0114, 6-9-2016, Rel. Celso Pimentel).

“**Despesas de condomínio** – Natureza da obrigação – Responsabilidade do titular do domínio – Recurso improvido – A obrigação de pagar as despesas de condomínio é motivo pelo qual responde o proprietário da unidade, ressalvada a possibilidade de ulterior ação de regresso contra quem entenda responsável pela dívida” (Ap 1003220-95.2014.8.26.0002, 15-8-2014, Rel. Renato Sartorelli).

“**Apelação. Despesas de condomínio.** Cobrança. Obrigação . Dificuldades financeiras. Matéria de cunho humanitário incapaz de desobrigar o condômino do dever de arcar com a quota mensal. Sentença mantida. Recurso improvido. O proprietário de imóvel em condomínio tem obrigação de participar do rateio das despesas ordinárias, assim como das extraordinárias. Também o art. 12 e seus §§, da Lei do Condomínio e Incorporações, determina a cobrança das despesas ordinárias do condomínio. Os réus sustentam que atravessaram dificuldades financeiras sem condições de cumprir com os pagamentos mensais, matéria esta de cunho humanitário. Entretanto, tal arrazoado, conquanto relevante sobre o prisma social e humano, não tem suporte jurídico para obstar a pretensão do autor” (P – Ap. 0017436-52.2012.8.26.0001, 7-5-2013, Rel. Adilson de Araujo).

“**Condomínio** – Despesas condominiais – ‘A ação de cobrança de despesas condominiais pode ser proposta tanto em relação a quem figura como titular de direito real quanto à ocupante do imóvel, seja na condição de cessionária ou cooperada. Trata-se de obrigação , que possibilita a penhora da unidade condominial na fase de execução’. 2 – ‘na ação de cobrança de despesas condominiais, tratam-se as cotas de prestações periódicas, devidas todas aquelas que se vencerem no curso do processo, segundo a regra do artigo 290 do CPC’” (– Ap. 992.09.055602-9, 24-5-2011, Rel. Francisco Thomaz).

“Condomínio edifício ação demolitória cortina de vidro alteração da fachada direito fundamental a segurança prevalência embargos infringentes – Ação demolitória proposta por condomínio edifício – Instalação de cortina de vidro em parte da varanda da unidade

condominial. Sentença que determina o desfazimento da obra reformada, por maioria, em segundo grau de jurisdição, para julgar improcedente a pretensão formulada. Condomínio que sustenta a ocorrência de alteração na fachada, em franco desrespeito ao disposto na convenção e em seu regimento interno. Condômino que sustenta ter realizado a obra com o único escopo de garantir sua segurança e a de sua família, já que a varanda de sua unidade, situada no primeiro andar do prédio, é de fácil acesso a meliantes. Voto vencedor que deve prevalecer. Direito fundamental à segurança que se sobrepõe. Apesar de ter sido constatada alteração na fachada pela prova pericial, não restou demonstrado qualquer impacto negativo à mesma, já que o vidro utilizado é transparente e foi instalado com boa técnica. Ausência, igualmente, de prova de prejuízo aos demais condôminos. Precedentes. Desprovidimento do recurso” (EI 0326991-83.2010.8.19.0001, 4-5-2016, Rel. Des. Mauro Pereira Martins).

“Apelação – Condomínio edilício – Obrigação de fazer – Improcedência da ação ajuizada pelo condomínio – Apelo do autor – consistência do inconformismo – Instalação de toldo e fixação de vidros na sacada que resultaram em alteração da fachada do prédio. Fechamento da sacada com vidro que resultou, inclusive, em empecilho à manutenção dos gradis e da pintura do edifício. Construção na área de lazer na cobertura erigida, igualmente, sem autorização dos demais condôminos que se opuseram expressamente à realização das obras em sede de assembleia ordinária. Obrigação de desfazer as obras, sob pena de multa de diária de R\$ 200,00. Sentença reformada, com a condenação do réu ao pagamento das custas, despesas processuais, honorários periciais e honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 5.000,00. Apelo provido” (v. 14137) (Ap 0008257-07.2009.8.26.0161, 11-3-2014, Relª Viviani Nicolau).

“**Agravo de instrumento.** Condomínio. Colocação de grades de segurança. **Alteração de fachada.** Pedido de proibição de cobrança de multa. Tutela antecipada indeferida. Manutenção. Ausência dos elementos ensejadores da medida. Art. 273, CPC. Agravo não provido. 1 – Recurso interposto contra decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada, para que o condomínio réu fosse proibido de cobrar multa pela colocação de grade de segurança pelo autor. 2 – Fotografias apresentadas pela parte que, em primeira análise, demonstram aparente alteração de fachada. 3 – Ausência de qualquer documento que indique a efetiva cobrança de multa pela ré. Convenção de condomínio que prevê o cabimento de recurso, com efeito suspensivo, a ser julgado em assembleia. 4 – Requisitos exigidos pelo art. 273, do Código de Processo Civil, não preenchidos. Possibilidade de reanálise do pedido pelo magistrado após o exercício do contraditório. 5 – Agravo de Instrumento não provido” (– AI 0114600-83.2013.8.26.0000, 16-7-2013, Rel. Alexandre Lazzarini).

“**Apelação** – Condomínio edilício – Alteração de fachada – Instalação de toldo – Inadmissibilidade – Dano material e moral decorrente de vício na construção. Ilegitimidade. I – A norma condominial que proíbe a instalação de toldos em varanda de edifícios não viola o direito de propriedade ou de moradia, pois nenhum direito é absoluto, sobretudo quando em conflito com outros de índole igualmente constitucional. II – É defeso ao condômino alterar a fachada externa do edifício, conforme inteligência do art. 1.336, III, do Código Civil, e do art. 10, I e II, da Lei 4.591/64. III – O condomínio edilício não é parte legítima para responder pretensão indenizatória decorrente de vício na construção da varanda da unidade imobiliária. IV – Negou-se provimento ao recurso” (– Ap. 20080110241665 – (574987), 29-3-2012, Rel. Des. José Divino de Oliveira).

“**Cobrança. Taxa de condomínio.** Preliminar de ilegitimidade passiva . Separação de fato. Obrigação . Dever dos legítimos proprietários do bem em adimplirem o encargo. Multa condominial. Incidência do percentual de 20%. Sanção prevista na convenção do condomínio em consonância com a legislação aplicável à época (Lei nº 4.591/64). Redução da penalidade, contudo, após a vigência do novo Código Civil (art. 1.336, § 1º). Recurso parcialmente provido. Independentemente de separação do casal, é dos proprietários do imóvel a responsabilidade pelo pagamento da taxa condominial, posto decorrente de obrigação de caráter ” (– Acórdão Apelação Cível 2008.002558-7, 10-9-2010, Rel. Des. Eládio Torret Rocha).

“Apelação cível – Anulatória – Direito das coisas – Condomínio Edilício – Regimento Interno – Animal de estimação – Permanência – Áreas comuns e privada – Vedação Absoluta – Anulação – Parâmetros – Direito de propriedade – Razoabilidade Constitucional – 1- A cláusula regimental que não consente na permanência de animal de estimação em condomínio edilício, muito embora regularmente aprovada pela maioria dos condôminos em assembleia geral extraordinária especialmente convocada para tanto, merece ser ponderada não apenas à luz das particularidades do caso concreto, senão também em estreita atenção ao sossego, à insalubridade, à periculosidade, ao direito de propriedade e, ainda, à razoabilidade constitucional. Leitura combinada do art. 1.335, incisos I e II, e do art. 1.336, inciso IV, do CC/02, e do art. 19, , da Lei nº 4.591/64, todos segundo o art. 5º, incisos XXII e LIV, da CR/88. Inteligência do Enunciado nº 566, da VI Jornada de Direito Civil. Jurisprudência local. 2- Logo, deve ser fulminada do regimento interno do Condomínio demandado a cláusula que veda, de maneira absoluta, a permanência ou trânsito de quaisquer espécies de animais, a fim de permitir com que os requerentes possam continuar criando um cão da raça Pinscher, animal sabidamente de pequeno porte e que, a toda evidência, não ultraja o sossego, a insalubridade e a periculosidade dos demais condôminos. Apelação conhecida, porém, desprovida” (AC 201493745840, 26-2-2016, Rel. Des. Alan S. de Sena Conceição).

“**Processo civil** – Cível – Obrigação de não fazer – Convenção condominial – Infringência – Criação de animais – Cláusula não taxativa – Dever de observância – Tranquilidade – Salubridade do condomínio – I – Estando proibida, expressamente, pela convenção

condominial, a criação de animais que comprometam a higiene e tranquilidade do edifício, inadmissível se afigura a permanência de cachorro na unidade condominial. II – Todavia, não restando comprovado, que o animal perturba o sossego dos condôminos e põe em risco a salubridade das áreas comuns do edifício; Não há que se falar em obrigação de extirpá-lo da convivência de seus donos; Quiçá na aplicação de multa. III – Apelo conhecido e provido. Decisão conhecer e dar provimento, unânime” (– Proc. Cív. 20110111291844 – (792417), 29-5-2014, Relª Desª Leila Arlanch).

“**Agravo.** Ação de obrigação de não fazer. **Condomínio edifício.** Convenção do condomínio que determina o transporte de animais domésticos exclusivamente no colo. Decisão que indeferiu a tutela antecipada. Inconformismo. Acolhimento. Restrições ao direito de propriedade dos condôminos que deve observar a razoabilidade. Autora com 59 anos de idade e com problemas na coluna que a impedem de carregar seu animal, um cachorro da raça ‘ , no colo. Ausência de alegação de que o animal prejudique a segurança ou o sossego dos demais condôminos se conduzido no chão, com a coleira. Proibição que implica restrição demasiada ao direito da autora de transitar pela propriedade comum. Presentes os requisitos do art. 273 do CPC. Decisão reformada. Recurso provido” (– AI 2006844-78.2013.8.26.0000, 17-9-2013, Relª Viviani Nicolau).

“**Condomínio – Proibição da permanência de animais de estimação** nas unidades autônomas e áreas comuns – Ação cominatória (obrigação de não fazer, i.e., admitir) – Pedido julgado improcedente – Sentença reformada – Recurso conhecido e provido – 1 – A jurisprudência tem flexibilizado a proibição da presença de animais em condomínios, principalmente quando se trata de animal de pequeno porte e inofensivo à tranquilidade dos demais condôminos. Isso porque, embora as regras de convívio coletivo possam determinar certas restrições aos direitos individuais dos condôminos, estas devem ter por finalidade a preservação do sossego, da salubridade e da segurança dos moradores, além de resguardar o acesso, sem embaraço, às partes comuns, conforme estabelece o art. 19 da Lei nº 4.591/64. Sendo assim, as regras que determinem a proibição absoluta de qualquer animal, englobando, assim, os que não provocam desassossego, risco à saúde ou à segurança dos condôminos, extrapolam o objetivo da vedação e, portanto, devem ser relativizadas. 2 – Na espécie, trata-se de cachorro de pequeno porte, de raça dócil (SCHNAUZER), vacinado regularmente. Não há notícia de qualquer reclamação relativa a mau cheiro, risco à saúde ou à segurança, barulho excessivo ou outro inconveniente relatado por moradores do condomínio. As únicas reclamações do animal que constam dos autos referem-se a dois relatos feitos por uma mesma moradora, basicamente por não se conformar com a presença do animal no condomínio. 3 – Ademais, o condomínio réu, ao permitir que a autora mantivesse seu animal de estimação por mais de 2 (dois) anos sem opor qualquer resistência, somado ao fato de que outros animais também residiam no condomínio, gerou a expectativa de um direito na autora, expectativa esta projetada simplesmente pela inércia injustificada do titular (). Assim, esse suposto direito de se opor à permanência de animais de estimação no condomínio não pode ser exigido, pois não o tendo exercitado por um prazo razoável de tempo, não mais pode fazê-lo, por contrariar a boa-fé. Dentro dessa perspectiva, as normas sobre direito de vizinhança, de propriedade individual e de propriedade coletiva devem coexistir harmoniosamente, respeitando critérios de razoabilidade. 4 – Recurso conhecido e provido. Unânime” (– Proc. 20100111327308 – (629256), 26-10-2012, Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior).

“**Ação declaratória – Manutenção de cachorro de pequeno porte em apartamento** – Norma proibitiva expressamente prevista na Convenção Condominial. Provas a indicar que o animal afeta o sossego de parte dos moradores do condomínio. No conflito entre os condôminos que não aceitam animais e os demais que anuem, deve prevalecer o disposto na Convenção. Sentença mantida. Recurso improvido” (– Ap. 994.03.096204-3, 1º-9-2011, Rel. José Joaquim dos Santos).

“**Condomínio** – Ação declaratória c.c – Obrigação de fazer – Parcial procedência – Condôminos que mantêm cachorro de pequeno porte (raça YORKSHIRE) em sua unidade condominial. Convenção condominial que proíbe que a manutenção de qualquer espécie de animal nas dependências do condomínio. Abusividade, na hipótese. Inexistência de qualquer espécie de risco aos demais condôminos. Provas no sentido de que referido animal não causa qualquer transtorno aos moradores. Entendimento jurisprudencial que permite a permanência de animais de pequeno porte (hipótese dos autos) nas dependências do condomínio. Ausência de risco ao sossego e segurança dos condôminos (art. 10, III, Lei 4.591/64). Sentença mantida. Recurso improvido” (– Ap. 994.05.049285-2, 9-4-2010, Rel. Salles Rossi).

“Apelação cível – Ação de obrigação de fazer – Tutela Antecipada – Comportamento antissocial de condômino – Fase de execução – Impugnação – Alegação de excesso de execução – Astreintes Arbitradas visando o cumprimento da obrigação de fazer imposta – Juros – Não incidência – Correção monetária – Incidência a partir do seu arbitramento – Condomínio propôs ação de obrigação de fazer em face de condômino que apresentava comportamento antissocial. Durante a fase cognitiva foi deferida a antecipação de tutela, fixando-se astreintes em caso de descumprimento, havendo majoração destas em momento posterior. Réu que não impugna as alegações de comportamento antissocial em descumprimento da decisão de antecipação de tutela, devendo-se observar o valor das astreintes fixadas em cada época, não havendo novo descumprimento após a decisão que majorou o valor da multa. Não incidem juros de mora sobre a multa imposta pelo descumprimento de obrigação de fazer, sob pena de configurar bis in idem. (REsp nº 1327199/RJ, Ministra Nancy

Andrighi, Jul. 24-04-2014). A correção monetária deve incidir a partir do seu arbitramento, não sendo adicional à condenação, mas mera reposição do poder de compra da moeda. Recurso parcialmente provido” – Ap 0101328-58.2006.8.19.0001, 17-6-2016, Relª Elisabete Filizzola Assunção).

“**Direito civil** – Recurso Especial – Condomínio – Ação de cobrança de multa convencional – Ato antissocial (art. 1.337, parágrafo único, do Código Civil) – Falta de prévia comunicação ao condômino punido – Direito de defesa – Necessidade – Eficácia horizontal dos direitos fundamentais – Penalidade anulada – 1 – O art. 1.337 do Código Civil estabeleceu sancionamento para o condômino que reiteradamente venha a violar seus deveres para com o condomínio, além de instituir, em seu parágrafo único, punição extrema àquele que reitera comportamento antissocial, : ‘O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia’. 2 – Por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve-se reconhecer a aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório. Com efeito, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais. Precedentes do STF. 3 – Também foi a conclusão tirada das Jornadas de Direito Civil do CJF: En. 92: Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo. 4 – Na hipótese, a assembleia extraordinária, com quórum qualificado, apenou o recorrido pelo seu comportamento nocivo, sem, no entanto, notificá-lo para fins de apresentação de defesa. Ocorre que a gravidade da punição do condômino antissocial, sem nenhuma garantia de defesa, acaba por onerar consideravelmente o suposto infrator, o qual fica impossibilitado de demonstrar, por qualquer motivo, que seu comportamento não era antijurídico nem afetou a harmonia, a qualidade de vida e o bem-estar geral, sob pena de restringir o seu próprio direito de propriedade. 5 – Recurso especial a que se nega provimento” (REsp 1.365.279, (2011/0246264-8), 29-9-2015, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

“**Condomínio** – Cobrança de multa – **Comportamento antissocial do filho de condômino** – Aplicação da multa pelo síndico – Cabimento – Previsão em convenção condominial – Litigância de má-fé não configurada – Ação procedente – Recurso desprovido” (Ap. 990.10.291630-8, 4-7-2011, Rel. Melo Bueno).

“**Apelação Cível** – Ação de indenização por danos morais e materiais – Imóvel locado – Entrada barrada – Permissão – Condomínio de animais de pequeno porte – Responsabilidade civil objetiva – Ato ilícito e nexo de causalidade comprovados – Devida indenização por danos morais e materiais – Sentença reformada – Recurso provido” (AC 1132781-0, 29-8-2014, Rel. Des. Sérgio Roberto N. Rolanski).

“**Civil. Condomínio edilício.** Multa aplicada em virtude da perturbação em condomínio causada por animal – Harmonização do direito de propriedade com os de vizinhança – Interpretação sistemática dos arts. 1.228, § 1º, 1.277, e 1.336, inciso IV, do Código Civil – Multa devida – Provas constantes nos autos que comprovam a perturbação à paz e sossego público causadas pelo animal – Sentença mantida – RITJSP, art. 252 – Recurso improvido” (Ap. 0007903-59.2012.8.26.0554, 24-9-2013, Rel. Luiz Antonio Costa).

“**Declaratória** – Condomínio edilício – Nulidade de multa por infração à convenção – **Permanência de cão em área comum** – Negativa do fato não demonstrada – Sentença de improcedência mantida – I – Debatida a aplicação de multa em razão da infração ao artigo 8º da Convenção Condominial, que proíbe a manutenção de animais domésticos em qualquer área comum. II – Termo lavrado por funcionário do condomínio, noticiando a permanência do cachorro no Salão de Festas e que, embora advertido a autora, o cão permaneceu nas dependências da área comum, ignorando-se os avisos e as proibições. III – Conquanto a inconformidade da demandante, não constitui ônus probatório exclusivo do condomínio, nesta seara, a comprovação da existência do fato. Pelo contrário, vez que a distribuição ordinária do ônus da prova, conforme o artigo 333, I do CPC, repercute na autora o encargo. E, não tendo a requerente produzido qualquer prova acerca da inocorrência da infração, tampouco havendo indícios de que a infração debatida inexistiu, legítima a multa. IV – A violação às regras de convivência disciplinadas na Convenção constitui fato impositivo da sanção cominada para a hipótese, multa, constituindo-a de pleno direito. V – Sentença de improcedência confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso desprovido” (Ap. 71003226883, 28-2-2012, Rel. Pedro Luiz Pozza).

“**Civil** – Condomínio edilício – **Proibição genérica de animais** – Impossibilidade – Necessidade de demonstração de efetivo prejuízo ao condomínio – Harmonização do direito de propriedade com os de vizinhança. Interpretação sistemática dos arts. 1.228, § 1º, 1.277, e 1.336, inciso IV, do Código Civil. Precedente do TJSP. Sentença mantida. RITJSP, art. 252. Recurso improvido” (– Ap. 994.08.036721-1, 5-10-2011, Rel. Luiz Antonio Costa).

“Ação declaratória cumulada com anulatória – Condomínio edilício – Cláusula na convenção condominial que proíbe a posse de animais no interior das unidades autônomas. Art. 1.335 do CC estabelece ser direito dos condôminos usar e fruir de suas unidades individuais. Paralelo com o direito de propriedade do art. 1.228. Restrição às faculdades dos proprietários em convenção condominial somente se justifica quando objetivar a defesa dos interesses dos demais condôminos, dispostos no artigo 1.336 do Código. Efeito da cláusula. Ônus do condômino de comprovar que a posse do semovente não repercute em quaisquer lesões aos interesses de terceiros. Prova dos autos demonstram que o cachorro não late, nem incomoda os demais moradores. Animal de pequeno porte. Ação proposta para declarar o direito de possuir o imóvel e anular as multas cobradas por sua presença no imóvel da autora. Sentença procedente. Recurso improvido” (– Acórdão 475.717.4/7 – (0002263235), 21-5-2010, Rel. Francisco Loureiro).

“Processual civil – Tributário – Embargos de terceiro – Cônjuge – Reserva da meação – Box estacionamento com matrícula individualizada – Súmula 449 do STJ – Art. 1.331 do Código Civil – Inaplicabilidade – Hasta Pública – Possibilidade – 1- A impenhorabilidade do imóvel residencial não se estende ao box de estacionamento, com matrícula individualizada e independente do imóvel residencial correspondente, quando fática e juridicamente divisíveis os bens, diante da diferente destinação de um e de outro. 2- Nos termos da Súmula 449 do STJ ‘A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora’. 3. De acordo com o art. 655-B, do CPC pela Lei nº 11.382/2006, ‘tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem’. Desse modo fica resguardado ao cônjuge meeiro a metade do produto da arrematação do bem penhorado. 4- As disposições constantes dos arts. 1.331, § 1º, do Código Civil (Redação dada pela Lei nº 12.607, de 2012) obstam a alienação voluntária dos abrigos para veículos a pessoas estranhas ao condomínio, mas não põem tais bens a salvo da penhora e da expropriação judicial. 5- Sentença mantida” (– AC 5008759-10.2015.4.04.7107, 26-4-2016, Relª Juíza Fed. Cláudia Maria Dadico).

“Direito civil e processual civil – Recurso de apelação – Ação de reintegração de posse – Obstrução de vaga de garagem pertencente a condômino – Esbulho possessório caracterizado – Cerceamento de defesa – Não ocorrência – Recurso improvido – Decisão unânime – 1 – Sendo o magistrado destinatário final das provas produzidas, cumpre-lhe avaliar quanto à sua suficiência e necessidade, indeferindo as diligências consideradas inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 do Código de Processo Civil). 2 – A mera alegação de haver o juízo sentenciante julgado antecipadamente a lide, com prejuízo da produção das provas anteriormente requeridas, não implica, por si só, em cerceamento de defesa. 3 – A utilização, pelo condomínio, de área privativa de garagem pertencente ao condômino caracteriza esbulho possessório. Caso em que o proprietário só dispõe de duas, das três vagas de garagem que lhe cabem. 4 – Recurso improvido. Recurso Adesivo improcedente. Decisão unânime” (Ap 0043929-50.2011.8.17.0810, 3-9-2014, Rel. Des. Eurico de Barros Correia Filho).

“Adjudicação compulsória. Vaga de garagem em condomínio edilício. Compromisso de venda e compra. Preço integralmente quitado. Inexistência de impedimento à substituição da vontade negocial definitiva não emitida. Direito à adjudicação compulsória que, exercido contra o promitente vendedor, não se condiciona ao registro do compromisso (Súmula 239 do STJ). Vaga objeto de propriedade exclusiva conforme especificação do condomínio e registro imobiliário, cabendo-lhe fração ideal de terreno e quota ideal na propriedade comum. Distinção de outras vagas por numeração cardinal. Área própria e matrícula imobiliária. Descrição adequada no contrato preliminar. Princípio da especialidade observado. Adjudicação deferida. Ação procedente. Apelação provida” (– Ap. 0024101-34.2010.8.26.0008, 10-9-2013, Rel. Guilherme Santini Teodoro).

“Apelações cíveis – Ação de manutenção de posse – Empreendimento comercial e residencial – **Vagas de garagem** – Cumulação – Pedido demolitório recurso do réu – Ausência de interesse recursal – Não conhecimento – Recurso do autor – Análise e definição sobre a natureza das vagas de garagem – Aplicação do regime jurídico do condomínio – Recurso provido em parte – 1 – Não se conhece, por ausência de interesse recursal, de apelação cujas razões revelam contentamento com o resultado do processo e a mera pretensão de esclarecimentos do dispositivo da sentença à luz de questão de fato não inserida no quadro da causa de pedir e que também não foi apreciada pelo MM. Juiz de Primeiro Grau como eventual fato superveniente. 2 – A mera existência de vagas de garagem num empreendimento comercial e habitacional não implica a acessoriedade entre elas e as suas unidades habitacionais, impondo-se a previsão expressa dessa vinculação em instrumento público ou particular. 3 – Cuidando-se de empreendimento composto por quatro prédios, um deles destinado à instalação e funcionamento de uma pousada e os demais ao uso residencial, num total original de 17 (dezessete) unidades habitacionais, não existindo prévia definição quanto ao caráter acessório entre as 20 (vinte) vagas de garagem existentes no térreo de dois dos prédios residenciais e as aludidas unidades ou a pousada, quer na averbação do empreendimento junto à matrícula do imóvel em que foi construído, na planta arquitetônica aprovada pela municipalidade ou mesmo nos contratos de compra e venda dessas unidades, que contemplaram apenas o direito de uso de uma vaga de garagem, conclui-se que a área da garagem é de uso coletivo. Razoável, por conseguinte, a garantia de uso de uma vaga de garagem por cada um dos 17 (dezessete) condôminos e das outras 03 (três) segundo a demanda da pousada e clientes. 4 – Hipótese concreta cujas circunstâncias impõem a aplicação do regime jurídico do

condomínio até que haja definição quanto à propriedade das vagas de garagem, o que desautoriza quaisquer dos condôminos a dar destinação diversa às áreas comuns, especialmente as de garagem e manobra de veículos, e autoriza o comando de demolição de depósito construído em uma das vagas. 5 – Recurso de Gilsara Mattos Cortes não conhecido e conhecido e parcialmente provido o do Condomínio Residencial Mar Aberto” (– Acórdão 35050045232, 21-10-2011, Rel. p/o Ac. Fabio Clem de Oliveira).

“**Apelação** – Direito civil – Condomínio de apartamentos – Atribuição de garagens – Pretensão de ocupação, pelo apelante, de vaga supostamente maior e melhor localizada, tendo em vista ser proprietário de uma das unidades autônomas de maior porte – Convenção originária que previa a realização de sorteios das vagas, porém sem qualquer correlação com o tamanho dos apartamentos – Decisão posterior dos condôminos, por maioria de 2/3, pela demarcação de acordo com a ocupação observada desde a criação do condomínio – Obrigatoriedade de observação pelo apelante – Recurso improvido – Inexiste, na convenção originária do Apelado, qualquer dispositivo no sentido de que o sorteio das vagas de garagem deveria observar o porte das unidades autônomas do condomínio – Tocando as supostamente mais amplas aos condôminos ocupantes dos apartamentos maiores – como pretende fazer crer o Apelante – Assim, somente restaria ao Apelante o direito de ver realizado o sorteio, porém concorrendo em condições de igualdade com todos os condôminos e não apenas com aqueles que possuem unidades autônomas do tamanho da sua. Ocorre que nem mesmo esse direito possui mais, pois os condôminos, em Assembleia Geral Extraordinária, aprovaram, por maioria de 2/3, alteração da Convenção do Condomínio, deliberando pela demarcação das garagens de acordo com a ocupação atual e desde sempre observada – Recurso improvido” (– Acórdão 0160208-6, 23-8-2011, Rel. Des. Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes).

“Despesas de condomínio – Ação de cobrança – Cessão a título precário da posse de vagas de garagem – Terceiro possuidor que não ostenta nenhum título capaz de lhe conferir a propriedade dos imóveis – Responsabilidade da proprietária dos bens – Reconhecimento – Procedência mantida apelação desprovida” (– Ap 1004437-49.2013.8.26.0281, 3-5-2016, Rel. Andrade Neto).

“**Ação anulatória.** Pleito objetivando seja declarada a insubsistência de decisão judicial que autorizou a **adjudicação de vagas de garagem a terceiro**, estranho à unidade condo- minial. 1 – Indeferimento do pedido de assistência judiciária formulado pelo condomínio. Interposição de agravo retido, reiterado como preliminar na apelação. Agravo conhecido, para negar-se-lhe provimento. Condomínio que se situa em bairro nobre da cidade de São Paulo. Agravo desprovido. 2 – Adjudicação das vagas de garagem a terceiro estranho. Terceiro que, no curso da lide, alienou as vagas a proprietário de unidade autônoma do condomínio. Perda superveniente do objeto da lide. Apelo desprovido” (– Ap. 0204930-59.2009.8.26.0100, 21-8-2013, Rel. Ramon Mateo Júnior).

“**Anulatória – Venda de vaga de garagem a terceiros não condôminos** sem consulta prévia dos demais proprietários de unidades no condomínio – Direito de preferência não observado pelos vendedores – Sentença de procedência – Hipótese de existência de cláusula na convenção que exclui essa necessidade. Aplicação do § 1º dos artigos 1.331, 1.335, 1.339 do Código Civil. Compradores da vaga que já a utilizam como locatários desde 1983. Recursos providos para julgar o pedido improcedente” (Ap. 990.10.554732-0, 8-5-2012, Rel. Teixeira Leite).

“**Apelação** – Ação monitória – Despesas condominiais – Indeferimento da petição inicial – Inconformismo – Acolhimento – Ação proposta pela incorporadora credora, que se sub-rogou nos direitos creditórios do condomínio. Ação devidamente instruída com prova da venda da unidade, da Ata da Assembleia Geral Extraordinária, a qual aprovou, com unanimidade, o acordo em que a autora assumiu os débitos, e o recibo do pagamento das cotas do condomínio que estavam em atraso. Documentos suficientes para garantir o exercício da monitória. Sentença anulada para determinar o prosseguimento do feito, com a citação dos réus. Recurso provido” (v. 15095) (– Ap 0057546-61.2010.8.26.0002, 31-3-2014, Relª Viviani Nicolau).

“**Despesas Condominiais** – Para a propositura de ação de cobrança de despesas condominiais basta a representação do condomínio e o demonstrativo do débito. Juros moratórios incidentes sobre cota condominial prescrevem no mesmo prazo da obrigação principal. Recurso não provido” (– Ap. 0017022-57.2007.8.26.0477, 25-10-2012, Relª Silvia Rocha).

“**Ação de cobrança de cotas condominiais.** Agravo retido. Audiência preliminar. Concessão de prazo para manifestação sobre a contestação e documentos juntados. Não há qualquer prejuízo para as partes quanto à concessão de prazo para manifestação, tendo em vista que a parte ré anexou aos autos documentos que necessitavam de análise mais aprofundada por parte do autor, não merecendo reforma a decisão recorrida. No mérito, a obrigação pelo pagamento das cotas condominiais é , aderindo a coisa e, conforme documento do registro geral de imóveis a ré é proprietária do imóvel. Assim, responde por eventual débito relativo às quotas condominiais. Artigo 1.336, do Código Civil, inexistência de comprovação quanto a quitação, devendo ser mantida a sentença que julgou procedente o pedido. Razoável a fixação dos honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da condenação. Nega-se seguimento ao recurso, na forma do artigo 557, do CPC” (– Apelação Cível 0228504-15.2009.8.18.0001, 30-3-2011, Rel. Des. Helena Candida Lisboa Gaede).

“**Cobrança.** Taxa de condomínio. Preliminar de ilegitimidade passiva . Separação de fato. Obrigação . Dever dos

legítimos proprietários do bem em adimplirem o encargo. Multa condominial. Incidência do percentual de 20%. Sanção prevista na convenção do condomínio em consonância com a legislação aplicável à época (Lei nº 4.591/64). Redução da penalidade, contudo, após a vigência do novo Código Civil (art. 1.336, parágrafo 1º). Recurso parcialmente provido. Independentemente de separação do casal, é dos proprietários do imóvel a responsabilidade pelo pagamento da taxa condominial, posto decorrente de obrigação de caráter “
(– Acórdão Apelação Cível 2008.002558-7, 10-9-2010, Rel. Des. Eládio Torret Rocha).

“**Apelação cível.** Ação de cobrança de taxas condominiais. Ilegitimidade passiva – Contrato de promessa de compra e venda. Ausência de registro no cartório de imóveis. Inadimplemento. Negócio jurídico desfeito. Taxas condominiais pelo período. Responsabilidade. Natureza – Honorários advocatícios. Sentença mantida. Recurso desprovido. O débito condominial acompanha o imóvel em face da sua natureza (artigo 4º da Lei nº 4.591/1964). Em se tratando de sentença de natureza condenatória, os honorários advocatícios devem pautar-se por percentual não inferior aos 10% (dez por cento), nem superior aos 20% (vinte por cento), conforme determina o artigo 20 do Código de Processo Civil” (– Acórdão Apelação Cível 2010.036657-6, 26-7-2010, Rel. Des. Fernando Carioni).

“**Apelação cível.** Cobrança de cotas condominiais. Obrigação solidária que, contudo, não impõe a formação do litisconsórcio passivo necessário. Desistência em relação a um dos proprietários do imóvel. Possibilidade. Percentuais da multa pelo atraso aplicados em conformidade com as disposições legais. Correção monetária incidente a partir da data de cada inadimplemento. 1 – Sendo o pagamento das cotas condominiais obrigação solidária, pode o Condomínio intentar ação visando a sua cobrança contra apenas um dos proprietários do imóvel devedor. Agravo Retido desprovido. 2 – A desistência em relação a um dos Réus, também proprietário do imóvel, e ainda não citado, não transgredir nenhuma regra de natureza processual. 3 – O lapso prescricional aplicado à espécie é de 10 (dez) anos que, na hipótese dos autos, não se consumou. 4 – Se o Condomínio/credor aplicou os percentuais de multa observando a previsão inserida na convenção até a entrada em vigor do Novo Código Civil e, a partir de então, os 2% nele previstos (artigo 1.336, § 1º), bem assim fez incidir a correção monetária desde a data de cada inadimplemento, o cálculo do débito está correto. 5 – Recurso desprovido” (– Acórdão Apelação Cível 0005634-54.2009.8.19.0002, 22-6-2010, Rel. Des. Jacqueline Lima Montenegro).

“**Ação de cobrança de despesas condominiais** – Fase executiva – Penhora de imóvel alienado fiduciariamente à agravante – Validade da constrição judicial – Obrigação – Hipótese em que a penhora foi realizada em razão de dívida relativa às despesas condominiais. Ademais, prevalecem os interesses do condomínio sobre os interesses da instituição financeira, dada a necessidade de manutenção do seu equilíbrio econômico e, por conseguinte, do edifício. Correta, portanto, a decisão recorrida. Recurso improvido” (– AI 0117371-68.2012.8.26.0000, 3-10-2012, Rel. Gomes Varjão).

“**Ação cobrança** – Despesas condominiais – Pedido para inclusão do compromissário comprador no polo passivo da demanda. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Impossibilidade. Hipótese que não autoriza extinção do processo. Sentença cassada. Despesas condominiais. Responsabilidade do cessionário da empresa incorporadora do condomínio. Unidade objeto de compromisso de compra e venda. Irrelevância. Ausência de quitação do contrato. Interesse da incorporadora na preservação do imóvel. Ação procedente. Apelação provida” (– Ap. 992.07.028048-6, 4-5-2012, Rel. Andrade Neto).

“**Agravo de instrumento** – Cobrança – Despesas Condominiais – Dívida ‘propter rem’ – Inclusão decorre em fase de cumprimento de sentença – Admissibilidade – Ausência de prova da ciência ao Condomínio-autor da alteração da propriedade do imóvel – Ônus que recai sobre a atuação dos réus, por se tratar de fato impeditivo do direito invocado pelo autor – Situação que se enquadra na hipótese de sucessão da obrigação, inclusive frente ao débito antecedente – Inteligência do artigo 1.345 do Código Civil – Inadimplência confirmada – Dever do condômino de contribuir para as despesas do condomínio – Natureza ‘propter rem’ da obrigação – Recurso provido” (– Acórdão Agravo de Instrumento 990.10.384826-8, 9-11-2010, Rel. Des. Luis Fernando Nishi).

“**Ação demolitória. Condomínio. Ocupação não autorizada de área comum.** O art. 1.342 do Código Civil é de clareza solar: ‘A realização de obras, em partes comuns, em acréscimo às já existentes, a fim de lhes facilitar ou aumentar a utilização, depende da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos, não sendo permitidas construções, nas partes comuns, suscetíveis de prejudicar a utilização, por qualquer dos condôminos, das partes próprias, ou comuns’. Não autorizada a ocupação da área comum, procede o pleito do condomínio de demolição das obras nela construídas pelo condômino. Recurso conhecido e não provido, rejeitadas as preliminares. Unânime” (– Acórdão Apelação Cível 2009.01.1.022840-6, 3-5-2012, Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior).

“Apelação cível. Ação demolitória. **Condomínio edilício. Construção em área comum e alteração de fachada sem anuência prévia da unanimidade dos condôminos.** Requisito exigido pelo artigo 10, § 2º, da Lei nº 4.591/1964. Perícia que atesta as irregularidades e a falta de deliberação em assembleia geral de condôminos. Recurso conhecido provido. Sem a anuência da unanimidade dos condôminos é irregular a obra que dá destinação diversa para a área de uso comum e altera a fachada do edifício. Apelação cível. Ação de revisão de cotas condominiais e reparação por danos morais. Sentença de parcial procedência. Recurso do autor. Dano moral.

Não caracterização. Recurso desprovido. Recurso do condomínio réu. Reforma da sentença. Necessidade de evitar decisão conflitante com a proferida no julgamento do recurso na ação demolitória. Recurso conhecido e provido. Com o acolhimento do pedido feito na ação demolitória, imperiosa se faz a reforma da sentença proferida nos autos da ação conexa de revisão de cotas condominiais, ante a evidente incompatibilidade” (– Acórdão Apelação Cível 2008.000433-2 e 2008.000434-9, 19-7-2011, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari).

“**Ação declaratória de nulidade** – Condomínio – Assembleia de condôminos em que foi aprovada a realização de obras voluptuárias em área comum – Compra e instalação de parque infantil – Artigo 1.342 do Código Civil – Realização de obras em áreas comuns carecem da aprovação por 2/3 dos condôminos aptos a votar – No caso concreto apenas 213 dos condôminos estiveram presentes e ao menos o autor não anuiu com a realização de tais obras de forma que não observado o preceito legal – Nulidade em assembleia não pode ser convalidada por abaixo-assinado – Reunião dos condôminos é o momento adequado para a exposição dos motivos da dissidência e discussão das questões de maior relevo – Sentença improcedente – Recurso provido” (– Acórdão Apelação Cível 486.304.4/8-00, 5-3-2010, Relator: Des. Francisco Loureiro).

“**Apelação.** Ação anulatória e indenizatória. Preliminar de cerceamento de defesa. Afastada. Inexistência de prejuízo. Princípio ‘pas de nullité sans grief’. Assembleia geral extraordinária. Inexistência de convocação específica. Realização de obras urgentes. Possibilidade. Art. 1.341, inciso II, § 3º do Código Civil. 1 – Questionam os Apelantes acerca da legitimidade da aprovação pela Assembleia Geral do Condomínio Apelado de obra emergencial na tubulação de água que abastece a área de serviço; 2 – Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Inexistência de prejuízo; 3 – Conforme autorização legal, as obras de caráter emergencial independem de convocação específica da Assembleia Geral, devendo ser debatidas na primeira oportunidade, prescindindo de aprovação pelos condomínios, ainda que importarem em despesas excessivas. Nesse sentido, destaco a redação do art. 1.341, inciso II, § 2º do Código Civil; 4 – Flagrante a natureza emergencial da obra realizada nas instalações hidráulicas que abastecem o banheiro de empregada e a área de serviço das unidades condominiais, tendo em vista a existência de diversas infiltrações, comprometendo, inclusive, as instalações elétricas, o que expõe a risco todos os condôminos, e também os Apelantes; 5 – Apresentação da proposta orçamentária quando da realização da dita Assembleia Geral Extraordinária, bem como o detalhamento dos serviços contratados. Manifesto o interesse comum alcançado com a realização da obra em questão, que torna evidente que a inconsistência da pretensão dos Apelantes, a qual se mostra em contramão a preservação de uma saudável vida condominial, na qual os interesses de toda uma coletividade visam ser atendidos; 6 – Discrecionabilidade do síndico quanto a realização das obras e reparos reputados urgentes, mediante mera ciência aos condôminos e independente de aprovação específico, não pode salvaguardar verdadeiro arbítrio no exercício de sua competência, que deve ser rechaçado, com a sua responsabilização pessoal, o que decerto não restou configurado no caso concreto, conforme quiseram fazer crer os Apelantes. Precedentes desta Corte. Manutenção da sentença de improcedência. Negado provimento ao recurso” (– Acórdão Apelação Cível 0152432-50.2010.8.19.0001, 27-6-2012, Rel. Des. Teresa de Andrade Castro Alves).

“Apelação cível – Direito Processual Civil – Condomínio Edifício – Destituição de síndico – Quórum de votação de assembleia extraordinária – Nulidade Configurada – Dano Moral – Inocorrência – Sentença Mantida – 1 – Com relação o alcance da expressão maioria absoluta para a destituição de síndico em condomínio edifício, o Código Civil dispõe em seu art. 1.349, : Art. 1.349. A assembleia, especialmente convocada para o fim estabelecido no § 2º do art. antecedente, poderá, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, destituir o síndico que praticar irregularidades, não prestar contas, ou não administrar convenientemente o condomínio. 2 – Considerando o condomínio, em assembleia extraordinária, a maioria simples para destituição de síndico, tem-se que essa decisão assemblear não é válida e apta a rescindir a relação jurídica existente entre o apelante e o condomínio apelado, pois a assembleia condominial deve observar as garantias advindas do devido processo legal, dentre eles o respeito ao quórum exigido para tomadas de decisões mais importantes para a coletividade envolvida em dissenso privado. 3 – A descrição dos fatos narrados pelas partes, confirmados pelas testemunhas, não revelam a prática de conduta apta a violar direitos da personalidade, tais como a sua intimidade e tranquilidade. 4 – Recursos conhecidos e desprovidos” (– AC 20130111469270APC – 16-2-2016, Rel. Carlos Rodrigues).

“**Agravo de instrumento.** Condomínio. Destituição do síndico. Alegados erros administrativos. Adoção do quórum previsto no art. 1.349 do Código Civil (maioria absoluta dos presentes em assembleia). Inaplicabilidade, na espécie, da convenção de condomínio, por se estabelecer quórum mais rígido do que previsto no Código Civil. A decisão refletiu a vontade da maioria dos condôminos presentes na Assembleia. Não comprovadas, por ora, as irregularidades da Assembleia que destituiu o síndico. Ausência de prova inequívoca nas alegações do síndico destituído. Deve-se manter no cargo a nova síndica escolhida, até prova em contrário. Tutela antecipada afastada dos autos principais. Agravo provido” (AI 0061359-97.2013.8.26.0000, 16-9-2013, Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho).

“**Condomínio.** Ação de prestação de contas promovida por condôminos contra a síndica e o condomínio. Legitimidade ativa reconhecida. Contas que não foram prestadas pela síndica à assembleia, em violação ao disposto no art. 1.348, inciso VIII, do Código Civil e art. 22, § 1º, ‘f’, da Lei 4.591, de 1964. Condomínio. Ilegitimidade passiva. Detenção e guarda dos documentos imputados exclusivamente à síndica. Litigância de má-fé. Não reconhecimento. Não configuração das hipóteses do art. 17 do Código de Processo

Civil. Apelo parcialmente provido para determinar a extinção do processo, sem resolução de mérito, em relação ao condomínio” (– Acórdão Apelação Cível 990.10.199219-1, 19-10-2010, Rel.Des. Donegá Morandini).

“Apelação cível – Ação de cobrança de taxas de condomínio irregular – Associação de moradores – Legitimidade ativa reconhecida – Liberdade associativa – Enriquecimento sem causa – Prevalência do primeiro – Precedente do STJ – Recurso representativo de controvérsia – 1 – A associação de moradores, porquanto responsável pela administração do loteamento irregular, tem legitimidade para figurar no polo ativo de ação de cobrança das taxas instituídas pela entidade. 2 – Consoante recente julgamento do eg. STJ, por ocasião do exame do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.439.163/SP, as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram, independentemente da aquisição do imóvel situado em loteamento fechado ter ocorrido em data posterior à constituição da associação. 3 – Recurso de apelação conhecido e provido, para julgar improcedente o pedido inicial” (– AC 20140710314233 – (920542), 23-2-2016, Relª Desª Ana Maria Duarte Amarante Brito).

“**Apelação cível** – Ação declaratória – Pretensão da Associação autora de que o bairro onde se localiza seja reconhecido como loteamento fechado, nos termos da Lei Municipal nº 8.376/96. Ação julgada procedente na origem. Parecer favorável do experto a respeito do fechamento do bairro. Ausência de prejuízo a terceiros. Interesse coletivo e atendimento do comando legal vigente à época. Evidências de insegurança no local. Sentença mantida e ratificada, nos termos do art. 252 do Regimento Interno Desta E. Corte de Justiça. Recurso não provido” (– Ap. 0012105-90.2002.8.26.0114, 17-9-2012, Rel. Rui Stoco).

“**Agravo regimental** – Recurso especial – **Loteamento fechado** – Associação de moradores – Prestação de serviços – Cobrança de encargo a não associado – Ilegalidade – Não configuração de condomínio – 1 – A Segunda Seção desta Corte Superior pacificou o entendimento de que a associação de moradores, qualificada como sociedade civil, sem fins lucrativos, não tem autoridade para cobrar taxa condominial ou qualquer contribuição compulsória a quem não é associado, mesmo porque tais entes não são equiparados a condomínio para efeitos de aplicação da Lei 4.591/64. 2 – Agravo regimental a que se nega provimento” (– AgRg-REsp 1.190.901 – (2010/0072680-0), 10-5-2011, Rel. Min. Vasco Della Giustina).

“**Civil** – Apelação cível – Embargos à execução – Cumprimento de sentença – Título executivo advindo de homologação de confissão de dívida em ação de cobrança de despesas de associação de moradores – Sentença de improcedência dos embargos – Pretensão de reforma para reconhecer a impenhorabilidade do bem por supostamente se tratar de bem de família – Impossibilidade – Caracterização da hipótese como condomínio atípico, incidindo a dívida sobre despesas do próprio bem imóvel – Lei nº 8.009/90 – Recurso adesivo – Intenção de reconhecer a dívida como – Acolhimento – O proprietário de imóvel integrante de loteamento fechado, sem condomínio formalmente instituído, cujos moradores constituíram sociedade para prestação de serviços de conservação, limpeza e manutenção, deve contribuir com o valor correspondente ao rateio das despesas daí decorrentes, não sendo possível reconhecer-se impenhorabilidade do bem imóvel por ser bem de família, em face a exceção prevista no inc. IV, do art. 3º da Lei nº 8.009/90. Recurso de apelação conhecido e desprovido. Recurso adesivo conhecido e provido” (– Acórdão 0690808-5, 7-2-2011, Rel. Des. Jurandyr Reis Junior).

“**Condomínio** – Loteamento fechado, conforme averbação na Matrícula nº 8378, com certa semelhança com condomínio irregular ou de fato – No caso, o pagamento das despesas de manutenção e melhorias das áreas comuns é obrigação de todos os condôminos, sob pena de enriquecimento ilícito do recorrente, em detrimento da massa condominial presumivelmente pagante – Embargos conhecidos, porém rejeitados, reiterando-se que a questão é antiga e não pacificada” (– ED 1.041.605-1/8, 7-4-2009, 27ª Câmara de Direito Privado – Rel. Campos Petroni).

“**Multa condominial** – Condomínio – Condômino em mora – Loteamento Fechado – Cobrança de taxa de manutenção – Contribuição devidamente aprovada em assembleia – Existência de prova de que, sendo proprietário de lote, também aceitou os benefícios decorrentes dos serviços prestados pela autora apelante – Incidência da multa convencional de 20% – Admissibilidade, uma vez que descaracterizada a relação de consumo – Inaplicabilidade da Lei 9.298/96 – Verba devida – Recurso provido para esse fim” (– Ap. Cível 450.347-4/5-00, 20-6-2006, 3ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Beretta da Silveira).

“**Apelações cíveis**. Interposições contra sentença que julgou parcialmente procedente ação de rescisão contratual c.c. indenização por danos materiais e morais. – Cessão de direito de uso de imóvel em sistema de tempo compartilhado com a possibilidade de intercâmbio. Consumidora que teve frustrada expectativa de férias, sem que lhe fosse proporcionado o direito de uso de qualquer das unidades habitacionais credenciadas. Falta de clareza necessária nas informações prestadas à consumidora. Rescisão contratual justificada. Solidariedade passiva das rés. Dano moral configurado. Indenização condizente com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e com o grau de culpa das rés. Sentença mantida” (– Ap. 0039640-24.2011.8.26.0002, 24-1-2013, Rel. Mario A. Silveira).

“**Ação de despejo por falta de pagamento. Sistema de** – Falta de interesse de agir configurado, por inadequação da via

processual eleita. Contrato denominado de _____ é negócio jurídico que não encerra uma simples relação locatícia, constituindo um tipo especial de condomínio, não ao abrigo da Lei 4.591/64, para uso compartilhado, que não confere ao credor o direito de ajuizamento da ação de despejo em caso de inadimplemento do devedor. Havendo descumprimento do contrato, devem as partes valer-se dos meios ordinários próprios, não havendo interesse processual do instituidor do empreendimento, para ajuizamento de ação de despejo por falta de pagamento, não estando também o contrato de _____ ao abrigo da Lei 8.245/91. Extinção do feito sem julgamento de mérito, por carência de ação, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Recurso provido” (_____ Ap. 990.10.237337-1, 3-4-2012, Rel. Manoel Justino Bezerra Filho).

“Ação de rescisão contratual c/c perdas e danos – Multipropriedade imobiliária (_____) – Atraso na conclusão da obra – Gozo do período de fruição a que fariam _____ os autores em outros imóveis – Concordância quanto ao procedimento adotado – Proveito econômico com o ajuste – Ausência de prejuízo material – Enleio preservado – Sentença mantida – Recurso desprovido – 1 – O sistema _____ ou multipropriedade imobiliária é uma espécie condominial relativa aos locais de prazer, pela qual há um aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento), repartido, como ensina Gustavo Tepedino, em unidades fixas de tempo, assegurando a cada cotitular o seu uso exclusivo e perpétuo durante certo período anual (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 4º volume. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 212). 2 – Atrasada a conclusão do empreendimento múltiplo, com violação de cláusula específica, assistia aos autores o direito à resolução, ou então, perseguir o cumprimento do enleio, nos termos do art. 1.092 do Código Civil de 1916 (art. 475 do CC/2002). Exercida a fruição de férias em outros imóveis da rede, equivalente à segunda opção, sem indicativo de prejuízo até que o _____ ficou pronto, e sem demonstração de impossibilidade do uso ulterior, observa-se proveito econômico bastante à rejeição do pedido de ruptura negocial lançado de forma tardia. 3 – Recurso desprovido” (_____ – Acórdão 2010.063830-5, 7-2-2011, Relª Desª Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

“Recurso especial – Processo civil – Ação de cobrança de taxa de condomínio de _____ r – Matéria relativa à forma de cálculo da taxa definida em demanda anterior entre as mesmas partes – eficácia preclusiva da coisa julgada – 1 – Pretensão de condomínio de shopping center de cobrar diferenças de taxas condominiais, em face de modificação operada na respectiva convenção. 2 – Critério de cálculo da taxa condominial, considerando a fração ideal do imóvel, definido em ação declaratória cumulada com consignatória movida pela condômina. 3 – Alteração na forma de cálculo da taxa condominial operada no curso da demanda anterior, para o coeficiente de rateio das despesas (CRD), que não foi comunicada ao juízo. 4 – Inaplicabilidade da regra contida no artigo 471, I, do Código de Processo Civil, referente às relações jurídicas continuativas, que somente tem incidência nas alterações posteriores ao trânsito em julgado da ação anterior, em face do disposto no artigo 474 do mesmo diploma legal. 5 – Interpretação sistemática e teleológica da legislação processual. 6 – Recurso especial desprovido” (_____ REsp 1.188.021 – (2010/0062239-3), 28-9-2012, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

“Indenizatória condomínio _____ – Pedido fundado no alegado direito de alugar loja em condomínio _____ para uma franquia, a qual colidiria com mix já estabelecido pelo condomínio quando da venda das unidades. Inexistência de disposição assemblear a amparar a pretensão inicial. Improcedência mantida. Recurso desprovido” (_____ – Ap. 994.04.077130-0, 15-9-2011, Rel. Silvério Ribeiro).

16

PROPRIEDADE RESOLÚVEL

16.1 HIPÓTESES LEGAIS

16.2 PROPRIEDADE SUJEITA A CONDIÇÃO OU TERMO

GARANTIA FIDUCIÁRIA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA

Ao estudarmos a natureza dos direitos reais, foi explanado com detalhes o que deve ser entendido como *direitos reais* em nosso sistema. Somente a lei pode criar direitos reais. Desse modo, devem assim ser considerados os institutos descritos no Código Civil, bem como todos aqueles que guardarem a mesma natureza em outros diplomas legais.

Não só nesta obra, no Capítulo 1, como também em *Tratado de Direito Real*, seção 4.3, tecemos considerações sobre as denominadas obrigações com eficácia real, para as quais o legislador dedicou proteção maior ao possibilitar efeitos *reais* mediante registro imobiliário.

Ao estudarmos aqui os direitos reais de garantia, hipoteca, penhor e anticrese, foi observada a necessidade crescente de dinamizar e facilitar o crédito, bem como a circulação de riquezas. Por essa razão tantas são as leis que procuraram efficientizar a hipoteca e o penhor, especialmente este último, atribuindo-lhes características ausentes nos respectivos institutos originais do Código Civil.

Nesse diapasão, a alienação fiduciária em garantia, introduzida originalmente em nossa legislação para dar substrato aos contratos de financiamento precipuamente de bens móveis e duráveis, inseriu em nosso ordenamento mais um direito real de garantia, que se agrega ao rol já existente, com características próprias. De fato, a Lei nº 4.728/65, estruturadora do mercado de capitais, criou o instituto, que ganhou contornos materiais e processuais definitivos com o Decreto-lei nº 911/69, que alterou a redação do art. 66 da referida lei e em seus nove artigos disciplinou a garantia fiduciária cuja experiência demonstrou ser muito útil no mundo negocial. O instituto sofreu nova configuração por força da Lei nº 10.931/2004, a qual teve por finalidade maior criar o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias.

O Código de 2002 procura dar contornos gerais à matéria sob a epígrafe *Garantia Fiduciária*, nos arts. 1.361 a 1.368. Dessa forma, a maioria das disposições de direito material passa a ser regulada pelo Código, e não mais pela legislação anterior. Aponte-se, porém, de plano, que o novel legislador do Código utiliza-se em linhas gerais dos mesmos princípios da lei pretérita, a qual foi, sem dúvida, absorvida pelo corrente ordenamento civil, mercê de seus excelentes resultados práticos.

O art. 66 referido, com a redação vigente, dispõe:

A alienação fiduciária, o ato de alienar em si, é negócio contratual. Trata-se de instrumento, negócio jurídico, que almeja a garantia fiduciária, esta sim direito real.¹

Durante essas décadas de vigência dessa lei, o instituto vem servindo para dinamizar o crédito direto ao consumidor de coisas móveis. A orientação legal não admitia o instituto para os imóveis. Procurando estender as mesmas vantagens para os imóveis, a Lei nº 9.514, de 20-11-97, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, instituiu a alienação fiduciária de imóveis, além de outras disposições, conforme examinaremos neste capítulo. Afirmamos, de plano, que a alienação fiduciária para os imóveis possui a mesma concepção material do instituto original, embora os aspectos procedimentais sejam diversos. Dispõe o art. 22 deste último diploma:

A Medida Provisória nº 221, de 1º de outubro de 2004, convertida em Lei nº 11.076, de 30-12-2004, restabeleceu importante dispositivo no parágrafo único desse art. 22, que inexplicavelmente tinha sido suprimido pela Lei nº 10.931/2004:

Sem esse texto expresso, ficaria sempre a dúvida sobre a aplicabilidade da alienação fiduciária aos imóveis em qualquer situação, por qualquer pessoa, dentro ou fora do sistema de financiamento.

A citada Medida Provisória, ainda, foi mais além, dando nova redação ao art. 38 da Lei nº 9.514/97, 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 lugar das hipotecas.

Orlando Gomes (1983:325) define alienação fiduciária em sentido lato como

Contudo, 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 eficaz 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, foi substancialmente ampliado o alcance da alienação fiduciária de imóveis, transformada em outra modalidade geral de garantia.

As disposições do Código Civil reportam-se exclusivamente à coisa móvel infungível, como decorre do art. 1.361:

Por suas origens históricas verifica-se que nossa alienação fiduciária em garantia foi inspirada em outros institutos congêneres, sendo contudo original, não se amoldando com exatidão a qualquer outro.

Procurou-se encontrar sua procedência no sistema anglo-saxão, instituído para atender a financiamento de revendedores de bens duráveis. O revendedor recebe numerário correspondente a parte do custo das mercadorias que lhe são entregues em confiança, mediante a obrigação de resgatar a dívida quando comercializar os bens. O financiador garante-se pelo registro do (recibo de confiança, de garantia). Esse não é exatamente o mecanismo da alienação fiduciária em garantia. Primeiramente, porque sua destinação originária não é o comerciante, a empresa, o revendedor, mas o consumidor final. A estrutura da alienação fiduciária não funciona como no instituto estrangeiro. No , o negócio baseia-se na confiança que o financiador deposita no financiado, pois este poderá alienar a mercadoria sem pagar a dívida, embora as legislações alienígenas tenham meios de evitar que isso ocorra. Na alienação fiduciária, o elemento confiança não é primordial, porque os mecanismos rigorosos de proteção ao credor desmentem a evidência a rotulação conferida ao instituto. Por outro lado, na garantia fiduciária entre nós o credor mantém a propriedade do bem até final pagamento do valor financiado. O devedor mantém a posse direta, não a propriedade, não tendo disponibilidade da coisa. Tanto esse aspecto é verdadeiro que a lei confere ao alienante fiduciário de coisa móvel o de depositário, sujeitando-o aos encargos civis e penais dele decorrentes. Esse aspecto de depositário é enfatizado, inclusive, pelo art. 1.363 do mais recente Código Civil.

No tocante à alienação fiduciária de imóveis, esse aspecto da posse mais é ressaltado quando a lei institui modalidade singela de consolidação da propriedade imóvel em nome do fiduciário na hipótese de inadimplemento da obrigação (art. 26 da Lei nº 9.514/97). O ponto de contato com o instituto norte-americano deve-se evidentemente à finalidade similar de financiamento de bens duráveis.

José Carlos Moreira Alves (1973:37) encontra maiores afinidades com nossa alienação fiduciária em garantia no direito de língua inglesa no (hipoteca mobiliária). Trata-se de forma de garantia relativa às coisas móveis por meio da qual o bem é transferido ao credor por instrumento de venda, que deve ser registrado. O devedor permanece com a propriedade substancial () e a posse da coisa e, ao pagar o débito, recupera a propriedade plena; caso contrário, o credor

tornar-se-á proprietário.

No Direito Romano, buscou-se no negócio fiduciário, na fidúcia, a origem da alienação fiduciária. Na antiga *fiducia*, existia tipicamente apenas um negócio fiduciário, realmente baseado na confiança. Não havia o intuito de garantia. Os bens eram transferidos a outrem, a um amigo, para administração ou guarda, em confiança, para, ao final de certo tempo, ou sob certa condição, lhe serem devolvidos. A *fiducia*, já referida quando do exame da origem dos direitos reais de garantia, estabelecia-se para garantir dívida. Conferia excessiva vantagem ao credor, pois lhe permitia conservar a propriedade de coisa de valor por vezes muito superior ao débito. Em ambos os casos, havia uma atribuição patrimonial em confiança a outrem. Esses negócios não foram contemplados na codificação de Justiniano, não tendo ingressado em nosso direito positivo.

Todavia, nunca se negou a possibilidade de conclusão de contrato de fidúcia no direito moderno, como negócio atípico.

Note-se que o contrato de alienação fiduciária, tal como os contratos que instituem penhor ou hipoteca, é instrumento para a constituição da propriedade fiduciária, modalidade de garantia real, criada pelo art. 66 da Lei nº 4.728/65 e pela Lei nº 9.514/97, e agora contemplada também no Código Civil (arts. 1.361 a 1.368). Desse modo, existem nesses diplomas legais dois institutos jurídicos: o contrato de alienação fiduciária e a garantia fiduciária propriamente dita, decorrente do primeiro.

Tanto da dicção do art. 66 da Lei nº 4.728/65, quanto do art. 22 da Lei nº 9.514/97, bem como agora com maior razão na forma do art. 1.361 do novel Código Civil, conclui-se que o credor adquire a propriedade da coisa alienada. O devedor fiduciário permanece com a posse direta do bem de molde que o usufrua. O art. 1.361, § 2º, do presente Código optou por declarar expressamente que,

... Nesse aspecto se situa a particularidade fiduciária do negócio. O bem é transferido para fins de garantia. Sob esse aspecto, não se confunde com os direitos reais de garantia do Código, penhor, hipoteca e anticrese, porque nestes existe direito real limitado, enquanto na alienação fiduciária opera-se a transferência do bem. Quem aliena não grava. O devedor fiduciante aliena o bem ao credor. No penhor e na hipoteca, o credor tem direito real sobre a coisa alheia, enquanto na garantia fiduciária possui direito real sobre a própria coisa.

Absorvendo esses princípios, o art. 1.361 do corrente Código descreve o instituto com as características já conhecidas pela redação da legislação anterior:

Distingue-se do negócio denominado *alienação fiduciária*, que bons resultados produziu até então para os bens móveis, mas se mostrara garantia insuficiente para as instituições financeiras, dadas as dificuldades processuais para a recuperação do crédito. Pela venda com reserva de domínio a propriedade permanece com o vendedor até liquidação integral do preço financiado ou devido.

De qualquer modo, a propriedade fiduciária mantém afinidades com a fidúcia, pois a transmissão da propriedade na alienação fiduciária contém transferência em garantia da propriedade acrescida do acordo de não poder o adquirente dispor do bem, cuja propriedade se extingue com a respectiva extinção da dívida. Como apontamos, o adquirente fiduciário posiciona-se como depositário enquanto não paga integralmente a dívida, aspecto que o Código Civil preferiu descrever expressamente, no art. 1.363:

Como depositário, o adquirente fiduciário assume também os riscos pela perda e pela deterioração anormal da coisa. Por essa razão, o seguro do bem fiduciado é exigido, como regra, pelo alienante, nesse negócio.

Ressalvam-se dois aspectos da fidúcia, embora com roupagem própria de nossa legislação, quais sejam, o acordo sobre a transmissão da propriedade e o negócio jurídico de garantia.

Com o negócio, o credor fiduciário passa à condição de proprietário dos bens alienados pelo devedor fiduciante. O credor fiduciário não é proprietário pleno, mas detém a propriedade resolúvel nos termos do art. 1.359 por nós já examinado (Capítulo 12). Uma vez extinta a dívida, opera-se a resolução da propriedade, que se torna plena para o devedor alienante. Como vimos, de acordo com o art. 1.359 o título aquisitivo da propriedade já contém o germe de sua extinção. Na hipótese de alienação fiduciária, tanto para móveis como para imóveis, a causa da extinção é o pagamento integral da dívida. Não se trata de causa superveniente, mas da própria razão de existência do instituto.

Embora o credor mantenha a propriedade do bem, fiel à linha assumida nos princípios gerais dos direitos reais de garantia, a lei mobiliária proíbe a cláusula comissória:

(§ 6º do art. 66). Com a mesma redação se coloca o art. 1.365 do presente Código, o qual

acrescenta, no entanto, no parágrafo único, que

. É discutível se essa

cláusula pode operar quando presente, , em contrato de adesão, mormente sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor. É livre, no entanto, o devedor para aquiescer com essa cláusula após o vencimento da dívida. Aliás, sempre há que se levar em conta que, presente uma relação de consumo no negócio, os princípios consumeristas devem ser chamados à aplicação.

De certa forma, há incongruência entre o fato de o credor tornar-se proprietário pleno do bem pelo não pagamento da dívida e a impossibilidade de ficar com a coisa. Contudo, a construção legal visou impedir abusos, pois a finalidade é eminentemente garantidora da obrigação, não se tratando de contrato de alienação de bens. A finalidade quanto aos móveis é o crédito ao consumidor, e não a aquisição. Sistema semelhante foi estabelecido para a alienação fiduciária de bem imóvel dirigida para imóveis construídos ou em construção. A Lei nº 9.514/97 estabelece procedimento simples para a propriedade consolidar-se em nome do fiduciário em caso de inadimplemento (art. 26). Dispõe o art. 27 dessa lei que o bem assim consolidado deve ser levado a leilão público, conforme examinaremos.

O art. 1.368-B, introduzido pela Lei nº 10.931/2004, que agora finaliza as disposições acerca do instituto no Código Civil, é de grande importância para estabelecer doravante o âmbito de aplicação desses princípios no tocante à propriedade fiduciária nesse estatuto:

Ora, segundo o exórdio constante do art. 1.361 do Código Civil, o capítulo trata da propriedade fiduciária de coisa móvel infungível. Somente a coisa móvel infungível, portanto, quando não disciplinado o negócio por lei específica, terá a regência do Código Civil. Como a enfatizada Lei nº 10.931 alargou sobremaneira o instituto da alienação fiduciária, para o âmbito das empresas financeiras, será a norma específica que se aplica a essas propriedades fiduciárias. Em nossa obra dedicada aos contratos já tivemos a oportunidade de examinar essas mais recentes disposições. Assim é que, numa guinada de posição, a novel lei permite a alienação fiduciária em garantia de bens fungíveis, bem como a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, tais como títulos de crédito. Toda essa nova sistemática, introduzida pela redação do art. 66-B, integrante da Lei nº 4.728/65, possui sistemática própria. A lei recente também introduziu importantes modificações no procedimento de busca e apreensão.

Desse modo, os princípios do Código Civil que cuidam da propriedade fiduciária passam a ter mero caráter supletivo e secundário, aplicáveis apenas às coisas móveis infungíveis.

O art. 1.364 do Código dispõe que, uma vez vencida a dívida e não paga, o credor fica obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, devendo aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, entregando o saldo, se houver, ao devedor. Esse dispositivo não

mais derroga o § 4º do art. 66 da Lei nº 4.728, com a redação do Decreto-lei nº 911/69. Essa disposição, inserida na lei específica, apenas aponta que, no caso de inadimplemento, o credor “podia” vender a coisa a terceiros, dando ideia de facultatividade, que na verdade não existia. A questão da venda a terceiros faz aflorar a problemática do preço justo de venda, que sempre pode ser discutido pelo interessado. Como a venda não necessita ser judicial, não se impondo também o leilão, tal pode dar margem a abusos.

Caio Mário da Silva Pereira (1993:310) qualifica como ilógica a solução do legislador, que se teria deixado levar pelos princípios dos demais direitos reais de garantia. Defende, em razão da natureza da garantia fiduciária, a possibilidade de o credor ficar com o bem financiado, entendendo que o direito do devedor está assegurado pela possibilidade de purgar a mora em duas oportunidades, quando é intimado para pagar e nos três dias da citação na ação de busca e apreensão. A crítica mantém-se também para a estrutura do instituto nos imóveis.

Na alienação fiduciária, ocorre tradição ficta da coisa. A transcrição do contrato no Registro de Títulos e Documentos é essencial para prevalecer com relação a terceiros. O § 10 do art. 66 dispõe que para fins probatórios a alienação fiduciária de veículo automotor deve constar do certificado de registro exigido pela legislação de trânsito. Nesse sentido, a orientação da jurisprudência a entender que a alienação fiduciária, tratando-se de veículo, há de ser consignada no respectivo certificado, não bastando o arquivamento no Registro de Títulos e Documentos, ao contrário do que ocorre com outros bens (34/436, 43/483).

Esses princípios foram acolhidos integralmente pelo Código Civil de 2002, pela dicção do art. 1.361, § 1º. O contrato pode ser celebrado por instrumento público ou particular, constituindo-se a propriedade fiduciária com o registro do instrumento no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

O § 1º do art. 66, por sua vez, dispusera que a alienação fiduciária somente se prova por escrito, público ou particular, sendo obrigatoriamente arquivada no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do credor, para valer contra terceiros.

Esse mesmo parágrafo enumera os requisitos do contrato:

o total da dívida ou sua estimativa;
o local e a data do pagamento;
a taxa de juros, as comissões cuja cobrança é permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com indicação dos índices aplicáveis;
a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação”.

O art. 1.362 do Código Civil repete praticamente esse dispositivo, e, preenchendo lacuna, refere-se

ainda à necessidade de constar do instrumento o prazo ou época de pagamento. No âmbito do mercado de capitais, o art. 66-B se refere ainda à presença da taxa de juros, cláusula penal e índice de atualização monetária, se houver. Nada impede que esses requisitos também gostem dos contratos em geral.

O fiduciante, ou seja, o tomador do crédito que irá usufruir do bem como futuro proprietário ao extinguir a obrigação, há de ser proprietário do bem, a fim de aliená-lo em garantia. No entanto, atento o legislador para a dinâmica da concessão do crédito, o § 2º do art. 66 permite que o contrato de alienação fiduciária tenha por objeto coisa ainda não pertencente ao devedor, coisa futura, aduzindo que

. Na prática negocial, com maior frequência ocorrem a aquisição e a alienação concomitante ou posterior do bem alienado.

A transmissão fiduciária, como acentuamos, não implica compra e venda e com esse contrato não se confunde. Trata-se de negócio que visa garantir obrigação. Na realidade, ocorre uma transmissão abstrata, simbólica da coisa, pois o alienante continua na posse imediata. A hipótese é de

. O adquirente torna-se possuidor da coisa, sem ter a disponibilidade física, pois não a recebe do alienante. Este conserva a posse direta ou imediata. Orlando Gomes (1971:75) denomina o fenômeno

Para figurar como alienante fiduciário, a legitimação e capacidade são dos atos civis em geral.

Como o instituto vinha originalmente disciplinado na lei de mercados e capitais, a primeira dúvida surgida foi quanto à legitimação para figurar como adquirente fiduciário. A princípio, fixou-se ideia de que apenas as instituições financeiras poderiam concluir o negócio. Os instrumentos materiais e processuais postos à disposição do credor reforçavam esse entendimento. No entanto, a jurisprudência encarregou-se de alargar essa primeira interpretação. A Súmula nº 6 do antigo Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo consolidou o entendimento de que

Por outro lado, o entendimento é de que qualquer instituição financeira, entre as quais se incluem as instituições bancárias, podem valer-se da alienação, e não apenas as sociedades financeiras em sentido estrito. Contudo, negócio fiduciário de outra natureza, sem as características do regulado na lei disciplinadora do mercado de capitais, é perfeitamente admissível (Gomes, 1971:55). No entanto, ao menos no sistema anterior, aos credores particulares não é permitido o instituto, pois a lei,

(Alves, 1973:101). Da forma como teremos doravante a propriedade fiduciária de bens móveis disciplinada pelo Código Civil, torna-se evidente que qualquer pessoa poderá valer-se do instituto de direito material, salvo proibição expressa que venha a ocorrer. Por outro lado, tudo é no sentido de que os princípios que regem os procedimentos

da lei especial continuarão a ser aplicáveis apenas às instituições financeiras e assemelhadas, até que outra norma disponha diferentemente. Se o proprietário fiduciário não for 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 esse respeito. Com a palavra o legislador e a jurisprudência.

O art. 66 é expresso ao referir-se à alienação fiduciária de bem móvel. Portanto, suas disposições não se aplicam aos imóveis, ora regulados por lei específica. Essa também foi a posição peremptória do art. 1.361 ao abrir o capítulo da propriedade fiduciária no Código.

A ideia originária do legislador foi sem dúvida propiciar a alienação para bens duráveis, certos e determinados. Tanto que o § 3º do art. 66 estabeleceu:

Com fundamento nesse dispositivo, a jurisprudência entendeu que a dicção legal permitiu a alienação fiduciária de bens fungíveis (81/306, 93/674, 106/883, 113/407). Assim, se a coisa não estiver individualizada, será ônus do credor provar sua existência perante terceiros. Na antiga romana, o negócio não era admitido para bens fungíveis. Na verdade, não é da índole do instituto. O contrato aplicado a bens fungíveis acarreta incontáveis dificuldades práticas e deveria ser vedado. Jurisprudência mais recente apresentou guinada em sentido oposto, colocando-se ao lado do sentido original do instituto. A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça uniformizou entendimento no sentido do descabimento da alienação fiduciária de bens fungíveis e consumíveis (RE 19.915-8-MG, Min. Sávio de Figueiredo). Nesse sentido, há julgados que obstaram a alienação fiduciária de estoques de comércio da devedora ou de bens destinados à sua indústria (ver nota nº 6 de Theotônio Negrão ao art. 1º do Decreto-lei nº 911, 25. ed., 1994). Agora, nova mudança de direção é apontada pela Lei nº 10.931/2004, a qual permite expressamente a alienação fiduciária de coisa fungível, no âmbito do mercado financeiro e de capitais.

O § 7º do art. 66 determina que se apliquem os arts. 758, 762, 763 e 803 do Código Civil, no que couberem, à garantia fiduciária. O art. 1.367 do Código de 2002 determinava que se aplicassem os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.427 e 1.436, dispositivos específicos relativos ao penhor e à hipoteca.

Desse modo, o art. 1.421, por nós examinado no Capítulo 23, estabelece a indivisibilidade da garantia. O pagamento de uma ou algumas das parcelas mantém íntegra a propriedade fiduciária. O art. 1.425 cuida das hipóteses em que se considera vencida antecipadamente a obrigação. O art. 1.426 menciona a paralisação da contagem dos juros nas hipóteses de vencimento antecipado (ver Capítulo 23). O art. 1.436, § 2º, do Código Civil diz respeito à renúncia do credor ao penhor, quando consentir na venda da coisa sem reserva de preço, quando restituir sua posse ao devedor ou quando anuir na substituição por outra garantia. O art. 1.436 refere-se às hipóteses de extinção do penhor. O art.

1.427, acrescido pelo Código, refere-se à prestação de garantia por bem oferecido por terceiro. Essas hipóteses na garantia fiduciária, tal como no penhor, não se presumem, devendo partir da manifestação expressa de vontade do credor fiduciário.

No entanto, no sentido de aclarar dúvidas surgidas em julgados, houve nova redação ao art. 1.367, introduzida pela Lei nº 13.043/2014, determinando que a propriedade fiduciária em garantia de bens móveis e imóveis sujeita-se a todas as disposições gerais aplicáveis ao penhor, hipoteca e anticrese (arts. 1.419 a 1.430. Assim, fica claramente estabelecido que a propriedade fiduciária equipara-se a um direito real de garantia e sempre que necessário aplicar-se-ão princípios gerais desses direitos, naquilo que for aplicável e não conflitar com as disposições legais específicas para as propriedades fiduciárias de móveis e imóveis. O caso concreto assim definirá o que poderá ser aplicável. O art. 1.419, por exemplo, enfatiza o fato de o instituto gerar um direito real. Porém, essa mesma lei modificadora introduziu o art. 1.368-B, reiterando que o bem dado em alienação fiduciária, móvel ou imóvel, confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. Existe para o fiduciante um direito real incompleto, os requisitos da propriedade.

Remetemos o leitor ao Capítulo 23 deste volume, onde os princípios gerais dos direitos de garantia são estudados.

O parágrafo único do art. 1.368-B, também inserido pela citada lei, buscando afastar definitivamente pretensões em contrário, foi expresso em estabelecer que quando o credor fiduciário se tornar proprietário do bem por efeito da realização da garantia a qualquer título, passará a responder pelos tributos sobre propriedade e posse, além de taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos incidentes sobre o bem, a partir da efetiva posse da coisa. Houve muitas tentativas de abuso nesse aspecto, impondo prejuízos palpáveis ao consumidor desse instituto, em última análise. Na verdade, a regra acrescida é norma geral dos direitos reais, mas o legislador preferiu doravante ser específico. É lamentável que princípios absolutamente claros e solidificados, desde o velho direito romano, obriguem o legislador a promulgar textos óbvios como esse. Daí a nossa infinidade de leis que repetem o que não precisaria ser repetido.

Na hipótese de inadimplemento da obrigação, a lei especial abre ao credor, que no caso será instituição financeira ou assemelhada, quatro possibilidades: para haver o preço do débito em aberto, se esta lhe for entregue efetivamente pelo devedor (§ 4º do art. 66 e art. 2º do Decreto-lei nº 911/69); , que autoriza a apreensão (art. 3º do Decreto-lei nº 911/69); , na hipótese de o bem não ter sido encontrado na busca e apreensão, que em pedido de depósito poderá ser convertida (art. 4º); ou em propositura autônoma de (art. 5º), pela qual pode optar o credor. A execução também persiste para a cobrança de saldo em aberto quando o preço de venda não for suficiente para extinguir a dívida (§ 5º do art. 66).

Em tese, o credor fiduciário nesse sistema de lei especial, instituições financeiras do sistema nacional, pode optar por uma dessas medidas. No entanto, é a ação de busca e apreensão regulada pelo decreto-lei que fornece o meio mais eficaz de realização do valor da dívida.

A Lei nº 10.931/2004 trouxe importantes modificações procedimentais para a ação de busca e apreensão, facilitando ainda mais a posição do credor, matéria já examinada em nosso volume dedicado aos contratos, para o qual remetemos a leitura. Não se esqueça de que as alterações nesse ponto são de índole processual. A jurisprudência resiste em admitir esses remédios processuais, mormente a ação de busca e apreensão, quando o credor não for entidade financeira do sistema brasileiro.

Ao financiador cumprir fornecer os meios prometidos no contrato, o empréstimo ou financiamento. Como possuidor indireto não deve turbar a posse do devedor fiduciário, que pode defender-se pelos interditos. Evidente que tal não ocorre no inadimplemento quando da propositura das medidas cabíveis.

Se a propriedade se consolidar em suas mãos, deve efetuar a venda. A lei proíbe, como acentuado, a cláusula comissória. Pode o devedor, em ação própria, discutir a validade ou o valor apurado nessa venda.

Extinta a obrigação, resolve-se a propriedade de plano, para o credor. Este deve dar quitação ou declaração equivalente. Sua recusa pode ensejar ação declaratória, ação com efeito de substituição de vontade, bem como indenizatória por perdas e danos. No mesmo diapasão, recusando-se o credor a receber as prestações devidas, abre-se possibilidade à consignação em pagamento, com efeito liberatório. Se já proposta a ação de busca e apreensão, o julgamento e processamento conjuntos das ações são convenientes, mas, como regra, o processo de conhecimento movido pelo credor não pode obstar a apreensão liminar do bem.

A falência do devedor alienante não altera a estrutura do instituto. O credor pedirá contra a massa a restituição do bem alienado fiduciariamente. Se o produto da venda não for suficiente para cobrir o débito, o credor habilitar-se-á pelo saldo. Se sobejar, deve entregar à massa. Não se encontrando o bem na massa, o credor fica com o direito à restituição do valor correspondente ao débito em aberto, embora esta opinião não seja unânime. O art. 7º do Decreto-lei nº 911/69 dispõe que na falência do devedor alienante fica assegurado ao credor ou proprietário fiduciário o direito de pedir, na forma prevista na lei, a restituição do bem alienado fiduciariamente. O pedido de restituição obedece ao determinado na lei falimentar.

Falindo o credor, cabe ao devedor solver seu débito com a massa falida, resolvendo-se a propriedade em seu favor.

A Lei nº 9.514, de 20-11-97, dispôs sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário. Além de regular vários outros institutos em prol do financiamento, instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel. A finalidade desse diploma legal foi possibilitar e facilitar o financiamento imobiliário em geral.

No tocante à alienação fiduciária, ao contrário de outras modalidades do sistema, o legislador expressamente possibilitou contratá-la, não sendo privativa das entidades que operam o Sistema Financeiro Imobiliário (art. 22, parágrafo único, agora com nova redação dada pela Medida Provisória nº 221/2004). Desse modo, constrói-se mais um mecanismo jurídico fomentador da alienação de imóveis, com estrutura simplificada cuja tendência será substituir em muitas oportunidades a hipoteca e o compromisso de compra e venda. Dúvida era saber se essa modalidade de negócio pode garantir qualquer negócio jurídico, uma vez que a lei não faz restrição. Em princípio, embora o instituto tenha sido criado com a finalidade de aquisição de imóveis, nada impedirá que a garantia fiduciária seja utilizada para outros negócios paralelos, pois não existe proibição na lei. Parece que a situação fica agora esclarecida com a redação atual do art. 38 da Lei nº 9.514/97, com a alteração dada pela MP nº 221/2004, conforme apontamos de início.

Como acentuamos, o mecanismo dessa alienação em garantia é o mesmo que instrui a dos móveis, ou seja,

(art. 22). Portanto, a mesma base teórica que explica o instituto mobiliário deve ser aplicada. O fiduciante será possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto do bem imóvel (art. 23, parágrafo único).

O efeito real é obtido mediante o registro do contrato, que serve de título, no cartório imobiliário (art. 23, § 1º). Portanto, oportuno lembrar que eventual registro em Cartório de Títulos e Documentos não dá origem ao direito real. Tão somente o contrato não gera o direito real, seguindo o princípio genérico adotado entre nós. O contrato não registrado mantém apenas o vínculo obrigacional entre as partes.

O art. 24, por sua vez, enumera os requisitos que deve conter o contrato que servirá de título para a alienação fiduciária:

O art. 27 trata do procedimento do leilão do imóvel, uma vez consolidada a propriedade em nome do fiduciário. O legislador preferiu exigir que requisitos de ordem material e procedimental da alienação fiduciária constantes da lei sejam expressamente transcritos nos contratos para possibilitar o registro, evitando, assim, possíveis dúvidas interpretativas.

O pagamento da dívida garantida pelo instituto é a modalidade normal de extinção da propriedade fiduciária. Nesses termos, estipula o art. 25:

Recebendo a integralidade da dívida, o credor fiduciário deverá, no prazo de 30 dias, a contar da data da liquidação, fornecer o termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato (§ 1º). Essa multa estipulada em favor do devedor, conforme a redação legal, aparenta decorrer de mora, isto é, independente de notificação ou aviso. No entanto, podem-se prever dificuldades de sua materialização sob essa forma. Conveniente que o contrato seja expresso e claro a esse respeito. À vista desse termo de quitação, o oficial do registro imobiliário efetuará o cancelamento do gravame (§ 2º).

Se a dívida não for paga, no todo ou em parte, o devedor fiduciante deverá ser constituído em mora para possibilitar que a propriedade seja consolidada em nome do fiduciário.

A lei procurou simplificar o procedimento de consolidação da propriedade, excluindo tanto quanto possível a intervenção do Poder Judiciário. Para isso determina o art. 26, § 1º, que o fiduciante, seu representante legal ou procurador seja intimado pelo oficial do Registro de Imóveis para satisfazer ao débito em aberto, prestações vencidas e vincendas até a data do pagamento, no prazo de 15 dias. Nesse débito devem ser incluídos os juros, penalidades legais e demais acréscimos. O § 2º anota que o contrato especificará o prazo de carência após o qual será expedida a intimação. Normalmente, nos planos de financiamento imobiliário, aguarda-se um prazo razoável de até três meses para liquidação do débito, possibilitando uma resolução mais branda da pendência. Nada impede, porém, que o contrato possibilite a intimação pelo oficial, tão logo encontrar-se em mora o devedor.

Aponta o § 3º que essa intimação será feita pessoalmente, podendo ser efetuada também pelo correio, com aviso de recebimento ou, mediante solicitação do oficial do registro imobiliário, por Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la. Como nem sempre o registro imobiliário está estruturado para efetuar intimações, mormente nas grandes cidades, o ato pode ser delegado aos correios ou ao oficial de títulos.

A mora poderá ser purgada junto ao cartório do registro imobiliário (§ 5º), devendo o oficial entregar a importância ao credor nos três dias subsequentes, deduzindo as despesas de cobrança e intimação.

Dúvidas a respeito de valores inseridos na intimação deverão ser dirimidas pelo Judiciário. Sem

dúvida, a ação de consignação em pagamento deverá ser a mais utilizada para essa discussão.

Não havendo purgação de mora, tal fato deverá ser certificado pelo oficial imobiliário, procedendo na matrícula do imóvel a consolidação da propriedade em nome do fiduciário. Apenas poderá assim proceder, se o fiduciário comprovar o pagamento do imposto de transmissão (§ 7º).

Assim consolidada a propriedade em nome do fiduciário, este, no prazo de 30 dias, contados da data do registro a que se refere o § 7º, promoverá leilão público para alienação do imóvel (art. 27), ao contrário do que ocorre para os móveis, quando se permite a venda livre. O ato deve ser precedido da devida divulgação.

Assim como para os bens móveis, não é permitido que o credor fique com o bem, para evitar abusos. Para os imóveis, o leilão é obrigatório, o que não ocorre com os móveis.

Lembre-se de que o art. 24, VI, exige que no contrato já conste o valor do imóvel para fins de leilão e os critérios de correção monetária desse valor. Se no primeiro leilão o maior lance for inferior ao valor do imóvel, será realizado segundo leilão, nos 15 dias seguintes (art. 27, § 1º). Nesse segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais (art. 27, § 2º). Desse modo, dependendo da situação, no segundo leilão o valor da arrematação poderá ser bem inferior ao valor real do bem. Recorde-se, porém, de que, mesmo que a lei não se referisse, as despesas condominiais serão sempre de responsabilidade do proprietário ou possuidor, devendo com elas arcar o arrematante. Por outro lado, nada impede que o credor fiduciário concorra no leilão, ofertando lances como qualquer terceiro, assim como o próprio devedor. Embora a lei não o diga, em igualdade de condições deve ser preferido o lance do devedor, se igual à maior oferta tanto por tanto, que, no caso, poderá manter o imóvel. Aplicam-se, supletivamente, os princípios da remição, aliás contemplada expressamente para a hipoteca.

A fim de que não parem dúvidas, o art. 27, § 3º, I e II, define o que deve ser entendido, para fins de leilão, como dívida e despesas. Dívida será o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data do leilão, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais. Despesas incluem a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação e as necessárias à realização do público leilão, nestas compreendidas as relativas a anúncios e à comissão do leiloeiro. Tanto o fiduciante como o fiduciário podem impugnar os valores, recorrendo ao Judiciário, se necessário.

Se sobejar importância no valor alcançado no leilão, esta deverá ser entregue pelo credor ao devedor em cinco dias do ato. Nessa quantia deve ser incluído o valor das benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos, implicando recíproca quitação (art. 27, § 4º). Se o valor no segundo leilão não for superior ao débito, considerar-se-á extinta a dívida (§ 5º). O credor

deverá dar quitação da dívida, em cinco dias do segundo leilão. Se houver crédito ainda em favor do credor, este poderá valer-se dos meios ordinários de cobrança, levando-se em consideração os princípios do enriquecimento sem causa, utilizando-se dessa ação residual. A lei expressamente exclui a possibilidade de retenção por benfeitorias, reportando-se à parte final do art. 516 do Código Civil.

A cessão de posição contratual do fiduciante é permitida como regra geral, especificando o art. 28 da Lei nº 9.514/97:

Como se percebe, trata-se de típica cessão de posição contratual, referindo-se o legislador à cessão de crédito por injustificável tradição. De qualquer modo, essa cessão independe da aquiescência do devedor fiduciário. Obrigação do cessionário será comunicar àquele sua nova condição para que possa efetuar corretamente o pagamento, se for o caso, embora o art. 35 expressamente dispense referida notificação. Isso porque é possível que a cessão seja efetuada apenas para fins de cobrança coercitiva.

A cessão de posição contratual do fiduciante dependerá necessariamente da concordância expressa do credor, seguindo-se os princípios gerais da assunção de dívida (art. 29). Transferências de posse de imóveis e contratos sem a manifestação expressa do credor ser-lhe-ão absolutamente estranhas.

A ação para a obtenção da posse do imóvel é a de reintegração, com medida liminar para desocupação em 60 dias, bastando para tal a comprovação da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, seu cessionário ou sucessores, inclusive o adquirente em público leilão (art. 30). O âmbito de defesa dessa ação é bastante restrito, atingindo, em princípio, o devedor fiduciário ou qualquer terceiro que se encontre no imóvel. Como a vedação ao direito de retenção por benfeitorias não é mencionada nesse dispositivo, mas apenas no art. 27, § 4º, que cuida do leilão, tudo indica que essa matéria possa ser versada na ação reintegratória, na forma apropriada.

O art. 31 acrescenta que o fiador ou terceiro interessado que pagar a dívida ficará sub-rogado, de pleno direito, no crédito e na propriedade fiduciária. Sob esse aspecto, o terceiro cessionário do fiduciário poderá pagar a dívida como terceiro interessado, evitando, assim, a perda do imóvel.

O art. 32 menciona que, na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente. Na falência, pagando a dívida, a massa deve fornecer ao devedor a respectiva quitação.

O art. 33 reporta-se à aplicação subsidiária dos arts. 647 e 648 do Código Civil, que disciplinam a propriedade resolúvel, pois a propriedade fiduciária assim o é.

Os contratos, não só os descritos na Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário, como apontado pela MP aqui referida, podem ser concluídos por instrumento particular, dispensada a escritura pública, como já eram os contratos do antigo sistema financeiro habitacional (art. 38, com nova redação). Essa

disposição deve ser estendida, portanto, agora com maior razão, a todos os compromissos de compra e venda, com comprovação da quitação, como temos acentuado.

A lei refere-se à possibilidade de as partes recorrerem à arbitragem, nos termos do disposto na Lei nº 9.307/96, o que é acréscimo desnecessário, pois na espécie estruturam-se direitos disponíveis, para os quais sempre é possível a arbitragem.

Existem outras modalidades de garantias, além da alienação fiduciária e da hipoteca, nessa lei sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário (cessão fiduciária e caução de direitos creditórios, art. 17), matéria que certamente será estudada pelos comentadores da lei.

“Agravado de instrumento – Ação Revisional – Instrumento particular de financiamento para aquisição de imóvel, com alienação fiduciária – Tutela Antecipada – Negativação – Depósito Judicial – Manutenção de posse – Contrato celebrado após a entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, de 30-3-2000, e suas reedições, que autoriza a capitalização mensal de juros, desde que expressamente pactuada – Ausente prova inequívoca do direito, capaz de convencer da verossimilhança das alegações, possível a negativação do nome da agravante – Cabível, ainda, o depósito dos valores incontroversos, sem, contudo, afastar os efeitos da mora – Hipótese, por fim, em que dar à agravante o direito à posse do imóvel, implicaria, na prática, em tornar sem efeito eventual ação ajuizada pelo banco, obstando indevidamente seu direito de ação – Em caso de ajuizamento da referida ação, poderá a devedora exercer seu direito ao contraditório e a ampla defesa, na forma da lei – Agravo parcialmente provido” (– AI 2122634-08.2016.8.26.0000, 5-9-2016, Rel. Salles Vieira).

“**Alienação fiduciária** – Ação de busca e apreensão convertida em depósito – Alegação de não recebimento dos boletos – fato que não exime o devedor do pagamento – inadimplência confessada – sentença mantida – recurso improvido – Não aproveita ao devedor fiduciante a insurgência quanto ao impedimento em quitar a dívida oriunda do contrato de financiamento por não ter recebido os boletos bancários para pagamento” (Ap 0011449-39.2011.8.26.0302, 15-9-2015, Rel. Renato Sartorelli).

“**Agravado de instrumento** – Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Contestação – A execução da liminar de busca e apreensão é pressuposto processual de desenvolvimento válido do processo, regulado pelo Decreto-lei nº 911/69. Somente após a realização da apreensão do bem é que o devedor poderá ver apreciada a sua contestação” (AI 2052968-85.2014.8.26.0000, 19-5-2014, Rel. S. Oscar Feltrin).

“**Alienação fiduciária**. Busca e apreensão. Reconvenção. Possibilidade. Pleito de devolução em dobro dos valores pagos. Má-fé não configurada. Recurso do autor parcialmente provido. O art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor só pode ser aplicado mediante a demonstração de má-fé que não se presume e tem de ser devidamente demonstrada para a imposição da penalidade” (– Ap. 0023309-09.2010.8.26.0161, 15-4-2013, Rel. Renato Sartorelli).

“**Alienação fiduciária** – Busca e apreensão – Comprovação da mora – Notificação assinada pelo devedor – Desnecessidade. A lei não exige a assinatura do próprio devedor, no comprovante de recebimento da notificação, para fins de comprovação da mora. Contenta-se, isto sim, com a certeza de que tenha o aviso chegado ao seu destino e que foi recebido por alguém que, por certo, o entregará ao destinatário. 2) alienação fiduciária – busca e apreensão – restituição integral das parcelas pagas – inadmissibilidade. As disposições do CDC não afastam a incidência da legislação especial e não revogada que regula os contratos com garantia de alienação fiduciária, o que impede a devolução integral das parcelas já pagas pelo alienante, o qual, portanto, deverá aguardar a venda do bem apreendido para fins de quitação do saldo devedor, somente fazendo jus a restituição de eventual saldo em seu favor” (– Ap. 990.10.571826-4, 27-1-2012, Rel. Mendes Gomes).

“**Contrato bancário** – Ação revisional de cláusulas contratuais c.c – Consignatória – Contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia consignação em pagamento – Pretensão ao depósito das parcelas segundo os cálculos do autor – Admissibilidade – Essência do rito procedimental da consignatória – Banco de dados – Órgãos de proteção ao crédito – Inscrição que se mostra prematura em razão da possibilidade de excesso na cobrança. Deferimento pelo poder cautelar do juiz, não para a exclusão, mas para a suspensão da negativação, sem necessidade do depósito. Manutenção de posse – Veículo – Contrato firmado com alienação fiduciária – Pretensão à manutenção da posse do bem – In admissibilidade – Lei específica a autorizar o fiduciante à busca e apreensão

do veículo em caso de inadimplemento. Recurso provido em parte” (

– AI 990.10.561903-7, 18-7-2011, Rel. Candido Alem).

18

DIREITOS REAIS SOBRE COISAS ALHEIAS. ENFITEUSE E SUPERFÍCIE

18.1 PROPRIEDADE E DIREITOS REAIS LIMITADOS

18.2 ENFITEUSE. CONCEITO. NOTÍCIA HISTÓRICA

18.2.1 Enfiteuse. Efeitos. Constituição. Objeto

18.2.2 Direitos e Deveres do Enfiteuta

18.2.3 Direitos e Deveres do Senhorio

18.2.4 Extinção da Enfiteuse

18.2.5 Ações Decorrentes da Enfiteuse

18.2.6 Enfiteuse da União

18.3 DIREITO DE SUPERFÍCIE. CONCEITO E COMPREENSÃO

18.3.1 Direito de Superfície no Estatuto da Cidade. Cotejo com o Código Civil

18.3.2 Direitos das Partes. Pagamento. Transmissão do Direito. Preferência

18.3.3 Extinção

SERVIDÕES

Por várias vezes, enfatizamos que o poder inerente à propriedade é passível de restrições diversas, não podendo, desde sua origem, ser entendido como absoluto.

Os direitos reais sobre coisas alheias, de gozo ou de garantia, afora os já vistos direitos de vizinhança, restringem o absolutismo na propriedade.

Em capítulo anterior, estudamos as limitações à propriedade decorrentes da vizinhança. Reportamo-nos a sua proximidade conceitual com as servidões prediais, tendo em vista a origem histórica comum. Ambas as restrições incidem sobre o exercício pleno da propriedade imóvel.

As servidões no Direito Romano, em seu período mais recente, como direitos reais sobre coisas alheias, dividiam-se em servidões pessoais e servidões prediais.

significa escravidão; portanto, na noção semântica, está presente o sentido de submissão de alguma coisa ou pessoa a outrem ou a algo. Eram pessoais no velho direito o usufruto, o uso, a habitação e as (o trabalho de escravos e animais).

Por tradição à origem histórica, no Código Civil de 1916 encontra-se a epígrafe , na verdade servidões propriamente ditas, porque usufruto, uso e habitação não merecem mais a denominação de servidões pessoais. O Código de 2002 se reporta unicamente ao título “servidões”. No entanto, no Direito Romano encontravam-se princípios comuns a ambas as categorias. Cuida-se de direitos reais sobre coisa alheia e assemelham-se de muitas formas em seus modos de constituição, defesa e extinção (Alves, 1983:397). Destarte, verifica-se que nosso direito não acolhe as denominadas servidões pessoais.

Nas outrora denominadas servidões pessoais, como veremos no capítulo próprio, há relação entre coisa e pessoa sobre o mesmo objeto. A relação no usufruto, uso e habitação é de caráter pessoal. Vincula a pessoa à utilização da coisa.

Nas servidões prediais, que ora nos interessam, estabelece-se relação de serviência, submissão (recordando-se a compreensão etimológica do vocábulo) entre dois imóveis, independentemente de quem sejam seus titulares. Um imóvel serve a outro. Esse o conceito fundamental. Estabelece-se de forma permanente, como direito real, e não de forma eventual e transitória como direito pessoal.

(Moreira, Fraga, 1970-1971:305). Se a serventia não tem utilidade para o prédio (para qualquer que venha a ser seu dono, enfiteuta, usufrutuário, usuário, ou habitador), não há servidão; pode ocorrer mera relação jurídica pessoal entre sujeitos (Miranda, 1971, v. 18:197).

Sob tal diapasão, dispunha o art. 695 de 1916:

Por seu lado, descreve o vigente Código no art. 1.378:

Descrito está no artigo 695, portanto, um dos mais antigos institutos jurídicos. A servidão predial é concebida como direito estabelecido em imóvel sobre outro imóvel.¹ Pressupõe a existência de dois prédios vizinhos (não necessariamente contíguos) pertencentes a proprietários diversos. Há um que utiliza, onera e restringe o exercício da propriedade de um . O Código português atual define com mais objetividade:

(art. 1.543).

O Código Civil contemporâneo prefere descrever os efeitos da servidão no art. 1.378, como se nota. Essa redação é lacunosa em sua extensão, perdendo em compreensão para o antigo Código. Atento a esse aspecto, o Projeto nº 6.960/ 2002 tentou reformular a dicção:

O Projeto ainda introduziu três parágrafos de importância, que examinaremos a seguir.

Da simples definição poderíamos inferir que os sujeitos ativo e passivo emergentes nas servidões seriam efetivamente os prédios e não seus proprietários, o que obviamente é inadmissível, pois não há relação jurídica sem sujeitos. As servidões estabelecem-se nos prédios em prol dos proprietários (ou possuidores, enfiteutas, usufrutuários etc.) presentes e futuros. No entanto, sobreleva-se e acentua-se a natureza eminentemente real desse direito sobre coisa alheia. A servidão estabelece-se em favor da

utilidade de um fundo, relacionando-se economicamente com ele. Esse, portanto, o conteúdo das servidões. Busca-se a utilidade, a maior comodidade, o incremento do valor econômico do prédio dominante (Borda, 1984, v. 2:122). Interessante notar que a servidão não cinde a propriedade; exerce-se sobre a propriedade de outrem, ambas permanecendo íntegras. Alberto Trabucchi (1992:453) realça que o conteúdo da servidão concretiza-se sempre na vantagem de utilização para um fundo e na restrição de gozo para outro. Vantagem e restrição, portanto, em matéria de servidão, formam dois aspectos correlativos. Essa correlação estabelece-se com índole real e não sob aspecto transitório e pessoal.

O interesse na criação de servidões encontra justificativa histórica primeiramente na utilidade para os prédios rústicos, com a sociedade romana primitiva essencialmente agrícola. Não podiam ter origem indiscriminada. Sua finalidade era facilitar a produção, aumentando a utilidade do fundo. Para os prédios urbanos, a finalidade não era diversa, buscando harmonizar a convivência entre vizinhos e facilitar a utilização dos prédios. Destarte, por vezes a mesma modalidade de servidão poderia servir a prédio urbano ou rústico, como a de passagem ou trânsito, por exemplo. O objetivo das servidões é, de regra, corrigir desigualdades naturais decorrentes de prédios vizinhos ou próximos. Essas desigualdades, porém, podem decorrer das edificações e ligar-se exclusivamente à utilidade por destinação da vontade, como a de não levantar muro divisório, ou a imposição de cercas vivas de determinada espécie entre propriedades, para fins estéticos.

As servidões de notícia mais antiga são as de trânsito e de aqueduto. Essa modalidade de direito real sobre coisa alheia não possui enumeração legal. Tal como no Direito Romano mais recente, as servidões são estabelecidas segundo a necessidade dos prédios.

Em determinado momento histórico, o conceito de servidão predial desgarra-se para o ordenamento de interesse da vizinhança ou interesse público, surgindo o contexto das chamadas *servidões de vizinhança*, hoje conhecidas como restrições impostas pelo direito de vizinhança, ou simplesmente direitos de vizinhança.

Como acenamos em capítulo anterior, os direitos de vizinhança têm origem e finalidade diversas das servidões prediais. A servidão decorre sempre de ato de vontade, enquanto os direitos de vizinhança, de regulamentos ou imposições legais. Os direitos de vizinhança objetivam evitar danos entre vizinhos, têm caráter eminentemente preventivo, permitindo e facilitando o aproveitamento e a convivência dos prédios e dos respectivos vizinhos. Essas restrições de vizinhança atendem à necessidade imperativa de regular a utilização da propriedade mais ou menos próxima. A servidão é estabelecida para facilitar ou tornar mais útil a propriedade do prédio dominante. Não decorre de um imperativo, mas de busca de utilidade, facilidade ou maior comodidade na satisfação de necessidades do proprietário. Exemplo característico é o direito de passagem forçada. O proprietário de prédio encravado tem direito de exigí-la; doutro modo, seu prédio se tornaria inútil, sem acesso à via pública. A servidão de passagem pode ser estabelecida entre os proprietários apenas para facilitar o acesso a um prédio, ou torná-lo mais cômodo,

independentemente de existir encravamento. Da mesma forma, é mais confortável ao proprietário ir buscar água no vizinho, quando não possui fonte, do que caminhar longa distância até nascente pública, por exemplo.

O titular do direito de servidão é sempre o proprietário do prédio dominante. O proprietário do prédio serviente, em razão desse direito real que grava seu imóvel, fica obrigado a permitir que o titular do prédio dominante exerça atividade em seu bem (o trânsito ou a retirada de água, por exemplo), ou a manter atitude omissiva em relação a direito que normalmente teria (não levantar muro acima de certa altura ou não abrir janela em determinado local de seu prédio, por exemplo).

Como, com frequência, as limitações decorrentes do direito de vizinhança impõem restrições semelhantes, no caso concreto cumpre examinar a origem do gravame, para concluir-se por uma ou por outra, pois as consequências jurídicas e os remédios processuais de forma geral não coincidem. Desse modo, deve ser entendida a dicção *servitutum publicarum*, utilizada por parte da doutrina, para essas imposições legais decorrentes da vizinhança ou do Direito Público em geral. O Código de Águas, por exemplo, estabelece diversos ônus aos proprietários de terrenos, classificando-os como servidões, que devem ser entendidas nesse contexto. Nesse aspecto, há, como já estudamos, imposição de *servitutum publicarum* de trânsito, de aqueduto, de escoamento de água, de fontes e esgotos etc.

O direito público utilizou-se do princípio básico das servidões clássicas de direito privado para estabelecer ônus real de uso, imposto pela Administração, a fim de realizar e assegurar obras e serviços públicos. Daí a denominação *servitutum publicarum* à qual nos referimos no estudo da desapropriação. No conceito, não existe a definição de dois prédios, dominante ou serviente, mas a restrição ao exercício amplo da propriedade privada em prol de atividade para fins públicos. Não se confundem, portanto, nem com as servidões civis, nem com as limitações decorrentes da vizinhança. A servidão administrativa impõe ônus a determinados imóveis, para suportar, por exemplo, passagem de cabos aéreos de energia elétrica, tubulações subterrâneas de água ou esgoto, proibição de edificação acima de determinada altura em locais próximos a aeroportos etc. Dependendo da natureza da restrição imposta, haverá ou não indenização. Como apontamos no exame da desapropriação, a instituição de servidão administrativa é feita por acordo administrativo ou por sentença em processo expropriatório (art. 40 do Decreto-lei nº 3.365/41). A servidão administrativa compreende-se também no conceito de servidão legal, admitido pela doutrina estrangeira.

Como regra geral, todas as servidões utilizadas no projecto direito histórico continuam com atualidade.

As servidões rústicas, dada sua importância para a sociedade romana primitiva, essencialmente agrícola, eram consideradas *servitutum rusticarum*, com maior proteção jurídica (ver nosso *Tratado de Direito Romano*, seção 15.2.1).

A servidão de transito tradicionalmente dividia-se, num crescendo, em transito e transito. A servidão de transito estabelecia o direito de passar a pé ou a cavalo pelo terreno alheio; o transito permitia a passagem conduzindo gado e utilizando carros; a via estabelecia o direito mais amplo possível de passagem, inclusive transportando e arrastando materiais. A noção romana estava presente com a mesma conotação no art. 705 do Código Civil de 1916:

Esse dispositivo mantém-se no mais recente Código (art. 1.385, § 2º).

A servidão de transito estabelecia o direito de conduzir água pelo prédio alheio. Recorde-se ainda, como modalidades de servidões rústicas, da transito (direito de buscar água em nascente do terreno vizinho); da transito (direito de apascentar o gado em terreno alheio); do transito (direito de abeberar o gado no terreno vizinho); da transito (direito de queimar a cal); da transito (direito de tirar areia), entre outras (Correia e Sciascia, 1953:199). As servidões urbanas visam facilitar a utilização dos prédios contíguos ou próximos, como a transito (direito de passar canais de esgoto no prédio vizinho), a transito (direito de deixar escorrer a água do telhado sobre o prédio serviente); a transito (direito de colocar traves e materiais no muro alheio, definida entre nós também como direito de vizinhança); a transito ou transito (faculdade ou proibição de construir), entre outras.

No direito moderno, assim como no passado, na época de Justiniano, pode ser criada qualquer servidão que proporcione utilidade ao prédio dominante, tal como estabelecido no direito pretoriano.

Na referência histórica, já mencionamos as servidões transito e transito, dependendo da utilidade proporcionada. Como servidões transito devem ser entendidas as que se referem à utilidade de um prédio edificado e não porque localizadas na zona urbana. O critério da distinção coloca-se na natureza da servidão. transito são as que proporcionam maior utilidade ao solo do imóvel.

Outra classificação pode situar as servidões retrocitadas como transito e transito.

Qualificam-se como transito as servidões que se traduzem em permissão da prática de atos sobre o prédio serviente. Assim, por exemplo, a servidão de passagem.

As servidões transito implicam abstenção ao titular do prédio serviente, como a transito, proibição de construir.

As partes podem estabelecer o direito de passagem pelo prédio alheio, ou a proibição de não construir dentro de determinada área. As servidões, contudo, devem harmonizar-se com as regras do direito de vizinhança, não podendo invadir a esfera das normas cogentes. Servidões podem ser estabelecidas como supletivas e complementares ao direito de vizinhança. Não se pode estabelecer servidão de lançar dejetos ou fumaça no prédio vizinho, por exemplo, se há lei que o proíba. A servidão

pode ampliar a restrição administrativa ou servidão legal, mas não pode contrariá-la.

Importante distinguir as servidões das . Essa distinção refere-se à exteriorização do direito real. As servidões manifestam-se materialmente, são perceptíveis à vista, como, por exemplo, o aqueduto. Servidões não são as imperceptíveis, não visíveis, que não se manifestam por sinais externos, como no exemplo da servidão de não construir. A esse propósito, o Projeto nº 6.960/2002 procurou acrescentar o § 1º ao art. 1.378, expondo que a constituição por usucapião e por destinação do proprietário somente pode ter como objeto as servidões aparentes. Não há como se estabelecer segurança jurídica nessas modalidades quanto às servidões não aparentes. Por isso, referido Projeto estabeleceu no § 3º que as servidões não aparentes só podem ser constituídas por contrato ou por testamento e com subsequente registro no cartório do registro de Imóveis.

Cumpra-se examinar em cada situação se a servidão deixa sinais visíveis para ser conceituada como aparente. A distinção é importante porque as servidões não aparentes, segundo o ordenamento de 1916, (art. 697). Vimos que o enfoque dado pelo Projeto referido tem a ver com esse aspecto. Há um aspecto mais recente que permite, atualmente, que se reconheça, em determinadas situações, a servidão não aparente antes do registro imobiliário. Somente as servidões aparentes podem ser adquiridas por usucapião, regra que está presente, aliás, no art. 1.379 do Código de 2002.

A servidão de caminho poderá ser considerada aparente se deixar resquícios materiais, como marcas de rolamento no solo, pavimentação,² sarjetas etc.

Quanto à situação dos prédios, podem ser e . Servidão é a que, após estabelecida, persiste independente de ato humano, como ocorre com a de passagem de água. é a que depende da atividade humana atual, como a servidão de trânsito e a de retirar água.

Essas classificações combinam-se entre si, sendo importante saber da composição destas duas últimas categorias, tendo em vista consequências jurídicas específicas. Assim, a servidão pode ser , como a de aqueduto; , como a de não abrir janela ou porta; , como a de caminho marcado no solo, e , como a de caminho sem qualquer marca visível.

A distinção dessas modalidades reveste-se de curial importância no que se refere à posse. Como acima referido, as servidões não aparentes apenas se constituem pelo registro imobiliário. Ademais, o art. 509 do Código de 1916 e o art. 1.213 do Código mais recente negam proteção possessória às servidões contínuas não aparentes, assim como às descontínuas,³ a menos que seus títulos provenham do possuidor do prédio serviente ou seus antecessores. Sílvio Rodrigues (1984:270) coloca em termos diretos a dicção legal para concluir:

. O reflexo é importante em matéria de prescrição aquisitiva, portanto. Combinando-se o art. 1.213 com o fato de as servidões não aparentes só poderem ser estabelecidas por meio de registro, conclui-se que as servidões contínuas e aparentes, suscetíveis de posse, podem ser objeto de usucapião, conforme referido no art. 1.379. O que não é visível e

materialmente demonstrável não pode ser objeto de posse.

Primeiramente, solidifique-se a noção de que as servidões são direitos reais. Assim as descreve a lei. Assim decorre de sua origem e natureza. O direito real de servidão dirige-se contra o dono do prédio serviente de forma permanente, portanto .

Devem necessariamente incidir sobre imóvel alheio, pertencente a proprietário diverso. Não existe servidão sobre imóvel próprio, a qual, no que se refere ao aspecto material, é vista como do imóvel, pois o direito do proprietário sobre coisa sua é ilimitado como regra geral. Qualquer caminho ou canalização de água que o proprietário tenha em seu imóvel traz utilidade a sua própria coisa, dentro do exercício inerente a seu direito de propriedade. Destarte, quando o dono de prédio dominante adquire imóvel serviente, extingue-se a servidão.

Dúvida surge sobre a possibilidade de constituição de servidão sobre imóvel do qual o titular do prédio dominante é condômino, ou vice-versa. Havendo dois imóveis vizinhos, em um deles há um proprietário comum. Como a propriedade não é exclusiva e o condomínio pode sempre se extinguir, a existência de servidão nessa hipótese não viola a regra geral de impossibilidade de servidão sobre coisa própria, ainda porque se resguarda a utilidade do prédio dominante para o não condômino. A servidão tem sempre um caráter duradouro e não serve este ou aquele proprietário, mas quem quer que se coloque como tal.

As servidões consistem sempre em gravame para o prédio serviente. A finalidade da servidão é uma utilidade ou comodidade para o prédio dominante. Existe obrigação de seu titular de suportar ou permitir. Nunca deverá caber ao proprietário do prédio serviente uma obrigação de fazer. O proprietário de prédio serviente que se obrigar a fazer algo pela servidão assume tão somente vínculo pessoal. As obras de conservação e uso da servidão pertencem a seu respectivo titular (art. 1.380, 1ª parte). Se a servidão pertencer a mais de um prédio, (art. 1.380, 2ª parte).

A manutenção e conservação da servidão podem ser atribuídas, no entanto, pelo título, ao dono do prédio serviente (art. 1.381). Nessa hipótese, a doutrina entende que são obrigações acessórias da servidão, o que não a desnatura, pois podem decorrer do próprio interesse do dono do prédio serviente. É o exemplo da obrigação do titular do prédio serviente em manter a água do aqueduto limpa e fluente (Borda, 1984, v. 2:125) ou pavimentada e florida a servidão de passagem. No entanto, tornando-se gravosa essa obrigação para o proprietário do prédio serviente, a lei faculta-lhe a exoneração, abandonando o prédio ao dono do dominante: (de fazer obras necessárias à conservação e uso da servidão)

(art. 1.382). Acrescenta, porém, inovação a esse aspecto o Código vigente:

As servidões ligam-se por vínculo real a imóvel alheio. Destarte, não podem ser destacadas dos prédios, sob pena de tornarem-se instituto diverso da servidão. As servidões são direitos reais acessórios, que não subsistem sem os prédios. É sua característica, portanto, a [inseparabilidade](#). A servidão vem ligada ao prédio dominante. Pode ocorrer que existam servidões que gravem prédios de toda uma área rural ou de todo um bairro, sem que sejam limitações administrativas, porque constam de título constitutivo emergente de vontade. Cada prédio atravessado por um aqueduto ou por um caminho é considerado prédio serviente. Existem várias servidões nessa hipótese. A servidão também pode-se estabelecer em favor da enfiteuse ou do usufruto (Miranda, 1971, v. 17:189).

O fato de se permitir ao dono do prédio serviente a faculdade de removê-la de um local para outro (art. 1.384) não desnatura a regra; extingue-se uma servidão para se criar outra. O Código português é expresso ao afirmar que “[as servidões não podem ser separadas dos prédios a que pertençam, ativa ou passivamente](#)” (art. 1.545, I). Somente a lei pode, por exemplo, desapropriar servidão de passagem para torná-la pública. O princípio da inseparabilidade surge como corolário daquele pelo qual o fenômeno onera os prédios e não seus titulares (Moreira e Fraga, 1970-1971:310). São incindíveis dos fundos, não podendo, pois, ser alienadas independentemente deles. Por tal razão, as servidões consideram-se [imóveis](#), permanecendo nos imóveis, não importando quem sejam seus proprietários ou possuidores.

Outra característica das servidões é sua

⁴ Dispõe o art. 1.386:

A dicção presente no art. 1.386 do Código não mais se refere à partilha, como fazia o antigo Código. Porém, tecnicamente refere-se à “divisão dos imóveis”, que pode estar contida em uma partilha. A partilha do prédio ou o surgimento de condomínio não importará, portanto, a multiplicação de servidões. A servidão de passagem, o aqueduto, o direito de tirar água etc. permanecem inalterados. Cada condômino passa a ter o direito de utilizar da servidão em sua integridade, sofrendo apenas a limitação de não poder agravar a situação do prédio serviente nem aumentar o âmbito para o qual foi criada (art. 1.385). O exercício permanece [livre e sem ônus](#), isto é, com civilidade, moderação. Assim, a servidão não poderá ser instituída em favor de parte ideal de prédio dominante, nem onerar parte ideal de prédio serviente.

Na situação de condomínio, por conseguinte, basta que um comunheiro se utilize da servidão para caracterizar seu uso, impedindo a perda, ou adquirindo-a por usucapião em favor dos consortes. Cada condômino tem direito de se utilizar dos meios para defendê-la. De outro lado, a indivisibilidade da servidão não impede que seja ela delimitada a certo local, tempo ou modo de exercício, como, por exemplo, o trajeto de uma passagem, o horário e a quantidade de água que possa ser tirada do prédio serviente.

Não se confunde, contudo, a indivisibilidade do direito real com a possibilidade de divisão em seu exercício, como tirar pedras ou água de acordo com a necessidade, como ocorre nas servidões descontínuas.

Como expusemos anteriormente, as modalidades de servidão não constituem . Podem ser criadas segundo as necessidades dos prédios para proporcionar-lhes maior utilidade. Desse modo, caracterizam-se também por uma . Há servidões historicamente bastante conhecidas como a de passagem e aqueduto decorrentes da tipicidade do Direito Romano mais antigo. No Direito de Justiniano, desaparece a tipicidade das servidões. Outras serão atípicas e apropriadas unicamente a uma ou outra necessidade.

(Ascensão, 1987:435).

Nem sempre a utilidade colimada pela servidão será traduzida em vantagem econômica perfeitamente apreciável para o prédio dominante. A servidão de vista para o mar ou outra paisagem garantida por ela são exemplos dessa hipótese. O critério é o da utilidade e comodidade. Para qualquer proprietário e não unicamente para o proprietário atual, porque no caso criar-se-ia obrigação pessoal. A inutilidade de servidão permite seu cancelamento ou extinção. Nosso Código, ao contrário de outros, não trata especificamente de modalidades de servidões, salvo a hipótese do art. 1.385, § 1º, que se refere à servidão de trânsito, e a do art. 706 do Código de 1916, que disciplinava servidões rústicas em geral. Utiliza-se doutrinariamente a classificação histórica, sem prejuízo de surgimento de outras, como ora enfatizado.

Outra característica das servidões é sua . Nesse sentido, a expressão legal: (art. 696 do Código de 1916), não repetida pelo vigente ordenamento. A dicção da lei traduz regra fundamental a reger as servidões. O domínio presume-se pleno, sem ônus ou gravames. As servidões somente podem ser estabelecidas pelas formas admitidas em lei. São vistas como exceção à regra geral de domínio. Atos de mera tolerância de proprietário com relação a vizinho não têm o condão de originar servidão. Não constituem servidão atos tolerados de mera cortesia (Gomes, 1983:260). Assim, estabelecida incerteza sobre a existência de servidão, cabe ao beneficiário prová-la. Na dúvida, interpretamos contra a existência da servidão (Rodrigues, 1984, v. 5:168). Esse escopo doutrinário é fundamental. As servidões são interpretadas restritivamente, justamente porque já são por si restrição à propriedade (art. 1.385; antigo, art. 704). Sua utilização deve ser sempre a menos onerosa possível para o prédio serviente.

As servidões possuem caráter de porque correspondem a uma necessidade, utilidade ou comodidade duradoura para o prédio dominante. A utilidade da servidão há de ser perdurável, aferida objetivamente. No entanto, nada impede, não contrariando a índole do sistema, que seja estabelecida servidão temporária ou sob condição resolutiva, embora não seja essa sua finalidade. Ainda que não destinada a duração perpétua, a servidão deve preencher uma utilidade duradoura para o prédio

dominante (Trabucchi, 1992:45). O direito moderno admite a servidão sem causa perpétua (Silva, 1982, v. 11, t. 2: art. 695). Se, porém, nada foi estabelecido em sua constituição, a servidão presume-se permanente, ou de duração indeterminada.

Já vimos que não existe necessidade de contiguidade para a servidão, mas de vizinhança. O aqueduto pode atravessar vários prédios. O titular do direito de tirar água pode-se valer de prédio mais ou menos distante do seu. As servidões podem ser estabelecidas em favor e em detrimento de vários prédios.

Não se admite, por outro lado, que se institua servidão sobre outra servidão. O que recebe águas de outro prédio, por exemplo, não pode instituir servidão de repassá-las a outro vizinho.

As servidões, assim como o condomínio e os direitos de vizinhança, acarretam pontos de discórdia porque implicam a utilização de coisa comum e na proximidade de propriedades. Mais do que em qualquer outra situação em que é avaliada a finalidade social da propriedade, a servidão deve ser utilizada pelo proprietário ou assemelhado do prédio dominante de forma mais adequada possível. Sem abuso. . Com civilidade, isto é, de forma a não agravar ainda mais a restrição imposta ao titular do prédio serviente. Desse modo, não pode o titular do direito de tirar água do imóvel vizinho fazê-lo de forma a privar de água o imóvel serviente ou a torná-la imprópria; não pode o titular de servidão de passagem colocar em risco a segurança do prédio serviente, deixando, por exemplo, de fechar porteiros ou trancas no acesso. A interpretação de uma servidão é sempre restritiva. Esse o sentido do art. 1.385:

O art. 1.385, § 2º, já foi por nós referido nas origens históricas e reporta-se às modalidades da servidão de trânsito, na qual a de maior amplitude engloba a de menor ônus e a menor exclui a mais onerosa. Desse modo, se a servidão permite somente a passagem a pé, não podemos passar a cavalo. Se permite o trânsito de veículos, presumimos a possibilidade de atravessar a pé ou em outro veículo. No entanto, o título constitutivo pode dispor diferentemente dessa presunção.

Por outro lado, o direito real de servidão deve ser exercido na plenitude para o qual foi criado. Não pode o dono do prédio serviente embaraçá-lo (art. 1.383), pois se cuida de legítimo direito real. Impedindo o dono do prédio dominante a correta utilização da servidão, é possível valer-se dos meios possessórios, pedindo indenização em caso de prejuízo. Se a servidão de trânsito não fixa horário de passagem, por exemplo, não pode o dono do prédio serviente fixá-lo unilateralmente. Razões de segurança podem exigir que se faça. Se não há acordo, decide-se judicialmente. Não existe, porém, o entrave noticiado no artigo se a restrição decorre de imposição legal e não da iniciativa do titular do prédio serviente. O exercício das servidões deve ser examinado sempre em consonância com as regras

de vizinhança. Não é abusivo o ato do dono do prédio serviente, por exemplo, que determina o uso de cadeado ou outro meio de segurança no acesso à passagem na servidão de trânsito, desde que não a vede ou a impeça.⁵

A servidão rústica estabelecida originalmente pode no curso do tempo mostrar-se insuficiente. O art. 1.385, § 3º permite que o prédio dominante, por seu titular, imponha alargamento na utilização da servidão em prol das necessidades de cultura, mediante o pagamento do excesso. A necessidade de ampliação da servidão e a respectiva indenização são matéria de prova no processo judicial, e a instituição decorrerá da sentença, caso as partes não a estabeleçam por acordo, escritura pública, que deverá ser devidamente registrada, sob pena de ser considerada apenas obrigação de cunho pessoal. O parágrafo único do art. 706 do antigo Código, no entanto, ressaltava ao titular do prédio serviente a recusa na ampliação na hipótese de esse acréscimo pleiteado pelo dono do terreno dominante ser decorrente da maneira de exercer a servidão. O dispositivo citava apenas como exemplo a edificação em terreno originalmente destinado à cultura. No entanto, será justa a recusa pelo titular do prédio serviente quando a necessidade do prédio dominante agravar o exercício da servidão sem necessidade. Aplica-se a regra geral que rege as servidões. Suponhamos, por exemplo, a construção de piscina, que exija retirada de maior volume de água. O exame será do caso concreto, tanto que o Código de 2002 não repetiu esse dispositivo. A ideia fundamental é conceder direito ao dono do prédio dominante em fomentar a produção agrícola de sua terra, mediante aumento do âmbito da servidão. As outras situações devem ser examinadas caso a caso, inclusive as servidões de índole urbana não descritas na lei, levando-se em conta os princípios gerais de direito de vizinhança e os parâmetros do abuso de direito.

De regra, a servidão não pode ser alterada pela vontade unilateral do dono do prédio dominante. Não pode alterar a forma, o modo e o local de exercício da servidão.

Já vimos que, para a servidão, não basta a utilidade ocasional ou transitória para determinado ocupante do imóvel, mas a utilidade duradoura para o prédio e de quem dele se utiliza. Desse modo, a servidão que não mais oferece utilidade ao prédio, ou que nunca ofereceu, perdeu seu objeto. O registro pode ser cancelado, por falta de objeto possível (Miranda, 1971, v. 18:134). Se a finalidade da servidão é tirar proveito para o prédio, se este não mais existe, inexistente suporte técnico para a manutenção da servidão. A servidão pode ser instituída não somente para o prédio em si, mas para a finalidade desempenhada pelo prédio, industrial, comercial, residencial, esportiva etc. Tivemos oportunidade de decidir a respeito de servidão de trânsito referente à praça de rodeios, em que a servidão objetivava a passagem de animais até o local de apresentação ao público.

A regra geral é atribuir ao dono do prédio dominante a manutenção da servidão (art. 1.381). Tanto que a lei permite o abandono da coisa se a obrigação for atribuída ao dono do prédio serviente (art. 1.382). O encargo de manter a servidão pode ser tal que inviabilize sua propriedade. Nada impede, porém, que os proprietários alterem contratualmente a situação previamente estabelecida.

A lei também concede ao titular do prédio serviente

O critério da utilidade da remoção deve ser demonstrado e depende do caso concreto. Podem as partes contratar essa mudança. Nessa impossibilidade, se decorrente de pleito judicial, o direito de remoção não pode ser exercido de forma arbitrária. O pretendente deve provar necessidade e não pode diminuir a utilidade proporcionada pela servidão, nem diminuir suas vantagens, como está na lei. Pode necessitar alterar o trajeto da servidão de caminho para construir no local e impedir a invasão de sua privacidade, por exemplo. Por vezes, a diminuição das vantagens do prédio dominante será inevitável, como maior extensão de percurso na servidão de trânsito, por exemplo. O dispositivo, porém, não pode ser aplicado desvinculado das regras de vizinhança, tão próximas das servidões. Tudo dependerá do bom senso na decisão do caso concreto. Não contraria a índole da lei a fixação de uma indenização pecuniária ao titular do prédio serviente que leve em conta também essa hipótese, se for impossível solução que não diminua as vantagens de sua servidão. Toda despesa pela mudança é de responsabilidade do titular do prédio serviente. O que não pode ocorrer é sua pura extinção. Isso não é direito do proprietário do prédio serviente, a não ser nas hipóteses de não uso e de cessação de sua utilidade. Deve ser dada solução, no exercício do direito de mudança atribuído por lei, que mantenha a servidão com as mesmas finalidades e características para as quais foi criada.

O direito de remoção de local conferido ao titular do prédio dominante é facultativo, nos termos do art. 1.384, portanto potestativo e imprescritível. Não pode evidentemente ser utilizado de forma abusiva, por mera emulação. Esse direito visa também melhor aproveitamento de ambas as propriedades.

As servidões não se presumem. Exigem o registro imobiliário para maior segurança. Podem ser constituídas, como vimos, por contrato, ato de última vontade, destinação do proprietário e por usucapião.

A instituição de servidão por contrato requer escritura pública quando acima do valor legal, exigindo o registro para converter-se em direito real. Somente quem dispõe de imóvel pode constituir servidão, a título gratuito ou oneroso. Nessa situação se colocam o proprietário e o enfiteuta. Não pode fazê-lo o condômino isoladamente, porque, para estabelecer restrição na coisa comum, necessita da autorização dos demais comunheiros, nem o nu-proprietário, se não autorizado pelo usufrutuário.

O testamento, havendo disponibilidade do imóvel quando da abertura da sucessão, também é idôneo para instituí-la.

Nossa lei não foi expressa a respeito da servidão instituída pelo pai de família. Esse fenômeno refere-se ao doador ou testador, que, possuindo prédio com serventia (como um caminho ou uma nascente, por exemplo), biparte-o entre dois donatários ou legatários, transformando-a em servidão. Após polêmica inicial, o Supremo Tribunal Federal admitiu a

⁷ como é denominada. A omissão da lei não contraria o espírito da criação da servidão que deve obedecer ao critério de utilidade. Dividindo-se a propriedade, nada impede que se institua uma utilidade em favor de um dos imóveis desmembrados, facilitando-se sua exploração econômica. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que somente as servidões aparentes podem ser instituídas por desmembramento da propriedade pelo dono do imóvel (ver a respeito Rodrigues, 1984, v. 5:275). Não vemos justificativa nessa restrição, fundada na proteção de direito de terceiros, pois uma vez transcrito o título no registro imobiliário, constando a servidão, acautelar-se-ão os direitos dos futuros adquirentes, ainda que ela não seja aparente. Obedece-se ao determinado pela lei. Inadmissível é a instituição de servidão por destinação do proprietário não constante do registro imobiliário. Na mesma situação se coloca a possibilidade de instituição de servidão pelo alienante do imóvel fracionadamente ou pelo loteador. Atendendo a esse aspecto, o Projeto nº 6.960/2002, no sentido de nossa sugestão, descreveu essa modalidade de instituição de servidão, substituindo a redação do art. 1.379:

Nessa situação, há destinação do proprietário porque nos imóveis já existe uma serventia, uma passagem de uma unidade a outra, por exemplo. Outra hipótese, na mesma senda, é projetada pelo § 1º:

A redação é longa, mas dá bem a noção de outra situação que pode ocorrer quanto à destinação do proprietário na constituição de uma servidão. Completa ainda o projeto com mais um parágrafo:

Aqui a situação é mais sutil e vai exigir um exame acurado do julgador. Quando, por exemplo, mercê do direito de vizinhança, um prédio deverá suportar a passagem de canos subterrâneos para escoamento de água, não haverá servidão, mas, sim, mera serventia administrativa, sem direito oneroso. De qualquer modo, se esses textos se tornarem lei, fica definitivamente assentada a possibilidade de instituição da servidão por destinação do proprietário.

Vimos que as servidões passíveis de posse podem ser adquiridas por usucapião. Dispõe o art. 1.379

do Código de 2002 (o mesmo que o Projeto nº 6.960 substituiu, como vimos anteriormente):

Veja que o Código de 2002 é expresso nesse dispositivo sobre a possibilidade de usucapião de servidões aparentes, para dirimir dúvidas. Permitem-se, portanto, a usucapião ordinária e extraordinária, nos mesmos prazos e sob os mesmos princípios da usucapião em geral, com a redação dada pela Lei nº 2.437/55, que reduziu o lapso temporal primitivo. Observe o que falamos sobre a usucapião no Código de 2002, no capítulo já estudado. O processo é o já examinado para a usucapião em geral. É de toda conveniência que esse texto seja mantido no vigente Código, ainda que introduzida a nova redação, que trata de outro assunto, proposta pelo projeto, como citamos.

As servidões não aparentes não permitem usucapião, pois impossibilitam evidenciar o fato da posse. Nesse sentido, a Súmula nº 415 do Supremo Tribunal Federal que autoriza a usucapião da servidão de trânsito quando deixar sinais visíveis, como marcas de solo, pontes, aterros, pavimentação etc. Somente não podem ser usucapidas as passagens que não deixam vestígios. Veja que o mais recente Código foi expresso. Examina-se o caso concreto.

As servidões não aparentes somente se podem constituir pelo registro imobiliário. As aparentes também devem ser registradas, mas quando decorrentes de usucapião, e conforme a regra geral desse instituto, a sentença e o registro são apenas declaratórios e não constitutivos (Wald, 1991:185).

A sentença homologatória do processo de divisão de imóveis pode estabelecer servidão. Por vezes, será ela indispensável para assentar-se divisão cômoda. Na divisão, instituir-se-á servidão somente quando for inevitável. Não depende da vontade da parte, mas da situação geográfica dos imóveis: necessidade de servidão de trânsito, de fazer abeberar gado, de tirar água etc. A perícia deverá demonstrar a necessidade no caso concreto. Homologada a sentença e devidamente registrada no cartório imobiliário, estabelece-se o direito real.⁸ Será evitado, contudo, o estabelecimento do gravame, sempre que a situação o permitir. Nesse sentido, o art. 596, parágrafo único, II, do CPC:

A servidão pode ser estabelecida pelas partes de _____ sem que com isso se fixe uma condição suspensiva. O alienante de imóvel, ou loteador, pode reservar parte dele para vista, melhor estética, local de lazer ou estacionamento, estabelecendo a servidão _____, que deve ser respeitada pelos futuros adquirentes. Enquanto não concretizada, a futura servidão será considerada mera serventia. Como anota Pontes de Miranda a respeito (1971, v. 18:186),

Situação prática ocorreu em julgamento do qual participamos, em que incorporador de imóvel, em local nobre da cidade de São Paulo, reservou área para fins residenciais de construção de edifícios e área para construção de . Fez constar da escritura e da especificação de condomínio de ambos uma área divisória , parte para ajardinamento nos limites residenciais do lote residencial, e parte para estacionamento, no limite do empreendimento comercial, constituindo verdadeira servidão negativa futura, a ser respeitada como direito real por ambos os confinantes, e futuros adquirentes, quando viessem a ser concluídas as construções.

A servidão pode-se extinguir, como visto, pela , quando um único proprietário passa a ser dono do prédio dominante e do serviente (art. 1.389, I). A primitiva servidão passa à condição de serventia. Somente se restabelece se houver expressa referência no título que retorna as propriedades ao estágio primitivo.

A das partes também pode extinguir a servidão. A escritura de extinção deve ser devidamente registrada. O art. 1.387 estabelece que, salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez transcrita, somente se extingue com respeito a terceiros quando cancelada. O dispositivo do Código em vigor acrescenta, ademais, no parágrafo único desse artigo, que, se o prédio dominante estiver hipotecado, e a servidão se mencionar no título hipotecário, será também preciso, para cancelar, o consentimento do credor. Isso porque o credor hipotecário é um interessado ou proprietário em potencial e a extinção da servidão pode diminuir o valor do imóvel.

Quando da alienação de imóvel gravado com servidão, se não for feita ressalva, a servidão mantém-se íntegra, pois acompanha a coisa como direito real acessório.

O art. 1.388 estabelece as hipóteses pelas quais o dono do prédio serviente pode pleitear o cancelamento da servidão no registro imobiliário.

Primeiramente, o dispositivo refere-se à pelo titular do prédio dominante. A renúncia é ato unilateral e normalmente deve ser expressa. Contudo, admite-se que seja tácita inferida do comportamento do agente. O dono do prédio serviente permite, por exemplo, que seja realizada obra incompatível com seu direito de servidão. O art. 1.382, hipótese que atribui ao dono do prédio serviente os gastos com obras e manutenção da servidão, permite o do prédio ao dono do imóvel dominante. É também forma de renúncia da propriedade.

O inciso II do art. 709 do Código de 1916 referia-se à abertura de estrada para via pública, na hipótese de servidão de passagem. A situação é de extinção de passagem forçada e como tal deveria ser

tratada e colocada na lei. Sob o prisma de servidão de trânsito, há de ser verificado se de fato ela existe ou se há direito de passagem forçada. Se o prédio não era propriamente encravado, mas a passagem servia para aumentar a utilidade do prédio, a abertura de acesso à via pública por si só não permite extinguir a servidão. A disposição servia, contudo, para provar a inexistência de servidão quando um prédio deixa de ser encravado.

Sobre esse aspecto, o inciso II do art. 1.388 do Código em vigor é mais genérico, pois a situação deve aplicar-se a qualquer servidão. Assim, tem o dono do prédio serviente direito ao cancelamento

. Desse modo, não somente a servidão de passagem pode ser cancelada quando perde sua razão de ser, mas também, por exemplo, a servidão de colher água, se no prédio dominante surgiu uma nascente.

O inciso III dispõe acerca do resgate da servidão. O acordo entre as partes, devidamente registrado, extingue o direito real sobre a coisa alheia. Trata-se da convenção anteriormente referida que também pode abordar a (art. 1.389, II).⁹

O é outra modalidade de extinção. Vimos ser a servidão estabelecida sob o critério de utilidade para o prédio dominante. Cessada a utilidade e não fazendo seu titular mais uso dela, não há porque se manter a restrição ao prédio serviente. Para a consumação do não uso, é irrelevante a causa que o motivou. Só é relevante o fato da inércia do titular. Sendo vários os titulares de uma servidão, o não uso por alguns não implica não uso legal, se outros titulares continuam exercendo o direito. O inciso III, do art. 1.389, estipula o prazo de dez anos contínuos de não uso para se ter por extinta a servidão, mesmo prazo do Código anterior. Antes, porém, desse prazo, como acentuamos, a inutilidade superveniente da servidão pode permitir sua decretação de extinção. O local pode ter-se modificado a ponto de tornar impossível ou inútil seu exercício.

Anote que, nas servidões negativas, o não uso caracteriza-se pelo levantamento de obra ou pela atividade que o dono do prédio serviente estava comprometido a não fazer, como, por exemplo, não construir. O prazo de não uso, nessa hipótese, é contado do início da atividade contrária à abstenção. Nas servidões positivas, o não uso concretiza-se pela não utilização: não se utiliza mais a servidão de trânsito; não se vai buscar mais água no terreno vizinho, por exemplo. O prazo de não uso flui a partir do último ato praticado. Tal como na prescrição extintiva, permite-se a interrupção e suspensão do prazo, regendo-se por seus princípios.

Se ocorrer qualquer das causas de extinção, o dono do prédio serviente terá o direito de cancelá-la no registro imobiliário. Se decorrer de sentença, o instrumento será o mandado judicial. Cabe sempre ao interessado, titular do prédio serviente, provar sua extinção.

Quando o prédio dominante estiver onerado com hipoteca e no título hipotecário existir menção a esse direito de servidão, para o cancelamento há necessidade de consentimento do credor hipotecário. Isso porque, em tese, com a extinção da servidão, diminui o valor do imóvel e, conseqüentemente, da

garantia. Essa exigência vem expressa no art. 1.387, parágrafo único do vigente Código, como mencionamos.

A exemplo da propriedade resolúvel, também a servidão pode ser estabelecida sob termo ou condição, embora não seja regra geral. O decurso de prazo ou o implemento da condição nessas hipóteses também extingue a servidão.

Também devem ser levadas em conta as causas de perecimento da propriedade em geral. Desaparecido o imóvel, por inundação, por exemplo, com ela perece a servidão por desaparecimento do objeto.

O titular de direito de servidão defende sua existência em juízo por meio da *ação de reintegração de posse*, denominação do direito justineaneu da antiga *actio rei vindicatio*. É procedimento comum, que tem por finalidade o reconhecimento desse direito real sobre coisa alheia, se contestado pelo dono do prédio serviente. Nessa ação, discute-se o fundamento da servidão. Seu cunho é petitório.

Embora essa ação confessória tenha vasto âmbito, podendo ser promovida contra qualquer pessoa que se insurja contra a servidão, remédio mais pronto e eficaz são as *ações de reintegração de posse*, ajuizáveis contra quem quer que turbe, ameace ou impeça o exercício da servidão; enfim, quando já ocorre lesão ao exercício do direito. Essas ações podem ser promovidas contra o dono ou possuidor do prédio serviente e satisfazem o direito mais rapidamente na hipótese de transgressão, por sua própria natureza. Passíveis de defesa possessória são somente as servidões aparentes. As ameaças às servidões não aparentes podem ser socorridas pelos meios cautelares em geral e pela nunciação de obra nova, quando presentes seus pressupostos.

De outro lado, o proprietário de qualquer prédio tem a *ação de reintegração de posse*, igualmente de procedimento comum e de natureza petitória, contra quem se arvore em tentar provar a existência de servidão que o autor repute inexistente. Seu objetivo precípua é provar que sua propriedade está livre e desembaraçada de qualquer servidão, quando um vizinho pretende defender sua existência. A finalidade é impedir que o vizinho exerça atos inerentes à servidão tida como inexistente. Também nessa hipótese, a ação possessória pode ser mais útil, quando os atos do vizinho já estão materializados em ameaça ou turbação da posse daquele que refuta qualquer direito à servidão, como tentativa de trânsito de pessoas ou veículos, de passagem de cabos ou tubulações, de tomada de água etc. Negada pelo proprietário a existência de qualquer servidão, o ônus da prova transfere-se todo ao réu, não somente porque os fatos negativos independem de prova, como também porque a propriedade presume-se livre de qualquer gravame. Supõe-se que ao domínio nada se restringiu ao se compor o direito real.

(Miranda, 1971: v. 18:185).

Admite-se também a *ação de reintegração de posse* quando o dono de prédio serviente pretende declaração de

exercício abusivo de servidão. A finalidade da ação nessa hipótese é restringir a utilização da servidão a sua efetiva finalidade. A servidão é inadmissível no excesso inútil, ou seja, no seu uso imoderado ou desnecessário, que refoge a seu âmbito. Assim, por exemplo, se a servidão foi constituída exclusivamente para passagem de pedestres, não pode ser permitida a passagem de veículos ou montarias.

As ações possessórias, contudo, somente podem ser utilizadas, como enfocado, para as servidões aparentes, materializadas por sinais visíveis, passíveis do estado de fato da posse. A servidão de trânsito, por exemplo, é passível de proteção possessória quando apresenta sinais visíveis de passagem. Doutra forma, somente se pode recorrer às ações confessórias e negatórias ou a outros meios processuais que não possessórios.

A _____, como examinado, tem a finalidade de reconhecer a existência de servidões aparentes.

“Administrativo – **Servidão de passagem** de eletroduto – Constituição por escritura pública – Alegação de vício de consentimento afastada pela corte local – Reexame – Impossibilidade – Súmula 7/STJ – Servidão efetuada sobre área superior à pactuada – Complementação Devida – Precedentes – 1- A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, quanto à existência de vício de consentimento a ensejar a nulidade do negócio jurídico, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 2- De outro lado, consignado pela instância de origem que as restrições ocasionadas pela instalação de eletrodutos abrangerem área superior à de servidão de passagem constante na escritura pública, deve haver o complemento do valor indenizatório. Precedentes. 3- Agravo interno a que se nega provimento. (_____ – AGInt-REsp 1.001.564 – (2007/0133557-2), 23-6-2016, Rel. Min. Sérgio Kukina).

“**Agravo de instrumento** – Ação de constituição de servidão de passagem – Pedido de inclusão dos atuais proprietários dos imóveis atingidos pela faixa de servidão no polo passivo – Admissibilidade – Questão de ordem pública e que pode ser apreciada de ofício pelo órgão julgador – Observância dos princípios da celeridade e economia processual – Ademais, foi acostada manifestação de expressa anuência de todos os (atuais) proprietários, para fins de retificação do polo passivo – Decisão reformada. Recurso provido” (_____ AI 2159225-03.2015.8.26.0000, 13-11-2015, Rel. Venício Salles).

“**Agravo de instrumento** – Ação possessória – Reintegração de posse – Servidão de passagem – Concessão de medida liminar sem a oitiva da parte contrária – Presença dos requisitos legais – Decisão mantida – Os agravados comprovaram a existência de ‘periculum in mora’ e ‘fumus boni iuris’ em suas alegações, bem como, demonstraram que o impedimento ao acesso às suas propriedades, pela servidão que corta o imóvel do agravante, poderá acarretar sério risco de perecimento das plantações e a morte de animais que as integram. O agravante, ao contrário, restringiu seu pedido em meras alegações, sem trazer qualquer elemento capaz de afastar os fatos narrados pelos autores, em sede de cognição sumária, e autorizar a revogação da medida liminar concedida. Agravo não provido” (_____ – AI 2050283-42.2013.8.26.0000, 27-2-2014, Relª Sandra Galhardo Esteves).

“**Servidão de passagem.** Apelação. Ação proposta para o restabelecimento de servidão de passagem. Sentença de procedência. Existência da servidão comprovada nos autos. Alegação de nulidade da sentença por omissão, obscuridade e contradição e por ter julgado _____, ao deferir a antecipação de tutela sem pedido da parte. No primeiro caso, a matéria está afeta a embargos de declaração, opostos e rejeitados, portanto, superada com a interposição da apelação quanto ao deferimento da antecipação da tutela, cuida-se de pleito objetivado pelo autor, já quando do ajuizamento da ação e, embora indeferido naquela ocasião, nada obsta a sua apreciação quando da prolação da sentença. A outra alegação de nulidade, referente ao ajuizamento de uma ação por outra foi objeto de despacho que rejeitou essa matéria, tendo, assim, precluído, diante da inexistência de manifestação de inconformismo. Nulidades afastadas. Alegações de mérito que se encontram divorciadas das provas trazidas à colação. Sentença mantida. Art. 252 do Regimento Interno do TJ/ SP. A sentença deve ser confirmada pelos seus próprios e bem deduzidos fundamentos, os quais ficam inteiramente adotados como razão de decidir, nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça. Recurso não provido”

(– Ap. 0002523-13.2007.8.26.0269, 10-5-2013, Rel. Marino Neto).

“Direito de vizinhança – Servidão predial – Rede de esgoto que passa pelo prédio serviente – Irrelevância de que a averbação no cartório de registro de imóveis da tal servidão fora cancelada. Situação de fato persistente e já com duração de quinze anos que deve ser prestigiada. Construção de duto que ficou a cargo do dono do prédio serviente, após retirar o antigo, e sem informar o dono do prédio dominante. Erros na construção. Defeitos que assim são imputáveis ao dono do prédio serviente. Responsabilidade deste pelos gastos com reparação. Ação de condenação a reparos da dita servidão. Procedência. Apelação provida, com inversão do resultado do julgamento” (– Ap. 9000039-54.2008.8.26.0100, 1º-10-2012, Rel. Sebastião Flávio).

“Apelação cível. Direito civil. Direito real. Passagem forçada. Servidão de passagem. Distinção. Utilidade. A passagem forçada visa garantir ao titular da terra o exercício do seu direito de propriedade, sendo indispensável o encravamento do bem. Já a servidão de passagem, prevista no art. 1.378, do Código Civil, dispensa que o imóvel seja encravado, bastando que proporcione utilidade ao prédio dominante. Precedentes do TJ/RJ. Utilidade da servidão devidamente demonstrada nos autos, já que um dos acessos de pedestres da casa do autor da ação é feito pela servidão, sem contar a possibilidade de desmembramento do seu terreno com a construção de nova casa, que somente teria acesso pela servidão. Impossibilidade de extinção da servidão. Manutenção da sentença. Desprovisionamento do recurso” (– Acórdão Apelação Cível 0003903-83.2009.8.19.0079, 24-5-2011, Rel. Des. Teresa de Andrade Castro Neves).

“Civil e processual civil – Apelação – Ação de reintegração de posse – servidão de trânsito/ caminho aparente – Proteção possessória – Cabimento – Posse/uso anterior – Comprovação – Esbulho – Demonstração – Ausência de encravamento – Irrelevância – Presença de outra via de acesso próxima – Mera opção de uso pelo interessado – Procedência do pedido inicial – Ônus de sucumbência – Inversão – Cabimento – Recurso provido – Merece proteção possessória, conforme Súmula 415, STF, a servidão de trânsito aparente. Aquele que perde, por esbulho do proprietário do imóvel serviente, a servidão de trânsito que possuía, tem direito de ser reintegrado na posse da servidão, ainda que seu imóvel não seja encravado e que haja via próxima outra de acesso – Em razão da procedência do pedido inicial, cabe à parte ré o pagamento da integralidade dos ônus do processo – Recurso provido” (AC 1.0043.12.002175-3/003, 26-8-2014, Relª Márcia de Paoli Balbino).

“Ação confessória de trânsito e passagem. Pretensão que envolve direito real sobre coisa alheia. Objeto da demanda que não se confunde com pretensão possessória em que se observa situação de fato relativa à parcela dos poderes inerentes à propriedade. Súmula 415 do STF. Demonstração quanto à prescrição aquisitiva de servidão aparente (art. 1.379, , do CC). Servidão de uso caracterizada. Alteração do trajeto ocorrida em observância ao disposto no art. 1.384 do CC. Recurso improvido” (Ap. 0006823-68.2010.8.26.0283, 12-8-2013, Relª Ligia Araújo Bisogni).

“Apelação. Reintegração de posse. **Servidão de trânsito.** Improcedência – Trata-se de direito real sobre coisa alheia, sendo a servidão a restrição do domínio instituída pela vontade das partes e não pela lei. Assim, o fato de existirem outros caminhos ou vias para o escoamento da argila ou de outros materiais, não interfere na pretensão buscada pela parte autora. Contudo, a servidão não se presume e deve ser cabalmente provada, dado que o instituto cria uma limitação no direito dominial, impondo um ônus para o imóvel serviente e um benefício ao prédio dominante , não houve comprovação da servidão alegada, ou ainda, não se demonstrou cabalmente o uso contínuo de uma servidão aparente, sem justo título, pelo prazo de 20 anos. Uso esporádico do trecho do imóvel do réu, em razão de ato de mera tolerância e permissão que não gera pretensão possessória. Recurso desprovido” (Ap. 991.06.012574-9, 17-1-2012, Rel. Walter Fonseca).

“Apelação cível. Propriedade e direitos reais sobre coisas alheias. Reivindicatória. Servidão de luz. Abertura de janelas a menos de metro e meio do limite da propriedade lindeira. Ausência de oposição no prazo de ano e dia. Omissão que não inibe o proprietário de edificar nos limites de sua propriedade. Redação do art. 1.302 do Código Civil atual que não alterou o disposto no § 2º do art. 573 do Código Civil de 1916. A ausência de oposição, pelo proprietário, no prazo de ano e dia, à abertura de janela com inobservância do limite legal, tem o efeito de obstar o direito ao desfazimento da obra. Todavia, a omissão não o inibe de edificar nos limites de sua propriedade, ainda que eventualmente acarrete vedação de claridade ao vizinho. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, assim como deste Órgão Fracionário. Servidão aparente. Exercício contínuo e incontestado, pelo prazo legal, não comprovado. Ausência de justo título. Exegese do parágrafo único do art. 1.379 do Código Civil. Uso contínuo de passagem de luz, pelo prazo de lei, não demonstrado. Pedido de uniformização de jurisprudência. Art. 476 do CPC. Desacolhimento. O pedido de uniformização de jurisprudência constitui faculdade do julgador, não lhe sendo obrigatória a sua arguição, ainda que verificada divergência de entendimento na jurisprudência das diversas Câmaras do Tribunal. Conveniência e oportunidade da medida não constatadas. Precedentes. Recurso de apelação ao qual se nega provimento. Unânime” (– Acórdão Apelação Cível 70043172451, 30-6-2011, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá).

“Recurso especial – Processual Civil – Civil – Posse – Esbulho – Pedido de reintegração de posse de aqueduto cumulado com perdas e

danos – Servidão de passagem de água – Julgamento extra petita – Provimento diverso do deduzido, com fundamento no princípio da função social da propriedade e condenação em indenização em favor dos réus – Nulidade Reconhecida – Recurso especial provido – 1- Constata-se, na hipótese, a ocorrência de julgamento extra petita, pois foram alterados, pela eg. Corte local, o pedido e a causa de pedir constantes da inicial. O pedido na ação possessória era de reintegração de posse, com indenização de danos materiais, em face de esbulho cometido pelos réus. O julgamento, por maioria, contrário à sentença e ao voto do relator originário, julgou procedente a ação possessória, como se fosse ordinária, para reconhecer o direito de utilização do canal pelos promoventes, em razão da função social da propriedade, e em vista do escoamento natural das águas, desde que os autores indenizem os demandados. 2- Nesse contexto, tem-se violação aos arts. 459 e 460 do Código de Processo Civil, o que conduz à nulidade dos acórdãos da apelação e dos embargos infringentes. 3- Recurso especial provido” (– REsp 1.426.239 – (2012/0182682-3), 3-2-2016, Rel. Min. Marco Buzzi).

“**Agravo de instrumento** – ação de reintegração de posse – servidão de passagem aparente, de uso normal – Inconformismo contra decisão que indeferiu pedido de realização de prova pericial. Comunicação de desistência do recurso interposto. Homologação. Agravo prejudicado” (AI 2025153-79.2015.8.26.0000, 24-4-2015, Rel. Silveira Paulilo).

“**Apelação.** Ação possessória. Reintegração de posse. **Servidão de passagem.** Aparente e contínua. Desnecessidade do encravamento do bem imóvel. Prática de esbulho. Proteção possessória resguardada. Súmula 415 do STJ. Manutenção da sentença. Embora não titulada, restou comprovada a existência de servidão de trânsito aparente e contínua por muitos anos. A posse, efetivamente, é antiga. Praticado o esbulho pelos recorrentes, faz-se necessária o resguardo da proteção possessória. Recurso não provido” (Ap. 9085756-09.2009.8.26.0000, 15-5-2013, Relª Sandra Galhardo Esteves).

“**Servidão** – Ação negatória de servidão cumulada com pedido de reintegração de posse. Alegação de precariedade da posse dos réus. Hipótese em que se cuida de servidão instituída por ato humano, o que dispensa o seu registro. Proteção possessória assegurada aos usuários da passagem, ainda que não titulada, porque se tornou permanente. Prova de que a servidão vinha sendo utilizada pelos réus há mais de dez anos, de maneira contínua e aparente. Consideração de que as servidões aparentes e contínuas, estabelecidas por ato humano, tornam-se permanentes e importam em direito real sobre coisa alheia, independentemente de sua transcrição no registro de imóveis. Servidão de passagem preservada. Reintegração de posse negada. Pedido inicial julgado improcedente. Sentença mantida. Recurso improvido” (– Ap. 991.07.090131-8, 19-8-2011, Rel. João Camillo de Almeida Prado Costa).

“**Apelação** – Interdito possessório – Reintegração – **Servidão contínua e aparente** (água canalizada) – Usucapião – Ato constitutivo – Domínio ambiental – Medidas cabíveis – I. Cabível o manejo de interdito possessório para proteção de servidão contínua e aparente (fluxo de água), máxime quando demonstrado não disporem os autores de outra fonte de água potável. II. Para serem estabelecidas e protegidas por ação possessória as servidões contínuas e aparentes independem de transcrição no registro imobiliário do ato constitutivo. III. Suscetível de aquisição por usucapião o uso contínuo e ininterrupto de água, publicamente e com ânimo de de prédio dominante, por tempo superior a 20 anos. No entanto, o reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor do interessado somente é cabível via de ação própria, uma vez caracterizados os requisitos legais. IV. A preservação do domínio ambiental depende de efetivas providências das autoridades administrativas competentes, mormente por parte do órgão do MP. Apelação conhecida e provida” (– Acórdão 89362-0/188 – (200501088576), 20-3-2011, Rel. Carlos Alberto Franca).

“**Apelação cível** – Servidão aparente – Rede de esgoto – Desnecessidade de registro – Reparação do dano com obrigação de fazer e indenizações por dano moral e material devidas. I – O uso prolongado e sem oposição de passagem por mais de vinte anos, manifestado por atos visíveis, conduz à ilação de que há servidão de passagem. II – Caracterizando a servidão aparente duradoura e ininterrupta, o registro na escritura pública de compra e venda do imóvel, não se faz necessário, podendo a proteção possessória ser albergada, conforme enunciado da Súmula 415 do STF. III – Demonstrado o dano causado aos autores com a destruição de seu encanamento de esgoto pelos apelantes, a reparação do dano é medida que se impõe. Apelação conhecida, mas improvida” (– Acórdão 200990414426, 30-6-2011, Rel. Delintro Belo de Almeida Filho).

“**Ação ordinária – Servidão de passagem** – Ausência de prova documental – Passagem Forçada – Existência de acesso alternativo ao imóvel – Inexistência de prédio encravado – Mera Tolerância do proprietário – Sentença mantida – A constituição da servidão de passagem depende de manifestação expressa dos interessados, ou seja, do proprietário do prédio dominante e serviente. Uma vez comprovado nos autos a existência de outra via de acesso à propriedade da parte autora, que se utiliza da passagem do imóvel vizinho por mera comodidade, não há de ser deferida a proteção possessória da passagem forçada” (AC 1.0592.13.000595-8/001, 10-6-2014, Rel. Wanderley Paiva).

“**Direito processual civil e civil – Passagem forçada** – Requisitos inexistentes – Recurso desprovido – 1 – No presente caso o imóvel do recorrente-demandante não se encontra encravado e ainda existe possibilidade de rota alternativa. Logo, não estão preenchidos os requisitos legais ao reconhecimento do direito de passagem forçada. Precedente: Direito processual civil e civil. Justiça gratuita.

Preparo. Ação de reintegração de posse. Servidão de passagem. Ausência de comprovação. Passagem forçada. Requisito. Prédio encravado. O recolhimento do preparo recursal é ato incompatível com a presunção de pobreza no sentido legal que milita em favor da parte. A servidão não se presume, dependendo da comprovação de sua constituição pelos meios legais. O reconhecimento do direito de passagem forçada pressupõe a existência de imóvel encravado, sem outra alternativa de acesso à via pública. 2 – Assim, deve ser mantida a sentença. Recurso não provido. 3 – Sem custas processuais e honorários advocatícios. 4 – Súmula de julgamento que, nos termos do art. 46, segunda parte, da Lei nº 9.099/95, serve de acórdão” (– Rec. 524/2012-4 – (52537/2012), 4-6-2012, Rel. Angelo Antonio Alencar dos Santos).

“**Civil e processual civil** – Apelação – Ação de passagem forçada – Encravamento do imóvel – Requisito necessário presente – Servidão de passagem – Instituto diverso e irrelevante – Encravamento causado pelo próprio proprietário – Desinfluência – Silêncio da lei – Direito à indenização cabal pelos danos que a passagem acarretar à propriedade do vizinho constrangido – Obrigação – Recursos conhecidos e não providos. – Para se obter o direito à passagem forçada, nos termos do art. 1.285 do Código Civil, faz-se necessário que o imóvel esteja encravado, vale dizer, sem acesso à via pública, nascente ou porto. – A servidão de passagem não se confunde com o direito à passagem forçada. Aquela é um direito real sobre coisa alheia, instituído justamente para aumentar a comodidade e a utilidade do prédio dominante. Já a passagem forçada decorre das relações de vizinhança e consiste num ônus imposto à propriedade de um vizinho para que o outro possa ter acesso à via pública, a uma nascente ou a um porto. – A lei não estabelece qualquer ressalva quanto ao modo pelo qual se deu o encravamento do imóvel, bastando que este assim esteja para que haja o deferimento da passagem forçada. – Os danos que a passagem forçada causar ao vizinho constrangido serão cabalmente indenizados, nos termos do do art. 1.285 do Código Civil de 2002. – Recursos conhecidos e não providos” (– Acórdão Apelação Cível 1.0040.96.002075-4/001, 19-3-2010, Rel. Des. Márcia de Paoli Balbino).

“Agravado de instrumento – **Ação confessória** com pedido liminar de reintegração de posse de servidão de passagem – Liminar concedida para autorizar a reintegração da autora na posse da estrada rural descrita à inicial – Juízo que determinou a impossibilidade de modificação do percurso e o respeito à cerca existente, sob pena de multa – Alegação dos réus de descumprimento da determinação judicial – Pedido de revogação da liminar ou majoração da multa imposta – Indeferimento em primeiro grau – Insurgência dos réus – Não acolhimento ausência de prova inequívoca de danos permanentes à cerca e às árvores existentes no local – Ausência de prejuízo aos agravantes no caso concreto – Verossimilhança das alegações e perigo da demora não configurados – Decisão mantida – Agravo desprovido” (– AI 1532966-1, 22-7-2016, Rel. Des. Tito Campos de Paula).

“**Apelação cível** – Ação ‘confessória de servidão (passagem forçada), com pedido de liminar’ – Inspeção judicial , com a presença do magistrado – Constatação da existência de via de acesso alternativa – Direito de propriedade – O instituto da passagem forçada visa garantir que a propriedade rural ou urbana tenha saída para via pública. Constatada a existência, através de inspeção judicial realizada , na qual esteve presente o magistrado , a existência de outra estrada, ainda que imponha um percurso um pouco maior, não se pode admitir a manutenção de prejuízo à parte, por ofensa ao direito de propriedade, somente para permitir a facilidade de trânsito de alguns interessados. Impulso conhecido e desprovido. Sentença mantida” (– AC 201093918705, 14-2-2014, Rel. Wilson Safatle Faiad).

“**Reintegração de posse – Pretensão dos autores fundada em servidão de passagem** – Alegação de que os réus estreitaram a passagem – Revelia. Presunção de veracidade, que, no entanto, não conduz à procedência da pretensão possessória – Julgamento da demanda no estado. Inadmissibilidade – Fatos não esclarecidos. Necessidade de instrução, no interesse de dirimir se a passagem foi embaraçada ou apenas restringida às necessidades do prédio dominante – Exegese dos arts. 1.383 e 1.385, ambos do Código Civil – Instrução deficiente – Recurso provido e sentença anulada” (– Acórdão Apelação Cível 9119077-35.2009.8.26.0000, 8-2-2012, Rel. Des. Cerqueira Leite).

“**Interdito proibitório** – Servidão de passagem – Caminho alternativo – Turbação comprovada – De acordo com os arts. 932 e 933, do Código Civil, destina-se o interdito proibitório a inibir atos de agressão à posse, passíveis de se caracterizarem em turbação ou esbulho. Servidão de passagem que, apesar de não ter se fundado em justo título, foi permitida por mais de cinquenta anos, de forma aparente e permanente, merecendo proteção possessória. Aplicação da Súmula do STF nº 415. A alegação da existência de caminho alternativo em benefício dos imóveis dominantes não afasta a servidão de passagem quando comprovada sua incapacidade em atender as mesmas finalidades do bem serviente. Inteligência do art. 1.383, do Código Civil. Servidão de passagem e justo receio de moléstia na posse dos apelados evidenciada pela construção de cercas de arame, em estreitamento da via de acesso aos imóveis dominantes, obstando o tráfego de veículos e pessoas” (– Acórdão 0086052010, 1-4-2011, Rel. José Stélio Nunes Muniz).

“**Possessória – Direito de passagem**, improcedência decretada em 1º grau – Decisão reformada – Servidão aparente configurada, à luz do conjunto probatório, a qual merece proteção possessória. A remoção de servidão antiga, conquanto admissível, nos termos do art. 1.384 do Código Civil, não pode ser feita unilateralmente. A situação anterior deve ser restaurada. Recurso provido” (– Ap.

“Apelação cível. Propriedade e direitos reais sobre coisas alheias. Reivindicatória. **Servidão de luz.** Abertura de janelas a menos de metro e meio do limite da propriedade lindeira. Ausência de oposição no prazo de ano e dia. Omissão que não inibe o proprietário de edificar nos limites de sua propriedade. Redação do art. 1.302 do Código Civil atual que não alterou o disposto no § 2º do art. 573 do Código Civil de 1916. A ausência de oposição, pelo proprietário, no prazo de ano e dia, à abertura de janela com inobservância do limite legal, tem o efeito de obstar o direito ao desfazimento da obra. Todavia, a omissão não o inibe de edificar nos limites de sua propriedade, ainda que eventualmente acarrete vedação de claridade ao vizinho. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, assim como deste Órgão Fracionário. Servidão aparente. Exercício contínuo e incontestado, pelo prazo legal, não comprovado. Ausência de justo título. Exegese do parágrafo único do art. 1.379 do Código Civil. Uso contínuo de passagem de luz, pelo prazo de lei, não demonstrado. Pedido de uniformização de jurisprudência. Art. 476 do CPC. Desacolhimento. O pedido de uniformização de jurisprudência constitui faculdade do julgador, não lhe sendo obrigatória a sua arguição, ainda que verificada divergência de entendimento na jurisprudência das diversas Câmaras do Tribunal. Conveniência e oportunidade da medida não constatadas. Precedentes. Recurso de apelação ao qual se nega provimento. Unânime” (– Acórdão Apelação Cível 70043172451, 30-6-2011, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá).

“Apelação cível. Ação de reintegração de posse cumulada com tutela antecipada estrada rural acesso a reflorestamento – Servidão de passagem aparente não titulada direito real acessório utilização precária e posse viciada requisitos não comprovados ônus da prova da autora (art. 333, I, CPC) posse não caracterizada em seus requisitos – Imóvel não encravado mera comodidade que não justifica a manutenção do encargo ao prédio serviente – Existência de outro acesso antigo com menor extensão litigância de má-fé comprovada doutrina e precedentes jurisprudenciais – Sentença confirmada apelo desprovido” (– Acórdão 0566863-9, 17-3-2011, Rel. Juiz Conv. Subst. Fabian Schweitzer).

“Reintegração de posse – Captação de água em imóvel vizinho – **Natureza de servidão** – Proteção possessória – Extinção. Caracterizada a servidão nos termos do artigo 1.379, parágrafo único, do Código Civil, atribui-se ao titular do imóvel dominante a proteção possessória correspondente. Em se tratando de captação de água em imóvel alheio, a existência de outras fontes no imóvel dominante não extingue por si só a servidão, salvo se atendidas as condições do artigo 1.389 do estatuto civil. Recurso a que se nega seguimento na forma do do artigo 557 do Código de Processo Civil por manifesta improcedência” (Apelação Cível 0000078-31.2001.8.19.0009, 22-9-2011, Rel. Des. Maria Henriqueta Lobo).

“Agravo de instrumento – Ação de manutenção de posse – **Servidão de passagem** – Passagem forçada – Distinção – Exercício incontestado e contínuo – Art. 1.379 do CC – Colocação de cadeado em porteira – Entrega da chave – Turbação – Requisitos do art. 927 do CPC – Comprovação – Manutenção da situação que se prolongou no tempo – Recurso improvido – 1 – O direito real de servidão de trânsito, ao contrário do direito de vizinhança à passagem forçada, prescinde do encravamento do imóvel dominante, consistente na ausência de saída pela via pública, fonte ou porto (REsp 223.590/SP). 2 – O art. 1.379 do CC estabelece que ‘o exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião’. 3 – Para o deferimento de mandado liminar de manutenção de posse, deve o interessado provar a sua posse, a turbação praticada por terceiros, a data da turbação e a continuação da posse, embora turbada (art. 927 do CPC). 4 – Quando as alegações das partes se encontram amparadas em conjunto probatório que comprove, ao menos em cognição sumária, o efetivo direito de servidão de passagem, é razoável a manutenção da situação que se prolongou ao longo do tempo, notadamente quando existem atos de tolerância (entrega da chave do cadeado). 5 – Recurso improvido” (AI 57119000024, 3-8-2011, Rel. Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama).

“Apelação cível – Ação de cancelamento de servidão. Princípio da identidade física do juiz. Juiz da instrução promovido. Artigo 1.388, II, Código Civil – Honorários de sucumbência – ‘Quantum’ fixado – Voto vencido. Havendo a promoção do juiz da instrução, dá-se afastamento que justifica a desvinculação do que presidiu a instrução, podendo ser a sentença proferida por outro. É ônus do dono do prédio serviente a prova de que cessou a utilidade ou a comodidade da servidão que se pretende cancelar. A turbação do prédio serviente por aqueles que utilizam a servidão, por si só, não constitui causa para o seu cancelamento. As péssimas condições do ‘acesso alternativo’ revela que não perdeu o sentido a permanência da servidão, sendo ônus do serviente a prova de que a nova passagem é mais cômoda em termos de distância a ser percorrida. Fica ao arbítrio do magistrado a fixação da verba honorária, devendo, entretanto, ser observadas a natureza e a complexidade da causa. Preliminar rejeitada e recurso parcialmente provido. V.V.: A ausência de condenação impõe que os honorários de sucumbência sejam fixados pelo § 4º, artigo 20, CPC. Os modelos de equidade aplicam-se à fixação dos honorários de sucumbência e servem para impor padrões às decisões judiciais, contribuindo, assim, para que se possa reduzir o grau de arbitrariedade do intérprete na criação da norma individual. A preservação da dignidade da sua remuneração de caráter alimentar, em patamar compatível com a posição constitucional do advogado de função essencial à administração da justiça é fator que se impõe na

aplicação da equidade na fixação dos honorários de sucumbência tendo em vista que seu aviltamento atinge reflexamente a dignidade do exercício da função jurisdicional (Des. Cabral da Silva)” (– Acórdão Apelação Cível 1.0702.04.186511-5/001, 3-8-2010, Rel. Des. Cabral da Silva).

“**Reivindicatória** – Usucapião alegado como defesa – Preliminares de ilegitimidade passiva e de prescrição rejeitadas – Os autores são proprietários do imóvel confinante, em face dos quais foi promovida a ação – Parte legítimas, – Prescrição aquisitiva não consumada – O prazo da usucapião extraordinária era de vinte anos (art. 550 do Código Civil de 1916, vigente à época) – A servidão entre os prédios dos réus extinguiu-se pela reunião nas mesmas pessoas do domínio (art. 710, I, do Código Civil de 1916, repetido pelo art. 1.389, I, do Código Civil de 2002) – O cancelamento da servidão se registrada, é providência de caráter administrativo, que pode ser requerida a qualquer tempo – Ação ordinária de reivindicação de imóvel rural procedente – Recurso improvido” (– Acórdão Apelação Cível 564.304-4/6-00, 9-12-2010, Rel. Des. Paulo Razuk).

20

USUFRUTO. USO. HABITAÇÃO

20.1 CONCEITO DE USUFRUTO. NOTÍCIA HISTÓRICA

20.2 NATUREZA JURÍDICA. CARACTERÍSTICAS, FINALIDADES E OBJETO. USUFRUTO IMPRÓPRIO. CONSTITUIÇÃO E TRANSCRIÇÃO. ACESSÓRIOS



20.3 AFINIDADE E DISTINÇÃO COM OUTROS INSTITUTOS. USUFRUTO E FIDEICOMISSO. USUFRUTO SUCESSIVO

20.4 MODALIDADES. USUFRUTOS ESPECIAIS

20.6 DIREITO DE ACRESCER ENTRE USUFRUTUÁRIOS

20.7 DIREITOS DO USUFRUTUÁRIO

20.8 DEVERES DO USUFRUTUÁRIO

20.9 DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO NU-PROPRIETÁRIO

20.10 USUFRUTO DE PESSOA JURÍDICA E SOBRE PATRIMÔNIO

20.11 EXTINÇÃO DO USUFRUTO

20.12 DIREITO REAL DE USO

20.13 DIREITO REAL DE HABITAÇÃO

20.14 AÇÕES DECORRENTES DE USUFRUTO, USO E HABITAÇÃO

21

RENDAS CONSTITUÍDAS SOBRE IMÓVEIS (LEITURA ADICIONAL)

O Código de 1916, ao tratar das rendas constituídas sobre imóveis, não definiu esse negócio jurídico, porque seu conceito decorre do contrato de constituição de renda, então disciplinado pelos arts. 1.424 a 1.431. O Código de 2002 apenas trata o instituto como direito obrigacional, não mais admitindo o direito real dele decorrente (arts. 803 a 813). Como esta ainda é, e por algum tempo ainda será, uma obra de transição, como temos enfatizado, mantemos, por ora, o estudo da matéria neste capítulo. Ocupamo-nos mais detidamente do instituto, como contrato, no volume dedicado aos contratos. Advirta-se, porém, que toda a base de nossa redação neste capítulo toma como fundamento o Código de 1916, uma vez que eventuais rendas constituídas sobre imóveis sob o Código anterior permanecem válidas até sua extinção.

Sob o aspecto de direito real, foi largamente utilizado no passado como forma de aplicação de capitais, tornado obsoleto na atualidade não somente em razão do fenômeno inflacionário, mas também em razão da adoção de novos institutos jurídicos que suprem suas finalidades com maior vantagem.

A constituição de renda, embora não ignorada em Roma, somente se desenvolveu em época mais recente, quando a Igreja interveio para evitar a usura. Pelo _____, o alienante de um prédio ou capital reservava para si os frutos, sob a forma de prestação anual perpétua. Pelo denominado _____, alguém se obrigava à prestação anual a ser paga pelo adquirente e sucessores, mediante o recebimento de certo capital. Quando essa obrigação gravava um prédio, era de natureza perpétua; jamais poderia ser remida ou resgatada. Distingua-se o mútuo da constituição de renda, pois nesta última hipótese não havia obrigação de restituir a coisa, como no primeiro.

Esse instituto surge em época da história em que pessoas não se encontravam habilitadas a gerir seus negócios, entregando seus bens a terceiros, para auferir unicamente a renda.

As características básicas do direito pessoal são mantidas, quando convertido o negócio em direito real.

Ao comentar o art. 1.424 do Código Civil de sua autoria, Clóvis definiu-a como

O credor é denominado _____ ou _____. O titular do bem vinculado denomina-se _____ ou _____.

O negócio somente se convertia em direito real, no sistema do Código anterior, se registrado no cartório imobiliário; caso contrário, continuaria sendo regido como negócio com efeitos unicamente obrigacionais.

Como direito obrigacional, o objeto do capital pode ser tanto bens móveis, quanto imóveis. O rendeiro obriga-se a prestações em favor do credor, de forma periódica.

Desse modo, pelo direito brasileiro, pode ser constituída renda ou prestação periódica, em benefício próprio ou alheio, mediante a entrega de certo capital, em imóvel ou dinheiro, a quem se obriga a satisfazê-la. Nada impede que se contrate sobre bens móveis que não dinheiro, quando então o negócio será atípico, mas não vedado.

A constituição de renda pode decorrer de negócio gratuito ou oneroso, por ato entre vivos ou _____. O art. 753 do Código de 1916 disciplinava que:

Desse modo, o efeito da _____ do direito sucessório não tem o condão de obrigar terceiro, uma vez que a eficácia real desse legado testamentário somente é alcançada com a averbação. Antes do registro, porém, já existe o direito determinado no testamento em favor do credor.

Instituída a título gratuito, trata-se de negócio unilateral assimilável à doação. Como contrato oneroso, é negócio jurídico bilateral, assimilável à compra e venda e ao empréstimo, do qual se extraem aspectos interpretativos. Note que o Código de 2002 mantém essa orientação tradicional, permitindo o contrato como negócio gratuito ou oneroso (arts. 803 e 804).

Somente pode assumir o caráter aleatório na modalidade onerosa, mormente porque a incerteza decorre do desconhecimento da data da morte do beneficiário, o credor, se fixada vitaliciamente. Embora o art. 1.424 se referisse à constituição _____, esse termo pode ser certo, ou incerto, como a morte do beneficiário (Lopes, 1964, v. 6:374).

Veja o que comentamos, ao tratar do contrato, quanto ao art. 806 do presente Código: o negócio pode ser estabelecido a prazo certo, ou por vida, podendo ultrapassar a vida do devedor, mas não a do credor, seja ele o contratante, seja terceiro.

Discute-se se esse contrato é real, isto é, se para se aperfeiçoar há necessidade de entrega da coisa, dinheiro ou imóvel, ao obrigado. O art. 1.424 mencionava que o contrato aperfeiçoa-se pelo acordo de vontades, sem a entrega da coisa, a satisfazer a obrigação. Há que se entender que essa entrega era consequência do contrato, o qual já se concretizava com o simples pacto de vontades. Não se trata de avença em que a entrega da coisa é essencial, sem a qual não existe o contrato, como no depósito, por exemplo.

Se tivesse por objeto imóvel, a escritura pública era essencial para o registro, sob pena de o direito ficar restrito ao âmbito obrigacional. O Código de 2002, apesar de não mais erigir o negócio como direito real, exige a escritura pública em qualquer situação (art. 807).

Modernamente, é insustentável a não incidência de correção monetária em qualquer obrigação, o que se aplica evidentemente à constituição de renda, sob pena de ocorrer injusto enriquecimento. Não fixada indexação no contrato, incumbe ao juiz concedê-la nos termos mais apropriados à realidade da época.

Importa agora fixar unicamente os princípios que regem o direito real, deixando maiores detalhes do contrato para quando de seu estudo em espécie.

As modalidades de constituição são as decorrentes do direito negocial: por contrato, gratuito ou oneroso, ou por ato de última vontade. Tratando-se de direito real, a escritura pública ou o formal de partilha (ou adjudicação) devem ser levados a registro. Até o registro, a relação entre rendeiro e rentista era obrigacional. Não há necessidade de que o pacto tenha exclusivamente a finalidade de constituir renda; pode vir adjecto a outro negócio. O que importa são seus elementos constitutivos.

Embora para sua constituição as normas aplicáveis sejam as do contrato de constituição de renda, importa diferenciar aspectos que desaproximam ambos os institutos. Nesse direito real limitado, o titular não usa nem goza do prédio alheio. Não lhe tem a posse. Apenas direito ao recebimento de quantia periódica. A renda constituída sobre imóvel tem analogia com os direitos reais de garantia, mas com eles não se confunde. No penhor e na hipoteca, há débito primitivo garantido pela coisa. Na renda sobre imóvel, o débito decorre da própria coisa, não é garantidor de débito estranho ao próprio negócio. A renda é prestação e não garantia. Apresenta também analogia com a enfiteuse, na qual existe o pagamento de foro, mas esta é sempre perpétua, o que não ocorre com a renda.

A renda grava o imóvel e seus acréscimos, como construções, melhoramentos e acessões.

Quando se trata de direito real constituído sobre coisa alheia, o imóvel ficava adstrito ao devedor sob vínculo real. A lei permitia que a obrigação se transformasse em direito real, dentro do princípio do registro por nós enfocado neste livro. O contrato nesse aspecto, assim como o contrato de compra e venda para a propriedade imóvel, servia de veículo, de instrumento, para ser atingido o direito real. Esse se concretizava com o registro. Até então, a relação jurídica é tratada no campo obrigacional.

Tornava-se clara a característica de direito real, quando o art. 749 determinava que, na hipótese de desapropriação do prédio sujeito a constituição de renda, ou de indenização securitária por sua perda, o ônus real sub-rogar-se-ia no preço, a ser utilizado para aquisição de outro imóvel, para o qual se transfere a obrigação; ou seja, o gravame real continuaria a incidir sobre o preço que substituiu a coisa.

Da mesma forma, como consequência do direito de sequela, nada impedia que o prédio gravado com renda fosse alienado, mas o gravame continuaria para seu adquirente:

(art. 750).¹

Instituíam-se obrigação decorrente de um imóvel. O credor tinha direito de sequela, enquanto a obrigação do devedor era ambulatoria, isto é, onerava quem fosse o proprietário da coisa. Decorria da circunstância de o sujeito ser proprietário do imóvel.

Como percebemos, tratava-se de efetivo direito real por disposição legal e não de obrigação reipersecutória ou que pode decorrer de simples fatos ou atos, não descritos na lei.

Alguém poderia atribuir prédio próprio à constituição de renda em favor de um terceiro. Constituíam o ônus em benefício alheio.

O instituto ora estudado não era de ser admitido como direito perpétuo, como entendia a maioria da doutrina, quando muito vitalício em favor do credor, em que pesem opiniões em contrário. De fato, o art. 803 do vigente Código apesar de se referir ao tempo determinado do contrato, não fixara prazo máximo. O sistema de direitos reais de gozo sobre coisa alheia não permite conclusão de que esse prazo fosse superior à vida do beneficiário, o que seria, no passado, contrário ao sistema no campo de nosso ordenamento dos direitos reais limitados de gozo, e, modernamente, como anacronismo insuportável perante a função social da propriedade, não bastasse o anacronismo do próprio instituto. A morte do devedor, por seu lado, salvo disposição expressa, não extinguia a obrigação, que era constituída sobre o imóvel e não sobre a pessoa do devedor. A morte do credor extinguirá o direito na renda constituída vitaliciamente, não a morte do proprietário, como regra geral, pois o gravame continua sobre a coisa. Esse sentido é expressamente referido, como vimos, no corrente Código Civil.

O grande inconveniente dessa modalidade residia na hipótese de o credor viver muito tempo, o que manterá intacto o gravame. Observava Orlando Gomes (1983:294) que,

. Pontes de Miranda (1971, v. 19:404), por sua vez, entendia que o direito real de renda pode ser perpétuo, possibilitando, porém, a lei seu resgate a qualquer tempo. Sustentava o autor que apenas o direito de constituição de renda decorrente de contrato é temporário.

Conclui-se, com a maioria, que, não sendo estipulado prazo no título constitutivo, a renda é vitalícia em favor do credor. Podia ser instituída também sob condição resolutiva, incabível a condição suspensiva para a existência de direitos reais, como temos defendido.

Estabelecia, portanto, a lei um direito real caracterizado por obrigação vinculada ao imóvel. A situação é excêntrica, desvinculada dos princípios gerais de nosso direito, tendo bem agido o mais recente Código ao suprimir o instituto como direito real.

Para que existisse direito real, deveria onerar imóveis. Se o capital se constituir de dinheiro, outros valores fiduciários ou outros bens, a situação é exclusivamente obrigacional. O imóvel era o suporte das prestações e não exatamente o devedor ou o proprietário.

O direito de renda é inafastável. Permite que o devedor pague capital suficiente, em dinheiro, para que renda o valor estipulado, assegurando ao credor renda equivalente à taxa legal de juros, extinguindo assim o direito real. É disposição de ordem pública (art. 751), permitindo o cancelamento do ônus no registro imobiliário. Durante época de inflação recrudescida, imagine a dificuldade e inconveniência desse artifício.

O credor da renda pode ser o próprio instituidor do direito real, ou seja, o proprietário do prédio gravado, ou terceiro, em benefício de quem é instituída. O imóvel garante-a.

Desse modo, o credor pode promover a excussão sobre ele, por meio da execução, tal como faria o credor hipotecário. Como é titular de direito real, é credor privilegiado no caso de falência ou concurso de credores (art. 752).

No caso de desapropriação ou pagamento de seguro, o credor tem direito de exigir que o rendeiro adquira novo imóvel, sobre o qual incidirá o gravame. Enquanto não adquirido, o credor tem direito aos juros do capital. Note que a correção monetária integra o capital e não é considerada rendimento.

Ao devedor-rendeiro atribui-se a obrigação fundamental de pagar o valor estipulado periodicamente. Se são vários os proprietários do imóvel, ou porque assim já constava originalmente, ou porque transmitido o prédio a vários sucessores,

(art. 754). A prestação continua indivisível, competindo aos comunheiros que regressivamente acertem seus respectivos créditos proporcionadamente. O condomínio não afeta o gravame.

A renda constituída sobre imóvel, como vimos, não o retirava do comércio, apenas gravava o direito de propriedade do adquirente. Este ficava obrigado até mesmo ao pagamento das parcelas vencidas antes da alienação, com direito regressivo contra quem lhe transmitira.

O direito de renda (art. 751), como visto anteriormente, é direito inafastável do devedor, modalidade peculiar de extinção desse direito real.

Extingue-se a renda sobre imóvel alheio também com o cancelamento constante do título, se limitada, com o cancelamento. A

morte do devedor pode extinguir o direito, se assim constar expressamente do título. A

também é meio idôneo de extinção, bem como a credor. Cumpre em todas as hipóteses cancelar o gravame no registro imobiliário.

A extingue o direito quando não ocorre sub-rogação no preço, nas hipóteses do art. 749, por desaparecimento do objeto.

A simples consolidação da propriedade e do direito de renda não faz desaparecer o direito, mas o cancelamento averbado no registro imobiliário.

A extinguirá o direito real de renda no prazo em que prescrevem os direitos reais (Pereira 1993:215), embora haja quem o entenda imprescritível (Wald, 1991:217). A inércia do titular pelo prazo de prescrição de direitos reais, quer-nos parecer, é causa extintiva do direito, em consonância com a interpretação sistemática de nossa lei imobiliária. Ainda que assim não se entenda, o direito de cobrança das parcelas após vencidas prescreve no prazo de cinco anos (art. 178, § 10, II), sendo que o diploma legal de 2002 diminui esse prazo para três anos (art. 206, § 3º, II). Desse modo, as prestações podem tornar-se inexigíveis, sem que o direito real desapareça.

A usucapião do imóvel, por outro lado, é incompatível com o direito de renda. Se o credor detém, por qualquer razão, a posse da coisa, sua prescrição aquisitiva nada tem a ver com o instituto, mas prende-se aos princípios gerais da usucapião. Pelo direito real de renda, o titular-credor não tem a posse da coisa.

Lembre-se ainda das hipóteses de do devedor, como causas extintivas, quando o bem é arrecadado.

Quando decorrente de doação, a pode extinguir o direito, nos termos dos arts. 562 e 557.

Nada obsta que o devedor alegue

A extinção também pode decorrer de sentença que decrete ou reconheça a inexistência do direito de renda. O Código de 2002 nem mesmo se preocupou com norma transitória a respeito desse instituto, tal o seu desuso.

Supondo que ainda remanesça algum negócio dessa natureza com eficácia real, o credor de renda constituída sobre imóvel tem ação executória para cobrança das parcelas, pois o ato constitutivo é título executivo extrajudicial (art. 784 do CPC). Nada impede, porém, que opte pelo procedimento comum. Interessante observar que é possível a modalidade de constituição de capital para fazer frente a indenização sob a forma de prestações periódicas alimentares, decorrentes de ato ilícito. Trata-se, porém, de questão processual executória que não constitui direito real.

A ação declaratória sempre será possível quando se põe em dúvida a existência do direito.

Ação indenizatória por perdas e danos pode ser movida contra o dono do imóvel se o deixou perecer ou deteriorar por culpa sua.

Os meios cautelares podem ser utilizados pelo credor para impedir a deterioração do bem e assegurar o pagamento das parcelas periódicas.

Quando o credor se recusa a fornecer quitação, ou nas outras hipóteses legais, cabível será a ação de consignação em pagamento.

Sempre será possível a retificação do registro imobiliário, ainda que decorrente de procedimento meramente administrativo, como, por exemplo, a correção de dados sobre o imóvel ou sobre a própria natureza do direito de constituição de renda, quando averbado sob outra denominação.

Quando o valor da coisa sujeita à renda se sub-roga em preço, como na desapropriação, o credor tem, em princípio, ação de preceito cominatório contra o rendeiro para que adquira outro imóvel.

“Habilitação de crédito – Imóvel arrematado em hasta pública – Execução promovida pelo credor hipotecário – Constituição de renda sobre o imóvel arrematado pelo filho censuista – Instituto da hipoteca não se confunde com o da constituição de rendas sobre determinado bem – Direito real que se reveste do atributo de sequela, pelo qual a credora da renda pode cobrar a quantia devida do arrematante do imóvel, ficando ele com direito de em ação regressiva exigir o pagamento da quantia entregue a censuista a teor do disposto no artigo 750 do Código Civil – Credor hipotecário não adquiriu nem alienou o imóvel ao filho da autora – Inexistência de instauração de concurso de credores nos autos pertinentes – Recurso desprovido – Deserção do recurso prejudicada bem como condenação no pagamento das custas processuais pela concessão dos benefícios da assistência judiciária – Lei nº 1.060/50” (– Ap. Cível 120.877-4, 10-11-99, 7ª Câmara de Direito Privado – Rel. Júlio Vidal).

22

PROMESSA DE COMPRA E VENDA COM EFICÁCIA REAL. DIREITO DO PROMITENTE COMPRADOR

22.1 ORIGENS. CONCEITO

22.2 NATUREZA JURÍDICA

22.3 ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA



22.4 LINEAMENTOS GERAIS DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA

DIREITOS REAIS DE GARANTIA

A compreensão dos direitos reais de garantia, tal como hoje conhecemos, passou por longa evolução. A princípio, a garantia não se desvinculava da própria pessoa do devedor, até que depois passasse seu patrimônio a responder pelas dívidas. Longa construção prática e doutrinária foi necessária para que a garantia se ligasse a um bem, com eficácia de direito real, _____, não vinculando estrita e unicamente o devedor, mas a 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.

A mais antiga modalidade de garantia encontrada nas fontes é a _____. Por esse negócio, o devedor transferia a propriedade aos credores, pela _____ ou _____, a fim de garantir o cumprimento de obrigação, mediante um pacto de restituição da coisa (_____), quando da extinção da dívida (Alves, 1983, v. 1:429).

Pela fidúcia, a coisa era efetivamente transferida ao credor, não existindo o conceito moderno de direito sobre coisa alheia. Cuidava-se, portanto, de uma alienação assecuratória. 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 _____ a devolver a coisa, bem como o valor que excedesse a dívida (_____) (Miranda, 1971, v. 20:4). O credor somente poderia ficar com o objeto, se estabelecesse pacto comissório, hoje condenado, que lhe permitia repelir a _____ como meio de defesa. Com frequência, porém, estabelecia-se que o devedor permaneceria com a posse. Nessa hipótese, funcionava em seu favor uma modalidade excepcional de usucapião, a _____. Nela, o devedor recuperava a propriedade da coisa móvel ou imóvel, se a possuísse durante um ano. Para evitar esse inconveniente, costumava-se agregar ao negócio o pacto de _____, ou de locação, que o credor fazia em benefício do devedor. Com a fidúcia, o devedor via-se privado da coisa e todas as vantagens do negócio eram do credor. Restava-lhe apenas ação pessoal para reaver o bem, quando se extinguísse a obrigação (Chamoun, 1977:282).

Em época posterior, surge o _____, representando grande passo nos direitos de garantia, quando então se transferia a posse de coisa ao credor para garantia de dívida, até sua extinção. O devedor tinha ação para retomar a coisa, quando pagasse a dívida: não somente a ação pignoratícia, como também a

reivindicatória.

O termo indica não apenas o contrato de penhor, mas também a própria garantia entregue ao credor. Para que ficasse com a coisa no caso de inadimplemento, também se fazia necessário o pacto comissório. Com a manutenção da coisa para si, nessa hipótese, o credor satisfazia seu crédito. No negócio igualmente ingressava a fidúcia, garantia de que o credor mantivesse o bem consigo durante a persistência da obrigação. No penhor, transferia-se apenas a posse, o que o distinguia da

Se a coisa empenhada produzisse frutos, poder-se-ia estabelecer que estes serviriam para solver a obrigação, nascendo o pacto de anticrese.

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. 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.

O penhor e a hipoteca demonstram claramente sua origem comum, constituindo na verdade um único instituto, buscando idênticas finalidades.

Ao dispor acerca de garantias em torno de dívidas, nota-se que o legislador guarda um tratamento especial para essa classe de direitos reais, que se regem por uma lógica diversa, estranha aos princípios exclusivamente obrigacionais (Mamede, 2003:31). Ao mesmo tempo, a garantia, elevada à condição de direito real, rompe com a noção típica de direito real que tem seu centro gravitador na propriedade, no direito de usar, gozar e dispor.

Há uma nova modalidade de direito de garantia que é, sem dúvida, a alienação fiduciária. Com a amplitude que a legislação mais recente deu para esse negócio jurídico tanto para os móveis como para os imóveis, haverá, sem dúvida, menor utilização do penhor e da hipoteca. Veja o que falamos no capítulo respectivo.

Os direitos de penhor, hipoteca e anticrese são direitos reais limitados de garantia. São utilizados para assegurar o cumprimento de obrigação, mas com ela não se confundem. Só haverá garantia se houver o que garantir, isto é, uma dívida, uma obrigação. Do mesmo modo se diz acerca da fiança, que é garantia pessoal. Aqui tratamos das garantias reais.

Como direitos reais limitados, restringem o âmbito de atuação da propriedade, a exemplo de outros já estudados. Nos direitos de garantia, a restrição traduz-se no direito à realização de um crédito em favor de um credor. Sujeito ativo titular do direito de penhor, hipoteca e anticrese é o credor. Sujeitos passivos na verdade são todos que travam relação jurídica com a coisa, em razão da eficácia

. A publicidade, por meio do registro imobiliário quando se tratar de imóveis, confere essa eficácia real. Em cada direito de garantia a ser estudado, examinar-se-á a forma de publicidade. O penhor somente se conclui pela tradição, forma importante de publicidade para os bens móveis, embora existam situações de exceção. Sua eficácia com relação a terceiros é alcançada com o registro no cartório de Títulos e Documentos (art. 127, II, da Lei dos Registros Públicos).

O direito de garantia advém de uma relação jurídica unilateral, constituída exclusivamente em benefício do credor. A pessoa em benefício de quem se faz a garantia é o titular da obrigação garantida. Há, destarte, sempre uma obrigação subjacente por detrás de uma garantia, seja real, como aqui tratamos, seja fidejussória.

O dever do proprietário do bem gravado é suportar o ônus do titular do direito real de garantia.

Importante realçar que nesses direitos a relação obrigacional não está embutida no direito, como ocorre na renda constituída sobre imóvel. O direito pessoal de garantia remanesce, enquanto não solvida a obrigação, e o direito real, enquanto não averbada a extinção da hipoteca ou anticrese no registro imobiliário e não liberado o bem sob penhor.

(Miranda, 1971, v. 20:15).

Extinta a obrigação, ainda que não cancelado o registro, esvazia-se e perde eficácia a garantia real, ao menos entre as partes, o que demonstra seu caráter acessório, pois sua razão de ser é a existência da obrigação.

Desse modo, quando temos um bem separado e determinado do patrimônio do devedor para responder por obrigação, deparamo-nos com o fenômeno da da garantia. A regra geral é que todo o patrimônio do devedor responde por suas dívidas. Quando há direito real de garantia, um bem, isto é, individualiza-se e determina-se o que a princípio era indeterminado, respondendo ele preferencialmente por determinada dívida. Isso ocorre por motivos de oportunidade e conveniência, quando ao credor parece necessário obter maior garantia, quando a simples garantia quirografária lhe aparenta ser insatisfatória. O direito real de garantia permite ao credor obter a satisfação de seu crédito com o valor ou a renda de um bem afetado exclusivamente à obrigação. O bem dado em garantia suportará primeiramente a obrigação contraída. Trata-se do direito de . A regra geral é que o crédito com garantia real prefere o crédito meramente pessoal (art. 961). No entanto,

já no parágrafo único do art. 759 do velho Código, que estabelecia essa preferência, abria-se exceção aos salários 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 em geral e os fiscais, o Código de 2002, no dispositivo equivalente, art. 1.442, parágrafo único, excepciona, de forma geral,

Os arts. 955 a 965 cuidam das 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 exceção à regra geral (Decreto nº 22.886/33 e Lei nº 5.172/66, art. 186).

Como corolário dessa orientação legal, o ordenamento considera imóveis os direitos reais de garantia, inclusive o penhor agrícola e ações que o asseguram (art. 80, I). O Código mais recente não mais menciona o penhor agrícola no art. 80.

Deixando à margem a anticrese, em total desuso e com princípios um tanto diversos, o penhor e a hipoteca conferem direito de preferência ao credor, o da coisa para satisfazer seu crédito:

é termo de direito material. É modalidade especial de execução de bens dados em garantia pignoratícia ou hipotecária. é fazer depositar a coisa objeto dessas garantias em juízo, a fim de que seja alienada em hasta pública. Utiliza-se o termo para execução judicial relativa aos bens dados em garantia. Por essa razão, o art. 784, V, do CPC considera os contratos de hipoteca, penhor e anticrese títulos executivos extrajudiciais. Se houver mais de uma hipoteca sobre o mesmo imóvel, terá preferência quem teve prioridade na inscrição. Não se deve esquecer de que pode haver créditos de outra natureza, que tenham privilégio, precedência ou preferência antes do crédito hipotecário ou pignoratício, tais como dívidas tributárias ou trabalhistas. Desse modo, a garantia real estampada por esses direitos é apenas relativa. Sua preferência creditícia, se perde para alguns privilégios, é, no entanto, colocada acima, de qualquer modo, dos créditos quirografários, isto é, aqueles que não apresentam qualquer garantia específica, senão o patrimônio geral do devedor. Desse modo, os direitos reais de garantia já não mais representam segurança ampla para o credor, razão pela qual o ordenamento, açulado pelas instituições financeiras, tem engendrado outras fórmulas creditícias, como a alienação fiduciária.

Se o valor apurado na excussão não satisfizer a obrigação, o patrimônio geral do devedor continuará a garantir o saldo (art. 1.430). Haverá, nessa situação, um crédito quirografário.

A anticrese apresenta sistema diferente, porque o credor tem o direito de reter a coisa, enquanto a obrigação não for solvida, acrescentando o art. 1.423 que esse direito extingue-se, porém, decorridos 15

anos da data de sua constituição, com o registro imobiliário. Essa retenção traduz posse justa, autorizada pelo ordenamento. Terminará com o pagamento da dívida, ou com o decurso de prazo de 15 anos. Terminado esse prazo, desaparece a posse que representa a garantia, mas o débito pode ficar ainda em aberto. Ademais, o CPC também considera a anticrese título executivo, autorizando a execução (art. 784, V).

O direito real de garantia apresenta duplo aspecto, portanto. Determina qual o bem preferencialmente destinado à satisfação da obrigação, antes dos demais componentes do patrimônio do devedor, e o pré-exclui, como regra, do ataque de outros credores. O direito real fica, portanto, ligado à dívida.

O credor não possui direito à coisa, mas ao valor que ela proporcionar. Na hasta pública, poderá concorrer como qualquer outro licitante para a arrematação, sendo-lhe facultada a adjudicação segundo as leis de processo. É inválido o pacto que lhe permite ficar com a coisa dada em garantia, o pacto comissório, como veremos.

O princípio da especialidade exige, para plena eficácia, em relação a terceiros dos direitos reais de garantia, os requisitos do art. 1.424:

A redação do Código deste século refere-se à ineficácia desses contratos e não mais ao fato de não valerem contra terceiros, se não atendidos os requisitos. A falta dos requisitos integrais, em princípio, não torna nula a garantia, válida entre as partes contratantes, não existindo outras razões de nulidade, mas seus efeitos não se irradiam para terceiros, apesar de o presente Código falar em ineficácia. No entanto, há necessidade de ser examinado o caso concreto para ser apurado o nível de ineficácia. Nessa hipótese, a eficácia real fica limitada, embora esta afirmação deva ser entendida sem o sentido técnico estrito, servindo para explanação didática.

A lei subordina a eficácia dos contratos à descrição do

. 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 Código de 2002 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, esse valor estimado ou valor máximo deve guardar compatibilidade com a natureza da obrigação, não podendo ser arbitrário, pois, nesse caso, poder-se-ia estabelecer o vínculo de garantia real

autônomo, o que contraria a natureza do instituto. Ainda,

(Mamede, 2003:82).

Ou então em apertada síntese: o gravame pode ser sempre inferior ao valor da dívida garantida.

Também é essencial que os instrumentos de penhor, hipoteca e anticrese contenham

. Cuida-se de direito estrito que onera o patrimônio do titular do bem gravado e não se admite prazo indeterminado. Não é essencial que o prazo do gravame coincida com o prazo da dívida garantida. Em princípio, não há que se considerar que na ausência de prazo há um vencimento a vista. Não é da natureza dessas garantias que o vencimento ocorra a vista.

O art. 1.421, III, reporta-se à . Há que se atentar que não é essencial que o instrumento contemple os acessórios, como juros e correção monetária. A obrigação poderá não incluí-los, o que não é o que ocorre na prática. Se não mencionada a taxa de juros, estes decorrem da natureza da dívida e serão devidos no mínimo legal, na forma de juros moratórios. No presente Código há toda uma problemática em torno da taxa máxima de juros permitida. Em princípio, os consectários da dívida que não decorrem do simples inadimplemento, como a multa, devem ser estabelecidos no instrumento negocial.

Finalmente, o art. 1.424, IV, estatui que os contratos de penhor, anticrese ou hipoteca declararão, sob pena de não terem eficácia, . Obedece-se ao requisito essencialíssimo da especificação. Destaca-se um bem do patrimônio do garantidor para garantir a dívida. A ausência de identificação precisa jogar por terra os princípios do instituto dos direitos reais de garantia. Essa especificação, justamente por constituir um gravame, deve ter interpretação restrita: somente respondem pela dívida o bem ou os bens especificados. Eventuais falhas na especificação impedirão que o gravame tenha eficácia com relação a terceiros. Em princípio, ainda que ocorra identificação falha, o negócio terá validade e eficácia somente entre as partes, mas há que se examinar as particularidades do caso concreto (Mamede, 2003:86).

Nada obsta que terceiro ofereça bem de seu patrimônio para garantir obrigação de outrem. O garantidor fica fora dessa relação obrigacional. O bem de terceiro vincula-se da mesma forma até a solução da dívida. Trata-se da figura do interveniente hipotecante ou empenhante, utilizada com frequência.

A compreensão no tocante à garantia prestada por terceiro sofre maior restrição.¹ O art. 1.427 dispõe:

, termo presente no Código anterior, significa desvalorizar, vocábulo empregado pelo mais recente Código, que atualiza sua compreensão. Não se pode agravar, sem menção expressa, assim como sucede na fiança, a situação do terceiro garante. Na hipótese do dispositivo, que melhor estaria colocado junto às situações de vencimento antecipado da dívida do art. 1.425, a obrigação de reforçar ou substituir a garantia é do próprio devedor. Esse terceiro é mero garante. Não se coloca como codevedor. A relação creditícia lhe é estranha. Desse modo, somente o bem seu dado em garantia responde pela dívida. Se o respectivo valor não bastar para satisfazer toda a obrigação, no que sobejar responde o patrimônio do devedor (art. 1.430), e não o do garante, para quem a garantia é limitada ao valor do bem.

Se o bem dado em garantia por terceiro perde-se, deteriora-se ou desvaloriza-se, ao contrário do que ocorre na garantia prestada pelo próprio devedor, não estará esse terceiro obrigado a substituir ou reforçar a garantia, salvo se os fatos ocorreram por . Cabe, no caso concreto, avaliar essa culpa. Se o terceiro garantidor porta-se com negligência, deixando o bem desaparecer, deverá substituí-lo e responder por perdas e danos. Sempre, em Direito, havendo culpa, haverá possibilidade de recomposição em perdas e danos.

Em se tratando de direito dispositivo, nada impede que o terceiro se comprometa negocialmente a reforçar ou substituir a garantia em qualquer hipótese. Note, contudo, que a dívida não é sua; esse terceiro é apenas um garante que fornece o bem em garantia. O devedor continuará responsável pela dívida, independentemente de persistir ou não a garantia dada por terceiro.

Se, por qualquer razão, desaparece ou diminui o valor do bem dado em garantia, aplica-se o princípio do vencimento antecipado do art. 1.425.

O princípio da indivisibilidade dos direitos reais de garantia vem determinado pelo art. 1.421:²

Ainda que exista pagamento parcial, toda a coisa onerada permanece em garantia. Ou seja, o ônus permanece íntegro até a extinção completa da obrigação. Trata-se de ficção da lei criada para beneficiar o credor, porque, se executido o direito, evidentemente somente será satisfeito o débito remanescente. No entanto, à medida que o débito vai sendo amortizado, não existe a correspondente paulatina extinção da garantia. Isso ainda que o bem seja divisível e vários os bens dados em garantia. Neste último caso, a liberação de um ou de alguns dos bens onerados dependerá de disposição expressa na origem da

obrigação, ou quando da quitação. Desse modo, conquanto a execução seja de parte do débito, a penhora irá constranger todo o bem dado em garantia. A divisibilidade da garantia, desse modo, somente pode decorrer de expressa disposição das partes, em especial, de declaração expressa do credor. Assim sendo, podem os interessados estipular que os bens plurais dados em garantia podem ir paulatinamente, com o pagamento, liberando-se do vínculo ou, mesmo em se tratando de bem singular, que este fique parcialmente liberado quando houver pagamento parcial.

Essa indivisibilidade estende-se também aos sucessores do devedor, que não podem remir parcialmente o penhor ou a hipoteca na proporção de seus limites. A lei autoriza que qualquer deles o faça pelo total do débito (art. 1.429). No entanto, o herdeiro ou sucessor que fizer essa remição se sub-roga legalmente nos direitos do credor pelas quotas que houver satisfeito (parágrafo único do art. 1.429).

nessa dicção tem o sentido de extinguir, apagar, fazer desaparecer o gravame com o pagamento integral do débito (ver seção 25.8). Não há remição parcial do direito real de garantia em razão de sua indivisibilidade. Remição no direito obrigacional tem o sentido de perdão da dívida. No direito real, implica liberação da coisa gravada. Esse direito é primordialmente do próprio devedor, embora este último dispositivo refira-se a herdeiros e sucessores. Terceiros também podem extinguir o débito, remindo a hipoteca. Aplicam-se as regras do pagamento feito por terceiro. Embora não o diga a lei, os mesmos princípios de remição aplicam-se à anticrese.

A lei permite que a coisa em condomínio seja dada em garantia, conforme disciplina o art. 1.420, § 2º:

No sistema do Código de 1916, tratando-se de coisa indivisível, a garantia somente a oneraria com a concordância de todos. O Código em vigor não faz mais essa ressalva. O sentido era evidente, porque se estaria gravando bem pertencente a terceiros. Apesar das opiniões contrárias, a possibilidade de o condômino gravar a coisa comum, sem a aquiescência dos demais comunheiros, introduziria mais um elemento de discórdia no sempre problemático condomínio. Inobstante, acompanhando parte da doutrina, há julgados que desprezam a norma do artigo citado do diploma anterior (Rodrigues, 1984:328). O diploma de 2002, como se vê, seguiu essa senda. O suprimento do consentimento do condômino recusante pode ser obtido judicialmente, provada a real necessidade do gravame.

Não existe, de qualquer forma, essa necessidade de anuência, se a coisa for divisível e o ônus recair somente sobre a parte do condômino. A lei de 1916 enfatizou que nessa hipótese, excepcionalmente, a indivisibilidade somente incide sobre a quota-parte. Evidente que em se tratando de condomínio de apartamentos ou assemelhados, constituídos de unidades autônomas, livre é o condômino para instituir a garantia.

O Código de 2002 altera em parte a regra antiga, no art. 1.420, § 2º. Como vimos, divisível ou

indivisível a coisa, o condômino pode dar em garantia, fazendo-o exclusivamente sobre sua parte ideal, sem necessidade do consentimento dos demais condôminos. Com isso, pretendeu o legislador facilitar a utilização da propriedade pelo condômino, tantos eram os problemas que surgiam quando um deles pretendesse dar em garantia sua parte. Se, por outro lado, pretender o condômino dar em garantia toda a coisa, persiste a necessidade de autorização dos demais consortes. Ao analisar esse dispositivo, Gladston Mamede observa com costumeira argúcia que “

”. Isto porque não há propriamente uma relação entre o credor e o bem cuja propriedade garante o crédito; não há poder do credor sobre a coisa alheia, tendo ele apenas a preferência sobre o preço apurado em eventual venda judicial (2003:55).

Para instituição de direito real de garantia, o sujeito deve ter capacidade para alienar. O objeto deve ser idôneo para estar no comércio. Não se oneram bens inalienáveis. Somente quem é dono ou enfiteuta pode gravar com ônus real. Não basta ser proprietário, portanto, mas a coisa dada em garantia deve estar no comércio. Dispõe o art. 1.420:

Desse modo, os incapazes, assim definidos pela lei civil, não sendo aptos para praticar negócios da vida civil e alienar, não podem instituir direitos reais de garantia. Aplicam-se as regras da capacidade. Os incapazes devem ser representados ou assistidos para instituição do ônus e necessitam autorização judicial. Os bens de menores sob tutela e de curatelados em princípio não podem ser dados em hipoteca ou penhor. No entanto, cumpre ao juiz examinar a premente necessidade ou oportunidade e conveniência para tal no caso concreto.

O mandatário somente pode constituir ônus se tiver poderes expressos. O falido e o pródigo, perdendo a administração de seus bens, não podem dar em garantia. Da mesma forma, o inventariante somente pode instituir hipoteca ou outro gravame real sobre bens do espólio mediante autorização judicial.

Marido e mulher, sob qualquer regime de bens, apenas constituem hipoteca ou anticrese com a autorização do outro cônjuge, conforme as disposições dos arts. 235, I, e 242, I, do Código anterior. O Código em vigor no art. 1.647, I, dispõe que nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, , alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. A restrição não atinge o penhor cujo objeto sejam coisas móveis. A impossibilidade de autorização, a recusa injustificada ou meramente emulatória de outorga conjugal pode ser suprida judicialmente.

A pessoa jurídica somente pode constituir garantia sob a forma autorizada por seus estatutos ou contrato social. A pessoa jurídica de direito público somente pode fazê-lo quando autorizada por lei.

Parte-se do princípio de que o gravame de direito real já constitui alienação potencial. Como o ascendente não pode alienar a um de seus descendentes, sem o consentimento dos demais, deve incidir a proibição do art. 496 também para as situações sob exame. O presente Código, exige, da mesma forma, o consentimento do cônjuge do alienante.

Destarte, se o pai não pode alienar a um dos filhos, sem que os demais consentam (bem como o cônjuge, no diploma em vigor), também não pode constituir ônus real em favor de um dos filhos, porque isso tipificaria a proibição da referida norma legal. Há opiniões em contrário, sustentando que esse dispositivo deve ser interpretado de forma restrita, sendo a questão polêmica (Rodrigues, 1984:329).

A garantia se convalida se quem a deu tinha apenas a posse e vem a adquirir a propriedade posteriormente. Inválida é a garantia prestada por quem não tinha nem mesmo a posse. Trata-se de mais um aspecto legal que resguarda a aparência de direito conferida à posse. No entanto, 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 (Miranda, 1971, v. 20:27).

A regra que proíbe o denominado pacto comissório é a do art. 1.428:

3

Condena a lei a possibilidade de o credor ficar com a coisa dada em garantia. Entende-se que a nulidade atinge o pacto, se firmado antes do vencimento. Válida é a entrega da coisa se acertada após o vencimento da dívida (Miranda, 1971, v. 20:29). Após o vencimento da dívida, ou quando do vencimento, pode dar-se a coisa em dação em pagamento (Pereira, 1993:229). Atendendo a essa posição pacífica da doutrina, o Código contemporâneo acrescentou em parágrafo único ao art. 1.428:

Nesses termos, o vencimento da dívida outorga validade à dação em pagamento.

Se permitido o pacto comissório, ficaria o devedor inteiramente subordinado à vontade do credor, sujeitando-se a pressões e estratégias leoninas e usurários. Washington de Barros Monteiro (1989:358) lembra de justificativas de duas ordens para a restrição. A primeira é de ordem moral, já por nós assinalada, pois o credor poderia facilmente se locupletar da premência do devedor necessitado. Outra de ordem técnica: inexistindo fixação de preço de mercado para a coisa, fácil seria ao credor alegar ser o valor da coisa insuficiente para cobrir o débito. De qualquer forma, nula a cláusula comissória,

aproveita-se o contrato, na forma do art. 184. Apenas a cláusula é nula. A nulidade persiste ainda que mascarada sob simulação de outro negócio jurídico. Nula a cláusula tanto quando presente no próprio instrumento constitutivo do título, como em instrumento à parte.

Atente-se que o pacto comissório pode ocorrer sob a forma de simulação ou outras fraudes, devendo sempre ser coibido.

O princípio da prioridade estabelecido pelos direitos reais de garantia fixa exceção à paridade de créditos entre os diversos credores (). A incidência da prioridade em favor do credor com garantia real não decorre de exceção legal, mas dos princípios gerais reguladores do direito real. A prioridade decorre da eficácia . Entre os credores hipotecários, a preferência estabelece-se pela prioridade de inscrição. A hipoteca registrada precedentemente terá preferência na excussão e assim sucessivamente para um segundo ou terceiro credor hipotecário.

(Miranda, 1971, v. 20:32). Cuida-se da aplicação do brocardo
, estampado pelo art. 759.

Há situações legais permissivas do vencimento da obrigação garantida por ônus real independentemente de seu vencimento, permitindo-se, destarte, a excussão:

No inciso IV, o diploma de 2002 observa que a dívida considera-se vencida se perecer o bem dado em garantia e , o que não constava no diploma anterior.

Sempre que o objeto dado em garantia desaparecer, diminuir de valor, ou se deteriorar a ponto de não mais suportar o débito, ou enfraquecer a garantia, a lei autoriza considerar vencida a dívida. Se

houver indenização paga por seguro ou por terceiro, no perecimento ou deterioração do bem, o credor terá preferência sobre esse valor, até reembolso de seu crédito (art. 1.425, § 1º). Em estreita síntese: sem a higidez inicial do bem dado em penhor, hipoteca ou anticrese, não há garantia. Por essa razão, nessas premissas descritas no artigo, o mínimo que o ordenamento poderia fazer era considerar, como faz, vencida a dívida. Sempre que se mostrar insuficiente o valor auferido pelo bem especializado, responderá o patrimônio geral do devedor, sob as bases quirografárias. Caberá ao credor provar que o bem se deteriorou, diminuiu de valor ou desapareceu. A preservação física do bem representa, como é curial, a preservação da própria garantia. Para a situação específica dos direitos reais de garantia, é irrelevante a causa que tenha acarretado a diminuição de garantia. É evidente, porém, que, se a coisa diminui de valor ou desaparece por culpa do próprio credor, não há que se admitir o vencimento antecipado.

Se ocorrer diminuição de valor, o devedor deve ser intimado a apresentar reforço idôneo. Deve ser concedido prazo razoável. Não o fazendo, abre-se a possibilidade de excussão. O mesmo deve ocorrer no caso de desaparecimento da coisa em garantia: se o devedor é intimado para substituí-la e não o faz, tem-se a dívida como antecipadamente vencida, em virtude do desaparecimento de seu lastro. O devedor precisa, no entanto, primeiramente ser acionado por meio de preceito cominatório para reforçar a garantia. Se a demora do processo colocar em risco o recebimento da dívida, pode o credor valer-se do processo cautelar. Não há que se entender considerada pura e simplesmente diminuída a garantia unilateralmente pelo credor, abrindo-se de plano ensejo à execução. A discussão que se trará em eventuais embargos do devedor aconselha a propositura de precedente ação de obrigação de fazer, dependendo do caso concreto. No entanto, se a coisa se encontra em poder do devedor, como no penhor e na anticrese, a execução poderá ser imediata, pois caberá a este provar que o bem continua existente e íntegro (Rizzardo, 1991:1120). Irrelevante para o direito real de garantia qual a causa da deterioração ou diminuição de valor. A possibilidade de vencimento antecipado ocorre, ainda que o fato decorra de caso fortuito ou força maior.

Gladston Mamede recorda que mesmo que ocorra depreciação ou diminuição do valor do bem dado em garantia, mas este continue idôneo para suportar o valor da dívida, não há que se falar em vencimento antecipado (2003:92).

Nos casos de insolvência ou falência, como haverá arrecadação de todo o patrimônio do devedor, o credor hipotecário ou pignoratício habilita-se no processo concursal, de acordo com a preferência que o direito real lhe confere.

O contrato pode estipular que o pagamento de qualquer das prestações a destempo faz vencer antecipadamente todo o débito. Ainda que assim não o fizesse, não poderia o credor excutir apenas parte da dívida vencida, porque poderia ocorrer o desaparecimento da garantia com a execução parcial. Para evitar essa situação, a lei considera vencida toda a obrigação. No entanto, o Código ressalva que, recebendo o credor após o vencimento, renuncia à possibilidade de antecipação. Se a prática de pagamento serôdio é reiterada, importa examinar no caso concreto se de fato houve renúncia ao prazo, ou o recebimento a destempo por parte do credor se deu por mera liberalidade. Embora a lei somente se

refira a _____, há que se entender como obrigação periódica por inteiro, incluindo juros e correção monetária.

Desaparecendo o objeto dado em garantia, esta desaparece. Não se referia a lei de 1916 à possibilidade de o devedor substituí-lo, o que poderia ocorrer negocialmente. Como vimos, a nova lei incita que o devedor seja intimado para substituir a coisa desaparecida. Contudo, em linhas gerais, não havendo mais bem garantidor, a dívida se considera vencida e a excussão atingirá o patrimônio geral do devedor.

Na desapropriação, parte do preço da indenização deverá ser separada para satisfazer a dívida sob garantia. As partes podem estipular, nesse caso, a faculdade de o devedor substituir o preço por outra garantia. No entanto, na falta de qualquer ressalva, parte do preço será do credor, até o montante de seu crédito, porque a lei preferiu considerar vencida a obrigação nessa hipótese. Melhor seria que se concedesse um prazo ao devedor desapropriado, para que oferecesse outro bem garantidor.

Nas hipóteses de perecimento da coisa ou desapropriação, se houver outros bens dados em garantia, esta se mantém reduzida proporcionalmente aos bens subsistentes (art. 1.424, § 2º).

Corolário da regra do vencimento antecipado, o art. 1.426 adverte que o vencimento antecipado da dívida não permite a cobrança dos juros correspondentes ao período faltante do prazo convencional da obrigação. Evidente que os juros não podem remunerar capital não utilizado.

O art. 1.425 não esgota todas as possibilidades de vencimento de dívida. Há que ser lembrado o disposto no art. 333, que cuida de hipóteses de vencimento antecipado de dívidas em geral, já por nós examinado (_____, seção 8.7). Ali também se menciona o concurso de credores (inciso I) e o desaparecimento ou diminuição de garantias (inciso III). Temos de dar especial atenção ao inciso II do dispositivo, que considera vencida antecipadamente a obrigação quando os bens hipotecados, empenhados, ou dados em anticrese forem penhorados em execução por outro credor. Nesse caso, a dívida sob garantia é tida por vencida, possibilitando ao credor que exercite sua preferência. A presunção, nessa hipótese, é que se o outro credor não logrou encontrar outros bens livres e desembaraçados para penhorar, a situação do devedor é de solvência periclitante.

Lícito também que as partes estipulem o vencimento antecipado da dívida, na hipótese de constituição de uma segunda hipoteca. Essa avença não contraria norma cogente.

Podem as partes ainda convencionar outras situações em que se faça necessária a substituição do bem dado em garantia, ou seu reforço, seja bem do devedor, seja de terceiro.

A dívida pode se extinguir, mas não o gravame, por depender de averbação no registro imobiliário. Pontes de Miranda (1971, v. 20:47) aponta que a extinção do gravame somente terá efeito contra terceiros quando constar do registro.

O pagamento do débito e a remição, como vimos, são meios de extinção dos direitos reais de garantia. A excussão com penhora e hasta pública também é uma das modalidades de extinção.

A renúncia pelo credor também é forma de extinção, conforme os arts. 1.436, III, 1.499, IV e também para a anticrese, em que se levam em consideração os princípios gerais. Renúncia é sempre ato unilateral, independentemente de concordância do onerado. Deve ser expressa. Não se confunde a renúncia da garantia com a renúncia ao crédito. Este pode permanecer íntegro, renunciando-se apenas ao privilégio de direito real.

A confusão também é forma de extinção, quando, na mesma pessoa, identificam-se credor e devedor hipotecário, pignoratício ou anticrético, ou terceiro garantidor. Pode ocorrer confusão transitória de créditos, mantendo-se a hipoteca. Verificando-se nova transferência creditícia a terceiro, sem cancelamento da hipoteca, esta se mantém íntegra, persistindo como garantia da obrigação.

“Agravado de instrumento – Negócios Jurídicos Bancários – Penhora sobre o bem do garantidor – **Interveniente – Hipotecante** – Necessidade de citação – Para a constrição de bens do garantidor hipotecário, entende-se indispensável a sua participação na ação de execução, na condição de parte, a fim de ter assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Assim, ausente a citação do garantidor hipotecário, impõe-se a manutenção da decisão que desconstituiu a penhora de sua propriedade. Recurso desprovido” (– AI 70069646552, 27-7-2016, Rel. Des. Jorge Alberto Vescia Corssac).

“**Agravado de instrumento** – Execução de título extrajudicial – Cédula de crédito rural pignoratícia hipotecária – Reconhecimento da ilegitimidade passiva dos intervenientes hipotecários – Impossibilidade – Precedentes do superior tribunal de justiça – Embora não seja fiador, avalista ou qualquer outra forma de coobrigado, o possui legitimidade para figurar no polo passivo da execução, porquanto o bem de sua propriedade oferecido em garantia poderá ser expropriado, no caso de inadimplemento do débito pelo devedor. Legitimidade reconhecida. Decisão reformada. Recurso conhecido e provido” (AI 1323398-0, 4-9-2015, Rel. Juiz Subst. Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira).

“**Ação de execução hipotecária** – Penhora incidente sobre bem imóvel dado em garantia – Substituição – Depósito judicial. Reconhecido que na execução de crédito com garantia hipotecária, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia. Penhora que incidiu sobre o bem imóvel dado em garantia ao contrato, em observância à ordem de preferência legal. Depósito em dinheiro, oferecido em substituição, que se mostra insuficiente a garantir a execução. Recusa expressa do credor, com fundamento na legislação vigente, bem como no fato de que aludidos valores, encontram-se vinculados a outro processo. Ausência das hipóteses previstas no art. 656 do CPC, a ensejar a substituição da penhora. Prejuízo não demonstrado. Manutenção da penhora incidente sobre o bem imóvel. Inteligência do art. 655, § 1º c.c. 620, ambos do CPC. Decisão mantida. Agravo improvido. Agravo de instrumento. Excesso de execução. Hipótese em que não pode ser enfrentada matéria relativa à eventual excesso de execução. Matéria que é própria de discussão em sede de embargos à execução (art. 475, III, do CPC), e que não é objeto da decisão agravada. Incabível o enfrentamento da matéria diretamente em 2ª instância, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. Agravo não conhecido, neste aspecto” (– AI 2036913-59.2014.8.26.0000, 6-5-2014, Rel. Salles Vieira).

“**Apelação. Ação declaratória de rescisão de compromisso de compra e venda com garantia hipotecária.** Ausência de pagamento. Não atendimento de exigências formuladas pelo cartório de registro de imóveis para registrar o contrato. Réu que já se encontrava morando no imóvel. – Autor reintegrado na posse do imóvel somente após citação e intimação da tutela antecipada deferida. Sentença de procedência. Inconformismo do réu comprador quanto à condenação ao pagamento da verba de sucumbência. Não acolhimento. Alegação de ausência de resistência ao pedido do autor. Observância do princípio da causalidade. Verba honorária fixada em R\$ 1.000,00. Valor razoável, que respeita os lindes previstos no art. 20, § 4º do CPC. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso” (v. 13.802) (– Ap. 0001929-18.2012.8.26.0400, 11-10-2013, Relª Viviani Nicolau).

“**Apelações cíveis. Embargos do devedor. Execução de contrato de compra e venda de imóvel com garantia hipotecária.** Vencimento antecipado. Prescrição. Obrigação de trato sucessivo. Inteligência do art. 1.425, III, Código Civil. 1 – Por força de lei é

possível que o vencimento antecipado da totalidade da dívida enseje a pretensão executória do contrato de compra e venda de imóvel financiado, com garantia hipotecária. 2 – Se não exercido o direito de execução imediata, configura-se a renúncia do credor. E se o credor renunciou ao direito de execução imediata, por óbvio, que o prazo prescricional () não teve início. 3 – Por se tratar de obrigação de trato sucessivo, a prescrição ocorre apenas em relação à execução das parcelas anteriores aos cinco anos antecedentes ao ajuizamento da ação” (– Acórdão Apelação Cível 1.0024.11.015786-4/001, 20-6-2012, Rel. Des. José Marcos Rodrigues Vieira).

“Despesas de condomínio. Cumprimento de sentença homologatória de acordo. Suposta renúncia do direito de execução imediata do débito. Ausência. Inaplicabilidade do disposto no artigo 1.425, III, do Código Civil. Descumprimento do acordo do qual decorre o vencimento antecipado da dívida. Pedido de desbloqueio de valores retidos em conta-corrente. Impossibilidade. Necessidade de satisfação do débito do credor. Inclusão de valores já quitados. Inocorrência. Má-fé do credor que não restou evidenciado nos autos. Inaplicabilidade do art. 940 do CC/2002. Má-fé dos apelantes afastada. Sentença mantida. Recurso improvido” (– Acórdão Apelação Cível 990.09.290782-4, 16-9-2010, Rel. Des. Walter Cesar Exner).

“Hipoteca – Condomínio Edifício – Restrição pendente sobre o todo – Unidade autônoma arrematada em cumprimento de sentença de ação de cobrança de dívida condominial – Anterior indeferimento do cancelamento da garantia hipotecária no juízo da arrematação fundado na sua indivisibilidade – Pretensão, nesta ação, de fracionamento do gravame existente, nos termos do art. 1.488, do CC, para posterior cancelamento da garantia pendente apenas sobre a unidade autônoma arrematada – Pedido diverso – Inexistência de preclusão ou coisa julgada – Sentença anulada – Recurso provido” (– Ap 0016597-94.2012.8.26.0011, 14-3-2016, Rel. Eduardo Sá Pinto Sandeville).

“Agravado de instrumento – Parceria Pecuária – Rescisão – Execução de acordo homologado – Decisão que determinou a expedição de carta precatória para constrição e avaliação de bens – Alegação de excesso de penhora não demonstrada – Decisão agravada mantida – Agravado de instrumento não provido. (– AI 2184994-13.2015.8.26.0000, 12-11-2015, Relª Cristina Zucchi).

“Agravado de instrumento. Execução de alimentos. Pensão mensal. Deferimento de penhora e constituição de capital para assegurar pagamento das parcelas vincendas. Alegação de excesso de execução. Executada que não cumpre o acordo judicial firmado de pagamento de pensão mensal. Obrigação consistente em prestação periódica que, não adimplida no curso da ação, se somam aos valores mencionados na inicial da execução. Valores apresentados pelas exequentes condizentes com cálculo judicial. Excesso não verificado. Decisão agravada mantida. Agravado não provido” (– AI 2108482-23.2014.8.26.0000, 28-8-2014, Rel. Leonel Costa).

“Agravado de instrumento. Execução de título extrajudicial. Cédulas rurais hipotecárias. Excesso de penhora. Pedido de redução. Impossibilidade. Indivisibilidade da hipoteca (art. 1.419 do CC/02). Imóvel que foi oferecido em garantia hipotecária de outras dívidas. Precedentes do STJ e desta corte. Decisão correta. 1 – A indivisibilidade da hipoteca prevista no art. 1.419 do CC/02 recomenda que, de regra, a penhora e subsequente adjudicação/alienação recaia sobre a totalidade do bem oferecido em garantia hipotecária, notadamente nos casos em que, a exemplo do presente, o bem penhorado também foi oferecido em garantia de outras dívidas, inclusive de terceiros. Precedentes. 2 – Situação diversa seria se o crédito hipotecário exequendo fosse o único a gravar o bem em questão, caso em que excepcionalmente se poderia cogitar da redução da penhora, ainda que indivisível a hipoteca, vez que, nessa hipótese, não haveria qualquer prejuízo ao credor hipotecário. Afinal, a despeito da extinção da garantia com a arrematação, este satisfaria a integralidade do seu crédito, sem que, para tanto, fosse necessário onerar demasiadamente os devedores com a alienação da totalidade do imóvel, atendendo à previsão do art. 620 do CPC. Recurso conhecido e desprovido” (– AI 0962445-3, 15-2-2013, Relª Juíza Conv. Substª Josély Dittrich Ribas).

“Agravado de instrumento – Ação de execução de título executivo extrajudicial – Desmembramento do imóvel – Excesso de execução – Consequência – Redução da garantia hipotecária – **Princípio da indivisibilidade** – Artigo 1.421, do Código Civil – Recurso conhecido e não provido. Inviável na prática, a redução da penhora, pois isto implicará na divisão da área existente e consequente desvalorização da área fracionada, mesmo sendo latente que o valor deste é muito superior ao crédito objeto de penhora, pois não há como se auferir o valor da fração ideal da área do imóvel, após o desmembramento. Em sendo indivisível a hipoteca, não há que se falar em redução da garantia, já que consubstancia-se como vínculo real que não admite divisão, a não ser com a concordância do credor hipotecário, inexistente nos autos. Recurso conhecido e não provido” (– Acórdão Agravo de Instrumento 2012.000755-1/0000-00, 9-2-2012, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva).

“Venda de bens móveis. Execução de duplicata mercantil. Penhora de 50% de imóvel e adjudicação à credora. Embargos – de terceiro, credor hipotecário. Improcedência – na origem. Apelação. Reiteração de agravo, retido nos autos da execução. Descabimento de analisá-lo em outro processo. Agravo não conhecido. Hipoteca em favor do apelante que grava todo o imóvel. Alegação de nulidade da penhora e da adjudicação à credora exequente, que apresentou outro título hipotecário. Penhora possível. **Princípio da indivisibilidade inaplicável à espécie.** Solvência do devedor não comprovada. Apelante intimado de tudo, que concorreu à aquisição

do bem. Nulidade da adjudicação, por inobservância do princípio da especialização da outra hipoteca, decretada em embargos opostos àquela. Questão a ser resolvida naqueles autos. Apelo improvido” (– Acórdão Apelação Cível 1165795- 0/0, 15-1-2010, Rel. Des. Dyrceu Cintra).

“**Agravo de instrumento** – compromisso de compra e venda de imóvel comercial – Demanda voltada à resolução por alegado inadimplemento dos promissários compradores reunida com ação ajuizada a fim de invalidar o negócio, ao argumento de que firmado como real pacto comissório. Tutela antecipada deferida para manter os promissários no imóvel, indeferida liminar de reintegração de posse. Sucessivos negócios envolvendo as mesmas partes, mas com posições contratuais distintas e preço diferente. Verossimilhança na alegação de que havido pacto comissório. Inexistência de perigo da demora. Decisão mantida. Recurso desprovido” (AI 2211246-87.2014.8.26.0000, 6-4-2015, Rel. Claudio Godoy).

“Promessa de compra e venda – pacto comissório – vedação – A previsão de perda dos bens em hipótese de não pagamento do débito – Pacto comissório – É vedada em nosso Ordenamento Jurídico” (AC 1.0223.04.135039-6/001, 9-6-2015, Rel. Maurílio Gabriel).

“**Apelação.** Ação anulatória. Procedência. Negócio Jurídico Simulado. Compra e venda celebrada como forma de garantir o pagamento de empréstimo (pacto comissório). Fraude à Lei reconhecida. Arts. 167 e 1.428 do Código Civil. Nulidade do negócio reconhecida. Decisão Mantida. Recurso improvido” (Ap 0019109-69.2010.8.26.0577, 13-2-2014, Rel. Egidio Giacoia).

“**Negócio jurídico.** Nulidade de escritura de venda e compra. Cabimento – Contrato firmado com o objetivo de garantir empréstimo em dinheiro garantido por imóvel. **Pacto comissório.** Inadmissibilidade. Decisão reformada. Recurso provido para julgar a ação procedente, prejudicada a matéria preliminar. Há elementos de convicção no sentido de que a avença que deu origem ao ato jurídico de transmissão de propriedade tinha como consequência garantir empréstimo em dinheiro, com juros bem acima do permitido, escondendo verdadeiro pacto comissório, que é vedado pelo artigo 1.428 do Código Civil a implicar impedimento legal expresso de que qualquer credor, na falta de pagamento de dívida, venha, por avença anterior ao vencimento, a apropriar-se diretamente de bens integrantes do patrimônio do devedor” (– Ap. 994.09.342393-0, 27-4-2012, Rel. Jesus Lofrano).

“**Anulatória de negócio jurídico (escritura pública)** – Procedência – Provas constantes dos autos evidenciam que a escritura pública de venda e compra objeto da demanda foi firmada como garantia de empréstimo feito à autora – Simulação – Pacto comissório – Afronta ao disposto artigo 1.428 do Código Civil – Ausência de prova do pagamento do valor constante na escritura pública em questão – Sentença mantida – Recurso improvido” (– Acórdão Apelação Cível 0013353-54.2008.8.26.0220, 4-5-2011, Rel. Des. Salles Rossi).

24

PENHOR

24.1 CONCEITO. CARACTERÍSTICAS. MODALIDADES

24.2 PENHOR CONVENCIONAL. CONSTITUIÇÃO. OBJETO

24.2.1 Direitos e Obrigações do Credor e Devedor Pignoratício

24.3 PENHOR LEGAL

A lei estabelece em favor de determinadas pessoas o chamado penhor legal. Estabelece o art. 1.467:

24.4 MODALIDADES ESPECIAIS DE PENHOR. PENHOR RURAL (AGRÍCOLA E PECUÁRIO). PENHOR INDUSTRIAL. PENHOR MERCANTIL

24.4.1 Penhor de Veículos

24.5 PENHOR DE DIREITOS E CAUÇÃO DE TÍTULOS DE CRÉDITO

24.6 EXTINÇÃO DO PENHOR

24.7 AÇÕES DECORRENTES DO PENHOR

HIPOTECA

Na introdução dos direitos reais de garantia, realçamos a origem comum do penhor e da hipoteca. Difícil, porém, nas fontes precisar com exatidão o surgimento da hipoteca com os contornos atuais. Dada sua importância, necessário se faz maior aprofundamento no estudo de sua origem histórica.

A hipoteca é direito real sobre coisa alheia. No Direito Romano, não houve originalmente lei alguma que a consagrasse. Surge da atividade pretoriana que concedia ação real reconhecendo a existência do Direito perante o devedor ou terceiros adquirentes da coisa posteriormente à garantia conferida. Essa garantia servia para a dívida principal e seus acessórios.

Tudo leva a crer que a hipoteca obtém suas características no meio rural, quando o rurícola deixava os bens de seu trabalho afetados ao cumprimento de uma dívida. Antes de Justiniano, contudo, a situação não se mostra muito clara, sendo um direito túbio, apenas podendo ser oposto ao próprio colono, mas não perante terceiros detentores (Cuq, 1928:665). Essa origem é aceita por Moreira Alves (1983:432). A hipoteca, denominada *hypotheca*, em contraposição ao *pignus*, surge quando o arrendatário de imóvel rural dava em garantia do pagamento de 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 *hypotheca* surge inserido na codificação de Justiniano.

Conquanto utilizada concomitantemente à hipoteca, manteve-se durante largo tempo da história romana a alienação com fidúcia (*fiducia*), muito mais antiga, já referida anteriormente. Nesse instituto, o devedor transferia a coisa ao credor que se tornava proprietário fiduciário com a obrigação de devolvê-la uma vez paga a dívida, embora frequentemente este consentisse que o devedor mantivesse a coisa a título de arrendamento ou *commodatum* (Petit, 1970:341). Em decorrência dessa alienação com fidúcia, o credor devia devolver a coisa quando extinta a obrigação. O devedor mantinha contra ele ação direta de fidúcia, ou, se já estivesse com a coisa pelo período mínimo de um ano, poderia ajuizar a *actio fiduciae*. Esse sistema oferecia grandes vantagens ao credor com graves inconvenientes para o devedor, pois aquele poderia abusar de seu direito, alienando a coisa. O devedor, além de não poder utilizar a coisa garantida, ficava privado da produção que ela proporcionava. A fidúcia cai em desuso

com o desaparecimento da *actio* e da *actio*, às quais se adicionava o pacto de fidúcia. O penhor e a hipoteca ingressam na codificação justinianeia.

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. Como esse procedimento não atendia ao interesse das partes, passaram-se a agregar aos contratos de penhor ou de hipoteca pactos acessórios, para facilitar a satisfação do credor. Daí o surgimento do pacto comissório (hoje vedado). Por meio da *pactio commissoria*, as partes convencionavam que, na eventualidade de não pagamento, o credor se tornaria proprietário do bem em garantia. Esse pacto colocava em grande risco o devedor que, sob premência, poderia dar em garantia coisa de valor muito superior ao débito. Por essa razão, após ser admitido durante toda época clássica, foi proibido por Constantino no ano de 326 (Petit, 1970:346). Outra convenção, não tão rigorosa, permitiu posteriormente ao credor vender a coisa (*actio venditoria*), na hipótese de falta de pagamento, entregando ao devedor eventual valor que sobejasse ao crédito. Com o passar do tempo, essa cláusula tornou-se usual em toda instituição hipotecária. Tratou-se, sem dúvida, de notável avanço técnico. Desde então, passou-se a entender como cláusula usual e integrante do pacto hipotecário. Sob Justiniano se consagrou definitivamente como essência da hipoteca tal direito de alienação por parte do credor em caso de inadimplemento. Nessa codificação, o credor poderia se utilizar dessa prerrogativa, ainda que existisse cláusula em contrário, nem mesmo se obrigando, como ocorria anteriormente, a três notificações prévias do devedor.

No Direito Romano, portanto, já são traçados os contornos atuais do instituto que tem demonstrado sua utilidade através dos séculos, decorrente da genialidade da prática pretoriana e graças à dádiva da Codificação de Justiniano, cujo texto chegou até nós.

Já se notam os característicos clássicos da hipoteca: direito indivisível, ou seja, subsiste sobre todo o prédio ou coisa em geral enquanto não liquidado o débito. Dantes, podiam ser objeto de hipoteca tanto móveis como imóveis. Aplica-se aos bens corpóreos e, em geral, também aos incorpóreos. Admite-se, por essa razão, a hipoteca de usufruto, superfície e do futuro instituto a ser conhecido como enfiteuse. Admite-se também hipoteca de créditos, embora posteriormente essa prática seja reservada ao penhor, conforme já estudado.

Particularidade importante da Antiguidade era a possibilidade de serem dadas em hipoteca universalidades e bens futuros, aqueles que pudessem ser adquiridos pelo devedor de futuro, e não apenas bens determinados e existentes.

Podia a hipoteca ser convencional, testamentária ou tácita (ou legal). Nas modalidades de hipoteca tácita localiza-se o embrião de nossa atual hipoteca legal. Eram exemplos desta a hipoteca do arrendador de fundo rural sobre os frutos do imóvel e a hipoteca em proveito do legatário sobre parte da herança de herdeiro onerada com legado (Petit, 1970:349). Na origem romana também se encontra a hipoteca dos bens e dos menores de 25 anos sobre os bens de seus tutores e curadores pelas obrigações resultantes da tutela e da curatela. Com Justiniano surge, entre outras, a hipoteca tácita da mulher casada e seus

herdeiros para garantir a restituição do dote após a dissolução do matrimônio (ver art. 827, I, do Código Civil de 1916).

O credor não satisfeito de sua dívida no vencimento poderia exercitar contra o devedor ação hipotecária para receber a posse da coisa; podia vender a coisa hipotecada; possuía direito de preferência sobre preço, em relação aos demais credores sem garantia, devendo restituir ao devedor o que sobejasse do valor recebido. Estabelecidas que fossem várias hipotecas sucessivamente sobre o mesmo bem, preferiam, em princípio, as mais antigas em relação às mais recentes. A mais antiga devia prevalecer sobre todas as outras. O primeiro credor hipotecário tinha grande vantagem no direito antigo porque poderia vender a coisa como lhe aprouvesse, sem se preocupar com os demais credores. Para evitar esse inconveniente, fazia-se necessária a publicidade do gravame. Os terceiros deveriam ser advertidos da existência de hipoteca do bem que lhes era oferecido como garantia. No entanto, não há notícia de que o Direito Romano houvesse alcançado um procedimento de publicidade, permanecendo oculta a hipoteca. Somente se atenuava o risco para os novos credores em face da obrigação de o devedor declarar a existência de ônus na constituição de novo gravame e mediante o direito dos demais credores hipotecários sub-rogarem-se nos direitos do primeiro, com o pagamento da dívida a este ().

Até o princípio de preferência fixado pela prioridade de data da hipoteca sofria exceções: em favor do Fisco ou da mulher que possuía preferência sobre os bens do marido para restituição do dote, independentemente da data do casamento, por exemplo (Cuq, 1928:676).

A hipoteca ingressou no Direito das Ordenações de forma assistemática, assimilando o Direito Romano com suas deficiências. Em nosso país, a primeira lei que substituiu as Ordenações foi de 1843 (Lei nº 317), a qual ainda não estabelecia os princípios de especialização e publicidade. A Lei nº 1.237/1864 trouxe importantes modificações, criando o registro geral hipotecário, estabelecendo os princípios da inscrição, especialização e prioridade. Sua disciplina em nosso Código Civil de 1916, como direito real, valendo-se da experiência da legislação anterior, deu segurança e utilidade ao instituto, assentando seus fundamentos nos princípios da publicidade e da especialidade.

A hipoteca, como direito real acessório de garantia, mantém os mesmos preceitos da última fase do Direito Romano. Aplicam-se-lhe os princípios gerais estabelecidos no Código (arts. 1.419 a 1.430). Tal como os outros direitos de igual natureza, a hipoteca é acessória a uma garantia e indivisível. Sobre tais conceitos tecemos considerações nos capítulos anteriores.

Não se admite entre nós a chamada _____, existente por si mesma, independente de qualquer crédito.

Considera-se direito real a partir do registro imobiliário. Enquanto não registradas, as hipotecas são válidas e eficazes como garantia estabelecida unicamente entre as partes (art. 848 do Código de 1916),

tendo, portanto, alcance real limitado ou meramente obrigacional, princípio que se mantém como regra geral.

No estudo da hipoteca, não se deve perder de vista que, ao lado das normas estruturais estabelecidas pelo Código Civil, a Lei dos Registros Públicos confere-lhe a necessária instrumentalidade, mostrando-se indissociáveis o exame de ambos os diplomas legais e o dos princípios processuais estabelecidos pelo CPC.

A índole da hipoteca foi firmada como sendo sempre civil, conforme determina o art. 809 do velho Código. Irrelevante hoje a distinção entre direito civil e mercantil, muito mais ainda com o vigente Código Civil, mas, no passado, a disposição era importante porque não eram consideradas a pessoa do comerciante e sua atividade para o regime da hipoteca, pois sua natureza e sua lei reguladora são civis. O conceito atual de empresa e de relações de consumo supera o primevo alcance das normas.

A é obtida pelo registro imobiliário, assegurando o conhecimento de terceiros. Efetua-se o registro no lugar do imóvel ou em cada um deles se o título se estender a mais de uma circunscrição imobiliária (art. 1.492). Como resultado do registro, atende-se ao princípio da . O número de ordem no registro determina a prioridade (art. 1.493, parágrafo único). Duas hipotecas ou quaisquer outros direitos reais não podiam ser inscritos no mesmo dia, salvo se fosse precisada a hora exata da escritura (art. 1.494). A regra foi explicitada no art. 192 da Lei dos Registros Públicos. Se foi precisa a hora no título, a prioridade é do ato mais novo. Caso contrário, a prioridade é da apresentação. O art. 191 da Lei dos Registros Públicos permite o registro de mais de uma hipoteca no mesmo dia, de acordo com a ordem de prenotação, derogando a proibição do art. 836 do Código Civil, o qual teve a redação mantida no vigente Código com o esclarecimento necessário. Daí a importância de sempre fazer constar a hora do ato na escritura constitutiva, pois esse detalhe poderá permitir prenotação com número anterior. Os registros devem seguir a ordem em que forem sendo requeridos (art. 1.493). Caso contrário, não haveria como estabelecer a prioridade entre os credores.

Tem preferência no valor apurado em excussão o primeiro credor hipotecário, aquele que a registrou em data mais antiga. Nada impede que seja constituída mais de uma hipoteca sobre o mesmo bem, em favor do mesmo ou de credor diverso (art. 1.496). Os credores sucessivos, como regra, não podem executar o bem antes dos precedentes (art. 1.477), salvo o caso de insolvência, quando se consideram vencidas antecipadamente todas as dívidas do devedor.

A requer a descrição do bem e os requisitos da dívida (art. 1.424). Destarte, não há como ser instituída hipoteca geral e ilimitada. O direito do credor deve recair sobre bem ou bens devidamente separados e discriminados no patrimônio do devedor.¹

Embora destinada primordialmente aos bens imóveis, tal não é seu traço distintivo exclusivo do penhor, pois se admite para certos bens móveis como navios e aeronaves. Notamos nesse aspecto traço da evolução histórica. Vimos que, em sua origem, tanto o penhor como a hipoteca podiam ter por objeto bens móveis e imóveis.

Distingue-se do penhor porque a hipoteca mantém a posse da coisa com o devedor, decorrendo daí

sua vantagem como elemento de crédito, buscado por via transversa pelos penhores especiais, criados posteriormente ao Código Civil.

Como direito real, confere ao credor direito de sequência, permanecendo a garantia, ainda que alienado o bem. A instituição da hipoteca não retira o bem de comércio, pois pode o bem gravado ser alienado. Como se trata de direito real, com a alienação, permanece a hipoteca incidindo sobre o imóvel. O art. 1.475 do presente Código é expresso ao dizer que é nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar o imóvel hipotecado. O parágrafo único desse artigo, porém, acrescenta que pode ser convencionado que o crédito hipotecário ter-se-á por vencido, no caso de alienação. Nessa hipótese, o adquirente saberá que, ao adquirir o bem, deverá também liquidar a dívida que onera o imóvel.

A excussão do bem hipotecado processa-se da mesma forma que o penhor. Se o valor apurado na alienação judicial não for suficiente para extinguir a dívida, permanece o saldo como crédito quirografário. Por outro lado, o que sobejar do valor apurado (o supérfluo) pertence ao devedor ou ao terceiro garante.

Tratando-se de direito real, é imprescindível o consentimento do cônjuge do devedor ou terceiro hipotecante casado. No Código em vigor, mantida a mesma restrição, aplica-se o disposto no art. 1.647, salvo para o regime da separação absoluta de bens. O consentimento pode ser suprido judicialmente, provada a recusa injusta ou a ausência do cônjuge.

Se é ato que implica princípio de alienação patrimonial, requer, conforme visto na introdução aos direitos de garantia, plena capacidade de disposição. Incapazes somente podem gravar seus bens mediante autorização judicial, provando vantagem e real necessidade. A pessoa jurídica constitui hipoteca de acordo com seus estatutos ou contratos sociais, que de uma forma ou de outra devem autorizar a constituição do gravame. O mandato requer poderes expressos e específicos. Somente os bens alienáveis, portanto, podem ser hipotecados. Se não pode haver alienação, não há como realizar o valor da dívida; não há como executar.

Não unicamente o proprietário, mas também o enfiteuta e o proprietário enfiteutico podem dar em hipoteca.

O art. 810 do Código de 1916 permitia a hipoteca sobre:

O art. 1473 do Código, substitui minas e pedreiras pelos termos recursos naturais e acrescenta ao seu rol os incisos X e XI que aduz sobre a propriedade superficiária, e os direitos oriundos da imissão

provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas e respectiva cessão e promessa de cessão. Ainda, este dispositivo reporta-se ao art. 1.230, o qual, por sua vez, refere-se às jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia elétrica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos em leis especiais. Há que se acrescentar também a possibilidade de hipoteca sobre o direito de superfície, o que tentou fazer expressamente o Projeto nº 6.969/2002. Note que os acessórios dos imóveis somente podem ser objeto de hipoteca conjuntamente com o imóvel. Esses acessórios, de per si, somente poderiam, em princípio, ser objeto de penhor, se bens móveis.

O art. 825 do Código anterior permitia que os navios em construção fossem objeto de hipoteca. Já o mais recente Código apenas remete à hipoteca dos navios e aeronaves para a legislação especial (art. 1.473, parágrafo único), que, como regra, autoriza a hipoteca sobre a coisa em construção. Trata-se de hipoteca de coisa futura, mas não há objeto se ainda não iniciada a construção, se o navio se encontra ainda em fase de projeto. Da mesma forma, para maior facilidade de crédito, é admitida a hipoteca de imóvel com construção já iniciada.

Para atender a investimentos imobiliários de vulto, o Código de 2002 passa a admitir expressamente que a hipoteca pode ser constituída para garantia de dívida futura ou condicionada, desde que determinado o valor máximo do crédito a ser garantido (art. 1.487). Pode a constituição da hipoteca, por exemplo, ficar subordinada à obtenção de determinado número de investidores para a construção de um edifício. Pode ser especificado que o empreendimento, subordinado à hipoteca, deverá ser iniciado e concluído dentro de determinado prazo. Esclarece o § 1º desse atual dispositivo que a execução da hipoteca dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição ou ao montante da dívida. A lei registrária deverá adaptar-se para permitir que uma hipoteca desse nível seja registrada junto à matrícula do imóvel a ser construído. O § 2º do artigo dispõe que

Ora, o crédito, como regra, comprova-se pelo instrumento que institui a hipoteca. A lei deverá permitir que seja registrado no cartório imobiliário, como dissemos. A mais recente lei, ora comentada, diz que o devedor será responsável por superveniente desvalorização do imóvel: imagina-se, por exemplo, a situação de o imóvel não ter obedecido ao plano original ou, por qualquer outra razão, ter sido construído de molde a valer menos que o projetado. A matéria, tal como está, é lacunosa, e há necessidade de que seja devidamente regulada por uma nova disciplina das construções de edifícios, mormente uma nova lei de incorporações imobiliárias.

A hipoteca constitui-se por escritura pública (ou instrumento particular, se o valor o permitir), possibilitando assim seu registro.

Ao se referir aos acessórios dos imóveis, a lei permite a hipoteca dos imóveis por determinação

legal (art. 43, III, do Código de 1916), categoria que deixa de existir como tal no presente Código. Devem ser entendidas como acessórios todas as suas modalidades, tanto as naturais, como árvores e frutos, quanto tudo que for posto pelo homem no imóvel, para comodidade, aformoseamento ou exploração industrial.

A hipoteca pode ser _____ ou _____, resultando de sua origem. _____ é aquela derivada de acordo de vontades. As partes têm a faculdade de garantir obrigações de dar, fazer ou não fazer com hipoteca. É modalidade mais comum, devendo obedecer aos requisitos dos direitos de garantia em geral e aos específicos de sua natureza. Pode, em tese, como na antiguidade, ser determinada por testamento, mas se torna problemática a possibilidade de concretização.

A _____ decorre de certas situações em que a lei exige garantia de pessoas colocadas sob determinadas condições. Sua finalidade é preventiva e acautelatória de eventuais prejuízos, como veremos.

A _____ é determinada em sentença, conferindo ao exequente prosseguir em execução contra adquirentes de bens do executado.

As hipotecas sobre navios e aeronaves, bem como sobre vias férreas, devem ser classificadas, dadas suas peculiaridades, como _____, embora também sejam modalidades convencionais. No mesmo sentido se coloca a hipoteca sobre minas e pedreiras.

O regime jurídico, principalmente o registrário, estrutura-se tendo em mira a hipoteca convencional.

A hipoteca abrange o solo e todas as acessões, melhoramentos ou construções feitos nele. Essa a ideia descrita no art. 1.474.² Tudo que integra o imóvel porque nele se contém ou porque posteriormente se incorporou integra a hipoteca. Os acréscimos integram o gravame ainda que adicionados após a constituição da garantia. Note que o atual sistema introduz a noção de _____ no ordenamento. Veja o que falamos a respeito da inovação em nosso primeiro volume. A questão das pertenças em sede de hipoteca, assim como em outros campos, trará dúvidas, porque o legislador não foi suficientemente claro. O art. 94 dispõe que os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da vontade das partes ou das circunstâncias do caso. Ora, embora a lei afirme que as pertenças, no caso em exame, não integrem a hipoteca, persiste a dúvida em delinear exatamente o que são pertenças. A maior cautela recomenda que no instrumento de hipoteca os acessórios que integram o gravame devem ser perfeitamente descritos. Assim, no exemplo clássico de pertenças, a parte interessada deve esclarecer se os ventiladores e aparelhos de ar-condicionado integram a garantia. Observe, porém, que, se o prédio foi construído com sistema de ar-condicionado integrado, não há como dissociá-lo do imóvel (Mamede, 2003:330).



Em qualquer ato de seu ofício registrário, o oficial pode ter dúvida sobre o ato a ser praticado. O é regulado pela Lei dos Registros Públicos. No entanto, o art. 834 do Código de 1916 era expresso:

O procedimento de dúvida é instaurado na forma do art. 198 da Lei dos Registros Públicos. Se o apresentante não se conformar com a exigência do oficial, ou não puder satisfazê-la, poderá requerer a remessa da dúvida ao juízo corregedor. O interessado será notificado para, em 15 dias, apresentar impugnação. Ainda que não apresentada, deve a dúvida ser julgada porque a matéria é correccional e administrativa (art. 199 da Lei dos Registros Públicos). A sentença é sempre apelável pelo interessado, por terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, que participa necessariamente do procedimento cartorial (art. 202 da Lei dos Registros Públicos). O serventuário não tem legitimidade para recorrer. O cartorário apresenta a dúvida como agente do Estado, por dever de ofício, em situação de neutralidade. Deve-se submeter ao que for decidido pelo juízo. A decisão no processo de dúvida não repercute em qualquer direito do oficial. Por outro lado, tem o dever de suscitar a dúvida se observar irregularidade, caso contrário se sujeita ao regime disciplinar.

Julgada procedente a dúvida, com o trânsito em julgado os documentos serão restituídos à parte, dando-se ciência da decisão ao oficial para que cancele a prenotação. Julgada improcedente, o interessado deve apresentar novamente os documentos, com o mandado ou certidão da sentença, que ficarão arquivados, procedendo-se imediatamente ao registro, declarando o oficial o fato na coluna de anotações do protocolo (art. 203 da Lei dos Registros Públicos). O registro é do título prenotado, nos termos da decisão.

A natureza administrativa do processo de dúvida vem expressa no art. 204. As custas somente serão pagas pelo interessado no caso de procedência da dúvida (art. 207 da Lei dos Registros Públicos). Em qualquer caso, os interessados podem recorrer à via contenciosa. Não há eficácia de coisa julgada no procedimento de dúvida.

Em qualquer conjuntura, o interessado tem o prazo decadencial de 30 dias para cumprir as exigências a partir da prenotação. Mantendo-se inerte, não requerendo o procedimento da dúvida nem atendendo às exigências, cessarão os efeitos da prenotação (art. 205 da Lei dos Registros Públicos).

A dúvida é de legitimação ativa exclusiva do oficial. Discute-se se o interessado pode dirigir-se diretamente ao juiz, quando possui título dúbio, suscitando assim a denominada . Após vacilação jurisprudencial, predomina hoje a corrente que não admite esse procedimento (Ceneviva, 1991:347). O interessado deve apresentar o título em cartório. Cabe ao oficial opor dúvida, se for o caso.

Se a hipoteca é convencional, qualquer interessado pode requerer o registro, apresentando o devido instrumento. Nas demais modalidades de hipoteca, interessado será aquele definido em lei (arts. 839 ss do Código de 1916). O marido ou o pai deve requerer a especialização e registro da hipoteca legal da mulher casada. Ao pai, à mãe, ao tutor ou curador incumbe providenciar a hipoteca legal, antes de assumirem a administração dos bens dos incapazes. O inventariante e o testamenteiro têm legitimidade para regularizar a hipoteca legal dos incapazes, antes de entregar herança ou legado. A hipoteca legal do ofendido compete a seu representante, se for incapaz, ou ao Ministério Público. Os interessados nesta hipoteca podem requerê-la pessoalmente ou promovê-la por solicitação ao Ministério Público.

O vigente Código optou por fórmula genérica:

(art. 1.497, § 1º).

Acrescenta o § 2º desse dispositivo que as pessoas, às quais incumbir o registro e a especialização das hipotecas, estão sujeitas a perdas e danos pela omissão. Conclui-se, portanto, que qualquer interessado pode requerer o registro, mas os que estão obrigados a prestar a garantia, nas situações legais, têm por dever fazê-lo.

A prenotação é importante porque, julgada improcedente a dúvida pelo juiz corregedor, valerá a prenotação para fins de prioridade. Prenotação é assentamento prévio no protocolo. Seus efeitos cessam em 30 dias se o interessado não cumprir as exigências opostas pelo oficial. Se levantada dúvida, o prazo é suspenso até a decisão judicial. Desse modo, não pode o interessado ser prejudicado por processamento moroso da dúvida, a que não tiver dado causa, porque o art. 835 do Código de 1916 fixava prazo de 30 dias para julgamento.

Sobre a matéria dispõe a Lei dos Registros Públicos no art. 186 que

. Decorre daí que, se for o mesmo interessado, pode obter dois registros no mesmo dia. Se forem dois apresentantes, há necessidade de perfeita identificação de data e horário nos títulos para o registro no mesmo dia, sob pena de ser seguida a ordem de apresentação.

Doutro lado, se não há óbice, o registro deve ocorrer dentro do prazo de 30 dias da prenotação (art. 188 da Lei dos Registros Públicos). Todavia, não pode ser a parte prejudicada por desídia do oficial ou mau funcionamento da estrutura cartorária. O art. 189 da lei registrária alerta que, se do título constar

referência à existência de outra hipoteca sobre o mesmo bem, o oficial fará a prenotação e aguardará 30 dias a fim de que os interessados na primeira façam sua inscrição. Se isso não ocorrer, registrar-se-á o título apresentado com preferência sobre o mencionado predecessor. Esse dispositivo altera o direito de preferência e prioriza o direito daquele que foi mais diligente no registro de seu título. A disposição já constava, com outra redação, do art. 837 do Código Civil anterior.

Se o imóvel hipotecado não estiver matriculado (ou registrado) em nome do outorgante, há necessidade de primeiramente ser efetuada a matrícula, a fim de ser atendido o princípio da continuidade registrária (art. 195 da Lei dos Registros Públicos).³

O registro público, de qualquer natureza, deve apresentar veracidade. Qualquer erro material pode ser retificado. No caso do registro imobiliário, essa retificação é possível se não prejudicar terceiros (art. 213 da Lei dos Registros Públicos, que regula o procedimento administrativo). Essa retificação bem como a anulação podem decorrer de processo contencioso.

Há alguma alteração nessa matéria no mais moderno Código, que modifica o alcance dos arts. 834 ss do Código de 1916. Assim, o art. 1.496 dispõe que, se o oficial tiver dúvida sobre a legalidade do registro requerido, fará a prenotação do pedido. Se a dúvida, dentro em 90 dias, for julgada improcedente, o registro efetuar-se-á com o mesmo número que teria quando da prenotação. Se julgada procedente a dúvida, ficará cancelada a prenotação e se a hipoteca for novamente requerida, receberá número novo. Aumenta-se, portanto, o prazo de 30 dias do antigo Código, para 90 dias, a fim de se aguardar o julgamento da dúvida. No mais, a compreensão do vigente artigo é a mesma do antigo art. 835.

O art. 1.495 do Código em vigor contempla hipótese diversa:

Com isso, concede-se o prazo razoável ao outro hipotecante para registrar em primeiro lugar sua hipoteca. Se este se mantiver inerte, será registrada a hipoteca apresentada.

Registrada a hipoteca, iniciam-se seus efeitos . Vícios que a inquinem, que não meras retificações, somente podem ser removidos por ação judicial. Destarte, eventuais credores quirografários ou outros credores privilegiados somente se podem valer de ação própria para invalidar a hipoteca e seus respectivos efeitos.

A regra constante do art. 1.498 do presente Código deve ser realçada:

Não há prazo limitado para a existência da hipoteca, no entanto, após o período tão longo de 20 anos, é quase certo que as condições descritas na especialização tenham se alterado, como, por exemplo,

o valor do crédito, a taxa de juros e o prazo para pagamento. Tornar-se-á necessário, portanto, que nova especialização se faça, sem a qual não estará autorizada a excussão. O Código de 1916 tinha disposição equivalente no art. 830, que se referia ao prazo de 30 anos. Esse artigo estava deslocado porque se refere invariavelmente à hipoteca convencional, mas estava colocado entre os dispositivos da hipoteca legal. O Código de 2002 corrigiu a falha. No entanto, a Lei nº 10.931/2004 alterou o art. 1.485, para fazer retornar o prazo de 30 anos para prorrogação da hipoteca, mas nada se alterou quanto a esse artigo 1.498, que se reporta à nova especialização em 20 anos. Portanto, esses prazos não coincidem.

A garantia de créditos estabelecida por vontade dos interessados preenche a finalidade precípua da hipoteca. Daí ser modalidade mais comum e mais importante. Já nos referimos a ela quando tratados os requisitos de especialidade, publicidade, capacidade do outorgante, instrumento escrito público (ou particular) etc. Lembre-se, ademais, da possibilidade de terceiro assumir a garantia de dívida de outrem, oferecendo bem em garantia.

Os bens inalienáveis, como enfatizado, não podem ser objeto de hipoteca. Os bens públicos, quando sua natureza o permitir, necessitam de autorização legislativa. Os bens de menores e incapazes somente podem ser gravados por autorização judicial, provada efetiva necessidade. Os emancipados estão livres para os atos da vida civil, inclusive para estabelecer o gravame.

O falido, não mantendo a administração de seus bens, não pode gravá-los. Os concordatários ou empresas em regime de recuperação judicial podem fazê-lo mediante autorização do juízo universal. Há que se verificar os princípios da nova lei de falências.

Como regra geral que comporta exceção no vigente Código, é necessária a outorga conjugal, a recusa injustificada pode dar margem ao suprimento do consentimento. Conforme o princípio geral do Código de 1916, o condômino de parte indivisa necessita da autorização dos demais consortes. O art. 1.420, § 2º, do presente Código abrandou essa regra, como vimos.

Como já ocorria no Direito Romano com a denominada hipoteca tácita, a lei protege certas pessoas com o favor da hipoteca decorrente de lei. Nessas situações, não há título constitutivo. Surge por força da lei.

Na hipoteca legal, existem dois momentos bem definidos. Em primeiro lugar, há um fato jurígeno do vínculo. No entanto, o simples fato típico não instrumentaliza a hipoteca. Há necessidade de um segundo momento, quando então são individualizados, especializados os bens garantidores, culminando com sua inscrição como objeto da hipoteca e tornando-se efetivamente garantia real.

Cabe ao legislador descrever as hipóteses de hipoteca legal. No Código Civil de 1916, os fatos jurígenos estavam elencados no art. 827. O mais recente Código traz o rol no art. 1.489. Analisemos os

dois sistemas. Pelo Código anterior, a lei conferia hipoteca legal:

As situações são modernamente elencadas pelo art. 1.489 do vigente Código:

Em todas essas situações, há um sentido ético de maior proteção para o ressarcimento de eventuais prejuízos causados por quem administra bens alheios ou é devedor sob condições definidas.

Se ocorre qualquer dessas situações tipificadoras, por si só a hipoteca legal não se processa e não possui efeitos imediatos perante terceiros. Em favor dos beneficiários, é verdade, opera prontamente, como gravame real limitado, tal qual um instrumento convencional ainda não registrado.

Portanto, para ser obtida a eficácia relativa a terceiros são imperativas a inscrição e a especialização, isto é, o procedimento subsequente ao fato gerador. A exigência está expressa no art. 1.497. A legitimidade para requerer a instrumentalização já foi por nós referida e é descrita nos arts. 839 ss do Código antigo e 1.497 do atual.

Na hipoteca legal, há necessidade de um procedimento judicial, uma vez que não há título

convencional ou material a ser registrado. Não há mais um procedimento específico para a especialização da hipoteca (arts. 1.205 a 1.210 do CPC de 1973).

Os termos do anterior CPC podem ser seguidos em linhas gerais. O pedido, feito por quem a lei material legitima, deve declarar a estimação da responsabilidade a ser garantida e ser instruído com a prova de domínio dos bens, livres e desembaraçados, dados em garantia (art. 1.205). O art. 1.206 especifica os casos de necessidade de avaliação. O art. 1.209 permite que a hipoteca se especialize por escritura pública quando as partes forem capazes, dispensando-se o processo.

Os responsáveis perante a Fazenda Pública podem requerer a hipoteca ou as respectivas procuradorias, em atendimento ao inciso I do art. 1.489.

Os responsáveis pela inscrição e especialização responderão em caso de omissão pelos prejuízos a que derem causa (art. 1.497, § 2º). Se ocorrem as hipóteses legais, os responsáveis obrigam-se a proceder à inscrição e especialização.

A sentença declarará a especialização e determinará a expedição de mandado de inscrição para o registro imobiliário (art. 1.207, parágrafo único, do CPC). Como verificamos, na hipoteca legal, a sentença substitui o instrumento da hipoteca convencional.

A lei permite que a hipoteca legal seja substituída por títulos da dívida pública (art. 1.491), como forma de abrandar o rigor do gravame sobre o patrimônio das pessoas atingidas. A conveniência será apurada no caso concreto. O mais moderno Código, mais consentâneo com a realidade, permite que a hipoteca seja substituída não só por títulos da dívida pública federal ou estadual, mas também por outra garantia, a critério do juiz, mediante requerimento do devedor (art. 1.491).

A primeira hipótese de hipoteca legal no antigo Código referia-se à para garantia do dote e outros bens particulares. Essa garantia teve raízes no Direito Romano, como vimos. O sistema dotal não foi utilizado em nosso meio, apesar de constar da lei. A hipoteca servia para garantir a restituição dos bens entregues ao marido, sob sua administração, enquanto perdurar o casamento. Por outro lado, a Lei nº 4.121/62 instituiu a possibilidade de existirem da mulher (nova redação do art. 246 do Código Civil de 1916). São bens adquiridos por seu único esforço e decorrentes de sua indústria. Se administrados pelo marido, há direito à hipoteca legal. A hipótese, evidentemente, não é mais repetida no Código de 2002, ainda porque atualmente, após a Constituição de 1988, nem mesmo há que se falar em bens reservados (veja nosso capítulo a esse respeito em Direito de Família).

Os , hoje poder familiar, tinham hipoteca legal sobre bens dos pais, quando estes administrassem seu patrimônio. Essa administração decorria do pátrio poder, hoje denominado poder familiar. Era meio de garantir que os pais não dilapidassem e malversassem bens dos filhos. Não há distinção entre filiação legítima ou ilegítima, distinção modernamente também inócua. A hipoteca não se referia aos frutos dos bens dos filhos porque, até a maioridade, estes pertenciam aos pais. O usufruto dos bens dos filhos menores é inerente ao pátrio poder. Defende-se que essa hipoteca somente se fazia necessária em face da natureza do usufruto, quando os pais pretendessem levantar valores ou alienar bens

dos filhos. A disposição, que se mostrara inútil, também não é repetida no presente Código, que regula o usufruto e a administração dos bens de filhos menores nos arts. 1.689 a 1.693.

A hipoteca referida no inciso III do art. 827 referia-se à

antes de ultimarem o inventário e a partilha do casamento anterior. A finalidade é evitar a confusão de patrimônios que poderá prejudicar o filho do primeiro matrimônio. O dispositivo consta do art. 1.489, II, do vigente Código e continua aplicável.

A hipoteca sobre _____ tinha por finalidade garantir eventuais prejuízos na administração dos bens dos pupilos. O juiz poderia dispensar essa hipoteca, sendo usual que o fizesse, salvo necessidade evidente demonstrada, pois se cuidava de mais um ônus à já difícil missão atribuída a tutores e curadores. No entanto, o art. 420 do Código de 1916 determinava que o juiz respondesse subsidiariamente pelos prejuízos causados por ele se não tiver exigido a garantia legal. Nosso Código anterior, de índole marcadamente patrimonial, não levava em conta que a maioria das tutelas e curatelas em nosso meio social era concedida a pessoas com poucas posses, geralmente atribuindo somente encargos aos administradores. A garantia era essencial quando se tratasse de patrimônio de vulto. Nesse caso, deveriam velar o juiz e o Ministério Público pela garantia da boa administração. O Código de 2002 estatui, no art. 1.745, parágrafo único, que se o patrimônio do menor for de valor considerável poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à _____, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade. Essa caução pode ser concedida sob a forma de hipoteca, ou qualquer outra modalidade de garantia, o mesmo se aplicando ao exercício da curatela.

A _____ sobre seus tesoureiros ou assemelhados é importante meio de garantia de prejuízos eventualmente causados por esses funcionários. O Código de 2002 refere-se às pessoas de direito público interno no inciso I do art. 1.489. Tal norma, tão esquecida por nossos administradores, deveria ser estendida e efetivamente aplicada a todo e qualquer servidor que se coloque em posição ou exerça atividade ou função passível de causar prejuízo ao erário público, inclusive membros integrantes dos poderes. Essa matéria deve vir regulada em normas de Direito Público, complementando as disposições já existentes, definidoras dessa responsabilidade. A matéria é referida no mais recente Código às pessoas de direito público interno (art. 1.489, I).

O _____ (inciso II), a vítima, tem hipoteca sobre bens do réu condenado criminalmente. Essa hipoteca tem por fim garantir o ressarcimento do dano civil e das custas. Os bens do condenado respondem pela indenização aquiliana. A excussão decorrente da responsabilidade civil recairá, destarte, sobre os bens especializados. Essa garantia é importante e deveria ser incentivada quando o ofensor tem bens imóveis, tanto que a disposição é mantida pelo Código Civil de 2002. O CPP, nos arts. 134 ss, cuida da hipoteca legal do réu.

A hipoteca da Fazenda com relação aos imóveis de delinquentes para assegurar _____ tinha mesmo pequeno alcance. A começar pelo nível social da grande maioria dos condenados neste país e pelo ínfimo valor das penas pecuniárias de nossa legislação penal. Se o réu tem patrimônio, há outras modalidades de cobrança mais rápidas e eficazes que superam a hipoteca. Por isso,

a hipótese foi excluída no mais recente estatuto civil. Se com a Fazenda concorrerem o ofendido e seus herdeiros, estes teriam preferência na excussão (art. 829 do Código anterior).

O tem hipoteca legal para garantir seu quinhão ou reposição na partilha, sobre imóvel adjudicado a herdeiro reponente (inciso VIII). Com frequência, para maior comodidade na partilha, um imóvel é adjudicado a um único herdeiro, que se compromete a repor em dinheiro a parte dos demais. Esses coerdeiros têm direito à hipoteca legal para garantir esse pagamento ou torna da partilha em relação ao herdeiro a quem foi atribuído o imóvel. O dispositivo se mantém no Código vigente.

O inciso V do art. 1.489 do vigente Código concede hipoteca legal ao credor sobre o imóvel arrematado, para o pagamento do restante do preço da arrematação. Essa hipótese, em princípio, terá pouco alcance, porque, quando o arrematante deixa de completar o preço, deve ser considerada ineficaz a arrematação.

Acrescente-se que os bens especializados em hipoteca legal podem se mostrar insuficientes à garantia. O interessado, ou quem o represente, poderá exigir reforço com outros bens,
(art. 1.490). Nada impede, porém, que o reforço recaia sobre bens já existentes anteriormente no patrimônio do garantidor, se demonstrada a insuficiência.

A hipoteca judicial era, sem dúvida, modalidade de hipoteca legal, mas não está estruturada de forma organizada em nosso direito. A finalidade é garantir plena execução das decisões judiciais condenatórias. Trata-se de efeito que a lei confere a todo julgado que condena devedor. Sua regra fundamental estava no art. 824:

A disposição perde utilidade perante os princípios da fraude de execução. Presume-se fraudulenta, de forma absoluta, qualquer alienação ou oneração de bens do devedor quando “
” (art. 792, IV, do CPC).

Nessa hipótese, o juiz da execução declara ineficaz o ato, determinando a penhora, que atingirá o bem na posse ou na propriedade de qualquer terceiro. É ônus do devedor indicar no processo outros bens penhoráveis, sob pena dessa declaração de ineficácia de alienação por ele feita atingir terceiros.

Ademais, o art. 824 excluía o direito de preferência nessa hipoteca judicial, subtraindo-lhe a principal vantagem. Temos que considerar atualmente inútil o dispositivo. Ademais, para exercer o direito garantido pelos princípios da fraude de execução, o exequente não necessita de inscrição imobiliária, condição essencial para a hipoteca judicial. Está, porém, presente no ordenamento para quem nela encontrar serventia.

O vigente Código não mais se refere a essa modalidade de hipoteca.

Já nos referimos ao art. 1.476, que admite a constituição de mais de uma hipoteca sobre o mesmo imóvel. A situação é corriqueira, quando o valor do imóvel supera sobremaneira os débitos contraídos. O primeiro credor hipotecário, porém, de acordo com o princípio da prioridade, terá preferência, independentemente do vencimento das dívidas, que não se confundem com as hipotecas (art. 1.477). O credor da segunda hipoteca, consoante o art. 813, não poderia executar o imóvel antes do vencimento da primeira. Ressalva-se, no dispositivo, apenas a hipótese de insolvência, quando então qualquer credor, quirografário ou não, poderá requerer sua decretação. A preferência no pagamento, contudo, sempre será do primeiro credor hipotecário. O parágrafo único do art. 1.477 é expresso ao estabelecer que não se presume a insolvência do devedor que faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas, posteriores à primeira. Coloca-se em situação mais favorável o credor da primeira hipoteca.

No entanto, não se nega ao segundo credor hipotecário, em exegese de longa data, o direito de executar sua dívida vencida, embora pendente de vencimento a dívida do primeiro gravame. Na realização do preço, quando da alienação judicial, dar-se-á preferência ao primeiro credor hipotecário. Essa conclusão defluía do art. 826 do Código Civil anterior e mantém-se integralmente no presente diploma:

Se seguida fosse ao pé da letra a dicção do art. 1.477, fácil seria a fraude, bastando o conluio do devedor com o primeiro credor hipotecário. Uma vez intimado o credor da primeira hipoteca, pode intervir no processo, a fim de exercer seu direito de preferência.

Observe, de outro lado, que o parágrafo único do art. 813 apontava que

. Há necessidade que se vença a dívida da primeira hipoteca, para prevalecer a presunção de insolvência, que também pode vir demonstrada por outras formas.

De qualquer modo, em qualquer situação, o credor sub-hipotecário nunca poderá sobrepujar seu direito ao do credor hipotecário prioritário. Nada sobejando do valor excutido na primeira hipoteca, o segundo credor coloca-se na posição de quirografário. A preferência entre os vários credores hipotecários sobre o mesmo bem fixa-se de acordo com o princípio básico da prioridade, isto é, ordem de inscrição dos atos constitutivos.

No entanto, como meio de fortalecer seu direito, a lei permite ao segundo credor hipotecário efetuar a remição do bem, sub-rogando-se no direito do primeiro credor (art. 1.478). Isso lhe será vantajoso, quando perceber que, ocorrendo execução pelo credor primitivo, nada ou pouco lhe sobejará para

satisfazer a seu crédito, seja porque o momento é inoportuno para a excussão, seja porque terá melhores condições de negociar com o devedor, eliminando o primeiro credor da relação jurídica. A hipótese é de sub-rogação legal (art. 346, I).

O Código contemporâneo preferiu descrever com detalhes a situação ora exposta, no art. 1.478:

O art. 1.479 estabelece:

O Código de 1916 não trazia dispositivo semelhante.

Geralmente ocorre na prática que alguém, ao adquirir imóvel hipotecado, pague toda a dívida e exclua a hipoteca antes de ultimar a compra. Não é a hipótese da lei, pela qual o terceiro adquirente não quita o débito. Se entender gravosa a manutenção do bem, pode abandonar o imóvel em favor dos credores hipotecários. Não se trata de abandono puro e simples, mas de abandono translativo de domínio. Trata-se, efetivamente, de uma cessão. Só não poderá efetivar o abandono se, ao adquirir o imóvel, também assumiu obrigação pelo pagamento das dívidas. Essa dicção legal, que não demonstra utilidade, não parece que terá alcance prático efetivo.

Complementa ainda o art. 1.480 estatuinto que o adquirente notificará o vendedor e os credores hipotecários, deferindo-lhes conjuntamente a posse do imóvel, ou o depositará em juízo. Os credores, em princípio, não podem recusar a entrega do imóvel, pois nesse caso estariam renunciando à garantia.

O parágrafo único desse dispositivo dispõe que o adquirente poderá abandonar o imóvel até as 24 horas subsequentes à citação, com que se inicia o processo executivo. O que se nota é, na verdade, uma fuga do adquirente ao processo executivo: “abandona” o imóvel quando se vê premido pela execução e observa que o valor do imóvel não compensa continuar com sua titularidade. É possível, portanto, que esse chamado abandono se dê antes ou depois de iniciado o processo executivo. Decorrido esse prazo descrito em horas, deverá então o titular suportar os ônus da execução e todos os seus consectários.

Das noções já expendidas se inferem os efeitos gerados pela hipoteca.

Seu principal efeito é vincular um bem ao cumprimento e à extinção de uma dívida.

O devedor ou terceiro que oferece bem em hipoteca sofre restrição em seu direito de propriedade, representado pelo ônus do pagamento da obrigação. Não pode praticar nenhum ato que diminua substancialmente o valor do bem, sob pena de desfalar a garantia (art. 1.425, I). Não perde, no entanto, a disponibilidade sobre a coisa, pois a hipoteca a acompanhará, como decorrência da sequência. Vimos que o art. 1.475 do Código estabelece a nulidade de cláusula que proíba a alienação do imóvel hipotecado. O bem continua no comércio. Como vimos, pode também estabelecer outras hipotecas sobre o mesmo bem, se o negócio constitutivo não o proibir. Mantendo a posse do bem, mantém a possibilidade de se valer dos meios possessórios para defendê-lo.

Ainda, o devedor pode extinguir a dívida, antecipando-lhe o pagamento, podendo, pois, remi-la a qualquer tempo (Decreto nº 22.626/33, art. 7º).

O credor, por seu lado, tem o direito de exigir que o bem seja mantido íntegro no curso da garantia. O não pagamento autoriza-lhe a excussão do bem hipotecado, como decorrência da exigibilidade da obrigação. Levem-se em conta as hipóteses em que pode considerar vencida antecipadamente a obrigação (art. 1.425). Pode pedir reforço de garantia, quando esta se desfalar, sob pena de vencimento antecipado. A possibilidade trazida pelo Código de 2002 de poder a hipoteca ser constituída para garantia de dívida futura trará outra série de questões (art. 1.487). O princípio da prioridade, por outro lado, assegura direito preferencial ao credor hipotecário mais antigo.

Quanto ao negócio jurídico em si, ressalvado o decantado direito real criado pelo registro, a lei não lhe estipula prazo. O art. 830 reportava-se à perempção da hipoteca em 30 anos, mas permitia sua recondução ao final desse prazo, mantendo-se então a prenotação primitiva. Veja o que falamos sobre o art. 1.498 do Código de 2002.

O crédito hipotecário pode ser cedido, como em qualquer hipótese de cessão de crédito ou cessão de posição contratual, não o proibindo o contrato.

Já vimos, ao estudarmos os direitos de garantia em geral e o penhor, que remição significa extinguir, fazer desaparecer o gravame. Ainda persiste dúvida sobre a grafia correta. O Código Civil refere-se a remissão como ato de direito material, de perdão de dívida; remição, com cedilha, é termo que o legislador deveria ter reservado aos atos processuais de extinção voluntária da hipoteca, embora os sentidos sejam muito próximos. A Lei dos Registros Públicos refere-se à remição. O capítulo específico ora tratado do Código Civil de 1916 refere-se a remissão; veja arts. 818 e 821. É também a grafia adotada pelo Código de 2002 (art. 1.481). Adotamos a palavra com cedilha, por ser a preferida pelos autores em razão de sua origem técnica, sem unanimidade, porém. Maria Helena Diniz (1991:382) coloca corretamente a questão:

A Lei 11.382, de 2006, extinguiu o Título V do CPC de 1973, que tratava da remição. Passou a caber ao cônjuge, descendente ou ascendente do executado lançar mão da adjudicação.

Sob o tema ora estudado, Pontes de Miranda (1971, v. 20:41) afirma:

Essa remição feita pelo segundo credor constitui na verdade modalidade de compra compulsória imposta ao primeiro, que se vê forçado a extinguir seu crédito, substituído pelo segundo, que, se subrogando no direito, passa a lhe fazer as vezes perante o devedor.⁴ Veja o art. 1.478 do Código em vigor.

Advirta-se que os dispositivos ora examinados, com outra veste, permanecem vivos no vigente Código, como apontamos no final deste tópico. O art. 815 do Código de 1916, por sua vez, permitia ao adquirente do imóvel hipotecado o direito de remi-lo. O § 1º do art. 815 dispunha que no prazo de 30 dias de seu contrato notificaria os credores hipotecários, propondo a remição pelo preço que adquirira o imóvel, no mínimo. Podia, no entanto, como sucede com mais frequência, preferir o adquirente aguardar a liquidação do débito no respectivo vencimento, com a extinção consequente da hipoteca. Isso porque, se notificasse o credor, na forma prevista nesse artigo, este poderia requerer que o imóvel fosse licitado (§ 2º), procedimento no mais das vezes desfavorável para o interessado.

Por outro lado, o art. 816 admitia a licitação pelos credores hipotecários, pelos fiadores e pelo próprio adquirente. Se notificados não requeressem a licitação, o preço mencionado na afronta ter-se-ia como definitivo para a remissão do imóvel, o qual deveria ser pago ou depositado, liberando-se as hipotecas (art. 816, § 1º). Essa licitação tinha por fim alcançar preço justo de mercado, pois o adquirente poderia ter obtido preço ínfimo, ou estar em conluio com o devedor.

Se o adquirente remisse a hipoteca não notificando os demais credores hipotecários, na forma do § 1º do art. 815, ficaria sujeito a perdas e danos, custas e despesas judiciais, bem como ao pagamento da diferença entre a avaliação do bem e a adjudicação, caso esta se efetuasse (art. 816, § 2º).

Essa modalidade de remição tem também finalidade de evitar longa e custosa execução judicial. A remição do bem hipotecado tem seu procedimento regulado de forma geral pelos arts. 266 a 276 da Lei dos Registros Públicos. O feito será processado no juízo de registro da hipoteca. Observe que todos os interessados que anuindo no negócio jurídico evitam o processo remissório (art. 276). Desse modo, participando da escritura os credores hipotecários, aceitam expressamente o negócio e a respectiva remição, a não ser que fiquem ressalvados seus direitos no instrumento.

O art. 1.481 do presente Código, de forma discursiva, descreve esse direito de remição, com as várias nuances:⁵

Esse dispositivo descreve com detalhes a remição da hipoteca pelo adquirente do imóvel.

Também as hipotecas legais são remíveis, de acordo com os princípios legais que as regem.

Ao devedor não é dado exatamente o direito de remir a hipoteca, no sentido aqui estudado, mas de pagar a dívida, para extingui-la, dentro do sistema do Código de 1916. Veja o que dispõem os arts. 266 a 276 da Lei dos Registros Públicos. O Código mais recente absorveu princípios do estatuto processual, no entanto, introduzindo no direito material possibilidade de remição pelo próprio devedor, bem como por seu cônjuge, descendentes ou ascendentes, no processo de execução.

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu importantes modificações no instituto da remição da hipoteca, tendo em vista a revogação dos arts. 1.482 e 1.483 do Código Civil. (Art. 1.072, II do CPC).

Eram três as hipóteses de remissão no Código Civil: pelo adquirente do imóvel, remissão pelo próprio devedor, ou por seus familiares e remissão em caso de falência ou insolvência do devedor hipotecário.

O CPC de 2015 retirou do sistema parte da segunda modalidade descrita. Alguns julgados do passado já impediam essa modalidade de remição familiar, entendendo o art. 1.482 como revogado, tendo a remição sido substituída pelo art. 685-A do CPC de 1973. O novo CPC exclui o dispositivo mencionado, não sendo mais possível a remissão pelos familiares do executado, os quais mantêm apenas a preferência para a compra do bem (art. 876, § 5º) (Tartuce, 2015:336).

A terceira hipótese, referente à remissão da hipoteca no caso de falência ou insolvência do devedor hipotecário, será tratada pelo art. 877 do novo CPC.

O contrato de hipoteca deve mencionar o prazo (art. 1.424, II). Esse prazo pode ser prorrogado por requerimento de ambas as partes e será averbado no Registro de Imóveis. No entanto, o art. 1.485, ao permitir essa averbação, reduzia a 20 (vinte) anos o prazo máximo da hipoteca, na redação original do Código Civil de 2002. A Lei nº 10.931/2004 reformulou esse artigo para

, que constava do Código de 1916. Esgotado esse prazo, devem as partes proceder a nova inscrição, na verdade uma nova especialização, embora seja mantida a procedência da hipoteca originária. Trata-se de prazo de caducidade, independe do prazo da obrigação garantida e de sua prescrição. Esse prazo somente se refere às hipotecas convencionais; as hipotecas legais são direitos facultativos: persistem enquanto o fato mantiver a situação que as originou.⁶

O art. 1.484 estabelece:

O Código de 1916 acrescentava, porém,

. O artigo do mais recente Código suprime essa segunda parte, pois a remição é tratada pelos dispositivos do processo.

Em período inflacionário, mostrou-se inconveniente essa fixação de preço, até mesmo pelas dificuldades apresentadas pelos inúmeros índices de correção monetária do passado e pela experiência dos planos econômicos. O dispositivo é útil em economia estável, dispensando-se, com economia patente, avaliação do imóvel, para eventual praça. Permitiu agora o mais recente ordenamento a atualização do valor, sem a qual o dispositivo poderia cair no esquecimento. Dúvida pode surgir quando as partes fixarem esse 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.

O art. 823 do Código de 1916 já estipulava serem nulas, em benefício da massa, as hipotecas celebradas 40 dias antes da declaração da quebra.

A Lei de Falências (Decreto-lei nº 7.661/45), já revogada, bem como a atual Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/2005), considera ineficaz, perante a massa, a constituição de

direito real de garantia dentro do termo legal da falência, tratando-se de dívida contraída antes desse termo, que é fixado judicialmente em cada quebra. Essa ineficácia independe da intenção de fraudar. O fato é objetivamente ineficaz (art. 52, III, e art. 129, III, respectivamente). A fraude é presumida de forma absoluta. Essa ineficácia diz respeito apenas à garantia referente à dívida anteriormente constituída; não se refere àquelas que garantem débitos atuais. Se o ônus nasce com a própria obrigação, ainda que no período suspeito, não se presume a fraude. No entanto, tal não inibe os interessados, nesse caso, de provar o ânimo de fraudar, com base no art. 130 da Lei nº 11.101/2005 (art. 53 da lei falencial anterior) e nos princípios gerais que regem a fraude contra credores. A ideia é a mesma, quando se abre concurso de credores.

Ocorre com frequência que um imóvel de apartamentos em construção ou um imóvel de um empreendimento como futuro loteamento aberto ou fechado seja dado em hipoteca. Essa hipoteca, como é evidente, de início onera a totalidade do imóvel. Posteriormente, quando instituído o condomínio e passam a ser vários os adquirentes-condôminos, a totalidade do imóvel continua gravada. Essa situação tem gerado questões complexas, gerando problemas sociais quando, por exemplo, o empreendedor originário se torna insolvente ou vai à bancarrota. Pois, já com atraso em nosso ordenamento, o art. 1.488 do Código de 2002 procura socorrer essas situações:⁷

Desse modo, 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 essa divisão proporcional.

A dúvida que o dispositivo não esclarece é saber se cada titular, isoladamente, pode requerer essa divisão no tocante a seu próprio quinhão. A melhor opinião é, sem dúvida, nesse sentido, pois exigir que todos o façam coletivamente, ou que a entidade condominial o faça, poderá retirar o alcance social que pretende a norma. Isso porque pode ocorrer que não exista condomínio regular instituído, como nos casos de loteamento, e principalmente porque todas as despesas judiciais ou extrajudiciais necessárias ao

desmembramento correm por conta do requerente. Ainda que se convencie em contrário, como menciona a lei, as custas e emolumentos de cunho oficial serão sempre pagas pelo interessado que requerer a medida, o qual poderá não ter meios ou não ter sucesso em uma ação de regresso. Se fosse exigido que a integralidade da divisão proporcional fosse feita em ato único, o elevado custo inviabilizaria, sem dúvida, a medida, nessa situação narrada.

Nada impede, pois, que cada proprietário requeira que se atribua a seu imóvel ou sua unidade a proporção do gravame, independentemente do próprio condomínio ou da totalidade de interessados fazê-lo. Por outro lado, não haverá problema registrário, pois a nova situação ficará averbada junto a cada matrícula. A lei regulamentadora desse dispositivo deve atentar para esse fato, ainda porque raramente haverá interesse do credor ou devedor requerer esse desmembramento da hipoteca. De qualquer forma, mesmo que lei alguma permita expressamente o ato registrário, o decreto de desmembramento será feito por sentença judicial, como estatui esse dispositivo, e não se discute seu mandamento.

Por outro lado, no que é mais relevante nesse dispositivo, o credor somente poderá opor-se ao pedido de desmembramento se provar que este importa em diminuição de sua garantia, o que, na prática, raramente poderá ocorrer.

Ademais, como é de justiça, ainda que ocorra o desmembramento do gravame, o devedor originário continuará responsável por toda a dívida hipotecária, salvo anuência expressa do credor, em decorrência da indivisibilidade.

Como esse direito de divisão proporcional do gravame decorre de uma situação de comunhão, não há prazo para que os proprietários das unidades, o credor ou o devedor requeiram essa medida, pois esse direito subjetivo insere-se na categoria dos direitos potestativos. Enquanto perdurar a indivisão do ônus, pode o requerimento ser feito. Ainda, por essa razão, nada impede seja requerida a divisão ainda que iniciada a excussão de todo o imóvel, ou que se oponha o interessado a ela por meio de embargos de terceiro. Aliás, no sistema do Código de 1916, já defendíamos essa posição.

O art. 849 do Código de 1916 elencava as hipóteses de extinção da hipoteca:

Sob esse prisma, descreve o Código no art. 1.499:

Como vimos no penhor, a hipoteca não se confunde com o contrato subjacente, o qual garante. O pagamento é a causa mais comum de extinção da hipoteca, como direito acessório. Seus efeitos perante terceiros cessam, porém unicamente, com o cancelamento do registro. Observe que a obrigação pode desaparecer por outros meios, que não o pagamento, modalidade normal de extinção de obrigações, mas não a única. Há outros meios técnicos que fazem desaparecer a obrigação.⁸

Na sub-rogação, por exemplo, o ônus transfere-se ao novo credor. Na novação, se as partes não forem expressas, extinta a dívida anterior, extingue-se a hipoteca. A dação em pagamento também extingue o gravame, porque faz desaparecer a obrigação.

A extinção da hipoteca equivale a seu desaparecimento, assim como a extinção nas hipóteses de propriedade resolúvel. Perecendo parcialmente a coisa, a hipoteca persiste no remanescente. Se houver indenização pelo perecimento, o ônus sub-roga-se sobre o preço. O mesmo se dá no caso de desapropriação. Resolvido o domínio, como no fideicomisso, por exemplo, o hipotecante deixa de ser dono, insubsistindo a hipoteca.

A renúncia já foi por nós examinada no penhor. Deve ser expressa e não implica necessariamente renúncia ao crédito. Pode ocorrer renúncia apenas quanto à garantia. Renúncia a qualquer direito deve resultar de inequívoca manifestação de vontade. A hipoteca legal é de ordem pública e, portanto, irrenunciável. Permanece enquanto persistir o estado jurídico que a originou.⁹

Se a renúncia é feita em favor de outrem, há outro negócio jurídico: cessão de direitos.

A hipoteca já foi por nós esmiuçada, concedida primordialmente ao credor de segunda hipoteca, ao adquirente do imóvel hipotecado e, por força das regras de processo, ao devedor (art. 826 do CPC) e a seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, nessa ordem (art. 876 § 5º, do CPC). Não se trata de remição da dívida nesse dispositivo (art. 1.053), mas remição da garantia real.

A nulidade decretará a extinção da hipoteca dependendo de sua eficácia: nulidade da obrigação, objeto não idôneo dado em hipoteca, falta de legitimidade, ausência de requisitos legais no ato constitutivo etc. Nem precisaria a lei dizê-lo, como não o diz o corrente diploma, pois qualquer ato ou negócio jurídico pode ser anulado ou declarado nulo pela sentença. Importa saber sua natureza e se a decisão tem o condão, a eficácia de anulá-lo. Destarte, ainda que não existisse menção nesse dispositivo, qualquer interessado pode pleitear a decretação de nulidade de hipoteca.

A extinção da obrigação põe fim à garantia, que lhe é acessória. Cuida-se de aplicação do destino

do acessório em relação ao principal. Ainda que a obrigação passe a ser considerada natural, não há mais direito de ação na obrigação prescrita, não havendo como subsistir a garantia.

No entanto, a referência expressa à prescrição no dispositivo do Código de 1916 diz respeito àquela referente à ação hipotecária, que é ação real. Ocorre que, na prática, não subsistirá ação hipotecária, se não há mais débito a garantir. Pode, no entanto, existir interesse na propositura de ação, para declarar prescrita a hipoteca, independentemente de discussão acerca da prescrição do débito.

Por outro lado, no sistema de 1916, sendo a hipoteca direito real, seu prazo prescricional é de 10 anos entre presentes e 15 entre ausentes. Não ocorre, todavia, por simples inércia do credor, mas por ato incompatível com o exercício desse direito real. A usucapião do bem hipotecado é ato que faz desaparecer a hipoteca. O prazo prescricional geral no vigente Código é de 10 anos (art. 205).

A _____ como atos finais do processo executório extinguem a hipoteca. Devem ser obedecidos os princípios processuais a eles relativos.

A _____ ou consolidação na mesma pessoa das figuras de devedor e proprietário do bem hipotecado extingue a hipoteca, porque a garantia não pode incidir em bem próprio, mas não se prescinde do cancelamento no registro.

A _____ já mencionada do art. 1.498 é modalidade de extinção. Se não for renovada a especialização nesse prazo, desaparece a hipoteca.

Como consequência da extinção, há que se fazer o _____, denominado na praxe de _____, com os cuidados do art. 851 do Código anterior, requisitos presentes na lei registrária. Apresentado documento idôneo de extinção da dívida, procederá o oficial ao cancelamento. Observará, sob sua responsabilidade funcional, as causas de extinção descritas no Código. Insuficiente se mostra o pedido verbal. Ao oficial deve ser apresentado documento escrito, emanado de credor e devedor, ou somente pelo devedor com prova da quitação do débito. O mandado judicial, se decorrente de decisão, deve referir-se expressamente à hipoteca que se deve cancelar. Assim também a carta de arrematação ou adjudicação. Enquanto não cancelada, embora extinta a dívida, a hipoteca persiste em seus efeitos. Somente após o cancelamento se obtém eficácia com relação a terceiros (art. 1.500). Qualquer interessado apresentante de prova idônea pode pedir o cancelamento. Desse modo, o adquirente ou compromissário comprador de imóvel hipotecado, por exemplo, pode fazê-lo. Não se confunde o direito do interessado em pedir o cancelamento com os requisitos intrínsecos necessários. O art. 251 da Lei dos Registros Públicos dispõe que:

Desse modo, apresentado o documento hábil, é dever do cartorário proceder ao cancelamento. Se tiver dúvida, submetê-la-á ao procedimento cabível. Como se verifica do rol de modalidades de extinção enunciadas na lei, há situações que exigirão mandado judicial de cancelamento, exigindo, pois, sentença. Aliás, desnecessário lembrar que qualquer ato registrário pode ser cancelado por sentença. Isso se torna mais patente na hipoteca, que prossegue em seus efeitos, enquanto presente no registro, tanto que o art. 252 da Lei dos Registros Públicos especifica que

. Por essa razão o terceiro interessado está legitimado a promover processo próprio de cancelamento, provando a extinção do ônus, se por outra forma não obtiver esse desiderato (art. 253 da LRP).

O art. 1.500 do mais moderno Código, que corresponde ao art. 851 antigo, dispõe de forma mais lapidar:

Uma vez cancelada a inscrição, não pode ser renovada, só restando aos interessados instituí-la por novo título, que criará gravame sem relação com o anterior. Se houve vício no cancelamento, incumbe aos interessados promover ação de nulidade do ato cartorário ou indenização contra os responsáveis. Terceiros, em qualquer hipótese, não podem ser prejudicados por ato que torna nulo ou ineficaz o cancelamento, pois os atos de registro presumem-se verdadeiros.

Adverte ainda o art. 1.501 reiterando regra tradicional e presente no art. 826 do Código de 1916 que

.

Desse modo, não tendo sido obedecida essa regra, o credor hipotecário preterido poderá pleitear a nulidade do ato.

A exemplo do que ocorreu com o penhor, o legislador procurou dinamizar a hipoteca com a criação de título cambial. A Lei nº 3.253/57 criou a cédula rural hipotecária, endossável, destinada a financiamentos para finalidades agrícolas.

O Decreto-lei nº 70/66 instituiu a cédula hipotecária destinada a financiamentos do Sistema Financeiro de Habitação. Atualmente, colocado em xeque o sistema, aguardam-se novas modificações, de tantas já efetuadas no curso das últimas décadas. Continua, porém, em vigor esse decreto-lei no essencial.

O presente Código permitiu, no art. 1.486, que o credor e o devedor, no ato constitutivo da hipoteca, autorizem a emissão da correspondente cédula hipotecária, na forma e para os fins previstos em lei

especial. Trata-se de mais um instrumento para dinamização do crédito e que depende de regulamentação. As letras e cédulas hipotecárias são títulos emitidos por instituições financeiras que atuam em financiamentos garantidos por hipotecas.

Conforme reiterado, o inadimplemento da obrigação autoriza a excussão da dívida, por ação executiva. O processo de execução vem regulado pelo art. 778 ss do CPC. O inciso III do art. 585 tipifica o contrato hipotecário como título executivo extrajudicial.

O Decreto-lei nº 70/66, com alterações da Lei nº 8.004/90, permitiu modalidade de execução extrajudicial da dívida hipotecária, criada sob o pálio do sistema habitacional.

Essa lei permite que o credor escolha a execução do CPC ou o processo estabelecido no Decreto-lei nº 70/66 (art. 29). Têm legitimidade ativa para tal cobrança os agentes financeiros ou agentes fiduciários credenciados pelo Banco Central. Em cada contrato do sistema habitacional, as partes nomeiam o agente.

O sistema executório estabelecido nessa lei foi tido por inúmeros julgados como draconiano, ranço da chamada legislação autoritária do passado. O § 1º do art. 31 permite que o agente fiduciário notifique o devedor por Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe prazo de 20 dias para purgar a mora. Quando não encontrado o devedor, certificado o local incerto e não sabido, será publicado edital por três dias, pelo menos. Não havendo purgação do débito, fica o agente autorizado a publicar editais e efetuar leilão privado do imóvel hipotecado em 15 dias. O leiloeiro é autorizado a expedir carta de arrematação nesse procedimento.

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. Reiterados os julgados no Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo nesse sentido, em sessão plenária realizada em 15-9-1994, foi aprovada a Súmula 39, com declaração de inconstitucionalidade:

o , decorrente do processo de arguição de inconstitucionalidade nº 493.349-9/01. Desse modo, conforme vários julgamentos, dos quais participamos, nulo o procedimento desse decreto, incumbe aos credores hipotecários, nessas condições, recorrerem à execução do estatuto processual. Não podemos permitir, em país sob a égide de Constituição democrática, que assegura o pleno exercício de defesa ao cidadão, que se processe verdadeira expropriação privada de bem, sem interferência do Poder Judiciário. Mais grave ainda se mostra o procedimento, porque tem por objeto imóveis destinados à habitação. Julgados com entendimento contrário datam de época histórica e constitucional já felizmente ultrapassada. Da mesma opinião é o magistrado gaúcho Arnaldo Rizzardo (1991:1211), o qual, manifestando-se anteriormente à decisão uniformizadora do Tribunal paulista, já afirmara:

Essas decisões que reiteradamente têm sufragado esse entendimento encontram o mesmo respaldo nos tribunais federais. Ainda que não houvesse inconstitucionalidade no preceito, a questão resvala em evidente abuso de direito e desvio de finalidade do legislador.

A Lei nº 5.741/71 introduziu outra possibilidade de cobrança para os débitos hipotecários vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação. Permitiu ao credor promover execução de acordo com o malfadado Decreto-lei nº 70/66 ou conforme procedimento estipulado nessa lei. Essa execução é judicial, porém de forma simplificada. Exige que na inicial sejam discriminados os valores das prestações e encargos, bem como o saldo devedor. A citação será feita na pessoa do réu e de seu cônjuge ou de seus representantes legais. Se estes se encontrarem fora da jurisdição da situação do imóvel, expedir-se-á edital pelo prazo de 10 dias (art. 3º). Deve ser assegurada ao executado a oposição de embargos (art. 5º), e a praça será judicial. Os embargos, porém, somente terão o condão de suspender a execução, se o devedor alegar que depositou a importância ou que resgatou a dívida. As demais matérias eventualmente alegadas, como abuso na cobrança, índices legais etc. não suspendem a execução. Discutível também a legalidade dessa norma, podendo o juiz declarar sua inconstitucionalidade, suspendendo a execução perante a oposição de embargos no caso concreto. Subordinada a suspensão da execução ao pagamento da dívida unilateralmente afirmada, transgride-se o art. 5º, LV, da Constituição. De qualquer forma, estará garantido o direito de defesa. Outra situação iníqua dessa lei é a dispensa de avaliação para a praça, permitindo que o preço seja fixado pelo saldo devedor (art. 6º). Evidente que nesse caso a arrematação ou adjudicação pode ocorrer por valor mínimo, vil ou ridículo. Temos de entender como imprescindível a avaliação. Há julgados que sufragam esse entendimento (578/148, 87/35). As sucessivas e emaranhadas leis, decretos, portarias disciplinadoras dos financiamentos da casa própria no país têm sido casuísticas e desastrosas.

Embora navios e aeronaves sejam coisas móveis, são suscetíveis de hipoteca. Vimos que historicamente a hipoteca se aplicava indiferentemente aos móveis e imóveis. Essas são as únicas exceções de nossa legislação. Os demais bens móveis submetem-se ao regime de penhor.

A inscrição da hipoteca sobre navio será feita no porto de matrícula. O instrumento deve ter forma pública, se faz mediante a prova de propriedade da coisa, devendo ser lavrada nos ofícios privativos de atos de direito marítimo. Compete ao Tribunal Marítimo manter o registro da hipoteca naval. O art. 825

permitia a hipoteca de navios ainda em construção, como aqui já observamos. A hipoteca confere direito real ao credor de executá-lo onde se encontrar o navio e contra qualquer pessoa que o detenha. Aplicam-se os princípios gerais do instituto. A Lei nº 7.652/88 regula atualmente a hipoteca naval.

O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) também autoriza a hipoteca de aeronave em construção (art. 118). Essa hipoteca constitui-se pela inscrição do contrato no Registro Aeronáutico Brasileiro, com averbação no respectivo certificado de matrícula (art. 141). Essa lei também institui em favor da União em relação a aeronaves, peças e equipamentos adquiridos no exterior, com aval, fiança ou outra garantia do Tesouro Nacional ou seus agentes financeiros (art. 144). Essa hipoteca será registrada no Registro Aeronáutico.

Note que no sistema brasileiro as hipotecas sobre navios e aeronaves não se constituem meros penhores sob outra denominação. Conceituam-se e regem-se efetivamente como hipoteca, aplicando-se-lhes os princípios de direito hipotecário. A legislação especial que as regula não deixa dúvidas. Posse alguma tem o credor hipotecário sobre esses bens móveis. Tal como nas demais hipotecas, antes do registro junto à matrícula estabelece-se apenas direito pessoal entre credor e devedor, ou, como é possível afirmar, direito real de compreensão e extensão limitadas aos contraentes.

Nossos Códigos civis também permitiram a hipoteca sobre linhas férreas. Cuida-se de universalidade, porque compreende o solo, os trilhos, os terrenos marginais, as estações, os equipamentos etc. De acordo com o art. 1.502, “

A posse e a administração das ferrovias não podem ser turbadas pelos credores hipotecários (art. 1.503). Essa hipoteca pode ser limitada a linha ou a trechos de linha especificados no contrato, podendo os credores se opor a qualquer ato de alienação da estrada que lhes embarace o direito (art. 1.504).

Nas execuções dessas hipotecas, terá preferência a Fazenda Nacional ou Estadual, cujos representantes serão intimados necessariamente, pelo preço da arrematação ou da adjudicação (art. 1.505). A preferência da lei é de que o meio de transporte retorne ou permaneça nas mãos do Estado, preferentemente da iniciativa privada. O vigente Código refere-se especificamente à remição por parte da União ou do Estado.

Consideram-se as estradas de ferro como universalidades independentes do solo, em razão de sua função econômica.

O Código refere-se à hipoteca de minas e pedreiras e recursos naturais. Por disposição constitucional as jazidas minerais são distintas do solo e pertencentes à União, que tem direito preferencial em sua exploração. As pedreiras cuja exploração independe de concessão podem ser hipotecadas. As minas, uma vez obtida a concessão do governo, podem ser gravadas no que se refere às instalações fixas, não quanto ao direito de lavra em si. De acordo com a legislação de mineração, as autorizações e concessões somente podem ser transferidas mediante consentimento do poder concedente (art. 176 da Constituição Federal).

“Apelação cível – Ação de interdição – **Especialização em hipoteca legal** – Art. 1.188 do CPC/1973 – Ausência de limitação quanto aos bens – Idoneidade financeira do curador – Art. 1.190 do CPC/1973 – Não demonstrada – Manutenção do encargo – Recurso não provido – 1- Conforme se extrai do disposto no art. 1.188 do CPC/73, que trata da necessidade de especialização em hipoteca legal para resguardar os bens do curatelado, não estabeleceu o legislador qualquer limitação para a quantidade ou valor dos bens confiados a administração do curador, sendo necessária a observância da aludida norma, desde que existentes tais bens. 2- A idoneidade para a dispensa de hipoteca legal, prevista no art. 1.190 do Código de Processo Civil de 1973, não está relacionada às virtudes morais do curador, mas à vida financeira deste. 3- Não restando comprovada a idoneidade financeira do curador nomeado (art. 1.090 do CPC/73), impõe-se a manutenção da sentença que determinou a especialização de hipoteca legal, nos termos do art. 1.188 do CPC/73, para garantir a preservação do patrimônio da curatelada” (– AC 1.0382.14.001586-0/001, 17-5-2016, Relª Hilda Teixeira da Costa).

“**Apelação** – Ação de interdição – Prestação de contas e especialização de hipoteca legal – Artigos 1.755, 1.757 c/c 1774, do Código Civil – Benefício do LOAS dispensa da prestação de contas no caso concreto, uma vez que tal quantia será utilizada nas necessidades básicas da interditanda. A hipoteca legal também fica dispensada, em razão de possuir apenas 50% de um bem imóvel, cuja alienação desafia autorização judicial. Recurso provido” (Ap. 0045440-02.2012.8.26.0001, 16-9-2015, Relª Rosângela Telles).

“**Interdição**. Sentença de procedência, com nomeação da genitora como curadora da interdita e determinação de especialização de hipoteca legal. Irresignação da autora quanto à exigência da garantia. Cabimento. Curadora de reconhecida idoneidade. Hipótese de dispensa de caução. Artigo 1.190 do Código de Processo Civil. Recurso provido” (Ap 0000547-76.2010.8.26.0491, 2-6-2014, Rel. Walter Barone).

“**Apelações**. Interdição. ‘Mal de alzheimer’. Procedência, nomeando, à interditanda, seu filho como curador e incumbindo o Ministério Público de reger a pessoa da incapaz e administrar-lhe os bens enquanto não for julgada a **especialização da hipoteca legal**. Apelo interposto pelo marido da interditanda e pelo Ministério Público pugna do cônjuge da ré pela nulidade por cerceio de defesa, improcedência do pedido ou pela sua nomeação como curador da interditanda. Insurgência do Ministério Público contra sua designação para o exercício, ainda que transitório, do cargo de curador. Inocorrência do alegado cerceio de defesa. Demência da interditanda atestada por prova técnica acostada aos autos e pelo depoimento da própria demandada. Interdição decorrente da incapacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil. Julgador que, outrossim, não está adstrito à ordem preferencial definida no art. 1.775 do Código Civil, podendo ignorá-la em função do interesse do interditando, nomeando como curador provisório a pessoa que, com base no contexto probatório, considerar mais apta a prestar assistência. Primazia dos interesses da interditanda. Impossibilidade, todavia, de nomeação do Ministério Público para exercer a curatela de interdito. Sentença parcialmente reformada. – Apelo do Ministério Público provido e negado provimento ao apelo de Júlio Scriboni” (v. 13348) (– Ap. 0006651-71.2008.8.26.0615, 17-9-2013, Relª Viviani Nicolau).

“**Levantamento de valor a administração vinculada ao controle judicial**. Parece mais adequada e garante melhor o futuro do incapaz na eventualidade de apresentar a mãe agravante, **especialização de hipoteca legal** que garanta, sem risco, o patrimônio que quer administrar livremente, o levantamento pretendido pode ser renovado em primeiro grau. Recurso improvido, com observação” (AI 0055040-50.2012.8.26.0000, 22-10-2012, Rel. José Luiz Gavião de Almeida).

“**Direito civil** – Curatela – Marido interditado – Prestação de contas – Aprovação, mediante determinação de depósito mensal em conta-poupança do juízo no valor de 30% dos rendimentos do interditado – Alegada impossibilidade material – Comprometimento da qualidade de vida do casal – Despesas mensais e investimentos em imóveis – Ausência de indícios de má-gestão ou má-fé – Aumento significativo do patrimônio após a interdição – Afastamento do ônus – Recurso provido. O instituto da curatela exige a prestação de caução por parte do curador sempre e quando os bens administrados representem elevado valor, a fim de evitar que uma administração desastrosa cause prejuízos ao curatelado. Contudo, não foi clara a intenção do Ministério Público quanto ao pedido de depósito em conta-poupança do juízo: se a título de caução ou de especialização de hipoteca legal. Ainda que se considere a enorme responsabilidade do juiz na fiscalização da curatela, não vislumbro, nesta segunda prestação de contas, qualquer sombra de ilegalidade ou irresponsabilidade na condução do pesado que a curadora assumiu, que possa incutir alguma dúvida ou receio no magistrado. Pelo contrário. A atuação da curadora revela de forma clara que sua administração aumentou ainda mais o elevado padrão de vida do casal, o que espanca qualquer dúvida quanto ao êxito que vem obtendo no exercício da curatela” (– Proc. 20100111071926 – (504795), 18-5-2011, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz).

“**Agravo de instrumento** – Negócio imobiliário – Quitação de unidade, com recursos próprios dos adquirentes, mas pendente garantia hipotecária. Exigência de outorga de escritura, com pedido de antecipação de tutela na origem, uma vez ausente o requisito da urgência. Contraditório. Determinação para que se aguarde a resposta da ré. Razoabilidade. Tutela de urgência que deve mesmo, tanto quanto possível, ser compatibilizada com o princípio do contraditório. Recurso a que se nega provimento” (– AI 2011693-

“Embargos à execução – Confissão de dívida com garantia hipotecária – Improcedência dos embargos – Apelação dos devedores – Título exequendo que apresenta assinatura de duas testemunhas. Existência de vênica conjugal. Argumentos ventilados contrários à verdade dos fatos e à prova dos autos. Litigância de má-fé mantida. Hipoteca. A existência de edificação sobre o terreno hipotecado não enseja a ineficácia da garantia. A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Art. 1.474 do CC/02. Cláusula penal moratória estipulada em 30% do débito. Penalidade excessiva, diante da natureza e da finalidade do negócio. Multa reduzida para 10% da dívida. Inteligência do art. 413 do CC/02. Recurso provido, em parte” (– Ap. 0028122-86.2010.8.26.0482, 29-8-2012, Rel. Virgílio de Oliveira Junior).

“Adjudicação compulsória – Cancelamento de hipoteca e outorga de escritura de bem imóvel – Carência de ação – Preliminar afastada – Mesmo após anos da quitação do imóvel pelos autores não houve a outorga da escritura do imóvel, nem o cancelamento do ônus hipotecário – Desnecessária a comprovação de que notificaram os réus para outorga da escritura anteriormente – Verba Sucumbencial – Condenação dos réus ao pagamento das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios – Princípio da causalidade – Pretensão indenizatória – Prescrição Inocorrente – Dano Moral – Não caracterizado – Resistência em outorgar a escritura que não configurou ofensa à imagem, à intimidade ou à honra da pessoa dos compradores – litigância de má-fé Inocorrência das hipóteses do art. 17 do CPC – Descabimento da multa aludida no art. 18 do CPC – Sentença mantida – recursos desprovidos, com observação” (– Ap 1002560-53.2014.8.26.0309, 9-6-2016, Rel. J. B. Paula Lima).

“Apelação cível – Ação de adjudicação compulsória – Compra e venda – Pressupostos autorizadores presentes – Deve ser acolhido o pedido de adjudicação compulsória quando restarem devidamente comprovados os pressupostos autorizadores. Uma vez preenchidos, não há como negar ao adquirente a outorga de escritura definitiva do imóvel, objeto do negócio jurídico (compra e venda) entabulado. Apelo conhecido e desprovido. Decisão: Por unanimidade de votos, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que passa a integrar o julgado” (– Acórdão 2011.005500-9, 17-2-2012, Rel. Flávio Humberto Pascarelli Lopes).

“Adjudicação compulsória – Ausência de impugnação no momento próprio quanto ao pagamento. Incidência do verbete 239 do STJ. Desnecessidade do registro do compromisso. Impossibilidade de cancelamento da hipoteca. Negócio autônomo. Credor não presente na relação processual. Apelo e adesivo desprovidos com observação” (– Ap. 994.01.090509-0, 26-9-2011).

“Adjudicação compulsória compra e venda de imóvel – Cancelamento da hipoteca e outorga de escritura – Procedente Recurso da requerida, sob argumento de que não houve quitação do preço. Acordo realizado perante este Tribunal entre as partes, n’outro processo, tratando dos depósitos realizados. Informação de que houve elaboração de cálculos, pela Contadoria Judicial, dos depósitos efetuados pelos autores, sem impugnação da requerida e com determinação de expedição de guias de levantamento em favor desta, que põe fim à demanda, antes a inequívoca comprovação da quitação. Recurso improvido” (– Ap. 994.05.093814-0, 21-3-2011, Rel. Fábio Quadros).

“Apelação cível – Embargos de terceiro – Prazo para interposição – Ciência inequívoca da ação executiva e dos ônus que recaiam sobre o imóvel – Intempestividade – 1 – A contagem do prazo de cinco dias para o oferecimento de embargos por terceiro que não participou do processo de execução tem início a partir da ciência inequívoca da ocorrência da agressão à sua posse, ou seja, do conhecimento da constrição judicial havida sobre o bem que lhe pertence. Interpretação extensiva ao art. 1.048 do CPC. Jurisprudência do STJ e dos tribunais pátrios. 2 – No caso, datando de 12.07.1999 a ciência inequívoca da parte quanto ao registro da hipoteca e da penhora do bem litigado, bem como à existência da ação executiva, revela-se extemporânea a interposição dos presentes embargos de terceiro em 15.08.2000, restando não atendido o pressuposto processual extrínseco da tempestividade, circunstância hábil a obstar o processamento do presente feito. 3 – Não há como admitir que, mesmo ciente do ato judicial de constrição, o terceiro tivesse a faculdade de se manter inerte até o momento da arrematação, adjudicação ou remição, para então se insurgir contra a penhora. 4 – Recurso provido. Processo extinto sem resolução de mérito” (TJES – Ap 0012450-07.2000.8.08.0024, 18-3-2016, Rel. Des. Fabio Clem de Oliveira).

“Processual civil. Embargos à arrematação. Ilegitimidade dos embargantes reconhecida nos embargos de terceiros já decididos pelo tribunal. 1 – Os embargantes, por terem adquirido de um dos devedores, em 15/02/93, o imóvel já gravado com a questionada hipoteca em favor da CONAB, datada de 09/06/92, não se tornaram devedores. 2 – Como terceiros que são, somente poderiam opor Embargos de Terceiros, ou usar do direito de remição previsto no art. 815 e seu § 1º do CPC. 3 – Se não usaram do direito de remição e tiveram seus Embargos de Terceiros rejeitados (nº 2000.35.00.008448-6/GO), com trânsito em julgado, não há de se falar em legitimidade ativa para os embargos à arrematação, os quais, nos termos do art. 746 do CPC, somente podem ser interpostos pelo devedor executado e, mesmo assim deduzindo questões supervenientes à penhora. 2 – Apelação a que se nega provimento” (– AC 2001.01.00.039940-4/GO, 24-7-2013, Rel. Juiz Fed. Osmane Antonio dos Santos).

“Execução – Título executivo extrajudicial – Hipoteca – Imóvel – Adjudicação – Remição – I – Execução embasada em escritura

pública de confissão de dívida e constituição de hipoteca, processada pelo rito do art. 652 e seguintes do CPC – Quantia certa contra devedor solvente. II – Apesar da Lei 11.382/06 ter revogado os dispositivos processuais que tratavam da remição do bem penhorado (arts. 787 e seguintes), prevendo apenas a possibilidade de adjudicação (art. 685-A), permanece o direito material do devedor de remir o imóvel, nos moldes do art. 1.482 do cc. Mantida a r. decisão que primeiro determinou a intimação dos devedores para fins de exercerem esse direito, diante do pedido de adjudicação direta formulado pela credora hipotecária. III – Agravo de instrumento improvido” (– Acórdão 20100020025262 – (424780), 1-6-2010, Relª Desª Vera Andrighi).

“**Agravo de instrumento.** Processual civil. Ação de execução de título extrajudicial. Penhora e avaliação. Nulidade. Inexistência. Revogação pelo juízo. Repetição do ato, quando não há mais a causa do vício processual. Adquirentes do imóvel hipotecado. Direito postestativo de remição. Decadência. **Remição da execução.** Termo final. Adjudicação ou alienação. Art. 651, do Código de Processo Civil. Intimação regular. Inércia. Adjudicação do bem pelo credor. Ato regular e válido. Fazenda Pública. Direito de preferência. Não verificação. Intimação. Diligência que não incumbe ao juízo. Direito patrimonial e disponível. I – Não há nulidade processual, por ausência de citação ou intimação dos executados, quando, verificada a inexistência destas, o juízo revoga o ato de avaliação e de penhora já realizado nos autos e determina sua repetição, após a regular cientificação dos integrantes do polo passivo acerca da demanda. II – Conforme se depreende do art. 1.481, do Código Civil, e do entendimento doutrinário sobre a matéria, o direito material e potestativo de remição, conferido ao adquirente do imóvel hipotecado, deve ser exercido no prazo decadencial de 30 (trinta) dias, contado do registro do título aquisitivo da propriedade do bem, através de procedimento judicial específico, sob pena de decadência. III – Em razão do disposto no art. 304, do Código Civil, pode-se conferir interpretação extensiva ao art. 651, do Código de Processo Civil, para conferir ao adquirente do imóvel hipotecado, constrito em ação executiva, o direito processual de remir a execução. IV – Entretanto, a lei processual civil não determina a intimação dos adquirentes do imóvel gravado, acerca do auto de avaliação e penhora do aludido bem, para lhes possibilitar o eventual exercício do direito de remir a execução, bastando a sua simples notificação sobre a execução e a constrição, o que foi observado no caso concreto, inexistindo nulidade no ato de adjudicação sob tal fundamento. V – O termo final para o exercício do direito de remir a execução é a efetivação de adjudicação ou alienação do bem constrito, conforme dicção expressa do art. 651, do Código Civil. VI – O direito de preferência da Fazenda Pública depende da provocação, por esta, do Juízo, mediante a demonstração de ajuizamento de ação executiva fiscal e de existência de penhora sobre o bem objeto constrito em ação de execução ajuizada por particular. VII – Ademais, a questão, de caráter estritamente patrimonial, não pode ser conhecida de ofício pelo Juízo, ou mesmo este pode determinar a realização de diligências, voltadas a resguardar direitos disponíveis de terceiros” (– Acórdão Agravo de Instrumento 1.0481.09.096086-7/001, 5-7-2012, Rel. Des. André Leite Praça).

“Apelação cível – Habilitação retardatária de crédito em falência – Controvérsia recursal que se restringe a sua classificação – Pretensão da instituição bancária em ter reconhecida a garantia real oriunda de hipotecas. Contexto probatório evidenciador de que as garantias foram prestadas há mais de 30 anos. Perempção ou usucapião da liberdade (usucapio libertatis) da garantia real. Exegese do art. 1.485 do Código Civil. Empreendimento imobiliário. Garantia global que, após longos anos, teria sofrido inquestionável descaracterização, à luz do que dispõe a Súmula 308 do STJ. Ausência de precisão descritiva dos imóveis hipotecados. Afronta ao Princípio da Especialização. Exigência do inciso II do art. 83 da Lei nº 11.101/2005. Crédito incluído no quadro geral de credores, como quirografário, com acerto pelo Juízo a quo. Apelo improvido” (– Ap 0121633-68.2003.8.19.0001, 16-5-2015, Rel. Celso Luiz de Matos Peres).

“**Adjudicação compulsória e cancelamento de hipoteca** – Sentença de improcedência – art. 285-A, CPC – Reforma – Inaplicabilidade do mencionado dispositivo, eis que não mencionados os precedentes do juízo – Causa madura para julgamento – art. 515, § 3º, CPC – Ausência de outras provas a serem produzidas – Ré citada por edital – Contestação por negativa geral – Compra e venda – Cessão por contrato de gaveta – Ausência de óbice à regularização no caso concreto – Quitações demonstradas – Cancelamento da hipoteca – Perempção – Art. 817, CC/1916 e art. 1.485, CC – Apelação dos autores provida – 1 – Sentença que julgou improcedente a ‘ação de adjudicação compulsória c/c cancelamento de hipoteca’ movida pelos apelantes, cessionários de direitos sobre o imóvel, com base no art. 285-A, CPC. Reforma. 2 – Inaplicabilidade do art. 285-A, CPC, eis que não mencionados os precedentes do juízo. 3 – Possibilidade, porém, de imediato julgamento da lide, nos termos do art. 515, § 3º, CPC. Ré citada por edital, eis que não localizada pessoalmente. Contestação por negativa geral, apresentada pela curadora especial, antes das contrarrazões. Devida observância ao contraditório. Ausência de outras provas a serem produzidas. 4 – Legitimidade e interesse dos cessionários à regularização do bem, ainda que não tenha havido anuência da proprietária (ré) no contrato de gaveta. 5 – Hipótese concreta em que demonstrada a quitação do contrato firmado com a ré, e do contrato de gaveta. Ausência de prova em contrário, e de óbice à transferência do imóvel aos autores. Contrato originário que sequer se submetia ao regime do SFH. 6 – Cancelamento da hipoteca. Perempção. Decurso do prazo decadencial de 30 anos. Art. 817, do CC/1916 e art. 1.485, do atual CC. 7 – Apelação dos autores provida, com fulcro no art. 515, § 3º, CPC” (– Ap 0408395-19.2009.8.26.0577, 19-3-2015, Rel. Alexandre Lazzarini).

“Direito civil – Embargos à execução – Hipoteca – Bem de família – Inaplicabilidade – Outorga uxória – Falta – Nulidade – Perempção – Inocorrência – Recurso improvido – Decisão unânime – 1 – A união estável, para efeito de resguardar a meação, somente pode ser oposta pelo cônjuge prejudicado, e acolhida desde que se reste efetivamente comprovada em medida própria e declarada no próprio pacto para conhecimento do credor. 2 – O devedor que, no momento da contratação, declara ser solteiro não pode aproveitar a reserva prevista na Lei 8.009/90. 3 – Não se aplica a perempção se o pacto declara o prazo e, em seguida, dispõe que a renovação se fará automaticamente por prazo indeterminado” (– Ap. 0015422-57.2006.8.17.0001, 2-1-2012, Rel. Paulo Torres P. da Silva).

“Hipoteca – Condomínio Edifício – Restrição pendente sobre o todo – Unidade autônoma arrematada em cumprimento de sentença de ação de cobrança de dívida condominial – Anterior indeferimento do cancelamento da garantia hipotecária no juízo da arrematação fundado na sua indivisibilidade – Pretensão, nesta ação, de fracionamento do gravame existente, nos termos do art. 1.488, do CC, para posterior cancelamento da garantia pendente apenas sobre a unidade autônoma arrematada – Pedido diverso – Inexistência de preclusão ou coisa julgada – Sentença anulada – Recurso provido” (– Ap. 0016597-94.2012.8.26.0011, 14-3-2016, Rel. Eduardo Sá Pinto Sandeville).

“Execução. Penhora. Bem hipotecado. Penhora incidente sobre pequena extensão (2 hectares). Área maior hipotecada de 21.682 hectares. Fracionamento do bem e redução da área hipotecada. Possibilidade. Inexistência de prejuízo ao credor hipotecário. Área remanescente suficiente para garantia do seu crédito. Adjudicação do bem penhorado pelo credor de honorários advocatícios. Natureza jurídica de seu crédito. Dívida de natureza alimentar. Direito à adjudicação com preferência no recebimento, no concurso de credores de que trata o art. 711 do CPC. Recurso conhecido e provido. A arrematação ou a adjudicação extinguem a hipoteca na exata extensão da área penhorada, ocorrendo redução da garantia, proporcional à área penhorada, arrematada ou adjudicada. Em tal caso o credor hipotecário concorre sobre o produto do preço da arrematação, na forma do art. 711 do CPC. Sendo o exequente credor do devedor comum de verba honorária, os honorários advocatícios, sejam contratuais, sejam sucumbenciais, possuem natureza alimentar, com preferência, no caso, sobre o credor hipotecário. Sendo alimentar o crédito do agravante e não sendo vedado pelo ordenamento jurídico a penhora de imóvel objeto de hipoteca tanto que existe um concurso de preferência para recebimento do crédito, com estabelecimento de algumas preferências, sucessivamente o credor que penhorou pode adjudicar. Evidentemente que a adjudicação não se dá sobre a totalidade do imóvel hipotecado, mas sobre a parte correspondente à porção penhorada, daí a razão pela qual, na espécie, a hipoteca não se extingue, mas remanesce pelo restante da área não atingida pela penhora realizada pelo agravante. Recurso conhecido e provido para deferir em favor do agravante o pedido de adjudicação da área por ele penhorada, preservando-se o remanescente – Bem assim como a própria hipoteca – Em favor do credor hipotecário, aqui agravado, devendo-se expedir a respectiva carta de adjudicação” (– AI 0601307-13.2012.8.12.0000, 2-4-2013, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro).

“Carência da ação. Impossibilidade jurídica do pedido. Não caracterização. Possibilidade de fracionamento da hipoteca na proporção das unidades autônomas. Aplicação do art. 1.488 do atual Código civil. Preliminar rejeitada – Compromisso de compra e venda. Comprovação do integral pagamento e consequente quitação. Ausência de outorga da escritura e de cancelamento da hipoteca, não obstante cumpridas todas as condições pelos compromissários compradores. Responsabilidade evidente da vendedora e do agente financeiro. Omissão reiterada quanto ao atendimento a ferir, inclusive, disposições fixadas pelo CDC. Obrigação da outorga da escritura e, de parte do agente financeiro, cancelamento da hipoteca a teor da Súmula nº 308, do Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de desconstituição da penhora por esta via. Sentença, em parte, reformada para esse fim, mantido o ônus da sucumbência, aplicando-se o disposto no artigo 21, parágrafo único, do CPC. Honorários advocatícios. Majoração. Cabimento. Valor fixado que deve levar em conta a valorização do profissional e a qualidade do trabalho apresentado. Recurso dos autores provido e parcialmente provido o do correu” (– Apelação 990.10.393603-5, 21-5-2012, Rel. Elcio Trujillo).

“Apelação cível – Ação ordinária declaratória de fracionamento de hipoteca – Imóvel dado em garantia hipotecária – Construção de condomínio edifício – Requerimento do devedor – Possibilidade de divisão – Aplicação imediata às relações jurídicas em curso – Inteligência do art. 2.035 do CC/02 – Despesas judiciais por conta do requerente, nos moldes do art. 1.488, § 2º, NCC – Recurso parcialmente provido – 1 – Dispõe o art. 1.488 do Novo Código Civil que ‘se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edifício, 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’. 2 – Hipótese em que pretende o devedor que o ônus hipotecário atinja fracionadamente o empreendimento, considerando que 16 (dezesseis) unidades autônomas do edifício já se encontram penhoradas, e não foram negociadas, mas sim reservadas em sua integralidade para garantir o pagamento da dívida. 3 – O art. 1.488 do CC/02, que regula a possibilidade de fracionamento da hipoteca, consubstancia uma das hipóteses de materialização do princípio da função social dos contratos, aplicando-se, portanto, imediatamente às relações jurídicas em curso, nos termos do art. 2.035 do NCC. Precedentes do STJ. 4 – De acordo com o art. 1.488, § 2º, do CC/02, ‘salvo convenção em contrário,

todas as despesas judiciais e extrajudiciais necessárias ao desmembramento do ônus correm por conta de quem o requerer'. No caso, cabe à autora/apelada o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Sentença reformada, no ponto. 5 – Recurso conhecido e parcialmente provido” (– Acórdão 27310-29.2006.8.06.0001/1, 18-6-2010, Rel. Des. Francisco Sales Neto).

“Recurso especial. Antecipação de tutela. Impugnação exclusivamente aos dispositivos de direito material. Possibilidade. **Fracionamento de hipoteca.** Art. 1.488 do CC/02. Aplicabilidade aos contratos em curso. Inteligência do art. 2.035 do CC/02. Aplicação do princípio da função social dos contratos. – Se não há ofensa direta à legislação processual na decisão do Tribunal que revoga tutela antecipadamente concedida pelo Juízo de Primeiro Grau, é possível a interposição de Recurso Especial mencionando exclusivamente a violação dos dispositivos de direito material que deram fundamento à decisão. – O art. 1.488 do CC/02, que regula a possibilidade de fracionamento de hipoteca, consubstancia uma das hipóteses de materialização do princípio da função social dos contratos, aplicando-se, portanto, imediatamente às relações jurídicas em curso, nos termos do art. 2.035 do CC/02. – Não cabe aplicar a multa do art. 538, § único, do CPC, nas hipóteses em que há omissão no acórdão recorrido, ainda que tal omissão não implique a nulidade do aresto. – Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (– Acórdão RESP 691.738, RE (2004/0133627-7, 12-5-2010, Rel. Min. Nancy Andrighi).

“Adjudicação compulsória – Legitimidade passiva da credora hipotecária – Autores que pretendem a regularização da escritura sobre suas unidades – Hipoteca que recai sobre a totalidade do imóvel – Insurgência da credora hipotecária, que alega não ter participado do contrato entre os autores e a construtora – Legitimidade passiva da credora hipotecária configurada, pois a garantia hipotecária que se pretende cancelar consta em seu nome, conforme matrícula dos imóveis – Preliminar rejeitada – Adjudicação compulsória cumulada com cancelamento de hipoteca – Promessa de compra e venda – Hipoteca – Imóvel sobre o qual recai o gravame – Agente financiador único beneficiário da hipoteca que garante o empréstimo por ele feito à construtora – Ineficácia do ônus hipotecário ao adquirente – Quitação do preço demonstrada – Comprovantes de quitação legíveis – Eventual aquisição para renda ou lucro não interfere no direito de liberação do bem – Aplicação da Súmula 308 do STJ – Decisão mantida. Recurso desprovido” (– Ap 1077512-82.2013.8.26.0100, 19-5-2016, Rel. Angela Lopes).

“Processo civil e civil. Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Preliminares de nulidade da sentença por ausência de fundamentação e cerceamento de defesa. Afastadas. Extinção da hipoteca sobre imóvel dado em garantia. Impossibilidade. Subsistência da obrigação principal. Art. 1.499, I, do Código Civil. Recurso conhecido e improvido. 1. O MM. Juiz satisfaz seu dever de fundamentar, ao enfrentar, diretamente, as questões trazidas pelas partes a Juízo, analisando os argumentos fáticos e jurídicos, as provas e as teses levantadas, ingressando no exame da situação concreta que lhe foi posta. 2. O julgador não está obrigado a rebater todas as alegações das partes, desde que, obviamente, já tenha encontrado motivos suficientes para resolver as questões suscitadas e discutidas no processo. Precedentes do STJ. 3. Restou consignado no termo da audiência realizada no dia 08-05-2009 que foi oportunizado pelo juízo a apresentação de outras provas pelas partes, momento em que ambas não manifestaram interesse. Afastada a preliminar de cerceamento de defesa pela impossibilidade de juntada de novas provas. 4. Nos termos do art. 1.499, I, do Código Civil, ‘a **hipoteca extingue-se [...] pela extinção da obrigação principal**’. 5. Se a obrigação principal não foi completamente adimplida, deve subsistir o gravame hipotecário sobre o bem dado em garantia da dívida, sendo incabível a declaração de extinção da hipoteca do bem dado em garantia. Jurisprudência do STJ. 6. Apelação Cível conhecida e improvida” (Acórdão Apelação Cível 2010.0001.004917-1, 9-5-2012, Rel. Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho).

“Anulatória – Extinção sem julgamento do mérito – Cerceamento de defesa incorrente – **Substituição de garantia hipotecária de contrato de locação e franquia.** Venda do ponto comercial. Apelantes que não demonstram a efetiva substituição da hipoteca. Impossibilidade de cancelamento do gravame sem tal comprovação, que é documental. Litigância de má-fé. Inocorrência. Recurso provido em parte” (– Ap. 991.08.038530-4, 23-3-2011, Rel. Cauduro Padin).

“Processual civil – Cédula rural hipotecária – Penhora sobre bem dado em garantia – Pedido de substituição indeferido – Discordância do credor – ‘A penhora de bens dados pelo próprio devedor em garantia de Cédula Rural Hipotecária, apenas substituível se houver anuência do credor, aqui inexistente’” (– AI 1.0002.04.002754-8/001, 13-6-2011, Rel. Domingos Coelho).

“Apelação cível – Embargos de terceiro – **Remição – Cancelamento da hipoteca** – Possibilidade – Ausência de notificação do credor hipotecário – De ser reconhecida a eficácia do negócio jurídico realizado pela embargante com o filho do casal devedor, que remiu o imóvel objeto de discussão nos autos da ação de falência de Veículos Hildebrandt Ltda. De acordo com interpretação do STJ, os credores com garantia real, no processo falimentar, sujeitam-se ao rateio, não incidindo, pois, o privilégio, previsto pelo § 2º, inciso I, do art. 24, do Decreto-lei nº 7.661/45. De ser destacada a boa-fé da embargante, na aquisição do imóvel, o que restou sobejamente demonstrado no curso da instrução do feito. A ausência de cuidado, por parte do credor hipotecário, mas entorpecido, em buscar a satisfação de seu crédito, deixando de acompanhar o processo falimentar ou, de realizar o registro da penhora levada a efeito na ação de execução de título extrajudicial, afasta a possibilidade de reconhecimento da prevalência de seu direito em relação ao invocado pela

embargante. Sentença reformada. Embargos de terceiro julgados procedentes. Ônus sucumbenciais re- dimensionados. Deram provimento ao recurso. Unânime” (– Acórdão 70026593327, 15-12-2011, Rel. Des. Nelson José Gonzaga).

“**Recurso especial** – Concordata preventiva – **Habilitação do crédito com ônus real** – Dissídio jurisprudencial – Não demonstração – Ofensa aos arts. 128, 460 e 515 do CPC – Inexistência – Matérias de ordem pública – Apreciação de ofício – Renúncia expressa do privilégio – Necessidade – Pedido de levantamento – Apreciação pelo juízo de origem – Não conhecimento – I – Quanto ao dissídio jurisprudencial, o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, pois deixou de demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham o Acórdão recorrido e os arestos paradigma. Dessa forma, o sugerido dissídio jurisprudencial não restou caracterizado de acordo com o comando do art. 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. II – Não se verifica a alegada violação dos artigos 128, 460 e 515 do Código de Processo Civil, pois a extensão do efeito devolutivo se limita apenas à matéria impugnada, estando entretanto, ressalvados os casos de apreciação de ofício relativos às matérias de ordem pública, que é o caso dos autos. III – A mera habilitação do crédito garantido com ônus real na concordata preventiva não importa em renúncia à sua condição privilegiada, que há de ser sempre expressa e não tácita, de modo que é possível ao credor hipotecário prosseguir na execução. Precedentes atuais do STJ. IV – Se o credor tem garantia real, não é, evidentemente, credor quirografário. A falência é instituto reservado aos credores quirografários, visando à partilha dos bens do devedor, em rateio, para satisfação, ainda que com a redução decorrente do rateio, de seus créditos. Não é instituto para uso do credor com garantia real fossem insuficientes. Beneficiária de hipoteca e não havendo desistido dessa garantia ao ajuizar o processo, a requerente da quebra tinha seu crédito garantido e não havia razão para buscar a satisfação por intermédio da falência. V – O requerimento de levantamento só poderá ser apreciado pelo Juízo de origem, em 1º Grau, pois, matéria jurisdicional, deverá ser preservada a possibilidade de invocação do duplo grau de jurisdição a respeito de sua decisão, o que não ocorreria se nesta Instância se julgasse a respeito. Recurso Especial não conhecido, com observação de que o pedido de levantamento do valor depositado deverá ser apreciado pelo Juízo de origem, após a baixa dos autos” (REsp 930.044 – (2007/0043401-0), 10-8-2009, Min. Sidnei Beneti).

26

ANTICRESE. CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA E CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

26.1 CONCEITO. NOTÍCIA HISTÓRICA

26.3 EXTINÇÃO DA ANTICRESE. ANTICRESE DE BENS MÓVEIS

26.4 CONCESSÃO DE USO ESPECIAL PARA FINS DE MORADIA E CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

DIREITOS DE AUTOR

O Código Civil de 1916 tratara da matéria referente à criação intelectual sob a epígrafe nos arts. 649 a 673. Esses dispositivos foram derogados pela Lei nº 5.988/73, recentemente substituída pela Lei nº 9.610, de 19-2-1998, e pela Lei nº 9.609, de 19-2-1998, que regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor propriamente ditos e os chamados . Sobre o contrato de direitos autorais abrimos um capítulo no volume III desta nossa série.

A controvérsia sobre a colocação dos direitos do autor no campo dos direitos reais ainda persiste. Para fins didáticos, cumpre ressaltar de plano que, nos direitos do autor, pontificam aqueles de cunho patrimonial ao lado dos direitos morais. Como a propriedade, ou, mais propriamente, o domínio pode ter por objeto direitos corpóreos e incorpóreos, mostra-se inafastável a inclusão desses direitos no campo patrimonial e na esfera dos direitos reais. Cuida-se, sem dúvida, de modalidade de propriedade, ao menos no que tange aos direitos patrimoniais.

No entanto, neste desabrochar do século XXI, esses direitos açambarcam caudal tão vasto de fenômenos, que seu estudo não pode ser restrito a simples capítulo dos direitos reais. Desde os direitos patrimoniais e morais do escritor aos resultantes de transmissões televisivas via satélite, envolvendo intérpretes, executantes, esportistas, publicitários etc., passando por toda fenomenologia atual da criação humana na área de informática, está-se perante um campo jurídico que resulta autônomo.

Nesses direitos do intelecto, pontua-se a concepção meramente material, às vezes não muito clara na prática, incluindo complexo de direitos que se traduzem em produção literária, científica ou artística. Essa relação entre o autor e o objeto de sua criação, o , mantém-se exclusivamente na esfera patrimonial, enquanto não divulgada a obra pela publicação do livro, a divulgação da escultura, da película cinematográfica, da peça teatral, do programa de informática etc. Divulgado o produto da criação intelectual, podemos afirmar que passa a integrar o patrimônio da coletividade, como bem cultural. A partir de então, surge a dicotomia de direitos morais e patrimoniais a serem examinados no campo legislativo e doutrinário. Por essa razão, não se podem resumir de forma singela os direitos do autor à modalidade de propriedade. É, sem dúvida, espécie de propriedade e muito mais.

Por isso, tendo em vista o cunho de nosso estudo, cumpre examinar noções fundamentais sobre a matéria, cujo aprofundamento exige estudo autônomo e monográfico, inclusive em cada especialidade de manifestação intelectual. Importa, pois, situar os direitos do autor e seu respectivo âmbito de atuação.

A evolução do pensamento jurídico no século passado procurou situar as emanções do intelecto no campo dos denominados e .

Os direitos da personalidade são aqueles decorrentes da pessoa humana considerada em si mesma; valores inatos à natureza do Homem, como a vida, a honra, o nome, a privacidade, o próprio corpo, entre tantos outros. O Código Civil de 2002 traça o perfil de alguns desses direitos da personalidade (arts. 11 a 21), matéria que discorreremos no primeiro volume desta obra. O longo caminho percorrido pela História do Direito permitiu que atualmente esses direitos estejam presentes no direito positivo das legislações.

Todavia, dada a amplitude de fenômenos que abrangem e a novidade de seu estudo, não existe delimitação doutrinária precisa sobre os direitos da personalidade. Quando esses direitos são elevados ao nível de direitos do cidadão perante o Estado e assim reconhecidos por lei, recebem a denominação de liberdades públicas, ou direitos individuais, segundo a doutrina mais tradicional. Sob esse aspecto, muitos desses direitos são elencados no art. 5º da Constituição Federal como . Ali, encontramos que

(nº IX). A Carta garante a inviolabilidade da imagem das pessoas, assegurando direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (nº X). No mesmo artigo constitucional, estatui-se: aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (nº XXVII).

Decorre do exposto que os direitos intelectuais, conhecidos como direitos autorais, são modalidade de direitos da personalidade. Direitos intelectuais são aqueles disciplinadores da relação entre a pessoa e sua criação intelectual, de cunho pecuniário ou simplesmente moral.

Há, no entanto, que se distinguem duas espécies de criação intelectual. Uma destinada à estética, às artes, à ciência, à educação e à elevação cultural da coletividade. Outra destinada a fins utilitaristas, técnicos e de produção. Daí a definição de duas disciplinas distintas: o Direito de Autor e Direito da Propriedade Industrial. Embora com substrato comum, esses dois direitos possuem regulamentação diversa, porque diversas são suas finalidades, ainda que por vezes interpenetrem-se. Várias convenções internacionais procuraram dar-lhes uniformidade e proteção extraterritorial. A Convenção de Berna de 1886 (União para a Propriedade Literária) e várias outras que se sucederam estabeleceram princípios fundamentais no campo internacional dos direitos autorais. O Brasil aprovou em seu contexto legal interno várias convenções internacionais.

Às normas sobre a propriedade industrial, afeta ao direito da empresa, sucessor do provecto direito mercantil, cabe regular as relações entre as obras de teor utilitário, atribuindo proteção a patentes de invenção e marcas de comércio ou sinais de propaganda, entre outros institutos. Também nesses direitos

é examinada a criatividade do intelecto do ponto de vista moral e pecuniário, mas sob o aspecto marcadamente empresarial.

As regras de direito de autor são banhadas de sentido cultural mais profundo e menos utilitarista:

(Bittar, 1994:5).

Destarte, o aspecto real dos direitos de autor reflete apenas um de seus aspectos. No entanto, como são incindíveis o direito moral e o direito patrimonial do autor, mais se enfatiza a necessidade de serem estudados como disciplina autônoma. Não é conveniente qualificar fenômeno jurídico como , porque essa expressão nada explica, ou é utilizada quando não se alcança explanação convincente. Direito de autor consiste, pois, no complexo de normas que regulam a produção e divulgação intelectual de cunho artístico, literário, científico ou assemelhado, do ponto de vista moral e pecuniário. Trata-se de ramo de Direito que obteve fisionomia própria. O Direito de Autor disciplina as relações jurídicas entre o criador, sua obra e seu ofício. Leva-se em conta o aspecto estético e cultural nessa atividade.

Em qualquer hipótese relativa a direito autoral, o intérprete será guindado a examinar permanentemente dois aspectos. O primeiro é manifestação direta da personalidade, é direito de ordem moral, intangível. Direito ao reconhecimento da paternidade da obra, ao inédito, à integridade da criação. O segundo diz respeito a sua natureza real e, portanto, com cunho econômico, passível de exploração. Refere-se à publicação, reprodução, execução, tradução e divulgação de forma geral. A esse respeito, Darcy Bessone (1988:93), após analisar as teorias que procuram explicar esse ramo jurídico, conclui:

. Refere-se o autor aos elementos

ligados à personalidade e aos elementos , passíveis de cessão. A Lei nº 9.610/98 destaca com clareza os dois aspectos, quando enuncia os , nos arts. 24 a 27, e os direitos patrimoniais do autor e sua duração, nos arts. 28 a 45. O art. 22 estabelece que . O art. 3º dessa lei considera os direitos de autor bens móveis, como faz o Código Civil de 1916 no art. 48, III. O presente Código considera móveis, da mesma forma, os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações (art. 83, III).

O art. 28 define o direito de propriedade do autor com os tradicionais princípios românicos já vistos ():

Corroborando o espírito de direito real nesse fenômeno bifronte, o art. 41 o declara vitalício e

transmissível por via hereditária. O fato de a sucessão hereditária ser limitada a 70 (setenta) anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, não coincidindo, portanto, com as sucessões em geral, não lhe retira esse caráter. Nesse período, é obedecida a ordem de sucessão estabelecida no Código Civil. Nesse aspecto, a nova lei modifica a lei autoral anterior, não distinguindo mais classe de sucessores e unicamente limitando no tempo o direito patrimonial. No diploma revogado (Lei nº 5.988/73), os direitos patrimoniais do autor transmitiam-se aos filhos, pais e cônjuge de forma vitalícia, enquanto os demais sucessores estavam limitados a 60 (sessenta) anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente à morte do autor.

Como acentua Antônio Chaves (1987:17),

A Lei nº 9.610/98, atualizando o alcance da lei revogada, procura definir com abrangência a exata extensão dos direitos autorais no art. 7º, procurando incluir todas as formas de criatividade humana, presentes ou futuras. Estatui esse dispositivo:

O exame do elenco geral permite concluir que, com frequência, apenas o caso concreto definirá se uma obra é protegida pela lei. O campo de criação intelectual é vastíssimo e o próprio legislador reconhece que a cada momento podem surgir novas manifestações do intelecto protegíveis, mormente com auxílio da informática. No limite de nosso estudo, importa esclarecer algumas ideias gerais sobre o alcance da lei.

Três são os requisitos fundamentais para que a criação intelectual seja albergada:

1. Não há obra intelectual sem criação. Reside na criatividade o aspecto mais profundo do direito de autor. O segundo atributo é o da originalidade, ou seja, obra de espírito diversa de qualquer outra manifestação anterior. Finalmente, a exteriorização da obra é essencial. Obra desconhecida ou inédita não existe para a esfera jurídica ou para a defesa de direitos morais ou patrimoniais. É claro, porém, que os princípios gerais podem sofrer mitigações a serem examinadas caso a caso. Destarte, não basta que o escultor crie mentalmente a obra, nem que conclua a escultura e a guarde em um escaninho. Deve divulgá-la, expô-la, torná-la publicamente conhecida. O mesmo ocorre com o escritor, o compositor, o pintor, o programador de informática etc. que não divulgam o produto de seu trabalho intelectual. Isto se aplica, com as devidas particularidades de cada modalidade, a todas as manifestações intelectuais no campo autoral.

Sob tal aspecto, a jurisprudência fornece-nos exemplos característicos de criações protegidas pela lei: bulas de medicamento, projeto arquitetônico, interpretação de passista de escola de samba, fotografia publicitária, bonecos de publicidade (Bittar, 1988:27).¹

Na área da execução musical, muitos são os julgados determinando a incidência da lei, desde que exista audição pública como complemento de atividade mercantil ou empresarial, o intuito de lucro direto ou indireto tem sido o critério orientador. Assim sendo, não é devido direito autoral decorrente de execução de músicas gravadas em festas sociais sem finalidade de lucro (Superior Tribunal da Justiça, RE nº 26543-9/PR, Rel. Min. Dias Trindade). Por outro lado, gera indenização a utilização de peça musical em propaganda política sem autorização (Superior Tribunal da Justiça, RE nº 4.952/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro). Também é devido o pagamento na retransmissão radiofônica de melodias como música ambiente em estabelecimento comercial (Superior Tribunal da Justiça, RE nº 11.718-0/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo). Dessa forma, a utilização de obras musicais em estabelecimento comercial em aulas e sessões de ginástica:

(RE 141/154).²

Por outro lado, considerados bens incorpóreos, embora por vezes materializados, como estudamos nesta obra, os direitos autorais podem ser defendidos pelos interditos possessórios. Note que a obra literária é o produto intelectual e não o livro sobre o qual ela repousa.

A lei confere também proteção a quem adapta, traduz ou efetua outras transformações de obras originais (art. 7º, XI). Complementa o art. 14, estatuinto que será titular de direito de autor quem adapta, traduz, arranja ou orchestra obra caída no domínio público, não podendo, porém, opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua. Enquanto a obra não cair no domínio público, o autor ou seus herdeiros podem opor-se a modificações (art. 29).

O art. 12 possibilita ao criador da obra intelectual identificar-se com seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional. Essa identificação concede o direito à paternidade da obra. O art. 13 considera autor aquele que, por uma dessas modalidades de identificação, em conformidade com o uso, indica ou anuncia essa qualidade em sua utilização.

São comuns obras escritas ou produzidas sob pseudônimos. O autor dissimula sua identidade sob nome fictício. Trata-se de denominação pela qual é divulgada a identificação do verdadeiro autor. A lei confere a quem publica a obra os direitos patrimoniais (art. 40). A relação entre o autor sob pseudônimo e o editor é estranha à relação estabelecida com a coletividade. O autor que se der a conhecer passa, então, a ser titular dos direitos patrimoniais, ressalvados os direitos de terceiros (parágrafo único do mesmo dispositivo).

O autor pode ser capaz ou incapaz na forma da lei civil. A obra intelectual independe da capacidade legal. A criação intelectual pode emanar de quem não tenha completo discernimento. Será assistido ou representado na forma do direito privado tanto na defesa dos direitos morais como para o exercício dos patrimoniais. A obra psicografada, modalidade bastante difundida, pertence a seu executor material, pois não há como se ingressar no campo da metarrealidade na esfera jurídica, ao menos no atual estágio da humanidade.

A obra de esforço comum pertence, em regra, a todos os colaboradores. O art. 15 disciplina que a obra em colaboração

. O parágrafo do dispositivo não considera colaborador quem simplesmente auxiliou na produção, revisão, atualização, fiscalização ou direção da edição ou apresentação teatral ou assemelhada. A colaboração pode dar-se em níveis diferentes, em modalidades diversas de criação intelectual: na mesma obra podem concorrer a pintura, a escultura, a poesia, a música etc.³

Diversa da colaboração é a coautoria de obras artísticas ou assemelhadas.

Como vimos, o art. 28 enuncia modalidade de propriedade patrimonial que se insere na esfera dos direitos reais. Os direitos pecuniários derivados da obra permitem-lhe auferir os proventos econômicos

por ela produzidos. Os negócios jurídicos entre autor e terceiros autorizadores da edição ou divulgação da obra pertencem ao estudo dos contratos em que devem ser examinados. Cumpre analisar, aqui, o substrato desse direito de propriedade.

O art. 29 da lei enuncia as modalidades de manifestação da criação intelectual, em rol não exaustivo, que dependem de autorização prévia e expressa do autor:

A relação legal atual é muito mais abrangente em comparação com a lei revogada, tendo buscado o legislador contemplar todas as novas modalidades tecnológicas de manifestação intelectual, bem como todas as que vierem a ser inventadas. Desse modo, as divulgações pelas redes internacionais computadorizadas e tudo o mais que gravita em torno sujeitam-se à proteção da lei.

Não se afasta, contudo, a relação íntima entre os direitos morais e patrimoniais, pois pode o autor, como visto, proibir a divulgação de sua obra, conquanto sujeite-se à indenização por prejuízos a

terceiros. Levando-se em conta o princípio constitucional garantidor do direito intelectual, concluímos que a reprodução de uma obra depende exclusivamente do autor ou de quem detenha seus direitos.⁴

Como vimos, o art. 41 garante a vitaliciedade dos direitos patrimoniais do autor e estabelece direito hereditário diverso das sucessões em geral.

O adquirente, o consumidor de obra intelectual, obtém para seu patrimônio o corpo físico ou material (o livro, o disco, a escultura, o programa de informática), adquirindo tão só o direito de sua fruição no âmbito privado. A finalidade da obra intelectual é, como ressaltamos, eminentemente cultural. A aquisição da obra preenche finalidade de proporcionar deleite, conhecimento, estudo, lazer, atividade profissional ao adquirente. Não pode fazer divulgação que importe em circulação econômica da obra adquirida, sob pena de violar os direitos autorais. Observe que o rol do art. 7º é bastante abrangente. Nele incluem-se as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza, por exemplo. Desse modo, não podem alunos de escolas em geral nem participantes de congressos e simpósios, ou qualquer terceiro, reproduzir e fazer circular com expressão econômica as preleções de professores e conferencistas, sem sua autorização, como é cediço na prática, porque também elas estão resguardadas pelo ordenamento.

A lei ressalva, no art. 46, as hipóteses de divulgação que não constituem ofensa aos direitos de autor, entre outras, a reprodução de trechos de obra publicados dentro do contexto de obra maior (como temos feito neste estudo), com indicação de autoria e origem, para esclarecimento ou elucidação; o noticiário em periódicos; os discursos pronunciados em reuniões etc.

Dentro dos direitos patrimoniais, o art. 38 refere-se à plusvalia ou direito de sequela conferido ao autor:

Desse modo, verificamos que, mesmo pertencentes os direitos patrimoniais a terceiro, o autor deles não se desvincula de forma irrenunciável sempre que forem novamente comercializados. Na lei anterior, a porcentagem mínima era de 20%. Por vezes, a obra é conferida a pequenos editores ou empresários, pois, , não se sabe do sucesso ou insucesso da criação. Ganhando dimensão maior, há possibilidade de edição mais ampla por terceiros, traduções, reproduções televisivas ou cinematográficas etc. A plusvalia é direito inalienável, mas que exige constante fiscalização por parte dos autores.

Normalmente, o autor não possui aparato e estrutura para divulgar sua obra. Vale-se das empresas do setor. Os direitos patrimoniais são, portanto, passíveis de cessão (art. 49), por via contratual. Far-se-á

por escrito e presume-se onerosa (art. 50). É usual, no tocante à vendagem de livros, que se estipule porcentagem sobre o preço de capa devida ao autor ou pagamento global por edição. Sempre é difícil e problemático o controle de exemplares vendidos. Mais complexa ainda é a arrecadação e pagamento de direitos autorais musicais. Para eficácia com relação a terceiros, a cessão deve ser averbada à margem do registro, se houver, ou em Cartório de Títulos e Documentos. No instrumento de cessão devem constar o objeto e as condições de exercício quanto a tempo, lugar e preço.

O art. 51 permite a cessão de obra futura limitada a período de cinco anos. A interpretação dos negócios jurídicos de direito de autor será sempre restritiva (art. 4º) e, na dúvida, favorável ao autor, colocado inclusive na posição de consumidor no Código de Defesa do Consumidor. A matéria deve ser analisada no campo contratual. No estudo dos contratos, devem ser analisados o contrato de edição, comunicação ao público em geral, utilização de arte plástica, de obra fotográfica, de fonograma, de obra cinematográfica e assemelhada no campo audiovisual, de utilização de base de dados, de utilização de obra coletiva.

A exemplo da lei anterior, a Lei nº 9.610/98 também procurou disciplinar os chamados direitos de autor. São hipóteses análogas ou assemelhadas à criação intelectual e, portanto, merecedoras de idêntica proteção. O art. 90 reporta-se aos artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão. O art. 91, constante da lei anterior, referente à proteção da atividade dos atletas em geral, não mais é tratado pela lei de direitos de autor, mas por legislação específica.

Portanto, cuida a lei de amparar não somente o criador da obra intelectual, mas também aqueles que auxiliam e servem de veículo para sua divulgação. A evolução dos meios técnicos exigiu essa proteção, inclusive sob o prisma internacional. São protegidas as orquestrações, vocalizações, apresentações teatrais etc. Leva-se em conta sempre a autorização dos intérpretes e executantes para transmissão e reprodução de seu trabalho.

A lei estabelece prazo de 70 (setenta) anos para proteção dos direitos conexos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente à fixação, para os fonogramas; à transmissão, para emissões das empresas de radiodifusão; e à execução e representação pública, para os demais casos (art. 96).

O registro da obra intelectual não é essencial para sua proteção legal. Esse é o sentido do art. 18 da Lei nº 9.610/98. Essa noção já estava presente na Lei nº 5.988/73, tanto que o art. 19 da lei atual reporta-se ao art. 17 da lei anterior. De fato, esse artigo 17, que se mantém vigente, portanto, faculta ao autor da obra intelectual registrá-la na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, no Instituto Nacional do Cinema ou no Conselho Federal de

Engenharia, Arquitetura e Agronomia, dependendo de sua natureza. Se a natureza da obra permitir o registro em mais de uma entidade, deverá ser registrada no órgão que tiver maior afinidade.

O registro estabelece presunção relativa de paternidade da obra. Sua finalidade é dar segurança ao autor e não exatamente salvaguardar a obra. Desse modo, a ausência de registro não impede a defesa dos direitos autorais. Na hipótese de cessão total ou parcial de direitos do autor, o registro faz-se necessário para ter eficácia perante terceiros. Ao contrário da lei anterior, que exigia a averbação da cessão no respectivo registro, o diploma atual determina essa averbação ou o registro do instrumento em Cartório de Títulos e Documentos, se a obra não estiver registrada (art. 50). Como mencionamos, a cessão de direitos de autor sempre se fará por escrito e presume-se onerosa.

Vertiginosamente, o último quartel do século XX colocou a Humanidade na era da informática. O mundo e todas as suas instituições não se movem sem o computador. Nestas últimas décadas, o avanço da informática mostrou-se superior a qualquer obra de ficção científica. O computador passou a fazer parte da rotina do homem comum. Desde a utilização dos computadores pessoais até os grandes sistemas em rede das empresas e do Estado, produção e serviços, nada mais funciona sem a utilização da informática. A Internet, como rede internacional de comunicações, revoluciona todos os setores de atividade. A inventividade intelectual agregada à nova forma de raciocínio flui com espantosa rapidez.

As comunicações, o lazer, a produção e a prestação de serviços giram em torno do binômio conhecido como *informática* e *computador*.

O equipamento material que possibilita o processamento de dados, os circuitos impressos, placas, monitores, aparelhos de transmissão de dados a distância, impressoras etc. constituem o que se convencionou denominar *hardware*. Cuida-se do que nossa linguagem designaria como instrumental e maquinaria, embora esses termos não tenham mais significado algum perante a parafernália eletrônica. Há uma linguagem própria de informática que aos poucos vai sendo conhecida pelo leigo. No conceito mais simplificado de *hardware*, há uma coleção de peças de eletrônica e maquinaria considerada como o próprio sistema do computador. Essa parcela de criação intelectual é regulada pela propriedade industrial, pois com ela harmoniza-se. A criação intelectual nesse campo tem o sentido utilitarista, relacionando-se com a propriedade industrial.

Ao direito autoral interessam os programas de computador, criados pelo intelecto, a serem aplicados nessas máquinas. São conhecidos como *software*.

Superando óbices doutrinários, a legislação brasileira colocou o *software* sob a égide dos direitos autorais, de acordo com a Lei nº 9.609/98. O art. 2º desse diploma dispõe que o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos, com as modificações contidas nessa lei.

A lei define programa de computador como (art. 1º)

as associações arrecadadoras passaram a desempenhar papel de meras repassadoras de verbas de seus associados, recebendo taxa de administração. Fora da área musical, ficou a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (Sbat) encarregada de arrecadar na área teatral. De qualquer modo, o sistema arrecadador é imperfeito, prejudicando o direito da maioria dos autores.

Muito há ainda que se fazer em prol da justa arrecadação de direitos autorais, não só para os autores, mas também para o público usuário.

Toda matéria descrita nesta epígrafe deve levar em conta, quanto ao aspecto dos direitos reais propriamente ditos, os resultados patrimoniais da obra e os direitos morais, os princípios gerais dos direitos de autor. Essas questões apresentam óptica mais importante e palpável no campo obrigacional. As relações negociais que envolvem autores e os que usufruem os resultados econômicos da criação intelectual devem ser estudadas no campo contratual.

Independendo, porém, do relacionamento obrigacional e do vínculo jurídico que une o autor àqueles que exploram o resultado da obra intelectual, os fundamentos dos direitos morais são inarredáveis: identificado ou identificável o autor da obra literária, científica ou artística, seus direitos morais são inalienáveis ou irrenunciáveis (art. 27). Os direitos patrimoniais regem-se pelos princípios obrigacionais. Ainda que o contrato proíba a divulgação do verdadeiro autor da obra, este terá sempre o direito a seu conhecimento. Esse conhecimento poderá ser tratado como transgressão de cláusula, com consequências patrimoniais, mas não pode ser negado o direito de paternidade da obra. Trata-se de direito personalíssimo. A respeito, vem à baila questão correntia de falsas parcerias ou mesmo autoria de peças musicais e obras literárias. Lembre-se da situação do profissional especializado em redigir para terceiros, o *ghostwriter*. Se o verdadeiro autor compromete-se a não divulgar nem unir seu nome à obra, trata-se de obrigação de não fazer. Seu descumprimento ou inadimplemento como tal deve ser tratado. Destarte, cabe ao autor que se comprometeu a não divulgar sua paternidade elidir a presunção estabelecida em lei (art. 13), que presume ser autor da obra intelectual aquele que a tiver utilizado publicamente. Evidente que se o *ghostwriter* faz dessa atividade sua profissão habitual, não terá interesse na divulgação, sob pena de prejudicar sua atividade.

A questão também tem a ver com o *comitente*. O comitente pode pedir a outrem que perfaça obra intelectual. Importa verificar qual a relação negocial: empreitada, locação de serviços, contrato atípico ou relação empregatícia. Cumpre também verificar se o resultado obtido constitui de fato obra protegida pela legislação autoral. Nesse campo situa-se o deslinde da problemática a ser examinada no caso concreto. A lei de direitos autorais permite a cessão de direitos. O mais estuda-se no fulcro da

relação pessoal. Desse modo, a chamada obra por encomenda não nasce da iniciativa do autor, mas de um terceiro. O contrato de edição vem regrado pelo art. 53. O próprio Estado pode ser o encomendante. Se a relação do criador com o empregador permite aferir que sua atividade laboral é precípua criação artística, a remuneração decorre da relação de trabalho ou estatutária. Hipótese mais complexa pode emergir se a obra é criada fora do campo habitual de atividade do empregado ou funcionário. A lei disciplinou corretamente a matéria, dispondo que pertencem ao empregador, contratante ou órgão público os programas elaborados no curso do vínculo contratual ou estatutário, decorrente da natureza da atividade (art. 4º). Salvo estipulação em contrário, o criador da obra nessas condições não terá direito a qualquer outra remuneração que não a convencionada. O § 2º, no entanto, ressalva que pertencerão com exclusividade ao empregado, contratado ou servidor os programas gerados sem relação com a atividade de trabalho e sem utilização de recursos ou informações da empresa. Esse aspecto pode gerar discussão profunda no caso concreto. Esse dispositivo pode ser aplicado analogicamente para outras situações de direito autoral.

Como acentua o saudoso Carlos Alberto Bittar (1977:160), inexistente sistematização a respeito da obra de encomenda no direito pátrio. Constitui-se, na realidade, forma derivada de aquisição de direitos patrimoniais. Em cada caso particular, são examinadas as condições de criação e as características da obra. Como vemos, a matéria abre vasto campo de estudo na esfera contratual.

Outra questão que a cada dia se torna mais relevante é a *publicidade*. Para ela ocorrem inúmeros profissionais da área de criação artística e técnica. Os modernos meios de comunicação cada vez mais a difundem, tornando-a essencial para as relações de consumo. Anúncios em jornais, revistas, *revistas*, páginas da Internet, vinhetas de rádio, filmes publicitários etc.; o campo é imenso, a publicidade brasileira é considerada de alto nível e tende a complementar-se na área da informática. Ocupa, sem dúvida, na atualidade, importante papel no campo da criação artística. Não existe ainda uma legislação detalhada sobre esse campo de atividade. Sua disciplina é fragmentada sem sistematização. Há necessidade de regulamentação da matéria para proteção das agências, dos q em geral. Na falta de disposição legal específica, é aplicada a lei de direitos autorais.

As *transmissões* são tratadas como modalidade de direitos conexos pela lei. As empresas podem transmitir obras intelectuais mediante autorização dos autores. Também aqui recordamos que a relação é negocial. As empresas de rádio e televisão devem merecer proteção, por seu lado, no tocante às obras de sua produção. A utilização indevida de programas radiofônicos ou televisivos caracteriza ato ilícito civil e penal.⁵

O produto decorrente de *obras plásticas* também é protegido pelo direito de autor. A escultura, pintura, gravura etc., guardando as características de criatividade e originalidade, conferem paternidade e direitos autorais e patrimoniais ao autor. Somente o autor, ou quem o represente, pode divulgar ou reproduzir trabalho plástico. Consoante o art. 77, o artista, ao alienar obra plástica, transmite o direito de expô-la, mas não transmite o direito de reproduzi-la. A autorização para reprodução deve ser feita por escrito e presume-se onerosa (art. 78).

A obra fotográfica também é objeto de proteção (art. 79). O autor de fotografia tem direito a reproduzi-la, difundi-la e colocá-la à venda. O § 2º do artigo veda a reprodução de fotografia que não esteja em absoluta consonância com o original, salvo autorização expressa do autor. Não se confunde com o direito de proteção da imagem. Ninguém pode ter sua imagem divulgada para fins de exploração econômica, ou de molde a ser colocado no ridículo, mas essa matéria refoge aos direitos autorais. O direito à própria imagem é direito da personalidade. A questão resolve-se no campo da responsabilidade civil.

Quanto à obra _____, os escritos publicados pela imprensa periódica, exceto os assinados ou que apresentem sinal de reserva, pertencem ao editor, salvo convenção em contrário (art. 36). O parágrafo único desse dispositivo acrescenta que a autorização econômica de artigos assinados, para publicação em diários e periódicos, não produz efeito além da periodicidade acrescido de 20 (vinte) dias, a contar de sua publicação, findo o qual recobra o autor seu direito. Entende a lei que a imediatidade de interesse no assunto não permite cessão por maior prazo, salvo expressa autorização. Manoel Joaquim Pereira dos Santos (81:176), em monografia sobre o tema, faz distinção na obra jornalística gráfica entre obras sem valor criativo e obras com certa originalidade:

6

Portanto, as redações com mera finalidade informativa não guardam características suficientes para serem enquadradas como matéria de direito autoral. Do contrário haveria sensível restrição ao direito de informação.

O art. 80 da lei autoral define o regime básico das _____. O corpo material deve ser identificado. A identificação é essencial para a proteção do direito autoral. A autorização do autor, ou quem o represente, é essencial, salvo se a peça já pertencer ao domínio público. Os intérpretes, executantes, autores musicais e a indústria fonográfica brasileira, em geral, vêm sendo sumamente prejudicados pela enxurrada de discos falsos, geralmente fabricados no exterior. Os meios de defesa são difíceis. A questão é mais de conscientização do consumidor.

O art. 80 disciplina a autorização do autor e do intérprete de _____, incluindo aqui, principalmente, a _____. A exclusividade da autorização perdura por 10 (dez) anos. O produtor ou empresa cinematográfica tem o direito exclusivo de utilização econômica do filme, cuja materialização opera-se pela distribuição de cópias. A produção cinematográfica e audiovisual, em geral, é obra coletiva, mas os intérpretes e outros participantes mantêm direito com relação à produtora, de acordo com o vínculo negocial, e não com terceiros que distribuem e comercializam, salvo contratação expressa a respeito. Os direitos autorais da película são do produtor.

A proteção dos direitos autorais efetua-se em três esferas: administrativa, civil e penal.

No plano administrativo, cabe aos organismos do Executivo Federal exercer a fiscalização. Analisamos o registro das obras autorais e sua finalidade em nosso sistema. Em tese, incumbe ao Conselho Nacional de Direitos Autorais (CNDA), como órgão máximo do sistema, a proteção administrativa do direito autoral. Se esta ocorre efetivamente na prática é questão que refoge ao âmbito de nosso estudo.

No plano civil, cabe ao prejudicado mover as respectivas ações para impedir o uso indevido da obra, com utilização do processo cautelar e antecipações de tutela. Ocorrido o dano, a responsabilidade, o dever de indenizar emergirá. Cabe apurar no caso concreto o efetivo prejuízo moral e pecuniário do titular da obra. Nem sempre será fácil estabelecer o valor. Recorde que em matérias de danos morais existe margem de discricionariedade do juiz no arbitramento do valor segundo a análise do caso concreto. Prejuízos materiais são aqueles efetivamente comprovados.

Sendo os direitos autorais objeto de propriedade incorpórea, conquanto por vezes materializados, podem ser objeto de posse. Sua defesa pode ser exercida pelos remédios possessórios (141/154), embora esta não seja opinião unânime. Sobre a matéria de posse nessa categoria de direitos já nos manifestamos no Capítulo 3.

A Lei nº 9.610/98 estabelece sanções civis nos arts. 101 ss. Essas sanções independem das sanções penais que pertencem aos denominados , cuja esfera é diversa e refoge a nosso exame. A ideia principal, estampada no art. 102, é no sentido de que o titular de obra fraudulentamente reproduzida divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da devida indenização.

No tocante à obra literária, artística ou científica fraudulenta, o transgressor perderá os respectivos exemplares e deverá pagar o preço daqueles já vendidos. Não se conhecendo o número de exemplares, o transgressor pagará o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

A lei tece as principais diretrizes sobre as medidas judiciais cabíveis no que diz respeito à divulgação de obra fraudulenta, qualquer que seja o meio.

Toda pessoa que divulga obra intelectual deve indicar o nome ou pseudônimo do autor ou do intérprete. A omissão implicará indenização por danos morais, além da obrigação de divulgar a identidade, como exposto no art. 108.

Os responsáveis pelas execuções públicas, proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários respondem solidariamente com os organizadores dos espetáculos (art. 110).

Quanto aos programas de computador, a Lei nº 9.609/98 descreve as infrações e penalidades, inclusive de índole criminal, nos arts. 12 a 14, concedendo larga margem de poderes ao juiz para coibir a fraude.

A proteção ao direito intelectual deve ser uma preocupação jurídica e cultural constante. Somente haverá desenvolvimento na educação e na cultura do país se os criadores intelectuais forem devidamente remunerados e protegidos. Muito já se progrediu para essa proteção; muito ainda há que se fazer, tanto no campo legislativo como na esfera jurisprudencial.

Os crimes contra a produção intelectual devem ser punidos exemplar e eficazmente. Nada dói mais ao escritor e ao editor, por exemplo, ver sua obra ser copiada mecânica e eletronicamente, de forma indiscriminada, até mesmo à porta das escolas superiores, e, por vezes, com o beneplácito dos próprios educadores. O art. 184 do Código Penal descreve o delito de violação de direito autoral. Muito há por ser feito nesse campo.

“Apelação – **Direito Autoral** – Ação declaratória c.c. – pedido de indenização por danos morais – Ação ajuizada por pessoa jurídica que atua no ramo alimentício, sustentando a posição de cessionária dos direitos do autor intelectual das embalagens que utiliza em seus produtos. Improcedência, carreando à autora os ônus da sucumbência. Apelo da demandante. Preliminar de ilegitimidade ativa aventada em contrarrazões de apelo. Legitimidade configurada em razão da alegada posição de cedente dos direitos do autor da embalagem. Réu que em sede de anterior ação ajuizada em face da autora, foi considerado apenas executor do aproveitamento intelectual da obra previamente desenvolvida. Autoria da obra referida pela autora, no presente feito, também não comprovada a contento. Pedido de indenização deduzido com fundamento em alegações que não constaram da inicial. Inovação recursal descabida. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso” (– Ap 0002633-08.2010.8.26.0010, 25-4-2016, Relª Viviani Nicolau).

“**Agravo de instrumento tutela antecipada – Direito autoral uso indevido de ilustração** – Proteção legal contra o uso desautorizado – A ilustração tem proteção na Lei nº 9.610/98 (art. 7º, IX), independentemente de registro (art. 18 da LDA), e a utilização desautorizada é suficiente para a invocação das medidas protetivas, estando presentes a verossimilhança das alegações e o , pois a lesão decorre da utilização desautorizada, e até que o requerido comprove a inexistência de plágio, de uso ou de violação a direito autoral, devem ser liminarmente concedidas. Abstenção sob pena de multa cominatória. Recurso provido em parte.” (– AI 2060023-53.2015.8.26.0000, 30-4-2015, Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior).

“**Agravo de instrumento.** Ação de indenização por danos morais. Imputação de plágio. Nomeação de perito. Alegação de suspeição. Questão a ser solucionada na exceção oposta pelo agravante em primeiro grau de jurisdição. Alegada necessidade de nomeação também de especialista em direito autoral. Juízo da causa, destinatário final da prova, que relegou a análise para momento posterior. Ausência de prejuízo. Decisão confirmada. Recurso desprovido” (– AI 2044360-35.2013.8.26.0000, 8-4-2014, Rel. Milton Carvalho).

“**Agravo de instrumento. Ação de indenização por violação de direito autoral.** Decisão saneadora que afastou preliminares de ilegitimidade passiva e de impossibilidade jurídica do pedido de paralisação da obra. Insurgência da ré. que não decorre de relação contratual, mas de suposta violação de direitos autorais da agravada. Possibilidade jurídica do pedido verificada em tese. Paralisação da obra que, aliás, não foi determinada. Documentos que instruem a inicial que indicam a suposta autoria e alteração do projeto original, sendo suficientes para o ajuizamento da ação. Matéria de mérito que deverá ser apreciada ao final. Ausente dano irreparável ou de difícil reparação à agravante em relação à produção de atos processuais, em especial em relação à perícia, cujo custo será arcado pela autora agravada. Recurso não provido” (AI 0053394-68.2013.8.26.0000, 12-7-2013, Rel. Walter Barone).

“**Direito autoral.** Transmissão de música pela Internet rádio . Execução pública de obras musicais. Não configuração direito autoral. – Transmissão de obras musicais através de Internet de rádio . Embargos Infringentes interpostos pela ré, objetivando reforma do acórdão para julgar improcedente o pedido referente à modalidade de transmissão . Voto majoritário que deu provimento parcial ao recurso da autora, afastando a cobrança na modalidade e condenando a ré ao pagamento da taxa pela execução pública de obras musicais na modalidade , ao reconhecer que nesta espécie há novo fato gerador de cobrança de direitos autorais. Voto vencido que entendeu que a sentença devia ser mantida, uma vez que o é mero exercício da radiodifusão e que o () não se trata de modalidade de execução pública. Como restou demonstrado nos autos, a modalidade é realizada através de uma técnica de transmissão de dados denominada . Segundo a literatura técnica especializada, é uma tecnologia para distribuição de informação multimídia em pacotes, através de uma rede de computadores,

como a Internet. Na prática, para usufruir de conteúdo multimídia, o usuário acessa uma página de Internet () e solicita o envio () do arquivo que ele deseja. Inicia-se, então, a transferência do arquivo, através de uma transmissão dedicada entre o de Internet e o computador do usuário. No caso em comento, embora o acervo musical esteja disponibilizado no da rádio ao acesso público, resta evidente que uma vez selecionado pelo usuário o conteúdo que deseja ouvir, será iniciada uma transmissão individual e dedicada, cuja execução da obra musical será restrita apenas a localidade daquele usuário. A transmissão de música pela Internet na modalidade , tal como descrita na presente hipótese, não se configura como execução pública de obras musicais, nem em local de frequência coletiva. Embargos infringentes providos, de modo a prevalecer o voto vencido. Vencido o Des. Guaraci de Campos Vianna” (EI 0174958-45.2009.8.19.0001, 23-8-2012, Rel. Des. Claudio Brandão).

“Direito autoral – Responsabilidade civil – Utilização pelo banco réu de quadro a óleo sobre tela de autoria do requerente sem autorização e com omissão de seu nome, em campanha publicitária publicada em revistas semanais. Danos moral e material verificados. Indenização devida. Sentença mantida. Inteligência do art. 252, do RITJSP/2009. Recurso desprovido” (– Ap. 994.06.023952-2, 13-4-2011, Rel. Luiz Antonio de Godoy).

“Direito autoral – Programa Televisivo – Inexistência de plágio – ‘Agravado interno no agravo em recurso especial. Direito autoral. Programa televisivo. Inexistência de plágio. Violação aos arts. 128, 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC. Inexistência. Ausência de impugnação dos fundamentos da sentença. Ofensa ao art. 515 do CPC. Não ocorrência. Laudo pericial. Não adstrição do juiz às suas conclusões. Violação à lei federal. Deficiência na fundamentação do recurso especial. Súmula nº 284/STF. Agravo não provido. 1. A Corte de origem dirimiu a matéria submetida à sua apreciação, manifestando-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide. Dessa forma, à míngua de qualquer omissão, contradição ou obscuridade no aresto recorrido, não se verifica a ofensa aos arts. 128, 165, 458, II, e 535, I e II, do Código de Processo Civil. 2. Nos termos da Orientação Jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, ‘havendo impugnação específica dos fundamentos que motivaram a sentença, contendo a apelação os nomes e a qualificação das partes, os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão, ficam preenchidos os requisitos previstos no art. 514 do CPC’ (AgRg-AREsp 694.714/AM, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., julgado em 27.10.2015, de 06.11.2015). 3. O juiz não está adstrito a nenhum laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, desde que dê a devida fundamentação, a teor do disposto no art. 436 do Código de Processo Civil. 4. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a violação genérica de lei federal não enseja a abertura da via especial, aplicando-se, por analogia, a Súmula nº 284 do STF. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (– AgRg-Ag-REsp 851.533 – (2016/0020667-7), 29-4-2016, Rel. Min. Raul Araújo).

“Direito autoral – Alegação de plágio – Refrão da música do demandante foi também utilizado como refrão em canção do réu, posterior àquela – Violação ao direito autoral do requerente configurada – Irrelevante o fato de que os versos contêm palavras comuns e rimas pobres – Junção das palavras na forma estabelecida pelo autor decorreu de sua atividade criativa – Reprodução integral do refrão, em sua exata composição e ordem, que não pode ser considerada simples coincidência – Qualidade duvidosa do refrão e das rimas que também não afasta a proteção do direito autoral – Reprodução, ainda que parcial, da letra da música configura violação a direito do autor – Ilícito que prescinde também da perquirição sobre a intenção do agente – Dever do réu de indenizar os danos materiais e morais causados ao demandante – Rejeição apenas do pedido do requerente para que seja considerado coautor da canção do requerido – Recurso parcialmente provido.” (– Ap. 1042837-59.2014.8.26.0100, 10-9-2015, Rel. Francisco Loureiro).

“Apelação – Direito autoral – Utilização não autorizada de campanhas publicitárias – Intuito do réu de atribuir qualidade a seu currículo – Violação ao direito autoral do trabalho da Autora que restou incontroverso. Abstenção do uso. Obrigação já cumprida pelo Réu. Pretendida inovação no apelo no que diz respeito à aplicação de multa em caso de reincidência do Apelado. Juiz que está vinculado ao pedido. Não comprovado o alegado dano material. Inteligência do artigo 333, inc. I, do CPC. Sentença mantida. Recurso não provido” (– Ap. 9131023-38.2008.8.26.0000, 9-10-2012, Rel. João Pazine Neto).

“Direito autoral – Cobrança – ECAD – Legitimidade ativa reconhecida – Prova da filiação dos titulares dos direitos reclamados – Desnecessidade – Sonorização ambiental de estabelecimento comercial comprovada – Dever de pagamento caracterizado – Sentença mantida – Recurso desprovido” (Ap. 994.05.012711-0, 14-3-2011, Rel. Adilson de Andrade).

“Direito autoral – Programa de televisão – Suposta violação da Lei nº 9.610/98 – Descabimento – Inexistência de proteção legal à ideia (art. 89, I, da Lei nº 9.610/98) – Plágio e contrafação – Não Ocorrência – Simples coincidência do formato – Prejudicial Afastada – Sentença Mantida – Recurso Desprovido” (– Ap 0164387-09.2012.8.26.0100, 25-4-2016, Rel. Moreira Viegas).

“Apelação cível – Direito autoral – Concorrência desleal – Sentença de procedência em parte – Inconformismo da requerida – Apelante que se utilizou indevidamente de fotografias adquiridas por meio de contrato com a própria apelada. Documentos que comprovam suficientemente que a apelante transformava em fotolitos as imagens da apelada. Acesso às imagens que se deu por este

meio. Titularidade e propriedade dos materiais fotográficos comprovados. Fotografias que se enquadram na proteção conferida pela Lei 9.610/98, art. 7º, VII. Desnecessidade de que as fotografias tenham grande valor artístico para que a proteção seja conferida. Utilização, fruição e disposição da obra que cabe ao autor da fotografia. Desnecessidade da apresentação de negativos. Desnecessidade de registro. Art. 18 da Lei 9.610/98. Fato de estarem as imagens disponíveis nos sítios eletrônicos que não autoriza sua reprodução indiscriminada. Reprodução das fotografias que se deu em razão da relação comercial existente entre as partes. Concorrência desleal. Pretensão indenizatória não acolhida em primeira instância. Recurso improvido” (– Ap. 994.07.106130-0, 6-2-2012, Rel. Piva Rodrigues).

“Ação de indenização por danos morais e materiais – Preliminar de cerceamento de defesa afastada – Infração a **direito autoral** – Reprodução de trechos de obra intelectual da autora pela ré em seu website sem autorização ou referência de autoria. Configuração de plágio. Lesão ao direito da personalidade da autora que decorre dos próprios fatos narrados. Indenização fixada em R\$10.000,00 que não comporta alteração. Danos materiais não demonstrados. Ré que não obteve locupletamento ilícito ou prejudicou a prática da atividade profissional a autora, uma vez que, apesar de serem ambas psicólogas, atuam em cidades distintas e afastadas uma da outra. Publicação de nota de retratação, nos termos do art. 108, incisos II e III, da Lei 9.610/98. Distribuição recíproca dos ônus da sucumbência. Sentença mantida em parte. Recursos parcialmente providos” (– Ap 0007740-25.2013.8.26.0011, 27-1-2016, Relª Mary Grün).

“**Apelação cível – Direito autoral** – Fotografias publicadas sem autorização e sem indicação da autoria – Indenização por danos materiais e morais – Partes recorrem – Autor requer seja revisto o indenizatório. Ré alega nulidade da sentença por cerceamento de defesa, denúncia da lide para inclusão no polo passivo de terceiro que forneceu as fotos. Revisão do indenizatório conforme critérios fixados pelo art. 103 da Lei 9.610/98. Inocorrência de cerceamento de defesa. Provido o recurso do Autor e negado provimento ao recurso da Ré” (– Ap. 994.03.026111-8, 28-5-2012, Rel. Piva Rodrigues).

“**Responsabilidade civil – Direito autoral** – Programa de computador () – Ausência de prequestionamento dos artigos 186, 944 e 927, do Código Civil – Possibilidade de identificação numérica da contrafação – Inaplicabilidade do artigo 103, parágrafo único da Lei 9.610/98 – Indenização devida nos termos do artigo 102 da Lei 9.610/98 – Recurso especial provido – 1 – ‘A pena pecuniária imposta ao infrator não se encontra restrita ao valor de mercado dos programas apreendidos. Inteligência do art. 102 da Lei 9.610/98 – ‘sem prejuízo da indenização cabível’ – Na fixação do valor da indenização pela prática da contrafação’ (REsp 1.136.676 – RS, Rel. Min. Nancy Andrighi). 2 – O simples pagamento, pelo contrafator, do valor de mercado por cada exemplar apreendido, não corresponde à indenização pelo dano causado decorrente do uso indevido, e muito menos inibe a sua prática. 3 – O parágrafo único do art. 103 da Lei nº 9.610/98 tem sua aplicação condicionada à impossibilidade de quantificação dos programas de computador utilizados sem a devida licença, o que não é o caso dos autos. 4 – Recurso especial parcialmente conhecido e provido” (– REsp 1.185.943 – (2010/0046959-9), 18-2-2011, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

“Agravado retido e apelação cível – Agravo retido – Interposição pela autora contra decisão que declarou encerrada a fase de instrução – Cerceamento de defesa não caracterizado – Elementos dos autos suficientes para embasar o julgamento, desnecessárias, portanto, as provas pretendidas – Laudo pericial que se apresenta suficiente para o deslinde da questão – Recurso desprovido. Ação de indenização por violação de direito autoral – Criação pela autora de programa televisivo intitulado ‘Brasil em Contato’ – Alegação de plágio praticado pela corré Globo Comunicações e Participações S.A de reprodução de programa com formato semelhante – Inocorrência – Prova pericial que constatou notáveis diferenças entre as obras – Simples semelhança de ideias – Programa de criação da autora que não constitui obra intelectual passível de proteção pela Lei de Direito Autoral – Manutenção da R. Sentença. Nega-se provimento aos recursos de agravo retido e de apelação” (– Ap 0204733-70.2010.8.26.0100, 7-6-2016, Relª Christine Santini).

“**Apelação cível** – Ação de cumprimento de preceito legal c/c perdas e danos. **Direito autoral**. 1 – ECAD. Legitimidade ativa. Consoante entendimento consolidado no e. Superior Tribunal de Justiça, o ECAD possui legitimidade para a cobrança de direitos autorais independentemente da comprovação da filiação dos artistas representados às associações que o integram. 2 – Agravo retido e preclusão da matéria. A preclusão da matéria ventilada no agravo retido não autoriza o conhecimento do recurso. 3 – Valores cobrados e validade da tabela. Os valores cobrados a título de contribuição de direitos autorais são fixados pelos seus titulares, representados pelo ECAD, constante em seu regulamento e tabelas, não cabendo ao poder judiciário fixar valores. 4 – Obrigação de retribuir os direitos autorais. A obrigação do requerido de pagar direitos autorais pelas músicas veiculadas não pode ser afastada pela juntada de declaração de autorização de autor com data posterior ao fato, assim como também não a afasta a alegação de que o devedor não tem fins lucrativos. 5 – Juros e correção monetária. Os juros de mora serão fixados a partir da citação e correção monetária desde a data do vencimento de cada parcela mensal. 6 – Hipótese do art. 105 da Lei nº 9.610/98 configurada. Configurada a hipótese do art. 105 da Lei nº 9.610/98 quando a transmissão e a retransmissão, por qualquer meio ou processo, e a comunicação ao público de obras artísticas, literárias e científicas, de interpretações e de fonogramas ocorrem sem autorização prévia dos respectivos titulares. Nesse caso, pode o julgador determinar a suspensão e da veiculação. 7 – Ônus sucumbencial invertido. Ante a sucumbência mínima do autor, relativamente ao valor da multa aplicada, deverá o requerido arcar com todo o ônus sucumbencial aplicado na sentença. Agravo retido não conhecido. Apelo

conhecido e parcialmente provido” (– Acórdão 200992700892, 31-5-2012, Rel. Des. Camargo Neto).

“**Direito autoral.** Academia de ginástica. Música ambiental. Obrigação de pagamento multa. Descabimento. Ação de cobrança – Direitos autorais – ECAD. Academia de ginástica – Utilização de obras musicais em suas dependências – Prova documental hábil à demonstração da utilização das obras musicais na academia – Obrigação de pagamento cobrança de parcelas vincendas – Impossibilidade inaplicabilidade do artigo 290 do Código de Processo Civil – Multa do artigo 109 da Lei nº 9.610/98 – Rejeição – Violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade – Inteligência do artigo 412 do Código Civil – Provimento parcial do recurso” (– Acórdão 0079337-65.2002.8.19.0001, 13-1-2011, Relª Desª Maria Henriqueta Lobo).

“**Apelação Cível** – Ação de obrigação de não fazer cumulada com indenização por danos morais e patrimoniais – 1 – Insurgência do réu – Violação do direito autoral – Ocorrência – Reconhecimento da obra dos autores como sendo obra multimídia, passível, portanto, de proteção autoral, porque dotada de originalidade e criatividade – Inteligência do art. 7º – da Lei 9.610/98 – Intitulação ‘Expedição Paraná’ do primeiro autor faz parte da obra multimídia – Obra do réu similar ao do autor gerando confusão ao público – Plágio Demonstrado – Utilização do método da comparação e da forma de composição – Condenação mantida – 2 – Registro de domínio na internet – Possibilidade de registro posterior do mesmo nome, em outro país – Abstenção de 2 usos do domínio pela geração de confusão com obra do autor – Matéria já dirimida em recurso de agravo de instrumento nº 328.160-5 – Matéria preclusa – Não conhecimento – 3 – Dano moral existente – Ato ilícito, dano e nexos causal demonstrados – Valor da indenização de R\$ 30.000,00 mantido – Observância da proporcionalidade e da moderação – Juros de mora – A partir do arbitramento – 4 – Dano material não demonstrado – 1 – Não se pretende dar proteção autoral às ideias ou aos projetos, pois no caso em apreço, o que se observa é que os autores possuem uma obra multimídia, dotada de originalidade e criatividade, exteriorizada de várias formas. 2 – Para aferição do plágio, utilização do método da comparação e da forma de composição, possibilitando apontar as semelhanças das obras não somente no aspecto quantitativo mas qualitativo. 3 – Os resultados dos trabalhos das partes litigantes denotam expressão artística cultural multimídia deveras similar para o destinatário final, ou seja, o público, porquanto consubstanciados em veiculações em jornal, rádio e TV, de grande alcance, com semelhante conteúdo e idêntico nome. 3 – Recurso de apelação, parcialmente conhecido e na parte conhecida, parcialmente provido. Recurso adesivo desprovido” (TJPR – AC 1300316-0, 5-7-2016, Relª Juíza Substª Suzana Massako Hirama Loreto de Oliveira).

“**Apelação cível** – Ação de cobrança de direito autoral. ECAD – Legitimidade passiva do locador do espaço – Valor cobrado. Sucumbência – Correção de ofício – I – Nos termos do 110, da Lei nº 9.610/98, os proprietários, diretores, gerentes, empresários e arrendatários de imóveis respondem solidariamente com os organizadores de eventos por obrigações autorais, quando devidas. II – Não comprovada a receita bruta arrecadada, prevalece a estimativa apresentada pelo autor do evento em detrimento do valor aleatório reclamado pelo ECAD. III – O órgão recursal pode, de ofício, modificar a sentença recorrida para corrigir distorções relativas à sucumbência. Apelação conhecida e parcialmente provida” (– AC 201092404546, 3-4-2012, Rel. Des. Jeová Sardinha de Moraes).

“**Prova** – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Pretensão de oitiva do proprietário da empresa de publicidade que realizou o trabalho impugnado. Transferência de responsabilidades para aquele. Descabimento. Configurada responsabilidade da beneficiada pelo serviço, a prova não produzida seria inócua, assim rechaçado o argumento preliminar. Culpa ‘in eligendo’. Prefaciais rejeitadas – Incidência do art. 37, § 6º da CF – Agravo retido desprovido. Responsabilidade civil – Direito autoral – Fotografia. Ausência de crédito ao artista – Legitimação passiva de quem contratou agência de publicidade. Licitação que não excluiu responsabilidade perante terceiros. Culpa ‘in eligendo’. Dano material cabível. Exclusão do dano moral. Arbitramento na origem que atendeu os preceitos da modicidade e razoabilidade. Sucumbência proporcional. Apelo parcialmente provido” (– Ap. 990.10.582597-4, 28-2-2011, Rel. Roberto Solimene).

BIBLIOGRAFIA

