

OPINIÃO 6
JURÍDICA DIREITO IMOBILIÁRIO

Opini3o Jur3dica 6: Direito Imobili3rio

Secovi-SP
Editor

José Horácio Cintra Gonçalves Pereira
Jaques Bushatsky
Coordenadores

Opinião Jurídica 6: Direito Imobiliário

Secovi-SP

São Paulo
2018

FICHA TÉCNICA

Presidente

Flavio Amary

Coordenação geral

José Horácio Cintra Gonçalves Pereira

Jaques Bushatsky

Edição e Revisão

Assessoria de Comunicação do Secovi-SP

Diagramação

Rafaela Fernandes de Almeida Prado - ME

Curador

Jaques Bushatsky

Secretária

Sarah Horta Miranda de Oliveira

Jornalista responsável

Maria do Carmo Gregório

MTb: 23.732

Agradecimentos

Aline Pires

Beatriz Souza Brito

Janaína Almeida

Contatos Secovi-SP: PABX: (11) 5591-1300

Fale conosco: secovi@secovi.com.br

Opinião jurídica 6: direito imobiliário / Sergio Mauad... [et al.]; Secovi-SP (Ed.); Jaques Bushatsky, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira (Coords.). – São Paulo : Secovi-SP, 2018.

125 p.

ISBN: 978-85-5980-005-0

1. Direito 2. Mercado imobiliário 3. Direito imobiliário

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade de seus autores. A reprodução dos textos é admitida, desde que destacadamente citados o autor e a fonte.

Os informes publicitários são de inteira responsabilidade dos anunciantes.

EDITORIAL



A edição anterior da *Revista Opinião Jurídica – Direito Imobiliário* foi a primeira publicada somente em meio eletrônico, atendendo à nova ordem mundial que prioriza o digital e, conseqüentemente, contribuindo para um ambiente em que é indispensável primar por ações sustentáveis.

Com imensa satisfação, observamos que a decisão foi acertada. A divulgação eletrônica possibilitou ainda uma verdadeira volta ao modo de debater no passado. Os idealizadores e coordenadores da Revista, o desembargador José Horácio Cintra Gonçalves Pereira e o advogado Jacques Bushatsky, organizaram em outubro o evento “Encontros da Revista Opinião Jurídica”, a edição “ao vivo” da iniciativa.

Colhendo e divulgando opiniões abalizadas, já compartilhamos os entendimentos de mais de 60 magistrados, professores, advogados e estudiosos, o que, de um lado, honra nossa entidade e, de outro, concretiza a missão que abraçamos, de buscar incessantemente a segurança jurídica, que somente pode ser conquistada por meio de boas leis e de sérias interpretações.

Esperamos que, com esta sexta edição, o Secovi-SP possa contribuir para disseminar as diferentes visões sobre o ordenamento jurídico que rege nossas atividades e, desta forma, continuar escrevendo novas páginas de sua história de relevância no desenvolvimento nacional.

Agradecendo o empenho dos coordenadores, dos articulistas e de toda a equipe envolvida neste trabalho, cabe desejar uma ótima leitura!



FLAVIO AMARY

Presidente do Secovi-SP

APRESENTAÇÃO



A lcançamos nesta edição de 2018, a sexta jornada da *Revista Opinião Jurídica – Direito Imobiliário*, festejando a evolução com os *Encontros*, quando pudemos ter, além dos textos divulgados, a presença viva e instigante de palestrantes ilustres, secundados por debatedores e comentaristas de igual excelência.

A dúvida e a liberdade de opção de tema e do seu enfrentamento são as premissas deste nosso foro, em que colhemos e divulgamos opiniões jurídicas expressas por renomados especialistas e juristas que operam no mercado imobiliário. Nessa caminhada, já contamos com mais de 60 articulistas, todos de enorme importância, feito invejável, por certo provocados pela proposta de discutir, de aprofundar.

"Sem a capacidade da dúvida, não pode haver progresso humano; apenas uma dócil, estagnada e cega aceitação do *status quo*, com seus dogmas prescritos e estabelecidos. Quando pensamos nas grandes descobertas científicas de nosso tempo, tendemos a dar ênfase à crença e à fé de seus descobridores. Vemos apenas a confiança positiva dos cientistas nas novas ideias e novas hipóteses – e é assim mesmo que devemos raciocinar. Mas, não podemos, não devemos desprezar o fato de que a primeira luta, a aventura crítica inicial desses pioneiros concentrava-se em torno de uma incredulidade perigosa e audaz", disse Henry I. Sobel.

O sucesso é devido a todos os que se envolveram nesta realização: aos articulistas, sempre dispostos ao debate e empenhados na produção de estudados textos; ao *Sindicato da Habitação*, permanentemente interessado em disseminar a inteligência jurídica referente ao ramo imobiliário, visando ao seu progresso; aos leitores, curiosos e que instigam novas análises e trabalhos, fazendo menções elogiosas à revista ao referendá-la em matérias, discursos, palestras, manifestações judiciais.

Esta edição é dedicada especialmente a Sergio Mauad, que perdemos recentemente. Detendo profunda e acertada visão da sociedade, foi presidente do Secovi-SP, grande incentivador de estudos e debates, notadamente legislativos, e dos programas de aperfeiçoamento. E saiba-se: ainda que não fosse jurista, decidimos convidá-lo a compartilhar a sua inteligência, tendo sido o primeiro a entregar o seu artigo, infelizmente publicado postumamente.

Agradecemos a cada articulista pela participação, que engrandece a publicação. Este trabalho é movido pela procura do melhor entendimento. "As razões próprias nascem do entendimento, as alheias vão pegadas à memória, e os homens não se convencem pela memória, senão pelo entendimento", ensinou Padre Antonio Vieira. Homenageamos cada colaborador, as várias equipes do Secovi-SP envolvidas neste empreendimento. E, aos leitores, desejamos ótima e instigante leitura."



JOSE HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA

JAQUES BUSHATSKY

SUMÁRIO

9

O REGRAMENTO DA ATIVIDADE IMOBILIÁRIA E A GERAÇÃO Y
SERGIO MAUAD (IN MEMORIAN)

32

LOTEAMENTO OU CONDOMÍNIO DE LOTES?
ESTELA MONTEIRO SOARES DE CAMARGO

11

ASPECTOS DO DIREITO INFORTUNÍSTICO
AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR

37

PERMUTA IMOBILIÁRIA. DIFERIMENTO DA TRIBUTAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL POR SOCIEDADE OPTANTE DO REGIME DO LUCRO REAL
FERNANDO JOSÉ MAXIMIANO
JONATHAN BERGAMO

15

GARAGENS NOS CONDOMÍNIOS DE APARTAMENTOS
ALBERTO GOSSON JORGE JÚNIOR

41

LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER E CLÁUSULA DE RENÚNCIA À AÇÃO RENOVATÓRIA
HAMID BDINE
HAMID BDINE NETO

17

PERSPECTIVAS E DESAFIOS DO REGISTRO ELETRÔNICO DE IMÓVEIS
ANTONIO CARLOS ALVES BRAGA JUNIOR

44

USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA – UM FACILITADOR NA REGULARIZAÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL
JOÃO BAPTISTA DE MELLO E SOUZA NETO
BÁRBARA PASSOS DOMINGUES DE OLIVEIRA
MILENA SANCHES BERBEL

20

QUOTAS PREFERENCIAIS E NOVAS (VELHAS) FORMAS DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA: MAIOR AGILIDADE E SEGURANÇA NOS INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS
DANIEL BUSHATSKY

48

OS REFLEXOS DOS DISTRATOS DE PROMESSA DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEIS INTEGRANTES DE INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS
JOSÉ VICENTE AMARAL FILHO
KÁTIA ALESSANDRA MARSULO SOARES

27

A NECESSÁRIA DENÚNCIA VAZIA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTERS UTILIZADOS POR ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE E DE ENSINO
DANILO DE BARROS CAMARGO
RUBENS CARMO ELIAS FILHO

54

A EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO NO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO
LIVIA MARIA SIVIERO BITTENCOURT HUH
ISABELLA CHRISTINA CAPASSO ABE

58

**ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O
CONDOMÍNIO DE TERRENOS**

LUIS PAULO GERMANOS

96

**O LOTE COMO UNIDADE AUTÔNOMA
CONDOMINIAL: PASSADO, PRESENTE E
FUTURO**

THALITA DUARTE HENRIQUES PINTO

63

**ACESSIBILIDADE E TOMBAMENTO: UM
DIÁLOGO A SER APRIMORADO**

MARCELO MANHÃES DE ALMEIDA

101

**CLÁUSULA DE VIGÊNCIA DA LOCAÇÃO
– A IMPORTÂNCIA DO REGISTRO**

THOMAZ WHATELY

68

**DA EXCLUSÃO DO CONDÔMIO COM
COMPORTAMENTO ANTISSOCIAL**

MARIA CECILIA ISOLDI

72

**RISCOS NA TRANSMISSÃO DA
PROPRIEDADE ADQUIRIDA POR
USUCAPIÃO RECONHECIDA
EXTRAJUDICIALMENTE**

NARCISO ORLANDI NETO

107

**OBRIGAÇÃO PROPTER REM
E LOTEAMENTO DE ACESSO
CONTROLADO**

VICENTE DE ABREU AMADEI

116

DA CONCILIAÇÃO

JOSE HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA
JAQUES BUSHATSKY

81

**EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS
REAIS IMOBILIÁRIAS NO DIREITO
BRASILEIRO**

NESTOR DUARTE

121

NOSSOS ARTICULISTAS

87

USUCAPIÃO

OLIVAR VITALE

93

**OS DESAFIOS NA GESTÃO DO
CONTENCIOSO IMOBILIÁRIO
EMPRESARIAL. CONFLITOS,
INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS E O
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

TELMO ARBEX LINHARES
RUBENS LEONARDO MARIN

O REGRAMENTO DA ATIVIDADE IMOBILIÁRIA E A GERAÇÃO Y

SERGIO MAUAD (IN MEMORIAN)

No dia a dia, nos deparamos com as transformações trazidas pelas vias digitais que estão em tudo, em especial na vida urbana. A maior ou menor facilidade no acompanhamento desta evolução está diretamente ligada à faixa etária na qual está inserido o indivíduo.

Um dos primeiros impactos na atividade imobiliária surgiu com o Airbnb, em 2008, no setor de hospedagem, presente em mais de 190 países, onde sua plataforma de busca permite à pessoa que oferece acomodação de hospedagem e àquela que busca tal acomodação se faça diretamente. Sem intermediários. É enorme a flexibilidade de escolha, entre um imóvel no seu todo ou parte dele, podendo ser até um pequeno espaço parte de um cômodo. Conforme divulgado pela imprensa, 2,2 milhões de pessoas se utilizaram desta plataforma em 2017, um crescimento de 120% em relação a 2016 apenas no Brasil.

Este exemplo mostra a mudança de hábitos que vem ocorrendo, mudança esta mais concentrada e, digamos, sendo intensificada pela chamada geração Y, ou Millennial, assim denominada por alguns estudiosos como Don Tapscott, um canadense expert em estratégia corporativa e transformação organizacional, abordando temas inovados pela cultura digital. Isto, dentro de um conceito em Sociologia referindo-se aos nascidos na década de 1980. Segundo outros, esta faixa etária engloba também os nascidos até meados da década de 1990, após a qual vem a geração Z. Esta é a que nasceu a partir de 1995, já em pleno uso integrado da internet em suas vidas, da mídia digital presente em tudo. Uma geração extremamente prática, de comunicação rápida e autodidata, individualista.

E o que isto tem a ver com a produção e o mercado imobiliário?

Assim como, até uns 5 anos atrás, as plantas arquitetônicas de um imóvel tinham nítidas diferenças das produzidas dez anos antes, agora este diferencial evolui numa velocidade incrível. Se uma das mudanças que marcou época foi a cozinha integrada à sala, hoje nem temos bem definida a sala ou o dormitório em muitos dos empreendimentos imobiliários, em especial nos mais compactos, onde a integração de ambientes foca a praticidade no menor espaço.

Estamos diante de incorporações imobiliárias, muitas delas com apartamentos de 15 ou menos metros quadrados, alguns ofertados a público já mobiliados. Não é exagero dizer que tais arquiteturas e decorações podem estar inspiradas nas tecnologias de iates. A isso se associa o máximo possível de informatização, atendendo às exigências da geração Y.

Em meio ao cipoal da legislação brasileira e a inseguranças jurídicas daí decorrentes, como se comportam os regramentos de tais negociações e incorporações imobiliárias?

Lembrando que as leis e seus regulamentos são dinâmicos, atendendo às mudanças de comportamento e necessidades da sociedade, parece claro que a atuação dos nossos legisladores é extremamente lenta neste aspecto. Além do quê, tais trâmites nas casas legislativas precisam ser acompanhados de perto pelos operadores do mercado, quer seja pelos aspectos técnicos envolvidos, quer seja pela ânsia tributária vigente nestas casas, buscando atender governos insaciáveis. Cabe aqui um parêntesis para lembrar

que a carga tributária no Brasil, que beira 38%, já não suportada pela sociedade, deveria ser de 24%, como bem expõe o conceituado economista Eduardo Giannetti da Fonseca, para a renda média do brasileiro.

Há anos as negociações feitas pela plataforma do Airbnb são questionadas, carentes de regramentos específicos, quer seja na segurança jurídica das partes envolvidas, quer seja na forma de tributação.

A evolução das práticas do mercado da incorporação se tornam mais complexas com as demandas da geração Y, que prefere alugar ao invés de comprar. Isto gerou iniciativas já em prática onde Fundos de Investimento Imobiliário e mesmo pessoas físicas passam a ser patrimonialistas, não apenas nos imóveis convencionais, mas também em alugueis de curtíssima duração envolvendo a CVM (Câmara de Valores Mobiliários). Casos em que edifícios com apartamentos compactos, mobiliados, são alugados para estudantes ou moradia por poucos dias a executivos de passagem, onde na incorporação até carro compartilhado está previsto na Convenção do Condomínio.

Em artigo recente, o advogado Jaques Bushatsky abordou o coliving. Este, um enorme avanço em plena implantação no mercado, onde num mesmo condomínio tem-se pequenas unidades muitas vezes mescladas a outras pouco maiores. Está focado em usuários de características de vida diferentes, exigindo espaços comunitários e horários mais flexíveis para suas confraternizações, que produzem barulhos incômodos. A complexidade de adequação dos regulamentos internos desses condomínios foi bem explanada no referido artigo.

Mais acentuada é a evolução em empreendimentos onde quartos são alugados por curtos períodos, ou mesmo o compartilhamento do quarto está no leque de alternativas, lembrando as antigas pensões, que aqui exemplifico como coabitação.

A essas mencionadas complexidades somam-se outras, onde num mesmo empreendimento estão o coliving, o coworking, um Mall e espaços abertos a público como fruição. Outro exemplo são os Self Storage, antigos Guarda Móveis.

Deixo aqui alguns questionamentos, como engenheiro que sou, de quem vivencia a prática do empreendedorismo imobiliário.

No que tange à Lei nº 8.245/1991, do Inquilinato e de Normas Tributárias, me parecem já tardias as necessárias adequações aos novos produtos imobiliários demandados pelas novas necessidades da vida moderna. Seria o caso da coabitação e do Self Storage, por exemplo. Projetos de lei nesse sentido tramitam nos legislativos, porém carentes de aperfeiçoamentos que os depurem de distorções.

Onde entra a questão da incorporação imobiliária, sou daqueles que polemiza as frequentes ameaças e mesmo alterações introduzidas na Lei nº 4.591/1964. É talvez a melhor e mais abrangente lei de que se tem conhecimento, regrando a incorporação. Ela foi concebida tendo seu principal escopo na captação de dinheiro público para viabilizar a construção e a venda de unidades imobiliárias, numa ocasião em que nem financiamento imobiliário pela rede bancária havia. Ela é perfeita, desde o norteamento da formatação da incorporação, suas descrições dos elementos físicos, garantias legais da origem documental, responsabilidades dos profissionais, do incorporador e regramento do condomínio futuro, entre outros envolvimento. Foi com esta lei que se solucionou mais de uma centena de empreendimentos que foram paralisados pelo desequilíbrio financeiro da empresa incorporadora Encol, no final da década de 1990. Digo que polemizo outras exigências dando como exemplo a imposição de se envolver a CVM em alguns tipos de captação de recursos à produção imobiliária. Na minha modesta opinião, a Lei nº 4.591 foi criada para isso e estaria atual neste aspecto. Criou-se mais custo e burocracia em arquivamentos de papéis, já arquivados por lei nos Registros de Imóveis e à disposição de auditorias e do público.

Entendo que, assim como as gerações Y e Z buscam praticidade, agilidade, devemos nos habituar a acompanhar este movimento deixando, no passado, técnicas que obstruam e burocratizem aumentando custos.



ASPECTOS DO DIREITO INFORTUNÍSTICO

AFONSO DE BARROS FARO JÚNIOR

1. INTRODUÇÃO

No sistema jurídico brasileiro, o Direito Infortunístico está regulamentado, no plano normativo, pelas Leis nº 8.212/1991 e nº 8.213/1991. A primeira lei dispõe acerca da organização da seguridade social, disciplinando o seu custeio, ponto de significativa importância. Já a segunda lei foi pensada e elaborada exclusivamente para estabelecer todos os benefícios do sistema previdenciário, definindo e especificando os regimes respectivos, as espécies de benefícios hoje existentes, seu cálculo, os beneficiários, os dependentes etc.

Sobre esta última lei é que este artigo debruçar-se-á, face à atribuição de competência para ações acidentárias estabelecida pela Constituição Federal aos Tribunais de Justiça dos estados brasileiros (art. 109, inc. I).

2. A Previdência Social na Constituição Federal.

Segundo nossa Carta Magna (art. 194), a seguridade social compreende “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Devido à sua inserção no título VII, dedicado à ordem social, a previdência, a saúde e a assistência social são considerados direitos sociais.

A previdência social é organizada sob a forma de um regime geral, de natureza contributiva e de filiação obrigatório, dentro do qual existem, basicamente, duas áreas de subdivisão: a previdenciária e a acidentária. Portanto, o Direito Previdenciário lato sensu, uma das áreas do Direito Público, é composto pelo direito previdenciário stricto sensu e pelo direito acidentário.

3. Relevância da Previdência Social nos dias atuais.

Não é difícil vislumbrar, hoje em dia, a sua importância e relevância para a sociedade, não só para os integrantes beneficiários do sistema, como também para as empresas e entidades subordinadas ao império de suas normas e obrigações. A fixação de suas regras de funcionamento e a própria gestão do sistema, a cargo do Instituto Nacional do Seguro Social, têm influência direta e imediata nas finanças públicas do estado e das pessoas jurídicas. Vale dizer que, em época em que muito se debate o “custo Brasil” e a competitividade das empresas brasileiras, o tema guarda inescandível importância, especialmente para a economia.

4. Conceito de Acidente do Trabalho.

Como já pontuado acima, o artigo tem como foco o Direito Infortunístico. Acidente do trabalho, nas palavras de Monteiro e Bertagni (2012, p. 45), é considerado o acidente-tipo ou as doenças ocupacionais.

Ensinam que

do acidente-tipo, ou também chamado de macrotrauma, cuida a lei no art. 19 e basicamente define como acidente do trabalho aquele que ocorre pelo exercício do trabalho provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução da capacidade permanente ou temporária para o trabalho. Ou seja, trata-se de um evento único, subitâneo, imprevisto, bem configurado no espaço e no tempo e de consequências geralmente imediatas. Não é de sua essência a violência. Infortúnios laborais há que, sem provocarem alarde ou impacto, redundam em danos graves e até fatais meses ou anos depois de sua ocorrência. O que se exige é o nexo de causalidade e a lesividade.

No art. 20, inc. I e II, estão definidas as doenças ocupacionais. Doenças profissionais, doenças profissionais verdadeiras ou típicas, são produzidas ou desencadeadas pelo exercício profissional peculiar a determinada atividade. Previstas em normas próprias, prescindem de comprovação donexo causal. Já as doenças do trabalho são atípicas e exigem a comprovação do nexoo. São desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacionam diretamente.

Ambas são tratadas pela Lei nº 8.213/1991 como acidente do trabalho, cuja tutela jurisdicional é suscintamente descrita ao final da lei.

5. Competência da Ação Acidentária. Justiça Estadual e Justiça Federal.

Em que pese a existência de autarquia federal em um dos polos da ação, a ação acidentária é de competência das Justiças Estaduais por imperativo constitucional (art. 109, inc. I). E isto gera, não raras vezes, certa confusão na condução do processo e na fixação/modificação da competência.

Sabe-se que a competência é delimitada pelo pedido inicial e pela causa de pedir. Se o autor da demanda, segurado da previdência social, formula seu pedido sem especificar o nexoo etiológico na petição inicial, seu processo deverá ser necessariamente dirigido e apreciado pela Justiça Federal ou por vara da Justiça Estadual com delegação de competência (art. 109, § 3º, da Constituição Federal). A competência é absoluta em razão da pessoa, no caso, o Instituto Nacional do Seguro Social. Por outro lado, se atribui a sua lesão ao desempenho de algum cargo ou função, a estes está creditando a limitação na capacidade laborativa, reunindo, em tese, os requisitos do benefício acidentário, o que obriga o ajuizamento perante uma das varas da Justiça Estadual.

Não lograr comprovação do nexoo causal não induz, em absoluto, deslocamento da competência à Justiça Federal. A competência já está perpetuada (*perpetuatio jurisdictionis*) e o inevitável desiderato será a improcedência da ação, resguardado o direito do segurado de mover outra ação perante uma vara federal para obter o benefício previdenciário.

6. Conversão do Benefício Previdenciário em Acidentário. Fator Acidentário de Prevenção (FAP).

Poder-se-ia indagar o porquê, então, de o se-

gurado propor a ação acidentária, cujo nexoo causal também deve ser demonstrado, tornando-a mais difícil de vencer, ao invés da previdenciária. Mais espécie ainda causa o fato de os valores dos benefícios não divergirem.

Afigura-se comum o segurado pleitear um benefício acidentário (B91) e receber do INSS o correspondente benefício previdenciário (B31). Às vezes porque assim concluiu a autarquia, outras por não ter o empregador emitido a CAT (Comunicação de Acidente do Trabalho), pela óbvia razão de não querer ser responsabilizado, direta ou indiretamente, pelo acidente ou doença.

Consigne-se que a ausência da CAT não impede a concessão administrativa do benefício acidentário, eis que substituível por perícia que demonstre o nexoo técnico epidemiológico previdenciário (NTEP), introduzido na Lei nº 8.213/1991 (art. 21-A) pela Lei nº 11.430/2006, depois modificada pela Lei Complementar Federal nº 150/2015. Não se olvide que os riscos ambientais do trabalho são classificados pela atividade econômica da empresa conforme a Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE).

O reconhecimento do nexoo epidemiológico atua diretamente na fixação do índice do Fator Acidentário de Prevenção (FAP).

Diz Vianna (2015, p. 187) que “a Lei nº 8.212/1991 fixou, para complementar o custeio dos benefícios acidentários, três alíquotas básicas, distribuídas conforme os riscos de acidentalidade e a atividade econômica desenvolvida pelo empregador”. Significa que, quanto mais a empresa não atenda às expectativas de prevenção e controle de acidentes do trabalho, mais custoso ficará.

À evidência, interessa e prejudica unicamente ao empregador a concessão de benefício acidentário, ou a conversão do previdenciário.

7. Outras Implicações da Conversão do Benefício Previdenciário em Acidentário.

Há outras consequências do reconhecimento do benefício de natureza acidentária e que atingem a ambas as partes do contrato de trabalho:

a. após o retorno ao trabalho devido à cessação do auxílio-doença, o empregado tem a garantia de estabilidade do emprego por 12 meses (art. 118 da Lei nº 8.213/1991);

b. não incidência de carência para obtenção de be-

nefício acidentário (art. 26, inc. II, da Lei nº 8.213/91);

c. viabilidade da propositura, pelo empregado, de ação indenizatória por ato ilícito;

d. suspensão do contrato de trabalho enquanto perdurar o auxílio-doença ou a aposentadoria por invalidez acidentária (art. 4º, § 1º, da CLT);

e. possibilidade de norma coletiva estabelecer o pagamento, pela empresa, da diferença entre o benefício e o que receberia em atividade;

f. recolhimento do FGTS durante o período de afastamento por acidente do trabalho (art. 15, § 5º, da Lei nº 8.036/1990);

g. não se considera falta ao serviço o período de afastamento para aquisição de férias, desde que não ultrapasse seis meses (art. 131, inc. III, e 133, inc. IV, da CLT).

Bem se constata a vasta lista de consequências da alteração do benefício de previdenciário (B31) para acidentário (B91), o que evidencia a importância e seriedade da discussão judicial ou mesmo administrativa, a motivar, compreensivelmente, a intervenção de inúmeros empregadores como assistentes do INSS nas ações acidentárias.

8. O Empregador do Segurado. Intervenção no Processo Acidentário.

Tema recorrente nos tribunais é a intervenção do empregador no processo acidentário. A indagação que se faz é se tal intervenção se dá pela assistência simples ou pela litisconsorcial.

Predomina o entendimento de que a participação do empregador na ação acidentária, sempre ao lado do INSS, deve ser pela assistência simples (arts. 121 a 123 do CPC - Código de Processo Civil). Confirmam-se julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo:

No caso dos autos, o recorrente deve ser admitido como assistente simples do ente autárquico.

A inadmissibilidade da assistência litisconsorcial decorre da inexistência de relação entre o interveniente e o adversário do assistido, a ser regulada pela sentença. (agravo de instrumento nº 2034762-18.2017.8.26.0000).

Ainda que a sua empregadora não possa ingressar na lide como assistente litisconsorcial face à

inexistência de relação jurídica desta com o INSS, vejo que ela possui interesse jurídico para intervir no feito como assistente simples. É que no presente caso o resultado da ação poderá repercutir de forma indireta e negativa na sua esfera jurídica, por exemplo, na hipótese do art. 120 da Lei 8.213/1991. (agravo de instrumento nº 2203490-56.2016.8.26.0000).

AÇÃO ACIDENTÁRIA - AGRAVO RETIDO - INGRESSO DA EMPREGADORA COMO ASSISTENTE LITISCONSORCIAL ADMISSIBILIDADE APENAS, COMO ASSISTENTE SIMPLES Agravo retido parcialmente provido. (agravo de instrumento nº 0000005-73.2012.8.26.0625).

PROCESSUAL CIVIL e ACIDENTÁRIO ASSISTÊNCIA. Ingresso da empregadora em ação acidentária como assistente litisconsorcial do INSS. Possibilidade como assistente simples. Hipótese dos arts. 121 a 123 do NCPC. Existência, todavia, de interesse jurídico, consistente na eventual responsabilidade regressiva, na alteração do FAP e na manutenção de estabilidade do empregado e dos depósitos de FGTS durante eventual afastamento. Recurso não provido. (agravo de instrumento nº 2003142-51.2018.8.26.0000).

9. Relação entre o Pedido Inicial e a Sentença.

Bastante peculiar o tratamento conferido ao princípio da correlação entre a sentença e o pedido nas ações acidentárias.

O pedido inicial formulado por autor de uma demanda limita a sentença, isto é, fixa os parâmetros dos quais o magistrado não poderá sair. *Sententia debet esse conformis libelo*. Ele não pode conceder algo diverso (*extra petita*) ou maior (*ultra petita*) do que foi pedido. A sentença deve guardar congruência com o pedido formulado. É o princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte, revelado no art. 492 do CPC, entre outros.

Todavia, no âmbito do Direito Infortunistico, o princípio comporta aplicação flexível.

Ensinam Monteiro e Bertagni (2012, p. 172) que

Diante da natureza da ação, como já dito anteriormente, não é necessário que se explicita qual o benefício se requer, pois este será definido pelo juiz, após a perícia, a qual indicará o grau de incapacidade.

No que se refere à extensão das sequelas, nem sempre é possível, desde logo, determiná-la na

inicial, especialmente nos casos de algumas moléstias que só serão confirmadas pela perícia.

Da mesma forma, sem ofensa a qualquer princípio ou dispositivo legal, é permitido ao magistrado apreciar a questão e conceder a indenização, ainda que no pedido inicial não conste expressamente tal moléstia e não haja aditamento formal, após a perícia.

Isso porque, nas ações de acidente do trabalho, a causa de pedir é a incapacidade decorrente do acidente do trabalho ou da doença, e doenças que vierem a ser comprovadas. Assim, sem conhecimento técnico, por parte do autor, é difícil peticionar, explicitar a moléstia e sua extensão para requerer o benefício. Daí por que não se pode falar em decisão extra ou ultra petita quando é reconhecido, pela sentença, pedido diverso daquele constante da inicial.

Tal é a jurisprudência predominante (TJSP, apel. nº 0054124-53.2012.8.26.0602, apel. nº 0242981-51.2009.8.26.0000 e apel. nº 0225287-94.2003.8.26.0577).

Por outro lado, a fungibilidade em tela não reconhece entre a Justiça Estadual e a Federal. Afigura-se bastante didática a fundamentação do acórdão da apelação nº 1006948-36.2016.8.26.0565:

Deve ser observado que, em infortunística, a concessão de benefício diverso do pretendido na inicial não caracteriza, necessariamente, julgamento extra petita. Ou seja, se a parte autora ingressa com ação requerendo, por exemplo, o recebimento de aposentadoria por invalidez (que pressupõe a existência de incapacidade total e definitiva para o labor) e a prova dos autos indicar a presença de incapacidade parcial e permanente, nada impede que o juiz lhe conceda o benefício de auxílio-acidente.

Entretanto, o princípio da fungibilidade não é absoluto.

Com efeito, a petição inicial é a peça processual que traça os limites da lide e delimita o poder de atuação do juiz, conforme prevê o art. 141 do novo Código de Processo Civil. Além do mais, é com base na peça inaugural que o requerido exerce o seu direito de defesa.

Como se observa, há um encadeamento lógico no relato inicial que define, com clareza e precisão, a pretensão do autor e, consequentemente, estabelece a linha de defesa a ser adotada pela parte contrária, tudo em respeito ao devido processo legal.

Tendo em vista que no caso dos autos a peça exordial tem causa de pedir com nítido caráter acidentário, era assim que a demanda deveria ser julgada.

Ainda que o juízo monocrático esteja investido do exercício de jurisdição delegada, deve ele se ater estritamente ao pedido formulado pela parte. Esse balizamento é de extrema relevância, haja vista que, em Segundo Grau de jurisdição, a competência recursal é conferida a Tribunais distintos, quais sejam: Tribunal de Justiça do Estado, a quem compete o julgamento de recursos provenientes de demandas acidentárias, e o Tribunal Regional Federal, responsável pela análise das insurgências previdenciárias.

O desrespeito ao princípio da congruência ou adstrição leva a situações geradoras de verdadeiro tumulto processual, haja vista que poderia haver apelação de uma parte direcionada ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, enquanto o recurso da outra parte poderia ser dirigido a esta Corte. Isto deve ser evitado, sob pena de causar prejuízos às partes e ao próprio Judiciário.

Daí porque, deverá a autora, se presentes os requisitos para tanto, pleitear a concessão do benefício previdenciário cabível perante a Justiça Federal, em razão de acidente de qualquer natureza.

10. Ação Regressiva do INSS contra o Empregador.

O art. 120 da Lei nº 8.213/1991 prevê que, nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho, o INSS poderá propor ação regressiva contra os responsáveis para se restituir dos valores dos benefícios pagos ao segurado.

O dolo ou mesmo a culpa do empregador podem gerar providências da autarquia tendentes ao seu ressarcimento, posto que o benefício acidentário só foi concedido em razão da má conduta do empregador.

Pressupõe-se infração às normas de higiene e segurança do trabalho.

Nada obstante a referência no art. 120 da negligência apenas, deve ser entendida a culpa nas outras duas modalidades (imprudência e imperícia) e o dolo.

REFERÊNCIAS

MONTEIRO, Antonio Lopes; **BERTAGNI**, Roberto Fleury de Souza. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 7ª edição. Saraiva. 2012.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Acidente do trabalho*. LTR Editora. 2015.



GARAGENS NOS CONDOMÍNIOS DE APARTAMENTOS

ALBERTO GOSSON JORGE JÚNIOR

Um dos problemas cruciais que envolvem os condomínios de apartamentos residenciais diz respeito às vagas de garagens para estacionamento de veículos.

Normalmente situadas nos subsolos, é usual que o adquirente de uma unidade condominial se veja às voltas com o subdimensionamento desses espaços, fato esse que escapa à verificação prévia por muitos compradores.

Poucos sabem que existem normas técnicas regulamentando a medida da vaga, que pode ser classificada em pequena, média e grande.

Depara-se com edifícios de alto luxo a ostentar vagas no subsolo em total discrepância com as medidas que haviam constado originalmente da planta aprovada na prefeitura, ocorrendo até mesmo desnível de construção na rampa de acesso de formato espiral, a ocasionar insegurança na condução dos veículos, que não raro ficam com uma das rodas sem contato com a pista quando por ela trafegam.

A solução para os problemas com a dimensão das vagas, bem como com a acessibilidade (vagas encaixadas entre colunas, armários ou área preservada para segurança – retângulos pintados abaixo de extintores de segurança etc.) passa pela análise da escritura de instituição, especificação e convenção de condomínio em conjunto com a forma de aquisição das garagens, conforme mencionado no título de propriedade: se em local determinado ou indeterminado, sujeito a sorteio de acordo com o deliberado na ata de assembleia; se a vaga conta com matrícula própria registrada no cartório de registro de imóveis ou está incorporada na matrícula da unidade condominial.

Em situação avaliada em Juízo, o adquirente de um apartamento com direito a três vagas de garagem foi sorteado em local que não propiciava o estacionamento de três veículos.

Diante do problema, a administração do condomínio optou por permitir-lhe o acesso a um local situado em área comum, e por vários anos assim se acomodou o problema, até que em determinado momento, vistoria mais acurada verificou que o local estava demasiadamente próximo dos geradores, de forma a comprometer a segurança mediante a proximidade de motores a combustão, assim como dificultava o acesso à passagem para outras áreas da garagem.

Além de tudo, moradores passaram a questionar com insistência a utilização exclusiva de área comum, o que levou o problema para a seara judicial.

O condômino argumentou em seu favor que mantinha posse, consolidada há muitos anos pelo uso manso e pacífico da área, situação que não poderia mais ser-lhe subtraída.

O condomínio, por sua vez argumentou que a utilização da área comum não passava de ato de mera permissão ou tolerância por parte da massa condominial, o que de modo algum geraria direito de posse, mas apenas o uso precário desse espaço, razão pela qual, notificou o condômino para que doravante se abstinhasse da utilização nas referidas áreas.

Não se conformando com a nova situação, o condômino ingressou com ação possessória visando a tutela de seus direitos, o que ocasionou a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

POSSESSÓRIA. AUTORES QUE INGRESSARAM COM AÇÃO VISANDO MANTER A POSSE SOBRE VAGAS PARA VEÍCULOS OCUPADAS EM GARAGEM COLETIVA DO CONDOMÍNIO. SITUAÇÃO QUE PERDUROU DURANTE ANOS, MAS QUE NÃO PODE CARACTERIZAR DIREITO DE POSSE, MAS APENAS ATO DE MERA TOLERÂNCIA DO CONDOMÍNIO. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 1.207, § 2º, 1.331, INCISO II, 1.335, TODOS DO CÓDIGO CIVIL COM HISTÓRICO DE PRECEDÊNCIA NO ARTIGO 3º DA LEI Nº 4.591 DE 1964. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

Os apelantes alegam em síntese que adquiriram suas unidades autônomas constando na matrícula o direito a três vagas em local indeterminado na garagem coletiva, porém, em decorrência de vícios de projeto, “as vagas destinadas aos requerentes, apesar de demarcadas como três vagas para cada unidade autônoma, não comportam o estacionamento de três veículos por apartamento” (fls. 3). Que diante do constatado há muitos anos (segundo os apelantes, quatorze) o condomínio adotou uma solução de compromisso de permitir a utilização de área comum para estacionamento de seus veículos, mas que diante do deliberado em assembleia geral de 13.5.2010, esta permissão lhes foi retirada seguindo-se notificação por escrito para que desocupassem as vagas a partir de 30/9/2011, sob pena de incorrerem em sanções pecuniárias previstas em regulamento (fls. 37/38).

A decisão que indeferiu a liminar, a meu ver, equacionou bem a questão, ao assinalar que o uso das vagas configurou ato de tolerância por parte do condomínio e não de posse adquirida, como querem fazer parecer os apelantes. Transcrevo: “Ato de mera tolerância que tenha sido praticado pelos condôminos ou pela administração do condomínio permitindo, de forma precária, a utilização de área comum de forma exclusiva pelos autores, não induz à posse, nem autoriza o emprego do interdito possessório pretendido. Não se pode deixar de lembrar, aqui, que as matrículas dos imóveis de propriedade dos autores atribuem a cada um deles três (3) vagas indeterminadas na garagem do edifício, para estacionamento de veículos. Isso deixa evidente que, na espécie, não se cuida de eventual impedimento de área de uso ou privativo pelos autores, mas sim de retomada de área comum a todos os condôminos, área essa insuscetível de apropriação e uso exclusivo, salvo mediante autorização da assembleia geral, assembleia essa que pode cassar tal autorização a qualquer tempo. Em outras palavras, o exercício de posse sobre aquela área se faz a título precário, podendo o condomínio, uma vez que se cuida de área comum a todos, pedir a desocupação” (fls. 65 v e 66) (Apelação Nº 0025782-20.2011.8.26.0003).

Com essa linha de raciocínio, o pleito foi indeferido, restando ao condômino prejudicado voltar-se contra a construtora se as circunstâncias àquelas alturas o permitissem.



PERSPECTIVAS E DESAFIOS DO REGISTRO ELETRÔNICO DE IMÓVEIS

ONR - Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis

ANTONIO CARLOS ALVES BRAGA JUNIOR

O sistema de registro de imóveis brasileiro está sedimentado em longa tradição europeia. O serviço de registro, prestado por meio de delegações previstas no art. 236², da Constituição Federal, garante segurança aos negócios jurídicos e facilita a investigação da situação jurídica do imóvel. Basta comparar com o tão lembrado sistema norte-americano, onde “não existem cartórios”.

Lá, de fato, não há tabeliães, registro ou registradores. Advogados, com licença específica, formalizam os negócios imobiliários. Tal atividade impõe corresponsabilidade do advogado pela legalidade da negociação. Para se prevenir de grandes reparações pecuniárias, estão sempre presentes vultosos contratos de seguro, como é próprio da cultura americana.

Como não há cartório, a apuração da situação jurídica do imóvel demanda uma investigação, que pode custar milhares de dólares. Muitas críticas são feitas sem conhecimento de que o sistema registral brasileiro em muito se assemelha ao da grande maioria dos países civilizados, de quem os Estados Unidos são uma notável exceção.

Sem os registros e sem as pesadas implicações pecuniárias do sistema americano, qualquer país se transforma num mar de insegurança e danos. O brasileiro colhe muitas vantagens de nossa sistemática, sem se dar conta. Acha caros os custos do registro, mas tem no registrador (e eventualmente no tabelião) um garantidor da legalidade e confiabilidade do negócio que está celebrando.

A cada delegação do serviço corresponde uma delimitação territorial. O serviço é pulverizado pelo território do país, em verdadeiras ilhas. Diante da transformação digital por que passa a sociedade humana, essa conformação não mais é aceitável.

A Lei nº 11.977/2009 estabeleceu, dentre outras providências, a implantação, pelos registradores de imóveis, de um sistema de registro eletrônico. Fixou o prazo de cinco anos, vencido em 2014. Desde então, muito se discute sobre o efetivo significado da expressão *registro eletrônico*, e sobre as maneiras de implantação, uma vez que a lei foi bastante vaga e não forneceu conceitos precisos.

O Conselho Nacional de Justiça, no âmbito do Fórum Nacional de Assuntos Fundiários, instituído em 2009, deu início a estudos e medidas para orientar a efetivação da modernização.

A definição do conceito de registro eletrônico há de se dar a partir da perspectiva do usuário do serviço, que compreende de particulares a órgãos privados e governamentais. O comando da lei só estará atendido se factível a solicitação e a obtenção de serviços e informações por meio completamente eletrônico, mesmo que conviva com sistemas tradicionais de solicitação em balcão. Deste modo, o atendimento da lei não exige, necessariamente, a virtualização dos livros e da escrituração, ou seja, o registro pode continuar a ser escriturado no sistema de fichas de matrícula (em papel), desde que a interação com o solicitante se faça por meios eletrônicos. A escrituração eletrônica (matrícula eletrônica) é uma evolução, não um requisito, do registro eletrônico.

Por várias razões, não é caso de cada registrador de imóveis construir seu portal de atendimento na internet. Isso obrigaria o solicitante a percorrer inúmeros portais, se não dispuser de informações precisas sobre o que está buscando. Além disso, a dispersão de portais individuais favoreceria os falsos serviços: “cartórios digitais” que assim se apresentam na internet e que, de fato, são meros despachantes, serviços privados,

² Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

sem fiscalização do poder público, e sem regulação dos valores que cobram pelo serviço.

Ao dizer que deveria ser implantado, pelos próprios registradores, *sistema de registro eletrônico*, no singular, a Lei nº 11.977 impôs a integração nacional. Não se disse que poderiam ser criados *sistemas* de registro eletrônico ou que o *cartório* deveria operar de modo eletrônico, do que decorreria a possibilidade de cada unidade modernizar-se de forma isolada.

Com vistas à integração, surgiu o conceito de Central de Serviços Eletrônicos Compartilhados. Os registros haveriam de integrar-se a tais centrais de modo que a porta de comunicação, entre registradores e solicitantes, fosse unificada.

A Central Nacional de Serviços Eletrônicos Compartilhados foi concebida, mas não chegou a ser instituída, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, para os registros de imóveis. Mas foi concebida, construída e instituída para as atividades notariais e de registro civil de pessoas naturais. Em 2012, por provimentos da Corregedoria Nacional, as duas centrais nacionais foram oficializadas. Naquele mesmo ano, seria implantada, no âmbito do Estado de São Paulo, pelo Provimento 42/2012³, da Corregedoria-Geral da Justiça, a *Central Registradores de Imóveis*⁴.

Por força do Provimento 47/2015, da Corregedoria Nacional de Justiça, ficou determinado que todos os registradores do Brasil haveriam de constituir centrais em seus Estados, às quais estariam necessária e exclusivamente vinculados. Os Estados que não dispusessem de meios poderiam ter seus registradores vinculados, com exclusividade, à central de um outro Estado. Fixou-se o prazo de 360 dias para que, dessa forma, se completasse a interligação de todos os registradores nacionais. Muito empenho tem havido, de parte dos registradores de todo o Brasil, mas o prazo expirou sem a desejada integração.

Embora, em termos tecnológicos, nada impeça a integração em um sistema descentralizado, de múltiplas centrais sem um órgão central, em termos práticos, ela é de difícil concretização. Sem uma instância nacional, o atendimento das questões técnicas locais sempre terão atenção preferencial sobre as questões técnicas nacionais, e a integração acaba inviabilizada.

Hipoteticamente, com 27 centrais (uma para cada Estado e uma para o Distrito Federal), cada uma haveria de construir e manter 26 integrações. O esforço e os custos de sustentação seriam proi-

bitivos. O modelo de central nacional permite que todos apontem para um só endereço e adotem um só protocolo de comunicação.

O registro eletrônico foi retomado na Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, que trata, dentre outros assuntos, da regularização fundiária urbana, rural e da região amazônica, e que é resultado da conversão da Medida Provisória 759/2016. A medida provisória, por sua vez, foi resultado das atividades do grupo de trabalho, instituído no âmbito do Ministério das Cidades, denominado *Rumos da Política Nacional de Regularização Fundiária - GTRPNRF*, criado pela Portaria 326, de 18/07/2016, que tivemos a honra de integrar⁵.

A lei trouxe a figura do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis, o ONR.

Ficou claro o propósito de tornar realidade o ingresso do serviço registral na economia digital. E já não é sem tempo. O registro é etapa importante da circulação da riqueza. A facilidade ou dificuldade nessa etapa tem implicações diretas sobre o PIB. Inúmeras operações financeiras são lastreadas em imóveis. Quanto maior o tempo consumido com as etapas registrares, maiores as perdas financeiras para o País.

Estabelece o art. 76, da Lei nº 13.465/2017, que “*O Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) será implementado e operado, em âmbito nacional, pelo Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR). “A relevância para a regularização fundiária está expressa no § 1: “O procedimento administrativo e os atos de registro decorrentes da Reurb serão feitos preferencialmente por meio eletrônico, na forma dos arts. 37 e 41 da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.”*”

O registro eletrônico deve ser implantado, gerenciado e mantido pelos próprios registradores de imóveis, e por ninguém mais. Deve-se entender que a operação do registro eletrônico se inclui nas atividades delegadas pelo art. 236 da Constituição Federal. O regime constitucional é da delegação total e exclusiva. O serviço, que é público, é exercido exclusivamente por particulares investidos em delegações mediante aprovação em concurso público. O Estado não reservou para si, para prestação direta, nenhuma parcela do serviço registral. A atividade estatal é regulatória e fiscalizatória. O registro eletrônico nada mais é do que uma forma de prestar o serviço registral. A mudança com a imersão nos meios digitais é gigantesca, mas não há novidade na essência da atividade.

³ <https://www.extrajudicial.tjsp.jus.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?cdTipopublicacao=3&nuSeqpublicacao=109>

⁴ <https://www.registradores.org.br/>

⁵ <http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/mp-no-759-2016-texto-foi-elaborado-por-grupo-de-trabalho-instituido-pelo-ministerio-das-cidades>

O ONR deve se constituir como pessoa jurídica (de direito privado, sem fins lucrativos), nos termos do § 2º, do art. 76. A situação é análoga à da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC), porque constituída, gerida e mantida exclusivamente por notários, ou da Central de Informações do Registro Civil (CRC), provida integralmente por registradores civis de pessoas naturais.

O ONR é a entidade de onde partirá a normalização do registro eletrônico, ou seja, as normas técnicas afetas a aspectos operacionais. Tais normas técnicas, como não poderia deixar de ser, estarão obrigatoriamente submetidas às normas e decisões administrativas, provenientes das Corregedorias Gerais de Justiça (órgãos dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal) e do Conselho Nacional de Justiça, assim como submetidas a todo o sistema de normas da Constituição Federal e da legislação federal, estadual e municipal. A atividade normativa do ONR, em relação aos registradores de imóveis, posiciona-se na base da pirâmide do sistema jurídico brasileiro.

O serviço registral é privativo do delegatário. A relação que se estabelece é sempre entre o solicitante e o oficial registrador. A infraestrutura de rede e dados, assim como a estrutura incumbida da normalização da atividade, figuram como mera passagem.

O acervo registral, ou seja, o conjunto de informações da atividade registral (livros, classificadores, bancos de dados), é de guarda exclusiva do registrador. Apenas metadados, ou seja, dados sobre dados, que permitem o direcionamento das pesquisas e solicitações, poderão ficar armazenados na estrutura do ONR, tal como ocorre com as Centrais Estaduais de Serviços Eletrônicos Compartilhados que funcionam nos Estados.

A construção deve orientar-se pela perspectiva do solicitante. Deverá ser possível solicitar

serviço ou informação a qualquer registrador do Brasil a partir de um único ponto de comunicação, de uma única porta de entrada. Na mesma operação, deverá ser possível ao solicitante obter informes de um único cartório, de todos os cartórios de um município, de Estado ou do País. Há de desaparecer a localização geográfica do solicitante, que poderá demandar serviços de qualquer lugar do planeta. A resposta haverá de seguir o mesmo trajeto, independentemente de onde partiu a consulta. Sem que se alcance tal configuração, não se estará efetivamente na era digital. Uma vez composta a espinha dorsal de toda a rede registral, inúmeras outras funcionalidades poderão ser agregadas, tais como a automatização de tarefas e o uso de inteligência artificial.

A implantação do ONR não ameaça a atividade do registrador, não invade a autonomia dos Estados e não subtrai atividades de fiscalização e normatização pelo Poder Judiciário. De outro lado, promove a inserção do serviço registral no cenário nacional dos negócios, da economia, e das expectativas da sociedade.

O ONR não substitui as Centrais Estaduais. De fato, funcionará como integrador.

Para a implantação, necessária a aprovação dos estatutos pelo Conselho Nacional de Justiça.

O registro de imóveis não conseguirá estar em dia com a economia digital a partir de esforços exclusivamente individuais ou de esforços concentrados nos Estados. A atuação descentralizada implica redundâncias e dispêndios várias ordens de grandeza maiores do que investimentos concentrados em uma só estrutura nacional. Sem padronização, haverá ineficiência e insegurança e alto risco de fraudes. A integração possibilitará ao registrador operar nacionalmente, de maneira rápida, padronizada, sem intermediários. O ONR é a porta dos registradores de imóveis para o futuro.



QUOTAS PREFERENCIAIS E NOVAS (VELHAS) FORMAS DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA: MAIOR AGILIDADE E SEGURANÇA NOS INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS

DANIEL BUSHATSKY

Introdução

O objetivo deste estudo é demonstrar as novas possibilidades societárias que possam ajudar no desenvolvimento do mercado imobiliário, com reflexo direto na segurança entre os sócios e administradores, por meio da utilização da sociedade limitada, inclusive na sua famosa espécie “sociedade de propósito específico”, com a adoção no Contrato Social das quotas preferenciais, em tesouraria, conselho de administração e conselho fiscal¹.

Para tanto, primeiramente, lembrar-se-á da importância deste veículo de investimento, com foco na possibilidade de utilização da regência supletiva da legislação da sociedade anônima, seguindo para uma contextualização dos novos (velhos) institutos da sociedade limitada que, a partir de 2 de maio de 2017, quando entrou em vigor a Instrução Normativa nº 38, publicada pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI) em 3 de março de 2017 (IN 38/2017), autorizou as juntas comerciais a registrarem os contratos sociais com estas disposições e, finalmente,

trazendo opinião e sugestões sobre as possibilidades criadas ao empresariado com isto.

Espera-se que a leitura desse estudo possa trazer mais segurança ao tráfego comercial, com o desenvolvimento de novos produtos imobiliários, aumentando a segurança negocial e jurídica².

I. A Importância das Sociedades Limitadas

As sociedades empresárias são taxativamente enumeradas na lei, destacando-se a sociedade limitada e a sociedade anônima³. Estas duas espécies de sociedades adaptam-se com perfeição aos anseios dos sócios de criarem pessoa jurídica, com deveres e responsabilidades distintas dos detentores da participação societária⁴, trazendo responsabilidade limitada ao capital subscrito e integralizado pelo quotista/acionista.

Ainda, há a possibilidade de inserção de regras de governança corporativa⁵ (cada vez mais em uso), que tendem a entregar transparência e diminuir o conflito de interesse entre os sócios e entre administradores e sócios.

¹ Em uma primeira apresentação e sem esgotar o tema.

² Remete-se à edição de 2017 da Revista Opinião Jurídica, onde apresentamos a relação entre o princípio da segurança negocial e a sociedade de propósito específico com o objetivo do princípio ora em comento consistir a possibilidade de uma janela aberta ao julgador para, caso a caso, cirurgicamente analisados, reequilibrar a relação societária, eliminando ou diminuindo assimetrias, tudo para que seja possível a consecução do objeto do contrato social, em um ambiente seguro. (Confira-se: O Princípio da Segurança Negocial e a Sociedade de Propósito Específico: um novo olhar para harmonizar os interesses dos sócios nos investimentos imobiliários.)

³ Lembrando que, segundo o antigo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), no Brasil, em amostragem de 1985 a 2005, foram constituídas 4.300.257 deste tipo societário. A título exemplificativo, no mesmo período, foram constituídas 20.080 sociedades anônimas e 21.731 cooperativas (consulta realizada aos 25-03-14, disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/estatisticas/caep0101.htm>>)

⁴ Que, lembre-se, pode ser pessoa física ou jurídica.

⁵ A própria Comissão de Valores Mobiliários conceitua em sua cartilha: Governança Corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas. In: Cartilha Recomendações CVM sobre Governança Corporativa. CVM, jun. 2009. p. 1.

O veículo mais tradicional, no mercado imobiliário, para a exploração do que denominamos produtos imobiliários é a sociedade limitada⁶, justamente pela facilidade de constituição e menor exigência legal de procedimentos societários (assembleias, órgãos societários, publicações etc.), o que tende a diminuir burocracias e custos na operação, com o consequente ganho de agilidade nas decisões societárias e sigilo dos documentos – contábeis – da empresa.

É possível imaginar a constituição de sociedade limitada com os mais diversos objetos sociais para o desenvolvimento de produtos imobiliários: (i) novas técnicas de construção; (ii) junção de esforços para a construção de imóveis de baixa (alta) renda; (iii) criação de software de gestão de obras; (iv) novos designs de móveis e utensílios domésticos; (v) cobrança de alugueis e condomínios; (vi) incorporação de terrenos e sua futura venda ao público, entre outros.

Algumas destas possibilidades podem ser, inclusive, fruto de uma startup do setor⁷ e a depender dos sócios e do seu apetite quanto ao risco, estes precisarão de mais ou menos recursos/financiamentos externos.

O contrato social é o negócio jurídico⁸ pactuado entre dois ou mais sócios, fruto da autonomia privada, com o objetivo de unir os contratantes para um fim comum: a consecução do objeto contratual sob a ótica da exploração de determinada atividade econômica, *in casu*, um produto imobiliário.

Da união destes sócios, que não podem ou não querem desenvolver determinadas atividades sozinhas, espera-se que haja a consecução do objeto social, preservando, se possível, o lucro do empreendimento.

Para se preservar os interesses dos sócios, o controle societário e para criar mecanismos mais seguros de interação entre os sócios⁹ e administradores, a IN 38/2017 alterou os manuais de regis-

tro de empresário individual, sociedade limitada, empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), cooperativa e sociedade anônima, permitindo, entre outros atos, a oportunidade de admitir quotas preferenciais, quotas em tesouraria, conselho de administração e conselho fiscal, figuras típicas da sociedade anônima. Confira-se:

1.4 REGÊNCIA SUPLETIVA DA LEI Nº 6.404/1976 (LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS)
O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, conforme art. 1.053, parágrafo único do Código Civil.

Para fins de registro na Junta Comercial, a regência supletiva:

I - poderá ser prevista de forma expressa; ou
II - presumir-se-á pela adoção de qualquer instituto próprio das sociedades anônimas, desde que compatível com a natureza da sociedade limitada, tais com:

- a) Quotas em tesouraria;*
- b) Quotas preferenciais;*
- c) Conselho de Administração; e*
- d) Conselho Fiscal.*

Assim, além de trazer importantes mudanças relativas à constituição de EIRELI, que agora pode ter como titular pessoa jurídica nacional ou estrangeira, notícia excelente para o desenvolvimento de estruturas societárias mais complexas, como holdings patrimoniais e de gestão, a IN 38/2017 permitiu, repita-se, a adoção de institutos até então utilizados principalmente nas sociedades anônimas, como manutenção de quotas em tesouraria, aquisição de quotas da própria sociedade, adoção de quotas preferenciais e presunção de regência supletiva pela Lei nº 6.404, de 15 de novembro de 1976 (Lei das S/A ou Lei do Anonimato).

Ainda, confirmou a possibilidade de adoção pela sociedade limitada do conselho de administração, figura somente existente na Lei do Anonimato, e do conselho fiscal disciplinado no Código Civil, mas pouco utilizada no dia a dia da socie-

⁶ Também muito utilizada é a sociedade limitada com propósito específico (“SPE”), que tem como objeto social, em geral, o planejamento, o desenvolvimento, a administração e a execução sob regime de incorporação imobiliária de empreendimento a ser realizado em determinado terreno, especificamente para a consecução de um prédio, destinado preferencialmente à venda a público.

⁷ Vale conferir o “Start-Up Brasil” – Programa Nacional de Aceleração de Startups, uma iniciativa do governo federal, criado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) (consulta realizada em 29-08-18, disponível em: <www.startupbrasil.org.br>).

⁸ Nas palavras de Ferrara, negócio jurídico é: manifestação da vontade dirigida a um fim prático que a ordem jurídica tutela, tendo em conta a responsabilidade do ou dos sujeitos e a confiança dos demais. (Ferrara, Luigi Cariota. *El negocio jurídico*. Tradução M. Albaladejo. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, n. 20).

⁹ Os sócios podem ter interesses antagônicos, mas que devem convergir para interesses comuns da sociedade. São as possibilidades de divergência, às vezes desastrosas, ante o caminho social que a sociedade deve trilhar, que acaba levando a conflitos societários, como a indicação do melhor administrador, fechamento do projeto arquitetônico e de engenharia, valor do preço unitário da unidade, materiais de construção etc., sendo estas algumas das possíveis causas de saída do sócio, por exemplo.

dade limitada.

Novas e velhas figuras, como veremos no próximo capítulo, reforçam a utilização da sociedade limitada, permitindo aos agentes econômicos o seu desenvolvimento com melhor gestão corporativa e consequente tranquilidade societária.

II. As Quotas Preferenciais e demais estruturas permitidas: manutenção de quotas em te-souraria, conselho de administração e conselho fiscal

As sociedades limitadas, por força do parágrafo único, do artigo 1.053 do Código Civil, podem ter regência supletiva pelas regras da sociedade anônima¹⁰. Isto significa que a natureza *intuitu persona* das relações contratuais¹¹ perderia espaço para a natureza *intuitu pecúnia* típica das relações institucionais.

Em bons termos: perderia a importância a *qualidade* das pessoas que compõem o quadro societário para se dar mais relevância à *quantidade* de valor investido (dinheiro e bens), aumentando-se, em tese, a estabilidade do vínculo societário e diminuindo as hipóteses de retirada dos sócios. Quanto mais rígido o vínculo societário, menor a chance de descapitalização da sociedade com o pagamento de valores ao sócio retirante.

Neste caminho, a incidência das regras da lei do anonimato tende a proteger, em estruturas societárias maiores, a consecução do objeto social e, consequentemente, a preservação da empresa e sua função social.

A IN 38/2017 assevera que, existindo disposições encontradas na Lei das S/A, há a regência supletiva desta Lei. Ao menos dois pontos devem ser destacados, com preocupação.

O primeiro é que “instrução normativa” (se considerada norma jurídica¹²) é regra hierarquicamente inferior a lei ordinária, no caso o Código Civil, que disciplina a sociedade limitada em parte especial¹³. Assim, se há disposição clara no diploma civil exigindo expressa manifestação no contrato social sobre a incidência da Lei das S/A, não pode uma regra administrativa dispensar tal exigência, mesmo que pareça óbvia a adoção supletiva pelos sócios de tal Lei com, por exemplo, a instituição de conselho de administração.

Passar por cima de uma regra clara e importante de hermenêutica, que deve ser discutida e refletida entre os sócios, traria patente insegurança jurídica.

O segundo ponto decorre do primeiro. Imaginemos um contrato social sem cláusula de regência supletiva pela Lei das S/A, mas disciplinando o conselho fiscal naquela sociedade. Mais duas questões sobressaem-se: (i) todas as disposições daquele contrato social deverão ser analisadas sob a ótica da Lei das S/A, ou somente o capítulo sobre conselho fiscal? e (ii) neste caso em especial, e não obstante a IN 38/2017, o Código Civil, lei especial neste caso, trata deste instituto de forma diferente do que a Lei do Anonimato. O que fazer?

Em uma primeira interpretação e sob pena de se criar um Frankenstein ou melhor, um monstro de duas cabeças, nos parece que a melhor forma é alterar a instrução normativa ou, na impossibilidade – mais provável –, que toda a estrutura da sociedade limitada seja interpretada pela Lei do Anonimato, não só partes pontuais, respeitando-se, primeiramente, as disposições específicas na legislação que as rege, o Código Civil.

Resolvida a questão sobre a interpretação da sociedade limitada, passemos às novas alternativas contratuais entre os sócios, lembrando as palavras

¹⁰ Art. 1.053. *A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima. (realce nosso)*

¹¹ *Vale sempre lembrar que a sociedade limitada é pensada em sua teoria para pequenos e médios investimentos, tendo uma natureza contratual e pessoal com forte associação no afeto. Os sócios compartilham reciprocamente fidelidade e confiança, com objetivos comuns em nome de um interesse societário.*

¹² *Sob outro ângulo, o ato administrativo deve respeitar o sistema de validade dos atos administrativos. Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe que: [...] é válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas. Assim, as Instruções Normativas, como ato administrativo que são, não podem conter disposições ao contrário, ou além, das disposições legais (ordenamento jurídico). Não poderia ser diferente, afinal, as Instruções, em grande maioria, são editadas por órgãos e pessoas jurídicas vinculadas ao Poder Executivo e caso fosse possível instruções prevalecerem sobre a legislação, que originariamente decorre do Poder Legislativo, o princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º) estaria sob risco de esvaziamento. (Curso de Direito Administrativo. 17.ed. São Paulo: Malheiros. p. 352). Sendo assim, como ato administrativo que está em desconformidade do ordenamento jurídico, a IN 38/2017 corre risco de invalidação.*

¹³ *Segundo Maria Helena Diniz, antinomia jurídica é o conflito de duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular. Neste caso, pensamos, o critério para solucionar o conflito de normas é o hierárquico. (Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 24.ed. São Paulo: Saraiva. p. 503).*

de Rachel Sztajn¹⁴: “a liberdade contratual pode criar uma variação tipológica”.

a) Quotas Preferenciais

Investimentos em produtos imobiliários, da incorporação a startups de gestão de resíduos em construção, necessitam de investimentos financeiros. Uma forma de evitar a diluição do controle societário, que poderá permanecer com o empreendedor, mas, ao mesmo tempo, atrair recursos, garantindo baixo risco para o investidor, seria a emissão de quotas preferenciais, sem direito a voto (ou com direito a voto em matérias selecionadas pelo investidor).

Fabio Ulhôa define que: *as ações preferenciais são aquelas que atribuem ao titular uma vantagem na distribuição dos lucros da sociedade entre os acionistas. A natureza e a extensão da vantagem devem ser definidas pelo estatuto, que lhes deve assegurar, por exemplo, o recebimento de um valor fixo ou mínimo, a título de dividendos*¹⁵.

Na mesma obra, abordando a desvantagem comum a este tipo de ação, considera que: *assim como goza de vantagem na distribuição de dividendos, o preferencialista pode ter o direito de voto limitado ou suprimido pelo estatuto*¹⁶.

Lembre-se: a Lei das S/A possibilita que os estatutos das sociedades anônimas vetem ao titu-

lar de ações preferenciais o voto nas assembleias gerais, o que significa excluí-lo do voto, mas não do direito participar e falar (direito de voz) nas decisões de interesse da companhia¹⁷.

Esta vantagem perceptível (emissão de ações preferenciais) das Sociedades Anônimas tornou-se possível às Sociedades Limitadas¹⁸, somada a seus benefícios em razão de sua sistemática simplificada como também pelo baixo custo de manutenção. É possível emitir 50% das quotas como ordinárias e os outros 50% como preferenciais¹⁹.

A quota preferencial em uma sociedade limitada desvincula sua característica de *Intuitu personae* para se assemelhar a de *Intuitu pecuniae*, representando importante instrumento para viabilização de captação de investimentos em razão das vantagens econômicas que os titulares se beneficiam, previstas nos incisos 17 da Lei das S/A²⁰.

Empreendedores e investidores ganham com a nova possibilidade, os primeiros garantindo o controle societário e a direção no futuro do negócio, e os segundos a preferência na distribuição de lucros e veto em operações sensíveis à sociedade (ex. contração de novo empréstimo ou em eventual operação societária).

b) Quotas em Tesouraria

A Lei do Anonimato permite que a sociedade anônima adquira as suas próprias ações, mante-

¹⁴ Stzjan, Rachej. In: (<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286631,31047-Destrinchando+os+arranjos+de+pagamento+I+Admiravel+mundo+financeiro>> acesso realizado em: 08-09-2018.

¹⁵ Coelho, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. 17. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 117

¹⁶ Coelho, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. 17. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 119

¹⁷ Consta no site da BOVESPA que, na última década, o “perfil” Novo Mercado se consolidou entre as empresas que espontaneamente adotam práticas de governança corporativa adicionais ao que a legislação brasileira exige. As empresas que aderem a esse segmento necessitam adotar um conjunto de regras que ampliam os direitos dos acionistas, como, por exemplo, a possibilidade de emissão apenas de ações com direito a voto (ações ordinárias), previsto no art. 8º do Regulamento do Novo Mercado: A companhia deve ter seu capital social dividido exclusivamente em ações ordinárias. (consulta realizada em 03-09-2018, disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/novo-mercado>).

¹⁸ Durante a vigência do Decreto Lei nº 3.708/19, o qual regulava o regime das sociedades limitadas, era possível a criação de quotas preferenciais em sociedades limitadas em analogia ao regime das sociedades anônimas. No entanto, com a entrada em vigor do Código Civil atual, o antigo DNRC (atual DREI) editou a instrução normativa 98/2003 que proibia a emissão de quotas preferenciais ao interpretar (algo que foge de sua atribuição, diga-se) os artigos 1.010 e 1.052 do diploma civil que, respectivamente, permite ao sócio o direito de voto (trata da sociedade simples) e do artigo 1.055, que menciona que o capital social será dividido em quotas, não especificando a possibilidade ou não de espécies como ordinária e a preferencial.

¹⁹ O artigo 15, §2º da Lei nº 6.404/76 prevê que “o número de ações preferenciais sem direito a voto, ou sujeitas a restrição no exercício desse direito, não pode ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do total das ações emitidas”.

²⁰ Art. 17. As preferências ou vantagens das ações preferenciais podem consistir:
I - em prioridade na distribuição de dividendo, fixo ou mínimo;
II - em prioridade no reembolso do capital, com prêmio ou sem ele; ou
III - na acumulação das preferências e vantagens de que tratam os incisos I e II.

na-as em tesouraria e negocie com elas em hipótese taxativamente descritas na Lei²¹, a princípio sem a redução de capital social²². Que fique claro: a regra é a proibição da negociação com as próprias ações para evitar a manipulação de seu valor e não restringir os direitos essenciais dos acionistas²³.

Entretanto, tal operação é importante para resolver possíveis conflitos societários, como, por exemplo, no exercício de direito de retirada do quotista. A sociedade fará o reembolso das quotas ao sócio retirante, podendo aliená-las em outro evento. Outras possibilidades são recebimento de quotas por doação ou criação de um plano de incentivo aos colaboradores através do “stock option”.

Assim, atualmente existe a possibilidade de quotas serem adquiridas, mantidas e negociadas pela própria sociedade, questão pacificada com a instrução normativa em estudo, com base no dis-

posto no art. 30, §1º, “b” e “c”, da Lei das S/A²⁴.

Mais uma vez, observa-se a possibilidade de sócios e administradores serem criativos na gestão da sociedade, tudo para incentivar o seu crescimento e resolver eventuais conflitos societários²⁵.

c) Conselho de Administração e Conselho Fiscal

Os órgãos necessários da sociedade são: a assembleia de sócios²⁶ (ou reunião de quotistas em limitadas com menos de 10 sócios), conselho de administração, conselho fiscal e administradores.

Modesto Carvalhosa, discorrendo sobre a sociedade anônima, resume o tema: “*A assembleia geral é um órgão integrante do regime de organização interna da companhia, estabelecido por lei, com funções deliberativas e de verificação da legalidade e legitimidade (abuso, desvio de poder) dos órgãos de administração social. Forma com a diretoria,*

²¹ *Sociedade anônima. Negociação com as próprias ações. Permuta com bem imóvel da companhia. Art. 30 da Lei nº 6.404/76. 1. A companhia não pode negociar com suas próprias ações sem que tenham sido preenchidos os pressupostos do art. 30 e seu § 1º da Lei nº 6.404/76. No caso, não demonstrado que a negociação considerou o interesse da sociedade, e que feita até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social (letra b), é inviável deferir-se o cumprimento do contrato de permuta envolvendo ações de emissão da própria companhia. 2. Recurso especial conhecido e provido. (realce nosso) (STJ, REsp 602229/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 14.3.2015, p. 328).*

²² *Ensinam Alfredo Lamy Filho e José Lamy Filho: Enumeração Taxativa – A lei exclui (no §1º do art. 30) da proibição de negociar as próprias ações: (a) a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo dos lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação; (b) a alienação das ações adquiridas nessas condições e mantidas em tesouraria; (c) as operações de resgate, reembolso ou amortização previstas em lei; e (d) a compra quando, resolvida a redução do capital mediante restituição, em dinheiro, de parte do valor das ações, o preço destas em Bolsa for inferior ou igual à importância que deva ser restituída. Essa numeração é taxativa: o princípio geral é a proibição de negociação e somente são admitidos os negócios expressamente autorizados pela lei. A exclusão se aplica porque a aquisição dá-se com utilização de lucros ou reservas, sem redução do capital social, salvo nos casos de ações caídas em comisso (v. § 80) e de reembolso (v. § 92). (realce nosso) (Lamy Filho, Alfredo; Pedreira, José Luiz Bulhões. Direito das companhias. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 548-549).*

²³ *Na Exposição de Motivos da Lei nº 6.404/76: A lei proíbe a negociação com as próprias ações para proteger a integridade do capital social. Não há razão para manter essa proibição nos casos em que as ações são adquiridas sem prejuízo do capital social e da reserva legal. E no Código Penal, o art. 177, § 1º, dispõe: Incorrem na mesma pena, se o fato não constitui crime contra a economia popular: IV – o diretor ou o gerente que compra ou vende, por conta da sociedade, ações por ela emitidas, salvo quando a lei permite.*

²⁴ *Art. 30, da LSA. A companhia não poderá negociar com as próprias ações. [...]§ 1º Nessa proibição não se compreendem: [...]b) a aquisição, para permanência em tesouraria ou cancelamento, desde que até o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação; c) a alienação das ações adquiridas nos termos da alínea b e mantidas em tesouraria.*

²⁵ *Sociedade anônima ‘fechada’. Possibilidade de acionistas cederem suas ações à companhia que, em contrapartida, dá bem móvel rural seu para satisfazer o valor das ações. Permuta por escritura pública e transferência das ações que devem ocorrer no mesmo ato [...]. Estabelece o art. 30 acima mencionado que a companhia não poderá negociar com as próprias ações. Ocorre que a companhia não negociou com as próprias ações. As ações eram dos autores, que, à evidência, e sob pena de ofensa ao direito de propriedade, que encontra respaldo constitucional, poderiam transferi-las. Não se tratando de companhia de capital aberto, as ações não são negociadas em Bolsa, mas podem ser transferidas e, examinando-se o contrato de fls. 15 e 16, vê-se que os autores manifestaram a intenção de transferir à companhia as ações ali mencionadas, das quais – não se discutiu – são titulares. O art. 30 mencionado, como é lembrado por Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (In: A Lei das S/A. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. p. 228), estende a todas as companhias a faculdade de adquirir suas próprias ações, desde que sem prejuízo ao capital social e tal prejuízo não foi objeto de discussão ou provado. (JTJ 266/69) (Lazzareschi Neto, Alfredo Sérgio. Lei das Sociedades por ações anotada. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39-40).*

²⁶ *A assembleia geral é órgão indispensável em todas as companhias, não podendo ser substituída, em sua competência ou função, por nenhum outro órgão. É a assembleia geral o órgão supremo e soberano da companhia. Contudo, “a assembleia não está acima, nem à margem da lei, devendo as deliberações nela tomadas estar em harmonia, não só com a lei específica que disciplina o assunto – Lei das Sociedades Anônimas, como com o Estatuto Social da empresa, e, também, com a Constituição Federal, principalmente, se tais deliberações acarretarem prejuízos aos acionistas. (TJSP, 8ª Câm., AC 264.383.4/8-00, Rel. Des. Zélia Maria Antunes Alves, j. 13.8.2003).*

*o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal os órgãos necessários da companhia*²⁷.” (realce nosso)

O Código Civil disciplina a assembleia de sócios (art. 1.071), o conselho fiscal²⁸ (art. 1.066²⁹) e os administradores³⁰ (1.060), sendo silente quanto ao tema do conselho de administração³¹. Porém, na prática, inúmeras sociedades limitadas, com o objetivo de se estruturarem melhor, incluíam(em) em seus contratos sociais uma organização societária³² e de distribuição de deveres e responsabilidades similar a sociedade anônima. A IN 38/2017, em nossa opinião, somente reforçou esta possibilidade, trazendo segurança aos sócios, conselheiros e administradores deste tipo societário.

Ainda, incentivou a racionalidade do fluxo de informação, agilidade e fiscalização do processo decisório, economia de custo etc., afora poder oxigenar a sociedade com conselheiros externos (não sócios), que saem do dia a dia do negócio, trazendo novidades e visões diferenciadas do mercado.

Assim, os administradores de uma sociedade limitada, com conselho de administração, deverão verificar a competência do órgão para as matérias a serem discutidas e deliberadas para primeiro submeter aos conselheiros a decisão a ser tomada e, em um segundo momento, e se o caso, submeter a assembleia geral.

Em especial quanto ao conselho fiscal, é necessário previsão expressa no contrato social; na S/A. sempre bom lembrar, o órgão é dormente e não precisa estar previsto, necessariamente, no

estatuto social.

Os órgãos da sociedade permitem que o produto imobiliário a ser desenvolvido possa ter melhor gestão e fiscalização, com mais harmonia entre sócios empreendedores e sócios investidores, ou mesmo entre sócios majoritários e sócios minoritários: basta imaginar que os sócios minoritários (ou o sócio investidor – private equity –, muitas vezes minoritário) tenham o direito contratual ou legal de indicar e eleger um membro para o conselho de administração e um membro para o conselho fiscal.

Vale lembrar que o produto imobiliário a ser desenvolvido pode, no decorrer de sua exploração, enfrentar diversos problemas, como recessão econômica, atrasos na integralização do capital social, dificuldade de obtenção de documentos regulatórios, adequação ao plano diretor, discórdia quanto ao melhor projeto arquitetônico, necessidade de mútuo bancário, cumprimento do plano de marketing, consecução do preço ideal da unidade autônoma, dúvidas legais e regulatórias, melhor empresa de construção etc. São nesses momentos que o conselho de administração e o conselho fiscal podem ajudar na solução de problemas e na fiscalização das contas, respectivamente, incluindo na competência do primeiro, ainda, a elaboração de um plano de ação alternativo, se o caso, para a sociedade.

Acrescente-se, ainda, que muitas das decisões estratégicas da sociedade, não obstante o conselho de administração, cabem exclusivamente aos sócios que, se não alcançarem o consenso, podem acabar em litígio, devendo sempre incidir o princípio da segurança negocial no

²⁷ *Carvalho, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. 2. v. São Paulo: Saraiva. p.609.*

²⁸ *Fabio Ulhôa Coelho explica o Conselho Fiscal: é o órgão de assessoramento da assembleia geral, na votação de matérias atinentes à regularidade dos atos de administração da companhia. E, por outras palavras, o principal instrumento, conferido pela lei aos acionistas, de fiscalização da gestão da empresa. (Coelho, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial – Direito de Empresa. v. 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 257.)*

²⁹ *Art. 1.066. Sem prejuízo dos poderes da assembleia dos sócios, pode o contrato instituir conselho fiscal composto de três ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, residentes no País, eleitos na assembleia anual prevista no art. 1.078.*

³⁰ *Vale lembrar: Administrador é a pessoa que executa a vontade da sociedade; é quem se apresenta pela sociedade nas relações jurídicas que ela mantém com terceiros. É o órgão da sociedade que exterioriza suas ações no mundo real. (Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 209.)*

³¹ *O conselho de administração, segundo Fabio Ulhôa Coelho: é órgão deliberativo e fiscalizador, integrado por no mínimo três acionistas, com competência para qualquer matéria do interesse social, exceto as privativas da assembleia geral (art. 122 da LSA). Sua função é agilizar o processo de tomada de decisão, no interior da organização empresarial. (Coelho, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial. p. 224.)*

³² *Observe-se Alfredo de Assis Gonçalves Neto sobre o tema 7 (sete) anos antes da IN 38/2017: “Há extrema flexibilidade para organizar-se a administração da sociedade limitada, desde a previsão de ser exercida por um único administrador até à atuação coletiva, com a criação de órgãos de deliberação colegiada, para, v.g., definir estratégias de mercado, políticas de balanço etc., em reuniões de diretoria (dos administradores) ou de um conselho de administração, à semelhança daquele previsto na Lei das Sociedades por Ações”. (realce nosso) (Gonçalves Neto, Alfredo de Assis. Direito de Empresa: Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 344.)*

direito societário³³.

III. Conclusões

O desenvolvimento dos produtos imobiliários depende da sinergia entre sócios e administradores, investimentos e, lógico, boas e vendáveis ideias. Um veículo societário capaz de harmonizar interesses diversos, com riscos mitigados, é a sociedade limitada.

Com a IN 38/17, a sociedade limitada ganhou mais segurança para utilizar institutos de organização do controle (quotas preferenciais e em tesouraria), bem como de organização administrativa (conselho de administração e conselho fiscal) típicos da sociedade anônima. Isto significa também a regência supletiva de suas normas pela Lei do Anonimato, atribuindo a sociedade limitada maior rigidez societária, dificultando a saída do sócio, com sua natureza *intuitu pecúnia*.

Tais introduções coadunando-se com os princípios de governança corporativa e sempre se su-

gere, para evitar desgastes desnecessários, a inclusão nos contratos sociais ou no acordo de quotista, de cláusulas de estabilização social, como reunião de sócios para tratativas das matérias, prevendo a votação dos principais pontos sensíveis para os sócios e para a sociedade, forma de administração (conselho de administração e conselho fiscal) e outorga de procuração, regras claras para cessão e transferência de quotas, forma do cálculo visando a apuração de haveres e modo de solução de conflito – mediação e arbitragem.

A negociação de um contrato social e acordo de sócios preventivo certamente será essencial para desenvolvimento do produto imobiliário, fim maior, aconteça, mas sempre respeitados e sopesados os interesses dos sócios e administradores.

Assim, independentemente de serem novos ou velhos institutos, espera-se que a “nova” estrutura societária da sociedade limitada traga mais facilidade de investimento e financiamentos, potencializando o desenvolvimento dos negócios, com segurança.

³³ *Por princípio da segurança negocial, entende-se a conjugação do dever de lealdade (boa-fé objetiva), a necessidade do agir como esperado (princípio da confiança), bem como a perseguição do comportamento correto (princípio da correttezza) entre as partes, facilitando-se a comunicação necessária, evitando-se ao máximo o vício na manifestação da vontade (autonomia privada). No direito societário, este princípio deve sempre estar vinculado a preservação da empresa. In: Bushatsky, Daniel. O princípio da segurança negocial no direito societário. Tese de doutorado, disponível: PUC/SP: 2016.*



A NECESSÁRIA DENÚNCIA VAZIA EM CONTRATOS DE LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTERS UTILIZADOS POR ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE E DE ENSINO

DANILO DE BARROS CAMARGO
RUBENS CARMO ELIAS FILHO

Introdução

Estão cada dia mais presentes em shopping centers lojas voltadas ao ensino e clínicas médicas de atendimento rápido do público em geral, nova tendência de acesso à educação e à saúde.

Ao celebrar os contratos de locação, os lojistas assumem, usualmente, a obrigação de desocupar o imóvel, decorrido o prazo contratual, deixando-o totalmente livre de pessoas e de bens. Com exceção das hipóteses em que o contrato seja celebrado por prazo de cinco anos ou a soma dos contratos ininterruptos alcance esse prazo, entre outros requisitos, e o lojista tenha promovido a competente ação renovatória, decorrido o prazo contratual, o locador tem direito de reaver o imóvel locado, aplicando-se as regras da denúncia imotivada, previstas nos artigos 56 e 57 da Lei do Inquilinato.

Acontece que, em favor do lojista, mesmo que não tenha promovido ação renovatória, tem-se arguido a proteção do artigo 53, da Lei do Inquilinato, que veda a rescisão do contrato de locação *de imóveis utilizados por hospitais, unidades sanitárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas devidamente registradas*, salvo as hipóteses do artigo 9º, ou seja: *I - por mútuo acordo; II - em decorrência da prática de infração legal ou contratual; III - em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos; IV - para a realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-las*, além da hipótese específica do artigo 53, inciso II, qual seja: *se o proprietário, promissário comprador ou promissário cessionário, em caráter irrevogável e imitado na posse, com título registrado, que haja quitado o preço da promessa ou que, não o tendo feito, seja autorizado pelo proprietário, pedir o*

imóvel para demolição, edificação, licenciada ou reforma que venha a resultar em aumento mínimo de cinquenta por cento da área útil.

Porém, em contraposição ao artigo 53 da Lei do Inquilinato, tem-se o artigo 54, que contempla a autonomia privada, a livre contratação. De maneira clara e contundente, o artigo 54 – que disciplina as locações em shopping centers – prevê que “prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação”.

De fato, ao se comparar o contrato de locação em shoppings centers com a locação não residencial comum, verifica-se que as cláusulas daqueles são muito mais rígidas e específicas ao desenvolvimento do negócio próprio do que as daquelas, e isto porque a autonomia privada deve ser respeitada, prevalecendo as condições livremente pactuadas nos contratos de locação.

Assim, se o contrato de locação em shopping center prevê prazo determinado, este deve ser observado pelas partes, orientado pelos princípios gerais dos contratos (obrigatoriedade e livre manifestação de vontade), o que não se coaduna com a inexigibilidade de cumprimento da mesma regra, de desocupação do espaço locado às instituições mencionadas no já mencionado artigo 53.

Atualmente, ainda com mais razão, vedar que o imóvel seja retomado pelo proprietário em situações como essas, especialmente quando se estiver na seara da plena liberdade contratual, implicará sérios danos aos próprios locatários, pelo aumento do valor do locativo, diante do risco inerente, além de não corresponder ao melhor direito.

Nesses pequenos comentários, pretende-se, portanto, diferenciar as locações de finalidade não residencial celebradas no âmbito de shopping centers e fora deles, esclarecer a regra aplicável nos shoppings quando existe regra específica, no que tange às locações utilizadas por hospitais e escolas, e outras regradas pelo artigo 53 da Lei do Inquilinato e, principalmente, comentar sobre

a denúncia vazia em contratos de locação em shopping center, de lojas utilizadas por estabelecimentos de saúde e de ensino.

1. Distinção entre as locações comerciais comuns e locações em shopping center

Por experiência comum, a maioria das pessoas conhece o que é um shopping center. Mas, em uma definição técnica, conforme antigo conceito da Associação Brasileira dos Shopping Center (Abrasce), trata-se de “empreendimento constituído por um conjunto planejado de lojas, operando de forma integrada, sob administração única e centralizada; composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados ou especializados de comércio e prestação de serviços; estejam os locatários lojistas sujeitos a normas contratuais padronizadas, além de ficar estabelecido nos contratos de locação da maioria das lojas cláusula prevendo aluguel variável de acordo com o faturamento mensal dos lojistas; possua lojas-âncora, ou características estruturais e mercadológicas especiais, que funcionem como força de atração e assegurem ao shopping center a permanente afluência e trânsito de consumidores essenciais ao bom desempenho do empreendimento; ofereça estacionamento compatível com a área de lojas e correspondente afluência de veículos ao shopping center; esteja sob o controle acionário e administrativo de pessoas ou grupos de comprovada idoneidade e reconhecida capacidade empresarial.”¹

A partir do conceito acima transcrito, vale fazer uma sucinta distinção entre as locações não residenciais comuns das locações em shoppings.

A primeira delas se refere às obrigações do locador dispostas no artigo 22 da Lei nº 8.245/1991. Trata-se da imposição do legislador de que o locador não poderá cobrar despesas condominiais extraordinárias do locatário. Estas, em resumo, compreenderiam as decorrentes de inovações e acréscimos realizadas nas áreas para o melhoramento e aproveitamento do uso.

Porém, nas locações em shopping centers, há a possibilidade de impor ao locatário o custeio da maioria das despesas condominiais extraordinárias, excetuando-se as despesas: i) com obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel; ii) pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas; iii) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação, e; iv) com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se

e obras de paisagismo nas partes de uso comum, conforme artigo 54, §1º, alíneas a e b, combinado com artigo 22, parágrafo único.

Outra diferença relevante é a prática das denominadas cláusulas de raio em locações em shoppings, que impõe ao lojista a obrigação de não abrir outra loja em determinada distância para não concorrer com o shopping, entre outras inúmeras cláusulas inseridas, seja no contrato de locação, seja nas chamadas escrituras declaratórias de normas gerais. Nas locações comerciais comuns, não se justifica a cláusula de raio, pois o locador não está preocupado com os possíveis concorrentes do locatário.

Ainda, no shopping, é comum cobrar aluguel com base no faturamento do lojista locatário, e também aluguel dobrado no mês de dezembro – práticas incompatíveis com a locação comercial comum, porque não importa ao locador o faturamento do inquilino, mas, sim, se o aluguel pago está condizente com o preço de mercado.

Para o bom funcionamento do shopping center, como é sabido, é indispensável que estas cláusulas rigorosas e específicas estejam presentes, além do estudo mercadológico para formação do *tenant mix* – o que não se verifica nas locações comerciais comuns.

Portanto, com as distinções feitas acima, a autonomia privada da vontade no âmbito do contrato de locação em shopping center é, inegavelmente, mais intensa do que nas locações comerciais comuns, e por isso deve ser respeitada em seus termos, prevalecendo as condições livremente pactuadas nos contratos de locação.

Atento a isso, o legislador trouxe no artigo 54 que, em se tratando de locação em shopping center, “prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação (...)”.

O mesmo termo é utilizado no artigo 54-A, que trata do contrato de locação conhecido como *built to suit*, que, pela definição legal, é o contrato no qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação.

Ou seja, nos artigos 54 e 54-A, que tratam respectivamente de locação em shopping center e locação *built to suit*, verifica-se a força da denominada autonomia da vontade.

Em vários países, o ordenamento jurídico valoriza a liberdade de contratar, prestigiando a autonomia da vontade. A doutrina italiana, aqui

¹ Associação Brasileira de Shopping Centers (Abrasce). Disponível em: <<http://www.portaldoshopping.com.br/>>. Acesso em 20 de maio de 2014.

representada pelo jurista Alberto Trabucchi, contempla a máxima de que *la volontà, elemento dinamico per eccellenza del modo giuridico, è il qui essenziale che dà vita al negozio*.²

Nas clássicas lições de Pontes de Miranda: *Os atos humanos interiores ao campo de atividade, a que se chama auto-regramento da vontade, “autonomia privada”, ou “autonomia da vontade”: é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades*.³ Em outras palavras: vale o que foi acordado, salvo eventual vício tido pela Lei como ensejador de nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico.

Nesse ponto, a título de exemplo, vale mencionar que, no contrato *built to suit*, a multa para rescisão antecipada pelo locatário pode ser elevadíssima, não podendo, contudo, ultrapassar a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

O bom funcionamento e o sucesso do shopping center estão diretamente relacionados ao adequado planejamento, que tem o *tenant mix* como um dos principais vetores. Ao se colocar o direito dos lojistas que exercem atividade de saúde e educação acima da possibilidade de alteração das lojas e, até mesmo, a retomada imotivada do imóvel, se constitui regra prejudicial aos interesses de toda a comunidade de lojistas, não se compatibilizando com o sistema direcionado ao fomento do consumo, em benefício de toda a classe de lojistas, do cliente e do próprio empreendedor. Ou seja, para o sucesso do shopping center, é fundamental que a autonomia da vontade seja prestigiada, inclusive quando o locatário é instituição de ensino ou estabelecimento de saúde.

2. A regra protetiva do artigo 53, da Lei nº 8.245/1991

As regras específicas a determinadas atividades mencionadas no artigo 53 “têm um evidente sentido social, protegendo a permanência desses estabelecimentos que desempenham importante papel de assistência e educação.”⁴ De toda forma, as hipóteses de despejo do artigo 53 são extremamente restritas, sendo que não se pode “ampliar

o conceito vernacular do termo, sob pena de se restringir ainda mais o direito de propriedade, em qualquer dos institutos protegidos nesse artigo.”⁵

Assim, a jurisprudência tem tomado cautela para conceituar o que se entende por escolas, hospitais, asilo etc. Por exemplo, em recente julgado, o Tribunal de Justiça de São Paulo decretou ação de despejo por denúncia vazia a uma clínica particular de fisioterapia, pois entendeu que ela não se enquadrava como estabelecimento de saúde para os fins da lei:

“Locação imobiliária. Despejo por denúncia vazia. R. sentença de procedência, com apelo só do requerido. Retomada por mera liberalidade. Preenchimento dos requisitos para a resolução unilateral válida. Estabelecimento em que instalada clínica particular de fisioterapia. Proteção conferida aos estabelecimentos de saúde, prevista no artigo 53, da Lei do Inquilinato. Descabimento. Instituto de fisioterapia que não se enquadra como estabelecimento de saúde para tais fins. Artigo 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Nega-se provimento ao apelo do inquilino/requerido”.⁶

O julgado cuja ementa foi colacionada acima, de maneira muito pertinente, fundamentou a decisão com os ensinamentos de Gildo dos Santos: “Ocorre que não são todas as escolas que merecem essa proteção legal. Somente os estabelecimentos de ensino que mantenham cursos regulares, de primeiro grau (ensino fundamental), de segundo grau (ensino médio), de terceiro grau (ensino superior), supletivo e profissionalizante, devidamente autorizados ou reconhecidos e fiscalizados pelo Poder Público”⁷

Ou seja, tanto doutrina quanto jurisprudência têm ao longo do tempo construído conceitos concretos para os vagos termos escolas e hospitais, por exemplo, analisando cada caso para avaliar se a finalidade da lei está ou não presente, qual seja, se a locatária exerce relevante atividade social.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo possui entendimento majoritário de ser impossível o despejo por denúncia vazia, em razão do término do prazo estipulado em con-

² *A vontade, dinâmica por excelência, é elemento para dar forma jurídica, é aqui essencial para que se dê vida ao negócio* (TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di Diritto Civile*. 40ª ed. – Padova: Cedan, 2001, p. 149., tradução nossa)

³ MIRANDA, Pontes de, 1892-1979. *Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova; atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. (coleção tratado de direito privado: parte especial: 3)* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática: Lei nº 8.245, de 18-10-1991 – 10 ed.* – São Paulo: Atlas, 2010. página 242.

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *OP. CIT.* página 243.

⁶ TJSP, *Apelação nº 1003025-24.2016.8.26.0008, des. rel. Campos Petroni, j. 23/5/2017.*

⁷ SANTOS, GILDO. *Locação e Despejo, Comentários à Lei nº 8.245/91, RT, 3ª ed., 1999, p. 268.*

trato, quando se trata das instituições descritas no artigo 53 da Lei do Inquilinato, como se observa na ementa abaixo:

“LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. Despejo por denúncia vazia. Estabelecimento de ensino autorizado e fiscalizado pelo Poder Público. Impossibilidade. Inteligência do artigo 53 da LI. Falta de interesse processual. Inadequação da via eleita. Majoração da verba honorária de sucumbência, consoante disposto no artigo 20, § 4º, do CPC. Recurso do autor não provido e parcialmente provido o da ré.”⁸

Contudo, na realidade, decisões semelhantes à transcrita acima só restringem o mercado de locação às instituições de ensino, hospitais e outras beneficiárias do artigo 53, que, possivelmente, não encontrarão locadores dispostos a perder significativa parcela do constitucional direito à propriedade, já que os proprietários não poderão dispor de seus bens por prazo indeterminado e, quem sabe, eterno.

Antes mesmo da aprovação da atual Lei do Inquilinato, o experiente advogado Rubens Carmo Elias⁹, de forma percuciente, já vaticinava:

“Inadmissível nos tempos atuais a aplicação de uma lei iníqua e injusta que privilegia uma classe de inquilinos que não necessita de tanto amparo – Governo e proprietários de estabelecimentos de saúde e de ensino, sendo desnecessária qualquer outra consideração.

A inexistência de oferta de imóveis destinados a esse tipo de locação demonstra que já é tempo de ser reformulada a Lei nº 6.239/1975. Há quanto tempo não se inaugura um hospital ou estabelecimento de saúde e ensino oficial ou particular instalados em prédios locados?”.

Ou seja, por interferir no princípio da livre manifestação da vontade, não se justifica restringir o direito de retomada imotivada no âmbito dos shopping center, não importando o ramo de atividade praticado no fundo de comércio estabelecido no imóvel locado, de modo que, somente nos casos de ajuizamento de ação renovatória, as regras restritivas de retomada poderiam ser adotadas.

Aliás, interpretando-se sistematicamente a Lei nº 8.245/1991, depreende-se que o artigo 53 está inserido na Seção III, que trata principalmente de dois temas: locação não residencial e ação renovatória (artigo 51).

Assim, os artigos supracitados necessitam estar em consonância, em harmonia, sendo que

a interpretação predominante conferida ao artigo 53, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, leva à flagrante desintegração das normas que regem a locação não residencial, causando graves consequências ao mercado de locações de imóveis, especialmente para estabelecimentos de ensino e de saúde.

Isso porque, o artigo 51, ao tratar da ação renovatória, não faz exceções quanto à qualidade ostentada pelo locatário, mas apenas impõe requisitos cumulativos e abrangentes a qualquer atividade exercida no imóvel, pouco importando tratar-se de sociedades empresárias atuantes no ramo da educação, saúde ou outra área qualquer.

Por sua vez, observa-se que o artigo 53 também não traz ressalvas quanto à necessidade ou não do ajuizamento da ação renovatória, ou seja, indigitado artigo não isenta as instituições de ensino ou hospitais, por exemplo, de ingressarem com ação para lograrem a permanência no imóvel para além do prazo convencionado pelas partes.

Até porque, como é cediço, o contrato faz lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), desde que respeitados os princípios que o norteiam, dentre eles a livre manifestação de vontade das partes, de modo que, decorrido o prazo contratual, estabelecido o dever de desocupação ao locatário, tal regra deve ser cumprida, sob pena de despejo, pelo simples decurso do prazo contratual.

Conclusão

O ingresso de lojas destinadas à atividade de saúde e educação em shopping centers tem o potencial de causar prejuízos ao planejamento comercial do empreendimento, caso não seja construído um entendimento jurisprudencial no sentido de prevalência da autonomia privada contemplada no artigo 54 da Lei nº 8.245/1991, em contraposição ao artigo 53, da mesma lei.

Não se justifica que, decorrido o prazo contratual, sem que o locatário tenha postulado ação renovatória, não tenha o locador a faculdade de retomar o imóvel, prevalecendo o direito de propriedade e, principalmente, os interesses maiores do shopping center, que compreende uma gama de serviços e comércios variados, que não podem ser prejudicados por privilégios isolados.

A manutenção do entendimento de aplicação do artigo 53 às instituições de ensino e saúde instaladas em shopping center, impedindo a denúncia imotivada, prejudicará o mercado de locação para instituições de ensino, hospitais e outras beneficiárias do artigo 53, que possivelmente não en-

⁸ TJSP, Apelação nº 0021693-65.2013.8.26.0008, des. rel. Gilson Delgado Miranda, j. 26/4/2016

⁹ Rubens Carmo Elias, *Aspectos da Locação em escolas e hospitais*, O Estado de São Paulo, p. 51, 27.09.1987.

contrarão no mercado locadores dispostos a perder significativa parcela do direito à propriedade, já que os proprietários não poderão usar e fruir de seus bens, da forma que melhor lhes aprouver, por prazo indeterminado e, quem sabe, eterno.

Por óbvio, esta não foi a vontade do legislador, cumprindo ao julgador interpretar a Lei e aplicá-la em consonância com os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigo 5º, LINDB).

BIBLIOGRAFIA

CARMO ELIAS, Rubens. Aspectos da Locação em escolas e hospitais, O Estado de São Paulo, p. 51, 27/9/1987.

MIRANDA, Pontes de, 1892-1979. *Negó-*

cios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova; atualizado por Marcos Bernardes de Mello, Marcos Ehrhardt Jr. (coleção tratado de direito privado: parte especial; 3) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, GILDO. *Locação e Despejo, Comentários à Lei 8.245/91*, RT, 3ª ed., 1999

TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di Diritto Civile*. 40º ed. – Padova: Cedan, 2001

VENOSA, Silvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática: Lei nº 8.245, de 18-10-1991* – 10ª ed. – São Paulo: Atlas, 2010

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito civil: parte geral* – 12. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.



LOTEAMENTO OU CONDOMÍNIO DE LOTES?

ESTELA MONTEIRO SOARES DE CAMARGO

I. Introdução

O título desse breve artigo traz uma indagação: Loteamento ou Condomínio de Lotes?

Estamos tratando de duas formas distintas de parcelamento do solo e que acabaram se confundindo, pela prática ou pela necessidade do mercado. De fato, a prática de mercado, provavelmente ditada pela necessidade ou mesmo pelo interesse do empreendedor ou dos moradores, fez com que alguns loteamentos fossem “fechados” ou tivessem um controle de acesso. De outro lado, alguns condomínios, aprovados na estrutura da Lei nº 4.591/1964, tinham indefinição quanto à área construída das unidades autônomas.

É princípio fundamental estabelecido na Constituição Federal de 1988 que a propriedade privada atenda à sua função social. O interesse coletivo tende a se sobrepor ao individual. Nessa linha, estariam os loteamentos fechados, prática muito comum há algum tempo, observando a função social da propriedade e da coletividade a que atendem? Alguns condomínios, aprovados nos termos da Lei nº 4.591/1964, contavam com unidades autônomas consistentes em edículas ou “casa do cachorro” e que, após sua instituição e especificação em condomínio, novas construções eram edificadas.

Pois bem, em 2017, foi editada a Lei nº 13.465 que, além de tratar da regularização fundiária rural e urbana, regulamentou diversos temas, entre eles, o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e também o loteamento de acesso controlado.

Essa regulamentação bem avaliou as necessidades do mercado, disciplinando situações existentes e trazendo para a legalidade realidades concretas.

Nesse breve estudo, não vamos analisar as questões urbanísticas e as posturas municipais, que cuidam dos requisitos e das restrições

para aprovação e execução de qualquer empreendimento imobiliário. Vamos nos ater à análise das questões jurídicas envolvendo essas modalidades de parcelamento do solo.

II. Breves considerações sobre loteamentos

Nos termos da Lei nº 6.766/1979, o parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento. Se destinado a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação de vias existentes, será um loteamento. Se a subdivisão da gleba em lotes, também destinados a edificação, for efetivada com aproveitamento do sistema viário existente, será um desmembramento.

Tanto o loteamento como o desmembramento deverão contar com prévia aprovação da Prefeitura Municipal competente, a qual definirá as diretrizes para o parcelamento, o uso e a ocupação do solo.

Com o registro do loteamento, passam a integrar o domínio do município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e memorial descritivo do loteamento.

Se as ruas e vias internas dos loteamentos aprovados e registrados são públicas, não deveria haver qualquer restrição de acesso, nelas podendo circular todos os cidadãos e não apenas os moradores e seus convidados do empreendimento imobiliário em questão.

Ocorre que, numa sociedade cada vez mais vulnerável e buscando maior segurança, as comunidades foram se organizando no sentido de criar barreiras de acesso. Com isso, proliferaram os “loteamentos fechados”, onde o acesso seria controlado e somente permitido com autorização dos próprios moradores.

Para dar respaldo a essa prática de controle

de acesso ou mesmo de fechamento de vias públicas, foi invocado o Decreto-Lei nº 271/67, que autoriza a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social.

Mas essa sistemática não era pacífica. Algumas decisões da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, por exemplo, manifestavam entendimento contrário à criação de uma figura jurídica híbrida de loteamento e condomínio.

Até que, em 2017, foi editada a Lei nº 13.465, que regulamentou a figura do “loteamento fechado”, da qual trataremos mais abaixo.

III. Breves considerações sobre condomínio

O condomínio edilício, antes regido na Lei nº 4.591/1964, passou a ser tratado no Código Civil de 2002, mais especificamente no artigo 1.331 e seguintes.

O condomínio edilício é formado por partes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos. A instituição do condomínio edilício se dá por ato (instituição de condomínio) registrado no Oficial de Registro de Imóveis competente, no qual deverão constar: a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, das áreas comuns e a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e às partes comuns.

A questão da definição da fração ideal de cada condômino nas áreas comuns sempre foi bastante controversa. Isso porque costuma-se associar a fração ideal ao critério de rateio das despesas comuns, o que não precisa estar necessariamente vinculado.

De fato, o rateio das despesas condominiais pode estar vinculado à fração ideal do condômino, mas também pode estar vinculado a outros critérios, desde que claramente definidos no ato da instituição do condomínio e na respectiva convenção condominial.

A fração ideal do condomínio costuma ser calculada de acordo com a fórmula prevista na NBR 12.721, mas, como bem destacou o ilustre André Abelha, num esclarecedor artigo publicado no Migalhas, de 22 de março de 2018 (O invencível mito da fração ideal na incorporação imobiliária), esse “é um hábito do incorporador brasileiro; e está longe de ser uma obrigação”.

Ainda na linha defendida por André Abelha, com a qual estou de acordo, a fração ideal será identificada em forma decimal ou ordinária, no ato da instituição e especificação do condomínio,

não havendo proporção obrigatória entre a fração ideal e o tamanho da unidade imobiliária, podendo o incorporador determinar a fração ideal de cada unidade conforme o critério que lhe seja mais conveniente ou adequado.

E em 2017, foi editada a Lei n. 13.465 que, ao regulamentar o condomínio de lotes, do qual trataremos a seguir, estabeleceu que a fração ideal de cada condômino poderá ser proporcional à área do solo de cada unidade autônoma, ao respectivo potencial construtivo ou a outros critérios indicados no ato de instituição do condomínio.

IV. Do loteamento fechado e do condomínio de lotes, antes da Lei nº 13.465/2017

Mesmo não havendo regramento específico, muitos empreendimentos foram concebidos e implantados como loteamento fechado ou como condomínio de lotes.

No Estado de São Paulo, a Corregedoria Geral da Justiça posicionou-se no sentido de que o condomínio de lotes seria uma burla aos requisitos da Lei nº 6.766/1979. Num caso emblemático de um empreendimento em Campos do Jordão, foi efetivado o registro de condomínio edilício, na forma da Lei nº 4.591/1964, mas, na realidade, não se propunha a vender unidades habitacionais prontas, mas tão somente os lotes, o que não se podia admitir. Na visão da citada Corregedoria, o registro do loteamento como se condomínio fosse, significaria aniquilar a Lei do Parcelamento do Solo Urbano. Não mais haveria controle urbanístico e ver-se-ia privada a Municipalidade de expressivo espaço público. A médio prazo, estaria comprometido o próprio sistema viário, uma vez que as cidades estariam totalmente tomadas e cercadas por grandes “guetos” privados.

Na visão do Desembargador Kiotsi Chicuta, não havia previsão no direito positivo de um *tertium genus* entre “loteamento fechado” e “condomínio deitado”. Não se admite, na visão do citado jurista, que, ao sabor dos interesses do momento, crie-se uma figura jurídica híbrida de loteamento e condomínio, aplicando, tão-só, a parte de cada lei que atenda à conveniência do empreendedor.

Mas mesmo no Estado de São Paulo, com essa visão muito clara da Corregedoria Geral da Justiça, rechaçando a legalidade do condomínio de lotes, muitos empreendimentos foram implantados e também muitos loteamentos mantiveram a proibição de circulação nas vias públicas internas.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar em 2012 Recurso Especial interposto pelo Ministério Público contra Acórdão da Quinta Câmara de Direito Privado do TJSP, manifestou entendimento no sentido de ser aplicável a Lei nº 4.591/1964 para condomínio deitado, podendo o incorporador transferir para os adquirentes a responsabi-

lidade pela construção da unidade autônoma. Nesse Acórdão, foram destacados os seguintes requisitos mínimos para aprovação do empreendimento: (i) o incorporador deve cumprir as exigências da Lei nº 4.591/1964, apresentando toda a documentação ali elencada; (ii) o incorporador deve apresentar, ao menos, a planta de projeto das casas, aprovada pela Municipalidade, (iii) o incorporador deve assumir a responsabilidade pela construção das áreas comuns e infraestrutura; (iv) o projeto deve ser aprovado pela Prefeitura e demais órgãos competentes.

V. Condomínio de Lotes, na Lei nº 13.465/2017

O artigo 58 da Lei nº 13.465/17 introduziu o artigo 1.358 – A, na Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), para tratar do condomínio de lotes.

Além disso, a citada Lei nº 13.465/2017 trouxe outras disposições sobre o condomínio de lotes, inserindo dispositivos na Lei nº 6.766/1979, tais como: (i) o Parágrafo 7º do artigo 2º, que diz que o lote pode ser constituído sob a forma de imóvel autônoma ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes; (ii) o Parágrafo 4º do artigo 4º, que autoriza a instituição de limitações administrativas e direitos reais sobre coisa alheia em benefício do poder público, da população em geral e da proteção da paisagem urbana, tais como servidões de passagem, usufrutos e restrições à construção de muros.

O condomínio de lotes conterà partes de propriedade exclusiva de cada condômino, que serão os lotes ou unidades autônomas, e partes de propriedade comum, como, por exemplo, as vias de acesso, a portaria e outros equipamentos de uso comum.

As regras que regem o condomínio edilício aplicam-se ao condomínio de lotes, devendo ser respeitada, por evidente, a legislação urbanística. Aliás, o condomínio de lotes é uma das modalidades do condomínio edilício, com áreas de propriedade e uso exclusivos e partes de uso comum, ambas inseparáveis e submetidas ao domínio de um titular.

A implantação da infraestrutura do condomínio de lotes é de responsabilidade do empreendedor, cabendo a cada titular de lote a construção da sua unidade autônoma, respeitado o potencial construtivo e demais regras impostas na convenção condominial e na legislação urbanística.

O lote é a unidade autônoma, consistente num terreno sobre o qual se pode construir. Aliás, a própria Lei nº 13.465/2017 introduziu o Parágrafo 7º ao artigo 2º da Lei nº 6.766/1979, dizendo que o lote poderá ser constituído sob a forma de imóvel autônomo ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes.

Tendo em vista que a citada Lei nº 6.766/1979 cuida do parcelamento do solo, poder-se-ia dizer que o lote, ainda que integrante de um condomínio de lotes, deveria passar pelo filtro da legislação de parcelamento do solo? Entendo que o lote integrante de um condomínio de lotes deverá ser aprovado pela Municipalidade, observada a legislação de parcelamento, uso e ocupação de solo.

Para aprovar um condomínio de lotes, deverá o empreendedor assumir a responsabilidade de implantação de toda a infraestrutura, vale dizer, a responsabilidade por tais obras não é do Poder Público. Além disso, se for vender as unidades autônomas antes da especificação do condomínio, deverá registrar a incorporação, atendendo as exigências da Lei nº 4.591/1964, e a legislação urbanística. Vale dizer que o condomínio de lotes, por ser uma forma de parcelamento do solo, deverá respeitar as normas urbanísticas, a legislação de parcelamento do solo, no que forem aplicáveis, e a Lei nº 4.591/1964, se as unidades forem alienadas antes da instituição do condomínio.

Na convenção do condomínio de lotes, deverão constar as regras de convivência dos futuros condôminos e suas obrigações perante o condomínio, nos mesmos moldes das convenções de condomínio edilício. Além disso, deverão constar na convenção as limitações ao direito de construir em cada lote, unidade autônoma. Vale dizer, a construção sobre o lote, unidade autônoma, a cargo e sob responsabilidade do titular da referida unidade autônoma, deverá observar a legislação urbanística e também a convenção do condomínio.

A convenção do condomínio de lotes poderá trazer restrições maiores que a própria legislação urbanística, como, por exemplo, a proibição de construção com gabarito superior a determinado patamar ou, ainda, a proibição de muros frontais, ou mesmo estabelecer determinado padrão de construção que deverá ser observado por todos os condôminos.

VI. Do loteamento com acesso controlado, na Lei nº 13.465/2017

Ao introduzir o Parágrafo 8º ao artigo 2º da Lei nº 6.766/1979, instituiu-se a modalidade de loteamento com acesso controlado, devendo este controle ser regulamentado pelo Poder Público Municipal.

Interessante destacar que o que a lei passou a admitir é o controle de acesso. Assim, se o pedestre ou o condutor de veículo, não residentes, não se identificarem ou se não estiverem previamente cadastrados, poderão ser impedidos de entrar na área do loteamento. *A contrario sensu*, somente poderão ingressar os moradores, aqueles previa-

mente cadastrados e autorizados e aqueles que se identificarem.

E isso faz sentido na medida em que as vias de circulação interna dos loteamentos, ainda que “fechados”, são bens públicos. A restrição de acesso e o controle de entrada serão regulamentados pelo Poder Público, no ato de aprovação do loteamento fechado.

O loteamento de acesso controlado nada mais é que do que um loteamento regulado pela Lei nº 6.766/1979, que cuida do parcelamento do solo. Não é uma categoria jurídica autônoma, apenas contém a especificidade do controle de acesso, a ser regulamentado pelo Poder Público competente.

VII. Conclusão:

A Lei nº 13.465/2017 trouxe inúmeras contribuições ao mercado imobiliário, entre elas, aquelas mencionadas nesse breve estudo. Prevendo o condomínio de lotes e a possibilidade do controle de acesso a loteamentos, a legislação federal traz segurança jurídica para o empreendedor e para os consumidores, pacificando questões que eram disciplinadas de forma variada em cada ente da federação.

Nos casos abordados neste texto, a realidade antecedeu a norma. A legislação veio contemplar situações que já eram implantadas e difundidas no mercado e na sociedade, mas, certamente, traz mais segurança para os novos empreendimentos.



FAZENDO HISTÓRIA DESDE 1946

○ Secovi-SP fomenta o adequado desenvolvimento urbano, com forte atuação em questões locais e nacionais destinadas a melhorar a oferta de moradia, trabalho, emprego, lazer e segurança.



SIGA-NOS NAS REDES SOCIAIS @SECOVISP



SECOVI SP
O SINDICATO DA HABITAÇÃO
Desde 1946

PERMUTA IMOBILIÁRIA. DIFERIMENTO DA TRIBUTAÇÃO DE GANHO DE CAPITAL PÓR SOCIEDADE OPTANTE DO REGIME DO LUCRO REAL

FERNANDO JOSÉ MAXIMIANO
JONATHAN BERGAMO

Introdução

A permuta de imóvel (em regra, um terreno) por futuras unidades de empreendimento imobiliário a ser construído no local trata-se de uma das formas mais praticadas no mercado imobiliário para aquisição de imóveis para desenvolvimento de novos projetos imobiliários.

A edição da Instrução Normativa RFB nº 1700 (IN 1700/17), de 14 de março de 2017, trouxe nova regulamentação (de caráter contábil) da legislação aplicável ao tema, em especial a Instrução Normativa SRF nº 107, de 14 de julho de 1988 (IN 107/88), bem como nas disposições do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, conforme alterado pela Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014 (Decreto-Lei 1598/77).

Referidos diplomas legais tratam das regras de diferimento no recolhimento da tributação sobre o ganho de capital que porventura venha a ser verificado em uma operação de permuta de imóveis por futuras unidades de empreendimentos imobiliários a serem desenvolvidos, nos termos da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (Lei 4.591/64) e da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Tal diferimento é especialmente interessante na hipótese de realização de operações de permuta imobiliária por sociedade proprietária de terrenos a serem destinados ao desenvolvimento imobiliário optantes do regime tributário do lucro real, nos termos da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, sendo a análise de tal forma de tributação e seus fundamentos o objeto deste estudo.

Das características do tratamento fiscal trazido pela IN 107/88.

Por permuta, nos termos do disposto pela

doutrina nacional, entende-se a “troca quando se presta uma coisa por outra, que não seja dinheiro, ou, por outras palavras, quando se presta um direito de propriedade, ou posse, por outro direito de propriedade, ou posse. Na troca, as partes são reciprocamente outorgante e outorgado, pois cada uma é a um só tempo transmitente de uma coisa e adquirente de outra.”¹

À vista da definição acima, tem-se que a permuta imobiliária consiste naquela em que há uma troca de imóveis, ou seja, o proprietário de bem imóvel transfere a sua propriedade a determinada pessoa, recebendo desta, em contrapartida, um ou mais bens imóveis.

Em razão de tal conceituação, interpreta-se que inexistente para qualquer das partes permutantes acréscimo patrimonial, eis que, em razão da troca pura e simples de um ou mais ativos, cada parte entrega e recebe bens em valor exatamente idêntico.

Considerando tal caracterização de não ocorrência de acréscimo patrimonial entre bens entregues e bens recebidos no contexto de uma permuta, sob o ponto de vista de tributação pelo imposto de renda, a permuta imobiliária apresenta determinadas particularidades, estas consolidadas pela antiga Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRF), atual Receita Federal do Brasil (RFB), na IN 107/88.

Em síntese, a IN 107/88 busca a neutralização de tributação no contexto de permuta imobiliária, de forma a prestigiar o conceito de não ocorrência de acréscimo patrimonial neste tipo de operação, estabelecendo, neste sentido que:

“Seção II

Operações de Permuta

2. Permuta Entre Pessoas Jurídicas:

¹ JÚNIOR, José Osório de Azevedo in *Compra e Venda, Troca ou Permuta*, pág. 135. Editora Revista dos Tribunais. 2005. São Paulo – SP.

2.1 – Na permuta entre pessoas jurídicas, tendo por objeto unidades imobiliárias prontas, serão observadas as normas constantes das divisões do presente subitem.

2.1.1 – No caso de permuta sem pagamento de torna, as permutantes não terão resultado a apurar, uma vez que cada pessoa jurídica atribuirá ao bem que receber o mesmo valor contábil do bem baixado em sua escrituração.”

Em uma interpretação sistemática da IN 107/88 e das alterações trazidas na Lei nº 12.973/2014 e sua regulamentação pela IN 1700/17, a aplicação do conceito de neutralidade fiscal objetivado nas permutas imobiliárias foi introduzida pelo legislador na forma de diferimento da tributação aplicável em razão de eventual acréscimo patrimonial decorrente de uma operação de permuta.

Neste sentido, o legislador estabeleceu que somente quando os bens recebidos em permuta vierem a ser realizados, as partes permutantes teriam a obrigação de recolhimento do imposto de renda sobre eventual ganho apurado. Assim, não seria exigível qualquer valor a título de imposto de renda no momento subsequente à contratação da permuta, mas apenas no momento em que o permutante do imóvel realize, na forma da legislação, referido ativo (o §3º do artigo 99 da IN 1700/17, conforme abaixo, define para fins fiscais o conceito de realização de ativo).

Assim, as regras de tributação previstas na IN 107/88, no Decreto-Lei 1.598/77 e na IN 1700/17 não se apresentam como regras de isenção fiscal, mas tão somente de diferimento da tributação pelo imposto de renda do referido ganho econômico para o momento de sua efetiva realização financeira.

Da aplicação da IN 107/88 à permuta de unidades futuras. Da aplicação da IN 107/88 às “permutas” formalizadas por compra e venda e promessa de dação em pagamento.

A própria IN 107/88 define sobre quais ativos seu tratamento se aplica, conforme abaixo:

“1.1. Para fins desta Instrução Normativa, considera-se permuta toda e qualquer operação que tenha por objeto a troca de uma ou mais unidades imobiliárias por outra ou outras unidades.

(...)

1.4. São aplicáveis as operações de permuta, toda vez que aqui se fizer referência a expressão “unidade imobiliária ou unidade”, as definições contidas no item 2 da Instrução Normativa SRF nº. 84, de 20 de dezembro de 1979, as quais alcançarão todo e qualquer imóvel de propriedade da pessoa física ou da pessoa jurídica permutante, ainda que classificado no ativo permanente, na última hipótese.”

Da expressa referência à Instrução Normativa SRF nº 84, de 20 de dezembro de 1979 (IN 84/79), destacamos o conceito de unidade imobiliária para delimitação da aplicação:

“2. Unidade Imobiliária

A expressão “unidade” utilizada nesta Instrução Normativa compreende:

1 – o terreno adquirido para venda, com ou sem construção;

2 – cada lote oriundo de desmembramento de terreno;

3 – cada terreno decorrente de loteamento;

4 – cada unidade distinta resultante de incorporação imobiliária;

5 – o prédio construído para venda como unidade isolada ou autônoma.”

Em outras palavras, conforme item 2 da IN 84/79 acima transcrito, as operações de permuta que envolvam a transferência de bens imóveis existentes com ou sem construção ou unidades imobiliárias futuras assim constituídas nos termos da Lei nº 4.591/64 (resultantes de incorporação imobiliária) são sujeitas à aplicação da IN 107/88.

Trata-se, portanto, de previsões que se adequam ao conceito de ativo imobiliário descrito pela norma fiscal, não havendo dúvidas de sua aplicação às unidades futuras decorrentes de incorporação imobiliária.

Ademais, importante destacar que é comum (para não dizer que é a regra do mercado) que permutas imobiliárias sejam formalizadas por meio da celebração de uma compra e venda, cujo preço de aquisição é pago pela incorporadora imobiliária do empreendimento por meio de uma nota promissória emitida em caráter “*pro soluto*”, que, em ato subsequente, é cancelada e substituída por um instrumento de novação e confissão de dívida, em que a incorporadora imobiliária se compromete a dar em pagamento à vendedora do imóvel, futuras unidades do empreendimento a ser erigido no próprio local.

Mesmo não se tratando de uma permuta em termos formais, a IN 107/88 equipara tal estrutura de negócio, nos exatos termos de seu item 4.1, para fins fiscais, a uma permuta:

“4.1 - São aplicáveis às operações quitadas de compra e venda de terreno seguidas de confissão de dívida e promessa de dação, em pagamento, de unidade imobiliária construída ou a construir, todos os procedimentos e normas constantes das Seções I e II desta instrução normativa, desde que observadas as condições cumulativas a seguir:

a) a alienação do terreno e o compromisso de dação em pagamento sejam levados a efeito na mesma data, mediante instrumento público;

b) o terreno objeto da operação de compra e venda seja, até o final do período-base seguinte ao em

que esta ocorrer, dado em hipoteca para obtenção de financiamento ou, no caso de loteamento, oferecido em garantia ao poder público, nos termos da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.”

Da interpretação das novas regras contábeis e sua aplicação a operações de permuta. Operacionalização do diferimento no pagamento de resultado tributável nas operações de permuta para empresas optantes do regime do lucro real.

Cumpre-nos, ainda, aqui pontuar as interpretações trazidas pelos Pronunciamentos Contábeis publicados pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), e respectiva regulamentação legal constante do Decreto-Lei nº 1.598/77 e IN 1700/17, que trazem o regime contábil para aplicabilidade dos benefícios de diferimento de tributação em operações de permuta imobiliária, desde que observados os requisitos das referidas normas, os quais passamos a tratar.

A IN 1700/17, em verdade, trata especificamente da permuta de ativos e corrobora o diferimento da tributação decorrente de tal forma de negociação.

A tributação diferida nos termos da IN 107/88 será aplicável desde que obedecidos os parâmetros estabelecidos pela IN 1700/17 para contabilização dos bens dados e recebidos em permuta. Neste sentido, assim estabelece o §12 do artigo 97 da IN 1700/17:

“Art. 97. O ganho decorrente de avaliação de ativo ou passivo com base no valor justo não será computado na determinação do lucro real e do resultado ajustado desde que o respectivo aumento no valor do ativo ou redução no valor do passivo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada ao ativo ou passivo.

(...)

§ 12. No caso de operações de permuta que envolvam troca de ativo ou passivo de que trata o caput, o ganho decorrente da avaliação com base no valor justo poderá ser computado na determinação do lucro real e do resultado ajustado na medida da realização do ativo ou passivo recebido na permuta, de acordo com as hipóteses previstas nos §§ 1º a 10.”

Importante lembrar que, como tratado acima, uma permuta, a rigor, implica, conceitualmente, na troca de um bem de determinado valor (bem de valor X) por outro bem de igual valor (também X). Assim, na situação em análise, a princípio, se uma sociedade proprietária de um terreno o destinar para o desenvolvimento imobiliário em uma operação de permuta, as futuras unidades que esta

sociedade receber em troca do terreno que entregou à incorporadora imobiliária deveriam ser recebidas e contabilizadas pelo exato valor em que o terreno que permutou era contabilizado.

Contudo, nos termos da regra do artigo 97, transcrito acima, a sistemática contábil no âmbito de operações de permuta deverá se dar com a reavaliação do imóvel em que será desenvolvido o empreendimento/futuras unidades a serem recebidas ao seu “valor justo”, nos termos do conceito trazido pelo Pronunciamento Técnico CPC 46 (CPC 46):

“Definição de valor justo

9. Este Pronunciamento define valor justo como o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data de mensuração.

(...)

B4. Ao determinar se o valor justo no reconhecimento inicial é igual ao preço da transação, a entidade deve levar em conta fatores específicos da transação e do ativo ou passivo.

(...)”

Deste modo, para fins de demonstrações contábeis da proprietária do terreno, as futuras unidades que receber em permuta, em que pese, a princípio, sejam recebidas pelo valor contábil original do terreno, dado o conceito de equivalência patrimonial entre o terreno e futuras unidades trazido pelo item 2.1.1 da IN 107/88 tratado acima, estas não mais serão contabilizadas pelo valor contábil do terreno e passarão a ser contabilizadas pelo valor justo² atribuído às futuras unidades a serem recebidos na permuta (a rigor, o preço deverá ser aquele estabelecido no instrumento de permuta celebrado, que deverá observar, para sua formação, o conceito de valor justo).

Assim, deverá a proprietária do terreno em que se desenvolveu o empreendimento reavaliar as futuras unidades que receber a seu valor justo, ou seja, nos termos do CPC 46, ao valor atribuído aos imóveis no instrumento que formalizar a permuta.

Realizada a reavaliação das futuras unidades recebidas pela proprietária, verificar-se-á pela mesma um ganho no valor do seu ativo se o valor atribuído às mesmas seja superior ao valor contábil original do terreno permutado, que, a rigor, seria computável na base de apuração de seu lucro real.

Para que a tributação incidente sobre este ganho seja diferida e, deste modo, não seja computável na base de apuração do lucro real da proprie-

² Conforme conceituação trazida pelo Pronunciamento Técnico CPC 46.

tária no momento da reavaliação, o mesmo deverá ser registrado em subconta vinculada às futuras unidades recebidas, conforme disciplina do artigo 99 da IN 1700/17:

*“Da Avaliação a Valor Justo na Permuta de Ativos
Art. 99. A tributação do ganho decorrente de avaliação com base no valor justo em permuta que envolva troca de ativos de que trata o § 12 do art. 97 poderá ser diferida desde que a diferença entre os valores dos ativos seja registrada em subconta vinculada ao ativo recebido.*

§ 1º Quando da permuta, o ganho será registrado a crédito em conta de receita ou de patrimônio líquido em contrapartida à subconta vinculada ao ativo recebido.

§ 2º O ganho poderá ser excluído do lucro líquido na determinação do lucro real e do resultado ajustado no período de apuração em que for apropriado como receita. (...)”

Aplicado o tratamento contábil trazido pela IN 1700/17 à respectiva operação de permuta, o ganho resultante da reavaliação das futuras unidades ao valor atribuído no instrumento de permuta, somente será computável na apuração do lucro real da proprietária no momento de realização das futuras unidades (alienação de parte ou todo das futuras unidades, depreciação, ou baixa contábil), isto conforme §3º do artigo 99 da IN 1700/17 e do §3º do artigo 27 do Decreto-Lei nº 1.598/77:

“Art. 99. A tributação do ganho decorrente de avaliação com base no valor justo em permuta que envolva troca de ativos de que trata o § 12 do art. 97 poderá ser diferida desde que a diferença entre os valores dos ativos seja registrada em subconta vinculada ao ativo recebido.

(...)

§ 3º O valor registrado na subconta será baixado

à medida que o ativo for realizado, inclusive mediante depreciação, amortização, exaustão, alienação ou baixa.

Atividade Imobiliária - Permuta - Determinação do Custo e Apuração do Lucro Bruto

Art. 27 - O contribuinte que comprar imóvel para venda ou promover empreendimento de desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária ou construção de prédio destinado à venda, deverá, para efeito de determinar o lucro real, manter, com observância das normas seguintes, registro permanente de estoques para determinar o custo dos imóveis vendidos:

(...)

§3º Na hipótese de operações de permuta envolvendo unidades imobiliárias, a parcela do lucro bruto decorrente da avaliação a valor justo das unidades permutadas será computada na determinação do lucro real pelas pessoas jurídicas permutantes, quando o imóvel recebido em permuta for alienado, inclusive como parte integrante do custo de outras unidades imobiliárias ou realizado a qualquer título, ou quando, a qualquer tempo, for classificada no ativo não circulante investimentos ou imobilizado.”

Em resumo, para enquadramento de operações de permuta dentro da regra de aplicação da IN 107/88, notadamente o benefício disposto em seu item 2.1.1, deverá ser observado o novo regramento dado ao Decreto-Lei 1598/77, disciplinado pela IN 1700/17, que prevê a necessidade de avaliação das futuras unidades a serem recebidas a valor justo, sendo o ganho verificado em referida avaliação percebido e contabilizado em subconta vinculada, mas cujo computo na base de apuração do lucro real da proprietária do terreno (e então recebedora de futuras unidades) é diferido para o momento da realização do respectivo ativo.



LOCAÇÃO EM SHOPPING CENTER E CLÁUSULA DE RENÚNCIA À AÇÃO RENOVATÓRIA

HAMID BDINE
HAMID BDINE NETO

A cláusula de renúncia ao direito à ação renovatória fundada no artigo 51 da Lei de Locação (LL) é nula, segundo o artigo 45 desse diploma legal.

De fato, não se pode negar que o direito à renovação é assegurado de modo absoluto com a finalidade de proteger o empresário locatário, como exteriorização da função social desempenhada por sua atividade econômica.

Contudo, vislumbram-se determinadas hipóteses, especificamente de locação em shopping center, que poderão justificar algumas reflexões a respeito da validade dessa cláusula, a despeito do mencionado artigo 45.

O propósito deste artigo é suscitar o enfrentamento do tema, que, certamente, justificará maiores questionamentos e consequente amadurecimento da posição que se pretende apresentar a seguir.

A identificação da natureza das locações em shopping center é de extrema relevância para que se possa avaliar se o afastamento da vedação do artigo 45 é justificável em algumas hipóteses, para que se assegure segurança jurídica tanto ao lojista quanto ao empreendedor.

Tais contratos têm peculiaridades em relação às locações em geral, como reconhece a doutrina (Caio Mario da Silva Pereira¹, Modesto Carvalhosa², Antunes Varela³), o que autoriza interpretações diversas daquelas usualmente adotadas nas locações em geral.

Desse modo, os contratos de shopping centers são de locação, mas lhes confere características próprias o fato de envolverem um conjunto orgâ-

nico de lojas com finalidade comum, de modo a que todos os lojistas tenham uma relação contratual com o empreendedor, mas também uma relação jurídica entre si.

Essa complexidade é o que justifica, por exemplo, o interesse na manutenção das chamadas lojas-âncora, prestadores de serviços etc., configurando-se o que se denomina mix – “planejamento estratégico de modo a explorar com a maior eficiência possível todo o mercado potencial previamente analisado em seu conjunto” (Carlos Geraldo Langoni, “Shopping Centers” no Brasil. *In* Arruda, José Soares; Lobo, Carlos Augusto da Silveira (Coord.) “Shopping Centers”: Aspectos Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 56-69).

Do mesmo modo, as peculiaridades desses contratos permite a contratação de alugueis em dobro no mês de dezembro, cuja validade é reconhecida com amparo no princípio da autonomia privada: “APLICAÇÃO DO ART. 54 DA LEI DE LOCAÇÕES. COBRANÇA EM DOBRO DO ALUGUEL NO MÊS DE DEZEMBRO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE (“PACTA SUNT SERVANDA”) E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS (“INTER ALIOS ACTA”). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO” (REsp. n. 1409849/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, j. 26.04.2016).

Do mencionado acórdão, cujas conclusões amparam o que se pretende sustentar a seguir, extrai-se que nas relações que envolvem os shopping

¹ *Shopping Centers – Aspectos Jurídicos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.82.

² *Shopping Centers (Questões Jurídicas)*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.168

³ *BASÍLIO*, 2005, P3-5 (citando João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações em geral*, 7. Ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.283.

centers, há de prevalecer, porque se sobressai sua natureza interempresarial, a autonomia privada, evitando-se o afastamento de cláusulas livremente ajustadas, o que está, aliás, expresso no artigo 54 da LL.

Para o e. relator do acórdão referido, há que se implementar controle restrito da abusividade em tais contratos, “pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia”.

O que se pode afirmar é que nem todos os contratos entre shoppings e lojistas se baseiam em relação desigual. Ou seja, não são todos os lojistas que estão em situação de vulnerabilidade perante o shopping.

Basta imaginar grandes redes de supermercado, bancos, lojas âncora etc., que poderão igualar ou superar as condições econômicas do shopping.

Em tais casos, ainda mais se haverá de preservar o princípio da autonomia privada em relação aos ditos princípios contemporâneos – boa-fé, equilíbrio contratual e função social – capazes de justificar maior interferência do Poder Judiciário nas relações contratuais.

O direito à renovação da locação visa a evitar o abuso de direito pelo locador e atende, como já se afirmou, a função social dos contratos, conferindo maior prestígio à atividade econômica, com justificada mitigação do direito de propriedade.

A Lei do Inquilinato previu, em seu artigo 45, a nulidade da cláusula de renúncia ao direito a ação renovatória, com a finalidade de proteger o fundo de comércio do lojista em relações em que haja vulnerabilidade do lojista. Sendo assim, o lojista, preenchendo os requisitos previstos no artigo 51 da mesma lei, tem direito a renovação do aluguel.

Ocorre que, embora, em regra, relações entre empreendedor e lojista sejam marcadas pela vulnerabilidade deste último, há também aquelas em que isso não se verifica, identificando-se relação contratual empresarial em que ambos os contratantes têm capacidade de negociação equivalente.

Nesses casos, não haveria necessidade da proteção do artigo 45 da LL ao lojista.

Desse modo, parece possível aventar hipóteses em que, havendo paridade de forças entre os contratantes nas locações em shoppings, seja válida a cláusula contratual de renúncia ao direito a ação renovatória, mesmo que o lojista preencha os

requisitos do artigo 51.

Nesses peculiares casos, que se pretende descrever adiante, embora o contrato seja regido pela Lei do Inquilinato, a vontade das partes deve prevalecer.

A sustentação desse ponto de vista depende, em primeiro lugar, da avaliação da extensão da nulidade prevista no artigo 45 da LL.

A avaliação conjunta da nulidade da cláusula que afasta o direito à renovação da locação (artigo 45 da LL) com a regra prestigiadora da autonomia privada nas relações entre shoppings (artigo 54 da LL) permite que, em juízo de ponderação, adotem-se as reflexões de Cristiano Heineck Schmitt que, em obra que se volta ao estudo do CDC – em que, portanto, a avaliação do conceito de nulidade é necessariamente mais restrita do que para as locações, que a esse diploma legal não se sujeitam –, conclui que as cláusulas nulas podem sim ser relativizadas, quando o interesse particular for predominante (**Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 83).

Ora, se até mesmo a relação de consumo, sujeita a lei de ordem pública, pode merecer relativização das nulidades que consagra (veja-se, em caso semelhante, a Súmula nº 381 do STJ), desde que mantidos direitos básicos do consumidor, nada impede que em relação de equilíbrio como nas locações em shopping center, considere-se que a nulidade do artigo 45 seja avaliada à luz do caso concreto, com amparo no artigo 54 da LL e na autonomia privada consagrada no artigo 421 do CC: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Feitas tais considerações, não há razão para afastar de plano a validade de cláusulas de renúncia à renovatória de locação em contratos celebrados em shopping centers, desde que se identifiquem no contrato determinados requisitos necessariamente cumulativos: ausência de vulnerabilidade e justificativa expressa para o ajuste.

No que tange à vulnerabilidade, sua ausência haverá de ser constatada no caso concreto. Poderão ser avaliadas as condições econômicas das partes (tanto do shopping quanto do lojista locatário), sua potencialidade comercial e de atração de clientela, a conveniência de sua atividade para o sucesso do empreendimento etc.

E a contrapartida da renúncia, por sua vez, deve ser expressa. Assim, é possível imaginar contrato em que a cláusula de renúncia à renovatória seja compensada por um longo prazo contratual, condições

diversas de pagamento e participação em resultado ou renúncia à ação revisional de aluguel pelo shopping. Tais requisitos, não necessariamente cumulativos, deverão de ser, tal como a vulnerabilidade, ponderados caso a caso, para que seja possível concluir pela proporcionalidade das concessões.

Em conclusão: será possível reconhecer a validade da cláusula de renúncia à renovatória em locações de shopping centers desde que preenchidas as condições de equilíbrio entre as partes e identificadas contrapartidas específicas para a renúncia, tudo a ser avaliado à luz de cada hipótese concreta.



USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA – UM FACILITADOR NA REGULARIZAÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL

JOÃO BAPTISTA DE MELLO E SOUZA NETO
BÁRBARA PASSOS DOMINGUES DE OLIVEIRA
MILENA SANCHES BERBEL

1. Introdução

A maneira pela qual a propriedade se adquirir é regida pela lei de um país. No caso brasileiro, quando se trata de transmissões derivadas¹ decorrentes da vontade das partes, como nas doações e compra e venda, adota-se o sistema dúplice ou complexo: a formalização do ato por um documento (normalmente uma escritura pública) e a inscrição deste ato junto ao Oficial de Registro de Imóveis, momento em que, juridicamente, a propriedade é transferida.

Os agentes delegados que funcionam nestas operações têm o dever jurídico e, pois, a decorrente responsabilidade civil, quanto à análise da documentação produzida e/ou apresentada, de modo a aumentar a segurança das partes envolvidas no negócio.

Mesmo quando a transmissão derivada não depende da vontade do transmitente, como no caso da morte do proprietário original, nada obstante a propriedade se transmita no ato do falecimento², o sistema pátrio exige a produção de um título (formal de partilha ou semelhante), que é levado ao registro para controle da disponibilidade do bem deixado pelo morto.

Os atos de registro não são feitos pela livre vontade do Oficial Registrador. Este é obrigado a aplicar as regras constantes da legislação, principalmente da Lei nº 6.015/1973, além da normatização administrativa respectiva (emitida pelas

Corregedorias Nacional e Estaduais), chamando-se de “qualificação” esta atividade de aferição do título levado a registro com conclusão sobre sua aptidão, ou não, para a inscrição e, pois, a transmissão da propriedade do imóvel.

Estas noções interessam ao presente trabalho na medida em que, por vezes, a legislação impede o registro da escritura de aquisição de um imóvel por motivos, muitas vezes, quase impossíveis de serem solucionados.

Um exemplo não tão comum, mas também não tão infrequente, hoje bem mais reduzido em decorrência do tempo transcorrido: o regime legal de bens, automático, antes de 1977, era o da comunhão universal. Logo, não havia necessidade, para os proprietários casados em tal regime de bens, de realização e registro do chamado “pacto antenupcial”. Com a mudança havida na lei, de que o regime legal de casamento passou a ser o da comunhão parcial, muitos casais, naqueles primeiros momentos da nova lei, casaram-se pela comunhão universal (como era o hábito à época), mas não elaboraram nem registraram os respectivos pactos antenupciais. Do registro do imóvel, constava: proprietários fulano e fulana, casados no regime da comunhão universal de bens posteriormente a 1977. Assim configurada a matrícula do imóvel, este era alienado por meio de escritura ou de compromisso de compra e venda e, quando tentado o registro, este era negado, pela falta de apresentação e registro do pacto antenupcial que elegera a comunhão universal de bens. Os compra-

¹ Derivadas são as transmissões feitas a partir do proprietário anterior. Tem como principal característica a entrega, ao novo proprietário, das mesmas características havidas no domínio do proprietário antigo. Ou seja, são transmitidas qualidades e os defeitos jurídicos da relação anterior.

² Princípio da saisine, art. 1.784 do Código Civil.

dores, que levavam seus títulos nesta condição a registro alguns anos após o negócio, não conseguiam a inscrição em seu nome. E, às vezes, não conseguiam mais localizar os vendedores para saber se havia ou não o tal pacto, devidamente registrado; ou, ainda, encontravam o casal vendedor, que relatava que nunca fizeram o pacto; e que nem fariam, porque separados/divorciados já estavam... Como regularizar esta aquisição?

Assim, quando não há meio derivado de aquisição da propriedade (como no caso de quem comprou o imóvel de posseiro) ou quando, embora haja, ocorra vício registrário que impeça o negócio, a solução para a regularização do domínio está em se buscar a declaração de aquisição por usucapião, cujo sistema clássico, judicial, será melhor descrito no item 2, abaixo.

2. Noções sobre a usucapião e o respectivo procedimento judicial

A usucapião é um modo originário de aquisição da propriedade móvel ou imóvel por meio da posse ininterrupta durante certo lapso de tempo, com obediência a certos requisitos legais.

Existem diferentes espécies de usucapião, sendo que algumas delas estão previstas na Constituição Federal, no Código Civil ou até mesmo em legislação especial.

O Código Civil dispõe sobre as seguintes espécies: a) Usucapião Extraordinária disciplinada no artigo 1.238 do Código Civil, sendo seus requisitos: estar na posse sem interrupção ou oposição por 15 anos (o prazo será reduzido para 10 anos se a posse for qualificada, ou seja, tenha sido tornada produtiva ou utilizada para moradia), independentemente de justo título ou boa-fé; b) Usucapião Ordinária, disposta no artigo 1.242 CC, sendo seus requisitos: estar na posse por 10 anos, como ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacífica além de justo título e boa-fé. Nessa segunda espécie, a ordinária, o prazo será reduzido para 5 (cinco) anos, se o imóvel for adquirido onerosamente, com base em registro do respectivo cartório que tenha sido cancelado posteriormente, e ademais tenha estabelecido moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. Há, também, a: c) usucapião familiar, introduzida pela Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011, prevista no artigo 1.240-A CC, e que tem como requisito exercer, por 2 (dois) anos, ininterrupta-

mente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m², cuja propriedade tenha sido dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família. É importante salientar que esse direito da usucapião familiar não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

A Constituição Federal estabelece as seguintes espécies: a) Usucapião Especial Rural, que tem como requisitos não ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano, estar na posse por cinco anos ininterruptos e sem oposição em área de terra em zona rural não superior a 50 hectares, e ainda torná-la produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia; b) Usucapião Especial Urbana que tem como requisito possuir, como sua, área urbana de até 250 m², por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não possua outro imóvel urbano ou rural.

A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2011 (Estatuto da Cidade), dispõe ainda acerca da Usucapião Coletiva, que tem como base os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a 250m² por possuidor. É também requisito que os usucapientes não tenham outro imóvel.

O efeito principal da usucapião é o reconhecimento da aquisição da propriedade ao possuidor. Quando estiverem presentes os pressupostos legais, considera-se adquirido o domínio pelo simples decurso do lapso de tempo previsto na lei. Por se tratar de uma forma de aquisição originária, a propriedade é transmitida ao patrimônio do adquirente sem qualquer tipo de vício ou limitação que porventura pudessem existir em relação aos antigos donos. O usucapiente adquire simplesmente, sem ter qualquer relevância a propriedade anterior que existiu sobre o bem.

3. O Sistema do CPC sobre Usucapião Judicial

Anteriormente, no Código de Processo Civil de 1973, a ação de usucapião era considerada um procedimento especial, estabelecido entre os artigos 941 a 945. Estes artigos, de uma forma geral, esclareciam a legitimidade para a ação, sendo esta do possuidor; exigia-se na petição inicial o fundamento do pedido, bem como a planta do imó-

vel. Além disso, seria necessário proceder à citação daquele em cujo nome estivesse registrado no imóvel, dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados. Os representantes da Fazenda Pública da União, dos Estados e dos Municípios seriam intimados para manifestação ao interesse na causa, sendo a intervenção do Ministério Público obrigatória. Por fim, a sentença julgada procedente seria transcrita, mediante mandado, no Registro de Imóveis.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, a ação de usucapião passou a não fazer mais parte dos procedimentos especiais. Todavia, isso não significa dizer que esse tipo de ação é vedada atualmente; apenas irá seguir o procedimento comum do Novo CPC. Quem possui a legitimidade de postular a ação é o possuidor, devendo este requerer a citação da pessoa cujo nome estiver registrado no imóvel. Também são necessárias as citações dos lindeiros, Fazenda Pública, e demais interessados, além da citação por edital, conforme dispõe o artigo 259, I, do CPC/2015, devendo o representante do Ministério Público intervir, pois se trata de matéria social relevante, conforme dispõe o artigo 178, inciso I, do Código de Processo Civil. No que concerne à citação, o Código dispôs, no artigo 246, §3º, que “Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada”. Com essa redação, o Código resolveu a divergência que existia se era ou não necessária a citação do condomínio ou outros condomínios, deixando expressa a sua desnecessidade. Quanto à sentença que reconhece usucapião, esta terá natureza meramente declaratória e será transcrita em Registro de Imóveis.

Em suma, apesar da ação de usucapião não ter mais previsão específica como um procedimento especial, na prática, ela continua seguindo as mesmas diretrizes anteriores, pois são peculiaridades entendidas como necessárias para um eficiente andamento do processo.

Hoje em dia, os Tribunais estão congestionados de ações de usucapião, as quais podem ter sua duração variada diante das peculiaridades de cada processo. Um tempo mínimo a ser estimado para uma ação de usucapião judicial é por volta de 2 anos, quando, por exemplo, a ação não é contestada por ninguém, ou nos casos em que a perícia

pode ser dispensada. No entanto, existem processos que podem perdurar por muito mais tempo, sendo sua efetividade totalmente afetada pela morosidade processual.

4. Usucapião extrajudicial

Percebe-se do quadro exposto no item 2, supra, que o somatório dos requisitos legais e procedimentais, associados à quantidade de feitos que assolam nosso Judiciário, tornam a regularização da propriedade, via usucapião, algo complexo, custoso e trabalhoso.

Entretanto, diante da opção do legislador de utilização dos serviços extrajudiciais como efetivos auxiliares da Justiça (e não meros burocratas), o processamento extrajudicial dos pedidos, nos casos em que cabível tal forma, otimiza o tempo e o resultado da regularização da propriedade, com os respectivos benefícios a todos os envolvidos, especialmente os proprietários, posto que domínio irregular significa, como se sabe, grande esvaziamento no valor econômico do bem.

A Lei dos Registros Públicos (nº 6.015/1973), com a atual redação do artigo 216-A, permitiu o uso dos Tabeliães de Notas e o Oficial de Registro de Imóveis para realização do procedimento extrajudicial de usucapião.

Nesses casos, segundo a disciplina do Conselho Nacional de Justiça (Provimento 65/2017), o interessado, representado por advogado (mesmo que defensor público), postula o reconhecimento da usucapião em petição – dirigida ao Oficial de Registro de Imóveis competente –, na qual indica a modalidade da usucapião pretendida; a descrição do imóvel, confrontantes, confinantes e o proprietário que atualmente consta do registro.

O pedido será instruído com uma ata notarial, preparada por um Tabelião de Notas do Município em que localizado o imóvel, a pedido do interessado, documento este que conterá os requisitos do artigo 4º do citado Provimento, notadamente a descrição do imóvel e as características da posse, inclusive o tempo respectivo. O Tabelião de Notas poderá ouvir, quando da lavratura da ata notarial, os interessados, os confrontantes e outras testemunhas relacionadas à existência da posse antiga.

Também providenciará o interessado a junta de planta e memorial descritivo sobre a área que se pretende a declaração de usucapião.

Havendo título ou outros documentos indicativos de início/aquisição da posse, também deverão ser juntados.

Recebido o pedido, devidamente instruído, o Oficial de Registro de Imóveis providenciará a notificação dos confrontantes/interessados, que não anuíram com a planta/memorial descritivo apresentados, utilizando-se editais para aqueles não notificados por estarem em local incerto e não sabido.

Findo o prazo para impugnações e estando em termos o pedido, o Oficial de Registro de Imóveis defere o pleito e registra a usucapião, regularizando o domínio.

Havendo impugnações fundamentadas, não solucionadas com a tentativa de mediação do Oficial de Registro, o pleito é indeferido, com entrega

dos autos ao interessado/promovente que, querendo, pode adaptar o pedido e reapresentá-lo ao juiz competente, a quem caberá dirimir a controvérsia.

5. Conclusão

Os diversos casos de usucapião em que não há contestação dos ex-proprietários ou dos vizinhos certamente serão muito mais rapidamente resolvidos com a adoção do procedimento extrajudicial, deixando a cargo do Judiciário a solução daqueles casos em que há controvérsia fático-legal, a depender de atividade cognitivo-decisória de um juiz de Direito.

A utilização adequada do caminho extrajudicial será, sem dúvida, um grande benefício para partes e advogados, que, com a celeridade necessária, obterão os ganhos decorrentes da regularização da titulação do bem imóvel.



OS REFLEXOS DOS DISTRATOS DE PROMESSA DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEIS INTEGRANTES DE INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

JOSÉ VICENTE AMARAL FILHO
KÁTIA ALESSANDRA MARSULO SOARES

É de vasto conhecimento que, no Brasil, a construção civil, por meio da incorporação imobiliária, exerce um papel fundamental para o fortalecimento da economia, servindo como um termômetro eficaz para balizar, dentre outros fatores, a saúde econômica do país.

A incorporação imobiliária, portanto, é uma atividade que desperta interesse em diversos segmentos, quer seja por parte de investidores, construtores, economistas, políticos ou consumidores finais, funcionando como uma verdadeira “*unidade econômica autônoma*”¹, que é regida pela Lei nº 4.591/1964.

Com a recente e notória crise econômica enfrentada pelo nosso país, que atingiu fortemente a indústria imobiliária, um tema árduo e preocupante ganhou espaço no campo econômico e, sobretudo, no campo jurídico, qual seja, o crescente volume de resoluções e resilições de instrumentos particulares de promessa de venda e compra de imóvel, firmados entre as incorporadoras e os consumidores adquirentes, motivados na primeira hipótese pelo inadimplemento do preço e, na segunda, pela confessa dificuldade financeira dos adquirentes em prosseguir com o negócio ou simplesmente pelo temor de não conseguirem honrar com o pagamento das parcelas do preço das unidades.

Esse cenário trouxe grandes embates entre as incorporadoras e os adquirentes, impactando inclusive no prazo de execução das obras, criando forte insegurança jurídica, especialmente para o incorporador, diante da incerteza de manutenção do contrato de venda e compra até o seu termo.

Isso porque, embora a legislação vigente tenha trazido instrumentos para assegurar a conclusão das incorporações imobiliárias, os desfazimentos das promessas de venda têm sido fonte de longas disputas judiciais entre os adquirentes e as

incorporadoras, e os nossos tribunais continuam caminhando no sentido de priorizar o interesse do adquirente, ainda que o negócio seja resolvido por culpa exclusiva deste.

A título de elucidação do sistema normativo pátrio, que está à deriva das decisões judiciais, destacamos que a Lei nº 4.591/1964, artigos 31-A e seguintes, e a Lei nº 11.101/2005, artigo 119, IX, regulamentam e asseguram a vinculação das receitas compostas pelo fluxo de pagamento do preço à proteção do patrimônio incorporado. É o chamado instituto do patrimônio de afetação, que segrega todos os bens e direitos de determinada incorporação, com o objetivo de conclusão do empreendimento imobiliário e transferência da posse e propriedade das unidades aos adquirentes.

Além disso, o § 2º do artigo 32 da citada Lei nº 4.591/1964 prevê a irretratabilidade das promessas de venda e compra.

Igualmente, o artigo 63 da Lei nº 4.591/1964 e o artigo 1º, VI e VII, da Lei 4.864/1965, dispõem de mecanismo de recomposição do capital da incorporação, no caso de inadimplemento do preço, mediante a realização de leilão extrajudicial, e, ainda, o artigo 833, XII do Novo Código de Processo Civil, estabelece a impenhorabilidade dos créditos advindos das vendas das unidades integrantes do empreendimento.

Importante também ressaltar a modificação do Decreto Lei 745/1969 pelo artigo 62 da Lei nº 13.097/2015, que trouxe a possibilidade de rescisão imediata dos instrumentos de venda e compra, observados os parâmetros ali dispostos.

Feito esse breve introito, o presente artigo objetiva, sem a pretensão de esgotar o tema, abordar os reflexos causados pelas extinções dos instrumentos particulares de promessa de venda e compra de bem imóvel, por causas supervenientes à

¹ CHALUB, Melhim. *Da incorporação imobiliária*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010.

sua formação, ou seja, por resolução e resilição, atendo-se com mais enfoque à figura do distrato, como espécie de resilição, e às resoluções judiciais motivadas pelo inadimplemento do adquirente consumidor, pontuando, inclusive, a visão, a nosso ver, equivocada de parte dos nossos tribunais acerca da possibilidade de resolução do contrato de venda e compra com pacto de alienação fiduciária, celebrado à luz da Lei nº 9.514/1997.

Para tanto, iniciamos um passeio pelos conceitos doutrinários e legais das figuras jurídicas em tela, apresentando um apontamento acerca da legislação civil vigente, os debates enfrentados pelos nossos tribunais e os entendimentos jurisprudenciais sobre o assunto.

Com efeito, no que toca à extinção das obrigações, é comum se deparar com equívocos terminológicos e conceituais, a exemplo da generalizada denominação de rescisão contratual para todo o tipo de desfazimento do negócio jurídico.

Da Resolução

A resolução é o meio de dissolução do contrato aplicado para os casos de inadimplemento, de modo que, havendo descumprimento da obrigação ajustada, por qualquer das partes, operar-se-á tecnicamente a resolução do vínculo contratual, podendo ser decretada judicialmente ou extrajudicialmente, hipótese última diante do inadimplemento do adquirente, que é tida como resolução de pleno direito, à luz do Decreto Lei nº 745/1969 e o artigo 62 da Lei nº 13.097/2015.

Da resilição

Já a resilição é o desfazimento de um contrato por manifestação de vontade, de uma ou de ambas as partes, não estando associado ao descumprimento, mora ou inadimplemento da obrigação contratual pactuada.

A resilição pode ser unilateral (denúncia, artigo 473 NCC) ou bilateral, que é, dentre outras hipóteses, o caso do distrato (artigo 472 NCC).

Do Distrato

Para Orlando Gomes², o distrato constitui uma espécie de resilição do negócio jurídico, eis que, de um lado, encerra o contrato para o futuro e, de outro, representa uma modalidade de revogação, expressando o “*contrarius consensus*” dos contratantes.

O artigo 472 do Novo Código Civil consagra

o *contrarius consensus* e, para Pontes de Miranda, a figura prevista neste dispositivo representa “o contrato pelo qual se desfaz a relação jurídica de dívida existente, ou, se a dívida ainda não existe, contrato pelo qual se desfaz o vínculo de que se irradiariam as dívidas futuras”³

Disso resulta, em suma, que o distrato elimina a eficácia do negócio quanto ao futuro, pautado no mútuo consenso entre os distratantes.

Do objeto do Distrato

A rigor, toda relação contratual pode ser distratada, respeitados os princípios basilares contratuais da boa-fé, probidade, função social do contrato e os limites da autonomia privada (artigos 421 e seguintes do Novo Código Civil), observada, como condição, que “os efeitos do contrato ainda não estejam exauridos pelo cumprimento”⁴, isto é, a execução, ou o adimplemento, põe fim ao vínculo contratual por meio da consecução do seu objeto, não sendo neste caso suscetível de ser distratado.

Da irrevogabilidade e da irretratabilidade da promessa de venda e compra

No campo do direito imobiliário, a legislação vigente (artigo 32, §2º da Lei nº 4.591/1964) assegura aos instrumentos de promessa de venda e compra de imóvel a sua irrevogabilidade e irretratabilidade, como meio de segurança jurídica às partes e, sob a ótica do regime jurídico da incorporação, um meio hábil e eficaz de manutenção do lastro do ativo da incorporação, advindo do produto das vendas das unidades condominiais, de modo a salvaguardar, em última análise, os interesses de toda coletividade composta pelos demais adquirentes consumidores e de forma a garantir a conclusão da obra.

A despeito disso, é sabido que as partes, de comum acordo e antes da consecução do objeto pactuado, podem distratar a promessa de venda e compra, pondo fim à relação contratual e estabelecendo um percentual de devolução do preço pago e a forma de sua restituição, respeitados, por óbvio, os princípios norteadores do direito contratual.

Portanto, o distrato (resilição bilateral – artigo 472 NCC) da promessa de venda e compra também afeta os interesses dos demais adquirentes das unidades habitacionais integrantes da mesma incorporação em desenvolvimento, uma vez que retira da incorporação recursos necessários à sua finalização.

² GOMES, Orlando. *Contratos*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense: 1975.

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado. Rido de Janeiro: Borsó, 1975, v.25, p.281, § 3078.*

⁴ GOMES, *op. cit.*

Melhim Chalhub⁵ discorrendo sobre o assunto, ressalta que: “Entre as peculiaridades do contrato de incorporação que despertam especial atenção, está o aspecto associativo de que se reveste e a circunstância de que a contribuição pecuniária da totalidade dos adquirentes é indispensável para o cumprimento de sua função econômica e social. Dada essa circunstância, ao se apreciar o interesse de determinado adquirente em desfazer isoladamente de seu contrato, não se pode desprezar o interesse dos demais comunitários, pois, como observa o Ministro Cesar Asfor Rocha: “Se não for assim, o comprador teria sempre uma situação cômoda: se o bem adquirido não se valorasse no mesmo patamar do dinheiro corrigido, ele se desvincularia da promessa de compra e venda pactuada; caso contrário, se a valorização fosse superior ao dinheiro corrigido, ele manteria o vínculo contratual”.

No mesmo sentido, mas direcionada à restituição do valor pago pelo consumidor adquirente, citamos entendimento preconizado no Recurso Especial de relatoria do Ministro Ari Pargendler, cuja sessão foi presidida pelo saudoso Ministro Carlos Alberto Direito: “Não se pode transformar o contrato de compra e venda em contrato de poupança, e a tanto equivale um contrato que autorizasse o comprador de um imóvel, financiado por 10 anos a pedir a devolução do que pagou porque no quinto ano não tinha condições de honrar as obrigações que assumiu. Não haveria mais segurança em contrato de compra e venda de imóveis, gerando graves consequências no sistema econômico”⁶.

Destarte, muito embora a legislação civil pátria consagre a irrevogabilidade da promessa da venda e compra e disponha de mecanismos de proteção à efetividade da incorporação imobiliária e também de segurança à coletividade dos adquirentes, esse tema está longe de estar uniformizado pelos nossos tribunais.

Dos embates judiciais

A Corte Judicial brasileira vem sendo abarrotada por demandas judiciais promovidas pelos adquirentes consumidores, objetivando o desfazimento do negócio de venda e compra, ou a anulação e revisão das cláusulas pactuadas em sede de distrato, a fim de revogar, em parte, os termos pactuados, na busca da restituição, em parcela única e imediata, do preço até então pago e em quantia superior àquela avençada livremente entre as partes, invocando, para tanto e, via de regra, a

Lei Consumerista.

Além disso, em face do inadimplemento do preço, por parte dos adquirentes consumidores (resolução por inadimplemento), as incorporadoras viram-se obrigadas a se socorrer do Judiciário, para a liberação do vínculo contratual, deparando-se com decisões desuniformes, as quais, em sua esmagadora maioria, priorizam o interesse do adquirente consumidor, enquanto o sistema legal confere a primazia ao interesse comum da coletividade.

As decisões judiciais, de forma recorrente, vêm determinando a restituição de valores em percentuais elevados (que variam entre os percentuais de 75% a 90% das quantias pagas) e sempre em parcela única, comprometendo, sobremaneira, a saúde financeira da incorporação imobiliária e desrespeitando os regramentos do instituto do Patrimônio de Afetação, onde todos os recursos devem ser canalizados para a consecução da incorporação.

Também na esfera judicial, passamos a nos deparar com ações invocando a nulidade do leilão realizado pelas incorporadoras, por aplicação do artigo 63 da Lei nº 4.591/1964 e artigo 1º da Lei nº 4.864/1965. A esse respeito e em que pese a arrematação ocorrida em sede do leilão estar legalmente fundamentada, os adquirentes defendem e buscam em Juízo a restituição de parte do preço por eles pago, amparando-se, em regra, no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, no que toca à resolução de pleno direito de contrato de promessa de venda vinculado à incorporação imobiliária, lembramos que o Decreto Lei nº 745/1969 foi alterado pelo artigo 62 da Lei nº 13.097/2015, que explicitou que o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora. Nessa hipótese dá-se a resolução do contrato, permitindo ao incorporador a livre disposição do imóvel. Dada à atualidade desse dispositivo legal, ainda não temos conhecimento de debates conclusivos na esfera judicial a respeito.

Sob outra ótica, a título de informação e projeção da matéria em exame, destacamos posição minoritária do Tribunal de Justiça brasileiro, no sentido de reconhecer a possibilidade de resolução do contrato de venda e compra com pacto de alienação fiduciária, a despeito de existir, como cedição, regramento próprio à luz da Lei nº 9.514/1997,

⁵ CHALUB, Melhim. *Da incorporação imobiliária*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 210, p. 330-337.

⁶ REsp 59.870-SP, 3ª Turma do STJ, decisão unânime, j. 16.11.99, publicado em 07.02.2000, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, a.12 (129): 246-257. Relator Ari Pargendler: Civil: Compra e venda de imóvel resiliada pela vontade unilateral do adquirente. Código do Consumidor

que assegura ao credor, por meio da execução da garantia da alienação fiduciária, o direito de tomar as medidas preconizadas no dispositivo legal, que culmina com a realização de leilão do imóvel, com o fim último de receber o seu crédito.

Vale dizer, muito embora a motivação do desfazimento do negócio esteja relacionada em todas as hipóteses antes reportadas à dificuldade financeira ou o inadimplemento do próprio adquirente (culpa do consumidor comprador) e o ordenamento jurídico vigente consagre o entendimento de que, neste caso primeiro, deve-se recompor o fluxo do ativo financeiro da obra com recursos da venda dos imóveis (Lei nº 4.591/1964, modernizada pela Lei nº 10.931, de 2004; reforçado pelo Novo Código de Processo Civil, artigo 833, XII), instalou-se na Corte Judicial brasileira, dentre outros, alguns importantes pontos de debate: (i) a validade e a eficácia jurídica do distrato de promessa de venda e compra e a possibilidade de anulação e/ou revisão de suas cláusulas; (ii) a validade e eficácia jurídica do leilão extrajudicial; (iii) a regularidade e legalidade da fixação do percentual de retenção, a título de multa, pelo vendedor incorporador, da quantia paga a título de preço e a forma de sua restituição; (iv) a possibilidade de resolução judicial de contrato de venda e compra com pacto de alienação fiduciária; (v) a desconsideração da irrevogabilidade e irretroatividade da promessa de venda e compra.

O tema ainda é árido e não está consolidado pelos nossos tribunais.

Do posicionamento jurisprudencial

Quanto à validade e eficácia do distrato (resilição bilateral), parte dos julgadores caminha no sentido de que, inexistindo vício de consentimento na fixação do percentual de devolução das quantias pagas e estando o negócio aperfeiçoado entre as partes, não haveria que se falar em anulação e/ou revisão de seus termos; há, nesta hipótese, portanto, pleno reconhecimento da validade e eficácia jurídica do distrato avençado pelas partes e, portanto, prevalência da autonomia privada dos pactuantes e dos interesses da coletividade composta pelos demais adquirentes⁷.

Outra parte majoritária, contudo, aplicando a Lei Consumerista (artigo 51, §1º, II e artigo 53 do

Código de Defesa do Consumidor), entende que há vantagem excessiva à incorporadora, com a ocorrência de desequilíbrio contratual – na retenção fixada em determinados percentuais (como, por exemplo, percentuais superiores a 25% do valor total pago a título de preço), devendo, nesse caso, ser reconhecida a anulação ou a revisão do distrato. Há muitos julgados que, constatando o atraso na obra, reconhecem a nulidade do distrato e determinam a devolução integral dos valores pagos pelos adquirentes⁸.

Com efeito, seja para revisar os termos pactuados em sede de distrato, seja para julgar resoluções judiciais promovidas com base no inadimplemento do consumidor adquirente, há uma forte controvérsia sobre o tema debatido nos nossos tribunais.

De um lado, sustenta-se que a base de cálculo dessa multa é o valor do contrato e que a restituição ao comprador deve ser paga depois da conclusão do empreendimento, com vistas à recomposição do fluxo financeiro da incorporação.

De outro lado, defende-se que a multa deve incidir sobre o valor pago pelo adquirente e que a restituição deve ser imediata (Súmula 543 do STJ⁹).

Seja como for, ambas as correntes visam proteger o consumidor, em detrimento dos prejuízos evidentes sofridos pelas incorporadoras com o desfazimento da relação contratual. A jurisprudência atual permanece priorizando o interesse individual do adquirente, independentemente dessa restituição imediata vir a gerar problemas no desenvolvimento da incorporação, desprezando a necessidade de averiguação das perdas e danos causados pela inesperada ruptura do contrato irretroatível.

Outrossim, no que diz respeito à validade e eficácia jurídica do leilão realizado à luz do artigo 63 da Lei Nº 4.561/1964 e artigo 1º da Lei nº 4.864/1965, destacamos entendimento preconizado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.399.024-RJ, que faz uma interpretação ao citado artigo 63, §1º da Lei nº 4.591/1964, no sentido de validar a realização de leilão extrajudicial, observando, contudo, ser imprescindível que a opção de sua realização conste

⁷ *Apelação nº1063192-22.2016.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Relator Des. Natan Zalinski de Arruda, decisão unânime, j. 14.02.2018.*

⁸ *Apelação Cível nº 70075776716, 17ª Câmara Cível do TJRS, Relator: Gelson Rolim Stocker, julgado em 25/01/2018.*

⁹ *Apelação nº 00166325820128190202, 26ª Câmara Cível do Consumidor do TJRJ, Relatora Ana Maria Pereira de Oliveira, decisão unânime, j. 23.02.2017, p. 03/03/2017.*

⁹ **Súmula nº 543 do STJ** – “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - **integralmente**, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento”.

expressamente no contrato de promessa de venda e compra. Além disso, tal julgado sedimenta o entendimento de que a prévia interpelação do devedor, para fins de constituição da mora, revela-se elemento satisfatório para garantir o exercício do contraditório, concluindo que esse instrumento consiste na extinção do contrato e na rápida satisfação das perdas e danos.

De outro lado, de forma surpreendente, porquanto totalmente imprópria e tecnicamente injustificada, a nosso ver, ainda no campo da resolução do negócio, alguns julgados proferidos pelos nossos tribunais preconizam o entendimento de que é possível resolver o contrato de compra e venda com o pacto de alienação fiduciária (contrato de garantia e não compromisso de venda e compra puro), ignorando, assim, o procedimento especial disposto pela Lei nº 9.514/1997, que permite ao credor a plena execução da garantia, no caso de mora e inadimplemento do adquirente, mediante a consolidação da propriedade e realização do leilão do imóvel.

Nesses casos, denota-se que grande parte dos demandantes é inadimplente e aproveita o ensejo para atacar o leilão realizado na conformidade da citada Lei nº 9.514/1997. Porém, ainda assim, uma parte dos nossos tribunais (a exemplo da Colenda 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP¹⁰) vem decretando a resolução dos contratos de alienação fiduciária, onde já houve a transferência da propriedade, ainda que de forma resolúvel, como se fossem promessas de venda e compra, estabelecendo percentuais de devolução de parcelas com os mesmos critérios acima expostos, ignorando o procedimento específico estabelecido pela Lei da Alienação Fiduciária, que prevê ao credor fiduciário o direito de executar a garantia, verificado o atraso de pagamento e o prazo de carência fixado no contrato, donde poderá resultar no convalidamento do vínculo contratual, se purgada a mora, ou na expropriação do direito do devedor fiduciante, se este permanecer inerte.

Nas lições de Melhim Namem Chalhub¹¹ “a alienação fiduciária é espécie de negócio que se utiliza a transmissão da propriedade para fins de garantia”. Ressalta o jurista que “a alienação fiduciária é contrato de garantia, pelo qual o proprietário de determinado imóvel o transmite

ao credor em caráter resolúvel, vinculando-o ao cumprimento da obrigação. Cumprido o contrato principal, o credor dá quitação ao devedor-fiduciante, seguindo-se o cancelamento da garantia no Registro de Imóveis e a reversão da propriedade ao antigo devedor-fiduciante. É contrato de garantia; acessório”.

Disso resulta que, na alienação fiduciária o credor transmite a propriedade resolúvel e a posse direta, sendo, portanto, inconcebível a resolução deste contrato pela via judicial, afigurando-se, uma verdadeira impropriedade jurídica, o reconhecimento e a procedência de tal pleito, por parte de nossos tribunais.

Vale dizer, diferentemente dos compromissos de venda e compra, nos quais a resolução do negócio por inadimplemento se opera mediante a devolução de parte dos valores pagos, é certo que no contrato de alienação fiduciária eventual restituição ao devedor fiduciante equivalerá ao saldo remanescente do leilão, se houver. Daí porque, a nosso ver, é gritante o equívoco cometido por parte de alguns julgadores brasileiros.

Conclusão

O mercado imobiliário atual vem sofrendo enormes prejuízos, com a flagrante ameaça ao êxito da realização das incorporações imobiliárias, em virtude das inúmeras demandas judiciais que buscam as resoluções de promessas de venda irrevogáveis e irrevogáveis e revisões de distratos; demandas estas as quais, a despeito de um notável sistema legal protetivo, vêm sendo julgadas pelos nossos tribunais, à deriva do ordenamento jurídico específico, priorizando exclusivamente o interesse do adquirente, com a determinação de devolução de parte substancial dos valores pagos, em detrimento ao interesse de toda coletividade integrante da incorporação, gerando descapitalização das incorporadoras, esvaziamento de garantia dos recursos financeiros necessários à conclusão das obras e muita insegurança jurídica.

Entendemos que a questão de recomposição do ativo capitalizado da incorporação, preconizada pela Lei nº 4.591/1964, e da impenhorabilidade dos créditos advindos das vendas das unidades integrantes do empreendimento (artigo 833, XII, do NCPC), a par da multa pelo inadimplemento,

¹⁰ TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº1004004-17.2016.8.26.0127, Relatora Fernanda Gomes de Camacho, j. 4.8.2017, v.u., cujo trecho da ementa dispõe: Compromisso de Compra e Venda. Loteamento. Rescisão. Alienação Fiduciária de Imóvel que não obsta a rescisão do contrato (...).

¹¹ JSP, 5ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1007642-75.2015.8.26.0068, Relator J. L. Mônaco da Silva, j. 13.9.2017, v.u., cujo trecho da ementa dispõe: (...) Contrato Particular de Escritura de Compra e venda de Imóvel, com Pacto de Alienação Fiduciária em Garantia de Pagamento e Outras Avenças Parcial procedência do pedido Inconformismo Acolhimento parcial Rescisão do contrato possibilidade de retenção de 20% do montante pago pelo compromissário comprador para ressarcimento dos gastos com a administração do empreendimento Devolução de 80% da quantia paga (...).

¹¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário*, 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 238 e 297.

deve balizar o regramento para as resoluções ou distratos das promessas de venda, de modo a salvaguardar a plena realização das incorporações imobiliárias e os interesses da coletividade dos adquirentes.

A crise econômica do país não pode mitigar a força vinculante dos contratos dado o seu caráter irrevogável e irretroatável e se sobrepor ao sistema legal vigente, sob pena de causar desequilíbrio contratual e ofensa à isonomia entre os pactuantes. Se pensarmos na hipótese de a incorporadora, mesmo diante da crise financeira e da retração do mercado imobiliário, não estar em condições de adimplir suas obrigações contratuais, certamente o Judiciário asseveraria a sua ilicitude. O mesmo deveria ocorrer em relação ao adquirente inadim-

plente, o que, lamentavelmente, não é a realidade atual.

Conforme trecho do acórdão da lavra do Desembargador Luiz Fernando de Andrade Pinto, em recente julgado proferido em sede de Agravo de Instrumento¹², “*em um cenário de minguada atividade econômica, incentivar a potestade dos promitentes compradores desorganiza os investimentos e prejudica a gestão dos empreendimentos*”.

Há, portanto, que se buscar um compasso maior entre a aplicação da lei, a realidade econômica e a autonomia privada dos contratantes, de modo a salvaguardar os interesses de toda coletividade integrante da incorporação imobiliária.

¹² *Agravo de Instrumento nº 0003603-86.2017.8.19.0000, j. 29.03.2017, 25ª Câmara Cível PJER.*



A EVOLUÇÃO NO CONCEITO DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO NO MERCADO DE CAPITAIS BRASILEIRO

LIVIA MARIA SIVIERO BITTENCOURT HUH
ISABELLA CHRISTINA CAPASSO ABE

O Certificado de Recebíveis Imobiliários (“CRI”) foi introduzido em nosso ordenamento jurídico em 1997 pela Lei 9.514 (“Lei 9.514”), a qual foi inicialmente regulamentada pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”) nº 284, de 24 de julho de 1998, posteriormente substituída pela Instrução CVM nº 414, de 30 de dezembro de 2004, atualmente em vigor.

A Lei nº 9.514 determina que “o Certificado de Recebíveis Imobiliários - CRI é título de crédito nominativo, de livre negociação, lastreado em créditos imobiliários e constitui promessa de pagamento em dinheiro”, mas não define o que seriam créditos imobiliários.

Desde então, o mercado vem construindo o entendimento sobre a abrangência do conceito dos “créditos imobiliários”, pois não existe uma definição específica na legislação. O único parâmetro é aquele trazido pelo artigo 8º da Lei 9.514, ao estabelecer que o crédito precisa estar formalmente vinculado a um imóvel. Vejamos:

“Art. 8º A securitização de créditos imobiliários é a operação pela qual tais créditos são expressamente vinculados à emissão de uma série de títulos de crédito, mediante Termo de Securitização de Créditos, lavrado por uma companhia securitizadora, do qual constarão os seguintes elementos:

I - a identificação do devedor e o valor nominal de cada crédito que lastreie a emissão, com a individualização do imóvel a que esteja vinculado e a indicação do Cartório de Registro de Imóveis em

que esteja registrado e respectiva matrícula, bem como a indicação do ato pelo qual o crédito foi cedido”

O mercado vem evoluindo seu entendimento a este respeito, juntamente com o entendimento da CVM ao longo dos anos. As decisões de 2002 eram claramente na linha de que o crédito imobiliário se definiria pela sua origem, ou seja, correspondem a obrigações decorrentes de relações típicas do setor imobiliário, como financiamento imobiliário ou compra e venda de um imóvel.

Em 2001, no Processo RJ 2001/1981¹, decidiu-se que os aluguéis oriundos de contrato de locação registrado podiam ser considerados como créditos imobiliários, para efeito de securitização.

Neste sentido, no âmbito do processo CVM RJ2002/3032, a Procuradoria Federal Especializada, em seu parecer, esclareceu que “a intenção da lei foi estabelecer como crédito imobiliário aquele que surge dos frutos e rendimentos de um imóvel ou de negócio imobiliário. Assim, para que créditos ditos imobiliários possam lastrear uma emissão de certificados de recebíveis imobiliários, seria necessário que tais recebíveis decorressem da exploração do imóvel em questão, e não de uma atividade econômica exercida pela tomadora mediata dos recursos, mesmo que tal atividade seja realizada em um imóvel de propriedade desta. (...) Dito de outro modo, parece-me que o crédito é imobiliário pela origem e não pela destinação”² (grifei).

Em 2007, no Processo CVM nº RJ-2007-0547³, foi indeferido o pedido de registro de oferta pública da Rio Bravo por entender não ser possível a

¹ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Decisão do Colegiado da CVM. Processo RJ 2001/1981, Rio de Janeiro, 2001.

² BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Decisão do Colegiado da CVM. Processo CVM nº RJ-2002-03032, Rio de Janeiro, 2002, fl. 297.

³ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Recurso contra decisão da SRE. Processo CVM nº RJ-2007-0547, Relator Marcelo Fernandez Trindade, Interessado Rio Bravo Crédito Companhia de Securitização, Rio de Janeiro, 10 de julho de 2007.

emissão de CRI com lastro em créditos ainda não constituídos (direitos creditórios).

Mais recentemente o tema voltou a ser debatido e tivemos algumas decisões paradigmáticas, que introduziram a possibilidade de se considerar crédito imobiliário sujeito a securitização não somente aquele com origem em relações típicas do setor imobiliário, como apontado anteriormente, mas também aquele cuja destinação é voltada a operações do setor imobiliário, ou seja, créditos que, na verdade, são decorrentes de dívidas assumidas pela empresa (também chamados de CRI corporativo), destinadas ao financiamento de investimentos imobiliários.

A possibilidade de CRI por destinação foi primeiramente debatida em 2012, no caso da Rede D'or, uma rede de hospitais que pretendia securitizar um crédito oriundo de uma debênture emitida pela companhia, cujos recursos captados seriam destinados a construção de um hospital.

Neste julgamento o colegiado “unanimemente discordou da manifestação da área técnica, por entender que o fluxo de pagamento da operação proposta não estaria relacionado aos imóveis, mas ao fluxo de caixa da devedora, o que não permitiria a caracterização dos recebíveis como sendo de natureza imobiliária”⁴.

Em 2016, foi apreciado pelo Colegiado da CVM o caso da Cyrela Brazil Realty S.A. Empreendimentos e Participações, tendo também como lastro debêntures da companhia. Neste caso, porém, a CVM admitiu a caracterização do crédito como imobiliário, ressaltando, entretanto, que a empresa emissora de tal crédito deveria pertencer ao setor imobiliário, como era o caso da Cyrela (uma empresa de capital aberto, do ramo imobiliário), alegando na ocasião que a origem dos recursos seria advindo da atividade imobiliária, uma vez que o fluxo de pagamento dessa operação, apesar de não estar relacionado a imóveis, mas sim ao fluxo de caixa da devedora, poderia ser caracterizado como de natureza imobiliária, uma vez que a Cyrela tem por objeto social uma atividade imobiliária, sendo esta uma decisão a meio caminho da admissão dos CRI por destinação.

Ainda em 2016, houve o caso da BR Properties, no qual o lastro dos CRI era constituído por

debêntures de emissão da BR Properties S.A., que também tinha como lastro debêntures e também possuía como emissora uma empresa de capital aberto do ramo imobiliário. Entretanto, o pedido de registro da oferta foi indeferido, visto que os recursos captados foram direcionados, naquele mesmo mês, à aquisição de um imóvel pertencente ao Ventura II-A - Fundo de Investimento Imobiliário FII, cujo único cotista é a própria BR Properties. Assim, a CVM entendeu que a operação não tinha substância econômica⁵.

Mas, ainda que a CVM tenha indeferido o pedido, o caso da BR Properties, mencionado acima, foi precedente importante também para fixar o entendimento de que o efetivo direcionamento dos recursos a imóveis deve ocorrer até a data de vencimento dos CRI, sendo obrigação do Agente Fiduciário realizar este controle, de modo a configurar o vínculo previsto pelo inciso I do art. 8º da Lei nº 9.514/1997.

Na sequência foram realizados dois novos pedidos similares à CVM, da Aliansce Shopping Centers S.A.⁶ e de Direcional Engenharia S.A.⁷, pacificando o entendimento sobre a possibilidade de CRI por destinação, desde que (i) as empresas tenham por objeto atividade imobiliária e (ii) haja controle do efetivo direcionamento dos recursos para imóveis previamente identificados.

Com base nestes precedentes, foi editada a Deliberação CVM nº 772/17, e várias outras operações semelhantes foram aprovadas. Conforme a Deliberação CVM nº 772/17, para colocação de CRI lastreados em créditos considerados imobiliários pela sua destinação junto a investidores não qualificados, em ofertas públicas de distribuição realizadas no âmbito da Instrução CVM nº 400/03, devem ser atendidos os seguintes requisitos:

- (i) o lastro dos CRI seja constituído por créditos imobiliários devidos pelo seu emissor independentemente de qualquer evento futuro;
- (ii) o emissor dos créditos imobiliários que constituem o lastro dos CRI seja companhia aberta;
- (iii) a companhia emissora dos títulos que constituem o lastro dos CRI seja atuante no setor imobiliário, conforme consta de seu estatuto social;

⁴ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Decisão do Colegiado da CVM. Processo nº 2012/12177. Rio de Janeiro, 26 de abril de 2013.

⁵ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Decisão do Colegiado da CVM. Processo SEI nº 19957.009618/2016-30, Rio de Janeiro, 26 de junho de 2017.

⁶ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Decisão do Colegiado da CVM. Processo CVM nº 19957.009281/2016-61. Rio de Janeiro, 02 de maio de 2017.

⁷ BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Decisão do Colegiado da CVM. Processo CVM nº 19957.001682/2017-53. Nova Securitização S.A. Rio de Janeiro, 03 de maio de 2017.

(iv) conforme exigido pelo caput do art. 6º da Instrução CVM nº 414/04 para CRI destinados a investidores não qualificados, seja instituído o regime fiduciário, previsto no art. 9º da Lei nº 9.514/97, sobre os créditos que lastreiem a emissão;

(v) conforme exigido pelo § 6º do art. 7º da Instrução CVM nº 414/04 para CRI destinados a investidores não qualificados, seja elaborado ao menos um relatório de agência classificadora de risco atribuído aos CRI;

(vi) haja a previsão nos documentos da oferta de que o agente fiduciário é o responsável por verificar o direcionamento dos recursos captados a imóveis, de modo a configurar o vínculo previsto pelo inciso I do art. 8º da Lei 9.514/97; e

(vii) haja a previsão nos documentos da oferta de que o direcionamento dos recursos captados a imóveis será realizado até a liquidação dos CRI.

Uma nova evolução de entendimento se deu recentemente em 2017, no “Precedente Burger King”, referente a um pedido de registro de oferta de Certificados de Recebíveis do Agronegócio (“CRA”), por meio do qual a CVM autorizou a emissão de CRA, com lastro em debêntures emitidas pelo Burger King cujos recursos seriam destinados à aquisição de carne *in natura* da JBS S.A e Seara Alimentos Ltda.

No Precedente Burger King, por meio de seu voto, o Presidente Leonardo Pereira argumentou que para que se configure um direito creditório do agronegócio, conforme delimitação exposta no § 1º do art. 23 da Lei nº 11.076/04 (“Lei 11.076”), não seria necessário que o fluxo de pagamento dos CRA tivesse origem na atividade rural, setor alvo da emissão dos CRA, admitindo-se que tenha origem no fluxo de caixa da rede de restaurantes, desde que os recursos sejam destinados para aquisição e fomento da atividade rural.

O Precedente Burger King serviu de argumento para alteração do posicionamento da CVM para deferimento de pedido de CRI emitido pela Rede D’or São Luiz S.A., praticamente idêntico ao pedido que havia sido negado em 2012. Conforme o Memorando nº 65/2017-CVM/SRE/GER-1, a CVM entendeu ser possível que tais debêntures lastreassem um CRI, pelos seguintes motivos:

(i) Não faz sentido exigir que o objeto social da emissora seja imobiliário se, em casos de emissão de CRI com lastro em contratos de locação atípico, por exemplo, não existe esta exigência; e

(ii) A operação atende ao requisito do artigo 8º da Lei 9.514, com efetiva destinação dos recursos a imóveis previamente identificados.

Por fim, conforme Decisão do Colegiado da CVM de 16/01/2018, no âmbito do Processo CVM nº 19957.008927/2017-73, a CVM passou a admitir que:

“o empréstimo a pessoal natural com pacto adjeto de alienação fiduciária de imóvel em garantia constitui crédito imobiliário na sua origem, uma vez que o proprietário tira proveito econômico do seu imóvel, mediante a outorga da garantia real, para obter recursos a custos reduzidos. Ademais, nessa modalidade de mútuo, verifica-se a vinculação do valor de alienação do imóvel à satisfação do crédito, visto que o credor tem a segurança de receber a prestação devida a partir do produto obtido com a execução da garantia, em caso de inadimplemento.” (Precedente Home Equity)

Com base nos precedentes acima, em 27 de fevereiro de 2018, a CVM emitiu o Ofício Circular SER 01/18 (“Ofício”), por meio do qual orientou o mercado a respeito dos requisitos que devem ser observados para emissão de CRI:

“Serão considerados CRIs lastreados em créditos considerados imobiliários na sua destinação aqueles em que cumulativamente:

i. seja incluída na documentação da oferta relação exaustiva dos imóveis para os quais serão destinados os recursos oriundos da emissão, de modo a configurar o vínculo previsto pelo inciso I do art. 8º da Lei nº 9.514/1997;

ii. seja incluída na documentação da oferta a obrigação do Agente Fiduciário de verificar, ao longo do prazo dos CRI (no mínimo trimestralmente), o efetivo direcionamento de todo o montante obtido com a emissão para os referidos imóveis;

iii. seja incluída na documentação da oferta informação sobre a data limite para que haja a efetiva destinação dos recursos obtidos por meio da emissão, que deverá ser no máximo a data de vencimento dos CRI;

iv. seja incluído na documentação da oferta cronograma indicativo (montantes e datas) da destinação dos recursos obtidos por meio da emissão aos imóveis vinculados, definindo precisamente um percentual, relativo ao valor total captado na oferta, que será destinado a cada um dos referidos imóveis;

v. seja incluída na documentação da oferta informação de que qualquer alteração quanto ao percentual dos recursos obtidos com a emissão a serem destinados a cada um dos imóveis vinculados deverá ser precedido de aditamento ao Termo de Securitização, bem como a qualquer outro documento que se faça necessário;

vi. seja demonstrada a capacidade de se destinar aos imóveis vinculados todo o montante de recursos que será obtido com a emissão, dentro do

prazo dos CRI, levando-se em conta, para tal, o montante de recursos até o momento despendido, a necessidade de recursos remanescente de cada um dos referidos imóveis, bem como a destinação de recursos já programada para tais imóveis em função de outros CRI já emitidos.”

Com base na Decisão do Precedente Home Equity, no mesmo Ofício, a CVM manifestou o entendimento de que poderão constituir lastro de CRI créditos garantidos por alienação fiduciária de bem imóvel, desde que:

“i. Tais créditos sejam garantidos por bem imóvel desde a sua origem, demonstrando “que o proprietário tira proveito econômico do seu imóvel, mediante a outorga da garantia real, para obter recursos a custos reduzidos”;

ii. Tais créditos tenham como originador e cedente instituição integrante do Sistema Financeiro Imobiliário, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.514/97, contribuindo-se, dessa forma, “para a expansão das atividades desempenhadas por esse participante do mercado imobiliário”, bem como em consonância “com o entendimento que vem sendo adotado pelo Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional a respeito da qualificação do crédito imobiliário, como se vê da Circular BACEN nº 3.614/2012, relativa à letra de crédito imobiliário – LCI, e da Resolução CMN nº 4.598/2017, que regulamentou a letra imobiliária garantida – LIG”; e

iii. A garantia imobiliária cubra o valor total do crédito que está sendo utilizado como lastro na emissão de CRI.”

Diante de todo o exposto, temos hoje um entendimento pacificado de que a previsão da Lei nº 9.514/97 de “promover o financiamento imobiliário em geral” passou a ser interpretado de maneira extensiva, podendo os créditos serem considerados imobiliários, seja por sua origem ou por sua destinação.

A estruturação da securitização de crédito imobiliário por destinação, modalidade relativamente nova no entendimento da CMV, pode ter como lastro títulos de dívidas emitidos pela própria empresa. No entanto, a destinação dos recursos deverá ser única e exclusiva para pagamento de despesas com construção, expansão, desenvolvimento e reforma de determinados imóveis ou empreendimentos imobiliários, já identificados na escritura da debênture.

A proposta não é de securitizar fluxos de recebíveis da empresa contra seus clientes, decorrentes da exploração do seu objeto social, que pode ou não ser relativo ao setor imobiliário, mas sim de viabilizar investimentos no setor imobiliário através de um título como a debênture.

Resta evidente que CVM vem construindo o entendimento sobre o tema de crédito imobiliário do CRI caso a caso, por meio de apreciação do Colegiado. A possibilidade de emissão de CRI lastreado em créditos, até então, não praticados pelos ofertantes, é ampla e dependerá da peculiaridade de cada operação e seus efeitos aos investidores e ao mercado de um modo geral.



ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONDOMÍNIO DE TERRENOS

LUIS PAULO GERMANOS

1. Noção

O artigo 1.358-A do Código Civil consagrou um novo modo de ser do direito de propriedade: trata-se do *condomínio de terrenos* (ou, na dicção da lei, condomínio de lotes).

Para se alcançar sua correta compreensão e bem identificar o sistema legal a que pertence, será por meio dos princípios norteadores da propriedade horizontal que traçaremos os rudimentos dessa modalidade condominial para, ao lado daquelas que tradicionalmente se manifestam sob a forma de prédios ou conjuntos de casas térreas ou assobradadas, apresentar essa *nova* alternativa de acesso ao bem de raiz.

O condomínio edilício preserva, como uma de suas principais características, a fusão ou, nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira, a *simbiose orgânica* entre propriedade individual e propriedade comum.

A propriedade individual tem como objeto as unidades imobiliárias autônomas, que se destinam a ocupação e uso exclusivos dos seus titulares. Geralmente apresentadas sob a forma de apartamentos, escritórios, lojas, casas etc., as unidades autônomas, a despeito de serem material e juridicamente vinculadas às partes comuns, destinam-se a utilização independente e são objeto de propriedade exclusiva.

No modelo condominial em apreço, a propriedade privativa e de uso exclusivo de cada condômino passa a ter por objeto uma *unidade autônoma de terreno*, desvinculada de qualquer construção imediata.

Nesse aspecto, o *condomínio de terrenos* ganha feição própria e se extrema das demais modalidades condominiais tradicionalmente adotadas.

Frise-se, mais uma vez, que as unidades autônomas serão constituídas por terrenos de uso exclusivo, estando perfeitamente localizadas, individualizadas e identificadas, com suas áreas precisamente encerradas e suas confrontações conhecidas, *sendo partes integrantes, obrigatoriamente, de uma mesma unidade objetiva*.

José Afonso da Silva acentua que, quando se trata de propriedade condominial, o terreno aproveitado para tal fim “*não perde sua individualidade objetiva, conquanto sofra profunda transformação jurídica*”¹. (grifos no original)

Assim, a instituição ou o nascedouro do condomínio deverá pressupor um complexo com diversas unidades autônomas de terrenos, sem a exigência de construção imediata, destinadas a edificação futura. Vale dizer, caberá a cada proprietário, conforme as suas possibilidades e de acordo com os seus interesses, edificar sua acessão.

Impende, aqui, trazer os ensinamentos de Silvino Rodrigues que, ao estudar os elementos do condomínio edilício, assevera que os requisitos exigidos por lei para que a unidade autônoma seja considerada como tal são: (i) estar separada das outras unidades integrantes do conjunto; (ii) possuir saída própria para a via pública, seja diretamente (como lojas no andar térreo), seja indiretamente, por áreas comuns; (iii) ter correspondência com fração ideal do terreno e das coisas comuns; e (iv) ter designação especial, numérica ou alfabética².

¹ *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 336.

² *Direito civil: direito das coisas*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, p. 219.

Dessa forma, satisfeitas tais exigências, a unidade autônoma de terreno passaria a existir como qualquer propriedade imóvel³, conferindo ao seu titular a exclusividade no *jus utendi, fruendi et abutendi*, podendo ele usar, ceder, alugar, dispor, ou ainda constituir sobre ela direitos reais, como usufruto ou hipoteca, sem que, para qualquer desses atos, necessite de consentimento ou autorização dos outros condôminos⁴.

Com efeito, se é da essência do condomínio edilício a combinação de propriedade e copropriedade, as unidades autônomas de terrenos deverão estar necessária e indissolavelmente vinculadas às partes de utilização comum do complexo condominial, pois, como adverte Wilson de Souza Campos Batalha, “as frações autônomas de propriedade exclusiva só podem compreender-se ao lado das partes comuns a todos os condôminos”⁵.

Dessa maneira, as partes comuns do *condomínio de terrenos*, que muito se assemelham àquelas encontradas no condomínio de casas térreas ou assobradadas preconizado pelo artigo 8º da Lei nº 4.591/1964, poderiam descrever-se, exemplificativamente, pelas vias de circulação interna com acesso às de natureza pública⁶, equipamentos de infraestrutura, áreas de lazer, espaços destinados a jardim, muros que envolvem o complexo condominial, guaritas, portaria etc.

Disso decorre que, a exemplo das tradicionais espécies de condomínio edilício, o direito de cada proprietário sobre as partes comuns será necessariamente representado por cifra ou fração ideal.

Assim, podemos afirmar que a cada unidade autônoma caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no terreno (onde estiver assentado o condomínio) e nas demais coisas comuns, ex-

pressa sob a forma decimal ou ordinária.

Muito embora seus traços característicos sejam suficientes para extremá-lo de outras espécies condominiais, definimos o objeto de nosso estudo como a *espécie de condomínio edilício constituído por unidades autônomas de terrenos de propriedade exclusiva destinadas à edificação futura, e partes comuns necessárias ao adequado proveito e utilização do condomínio, reunidas, indissolavelmente, em uma mesma unidade objetiva*.

2. Conveniência socioeconômica

Cláudio Fioranti e Afonso Celso F. de Rezende advertem que, “em grande número de cidades do nosso torrão natal, existem lugares que demoram por receber uma habitação ou deixam de ser alvo de domínio rápido, pelos mais variados motivos, espaços esses conhecidos por ‘vazios urbanos’, setores onde as construções são mais lentamente concretizadas”⁷.

Dentre outras causas, esses *vazios urbanos* podem decorrer, por exemplo, do processo de transformação das cidades notado principalmente pela desativação ou deslocamento de antigas indústrias que, por encontrarem, neste último caso, benefícios fiscais em municípios mais distantes ou até mesmo por questões ambientais, fazem permanecer nos grandes centros áreas com excelente potencial de aproveitamento para a produção de novas moradias.

Por não comportarem os vultosos investimentos exigíveis no parcelamento do solo urbano, inúmeros terrenos de médio porte permanecem sem o adequado aproveitamento, ficando sujeitos às sanções legais (§4º, art. 182 da Constituição

³Como bem acentua Gilberto Valente da Silva, estando a unidade autônoma de terreno perfeitamente individualizada, constituir-se-á legítima unidade imobiliária, sendo, portanto, por força do artigo 176 da Lei de Registros Públicos, passível de registro e “objeto de matrícula isolada”. *Condomínio sem construção. Trabalho apresentado no XXII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Cuiabá, Mato Grosso, em agosto de 1995*.

⁴A esse respeito, disserta Carlos Maximiliano: “Cada condômino tem, no tocante à sua parte, os direitos inerentes à propriedade plena; fica, em relação à sua quota, em posição idêntica à do proprietário único, no que diz respeito ao bem adquirido por ele só. Faculta-se-lhe, quanto à sua fração do imóvel, sem ouvir os co-interessados na comunhão; pactuar ou impor hipoteca, usufruto e outros ônus reais, promessa de venda e direito de preempção ou preferência; bem como ceder, doar, alienar, permutar, dar in solutum, legar”. *Condomínio*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1947. p. 15.

⁵*Loteamentos e condomínios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. t. 2, p. 118.

⁶Assinala Caio Mário da Silva Pereira que “cada unidade, qualquer que seja a sua natureza ou o tipo de sua utilização, necessariamente terá acesso à via pública. Caso contrário, deixaria de ser autônoma”. *Instituições de direito civil*. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4, p. 186. Essa exigência, a exemplo da legislação anterior, está atualmente encartada no §4º do artigo 1.331 do Código Civil, dispondo que “nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público”.

⁷*A prática nos processos e registro de incorporação imobiliária, instituição de condomínio e loteamentos urbanos*. 6. ed. Campinas: Copola Livros, 1997. p. 309.

Federal)⁸, assim como suscetíveis a possíveis invasões.

Estas últimas, além de se fazerem ao arrepio da lei, geram pesadas obrigações que recaem conjunta e diretamente sobre a sociedade e o Poder Público, revelando-se este incapaz de atender a crescente demanda social.

Os *vazios urbanos*, quase sempre localizados em áreas dotadas de infraestrutura urbana e serviços públicos, não sendo aproveitados para a ocupação populacional, forçam o deslocamento dos aglomerados humanos para áreas periféricas cada vez mais distantes do centro urbano.

A consequência que recai diretamente sobre a cidade e mais uma vez sobre o Poder Público é o encarecimento da infraestrutura urbana, especialmente a do transporte de massa, ao exigir a extensão das redes públicas a regiões cada vez mais remotas.

Com o intuito de atender aos reclamos de uma sociedade ávida por moradia, surge a alternativa, agora regulada por lei, de se oferecer ao mercado de todas as faixas de renda terrenos dispostos sob a forma condominial para edificação futura.

Uma vez efetuada a aquisição do terreno (unidade autônoma), em uma primeira fase, a ser seguida pela construção⁹ individualmente empreendida por cada comprador, segundo sua capacidade econômica e dentro dos limites fixados por lei, abrem-se duas importantes oportunidades no mercado de habitação: primeiramente, restaura-se a prática de ofertar a compra de terrenos legal e regularmente urbanizados a serem individualmente edificados; em segundo lugar, dá-se a oportunidade de aproveitamento de áreas de médio porte, economicamente inviáveis para a prática de loteamento, ensejando a desejada ocupação de vazios na malha urbana.

3. Âmbito legislativo

A disposição contida no §2º do artigo 1.358-A do Estatuto Civil confirma ser o condomínio de terrenos espécie do condomínio edilício, pertencendo, pois, ao Direito Privado. Além do regramento contido na codificação civil, as disposições da Lei n. 4.591/64 serão igual e conjuntamente aplicadas ao instituto, naquilo que couber e sempre quando forem compatíveis com a regra geral. Foi mais além o legislador. Por ser também essa forma de aproveitamento do solo mais uma possibilidade de desenvolvimento e expansão das cidades, o instituto condominial também deverá se submeter à legislação urbanística. E, não poderia ser diferente.

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 atribuiu à União competência para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, “inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (art. 21, XX).

Merece destaque ainda o artigo 24, I, também da Carta Magna, que prevê a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico. Neste mesmo artigo, fixou-se no § 1º que a competência da União, quanto à legislação concorrente, limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Em complemento a esse quadro normativo, atribuiu-se aos Municípios competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF), para suplementar a legislação federal e estadual, naquilo que couber (art. 30, II, CF), para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, CF), assim como para executar sua política de desenvolvimento urbano, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tendo como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitan-

⁸As medidas previstas na Constituição Federal (§ 4º, art. 182) e regulamentadas pelo Estatuto da Cidade (art. 5º e seguintes), como sanção para o descumprimento da função social da propriedade urbana, aplicam-se ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado e não utilizado. Fazendo prudente distinção entre essas expressões, Fernando Dias Menezes de Almeida explica que “solo não edificado – o conceito é evidente – seria aquele não ocupado por nenhuma edificação, enquanto solo subutilizado seria aquele edificado, mas abaixo do coeficiente de aproveitamento (índice de utilização) mínimo definido na legislação, e solo não utilizado seria aquele com aproveitamento igual a zero”. Tais sanções, explica o ilustre jurista, “incidem caso a propriedade urbana não seja aproveitada do modo exigido pelo plano diretor, em vista da ordenação da cidade (...)”. *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.*

⁹O permissivo legal referente ao direito de construir, previsto no artigo 1.299 do Código Civil, dispõe que “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”. Ao comentar esse dispositivo, José Afonso da Silva explica que, “quando se fala em direito de construir, ou, no sentido mais estrito, em direito de edificar em solo urbano, o texto legal terá que ser interpretado, tendo em vista as profundas transformações não só da realidade urbana, mas especialmente das normas constitucionais sobre o regime da propriedade”. Para o autor, trata-se de mera faculdade conferida ao proprietário. *Direito urbanístico brasileiro, cit., p. 79.*

tes (art. 182, CF)¹⁰.

Nota-se que, no que concerne à matéria urbanística, o papel legislativo da União atém-se à fixação de diretrizes e à edição de normas gerais. Muito embora essas linhas reguladoras sejam aplicadas a todo o país, incidirão “de modo mais intenso no âmbito municipal, que é onde ocorrem precipuamente as atuações urbanísticas”¹¹.

Mesmo que de forma questionável, o que foi por nós argumentado em obra específica sobre o tema¹², o legislador indicou a aplicação da legislação urbanística ao instituto condominial, o que permitirá aos Municípios ajustar os contornos desta forma de aproveitamento do solo de acordo com os interesses e particularidades locais, procurando, assim, ordenar¹³ racionalmente a ocupação de seus territórios e conferir à propriedade uso adequado e compatível com o bem coletivo.

Além disso, os Municípios também deverão

observar, para a *execução de sua política urbana*, aquelas diretrizes já definidas no Estatuto da Cidade, absorvendo-as e suplementando-as no que for compatível com a sua realidade e com os seus objetivos para a elaboração de seus textos normativos.¹⁴.

A nosso ver, Municípios e Distrito Federal atuarão como os atores principais no processo de fixação de normas urbanísticas para regular esse instituto condominial. Afinal, são profundos conhecedores de seus territórios e deles devem se encarregar. O processo de expansão das cidades experimentado no último século vem impondo aos Municípios a construção paulatina de arcabouços jurídicos que, mesmo considerados por vezes pouco satisfatórios, disciplinam e garantem, de alguma forma, a ordenação de seus espaços, o controle eficaz das edificações e, sobretudo, o desenvolvimento das atividades humanas (*habitação, trabalho, recreação e circulação*)¹⁵. Muitos

¹⁰ Art. 182. *A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*

^{§ 1º}. *O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.*

^{§ 2º}. *A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.*

^{§ 3º}. *As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.*

^{§ 4º}. *É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:*

¹ – *parcelamento ou edificação compulsórios;*

¹I – *imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressiva no tempo;*

¹II – *desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.*

¹¹ Odete Medauar. *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 20.*

¹² Luis Paulo Germanos. *Condomínio de terrenos. Inclui comentários ao art. 1.358-A do Código Civil, que trata do condomínio de lotes, introduzido pela Lei nº 13.465/17. São Paulo: Quartier Latin, 2018.*

¹³ Odete Medauar ensina que a ordenação do solo consiste na disciplina que determina o destino de cada parte do espaço urbano e o modo como será usado. Diz a autora que “É um aspecto nuclear da atividade urbanística, realizada em âmbito municipal”. *cit.*, p. 31. Não menos precisas são as palavras de José Afonso da Silva, para quem a ordenação do solo consiste fundamentalmente na sistematização do solo municipal, implicando “uma série de medidas, quer voluntárias, quer impostas pela lei, destinadas à consecução de determinados objetivos urbanísticos, por meio das quais se modificam ou alteram certas relações dominiais sobre os terrenos ou se configuram, de modo diverso, as propriedades imóveis, do ponto de vista econômico ou jurídico, para os efeitos de sua edificação”. *cit.*, p. 173.

¹⁴ Odete Medauar. *cit.*, p. 23. Como anteriormente salientado, ganha relevo, ao lado do artigo 182 da Carta Magna, o Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/2001. Fernando Dias Menezes de Almeida lembra que “ao estabelecer as diretrizes gerais da política urbana no Brasil, o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) veio preencher uma condição de executoriedade” das normas contidas no Capítulo constitucional que trata da política urbana, “sobretudo no art. 182, uma vez que o art. 183, igualmente disciplinado por esta Lei, já poderia entender-se auto-executável”. O autor acrescenta que a edição do Estatuto da Cidade “era elemento necessário à atuação legislativa dos Municípios, ainda que alguns aspectos da previsão do art. 182 da Constituição Federal já pudessem ser diretamente disciplinados por lei municipal”. *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 41-42. No mesmo sentido, ver Toshio Mukai. In O Estatuto da Cidade. São Paulo: Saraiva, 2001. Introdução.*

¹⁵ Para Hely Lopes Meirelles cabe aos Municípios “editar normas de atuação urbanística para seu território, especialmente para a cidade, provendo concretamente todos os assuntos que se relacionem com o uso do solo urbano, as construções, os equipamentos e as atividades que nele se realizam, e dos quais dependem a vida e o bem-estar da comunidade local”. *Direito Municipal Brasileiro. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 574.*

desse instrumentos normativos poderão oferecer os parâmetros e os limites legais sobre os quais se pautará o *novo* instituto condominial, até porque grande parte dos Municípios brasileiros já dispõe de preceitos regulatórios destinados às modalidades mais consagradas do condomínio edilício. E, sendo necessária a sua complementação, o seu aprimoramento ou mesmo a concepção de uma nova lei, inaugura-se o processo legislativo com o propósito de editar disposições ou textos específicos e atinentes à matéria. Contudo, conhecer esse instituto de forma minudente é medida primeira que se impõe aos Municípios pois, somente assim, poderão dar clareza, precisão, sentido e efetividade à sua norma, compatibilizando-a com as peculiaridades locais e com os interesses coletivos. A falta da boa técnica¹⁶ que permeia a construção de nossas leis gera dúvida, questionamentos de toda sorte e insegurança jurídica. Almeja-se, ao contrário, paz e disciplina social.

Conclusão

A espécie por nós estudada, cuja conveniência socioeconômica é justificável e oportuna, foi acolhida em nosso ordenamento jurídico por meio de lei federal, cabendo agora aos Municípios, em virtude de suas prerrogativas constitucionais, adequar esse novo instituto condominial conforme seus interesses locais e sua política urbana, ordenando, desse modo, o aproveitamento de seu território, e editar de forma responsável preceitos normativos claros e precisos para disciplinar o *condomínio de terrenos*, harmonizando e compatibilizando, com justa medida, o interesse coletivo e o exercício das faculdades inerentes ao direito de propriedade dos condôminos.

Ao lograr este intento, contaremos com mais uma forma de aproveitamento do solo urbano, regularmente disciplinada por lei, a colaborar com as demais já existentes, para a imensa tarefa de trazer à formalidade grande parte dos espaços de nossas cidades e permitir o acesso ao bem de raiz e o atendimento a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade humana.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dos instrumentos da política urbana. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coords.). *Estatuto da cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Loteamentos e condomínios*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. t. 2.

GERMANOS, Luis Paulo. *Condomínio de terrenos*. Inclui comentários ao art. 1.358-A do Código Civil, que trata do condomínio de lotes, introduzido pela Lei nº 13.465/17. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio*. 2. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1947.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 4.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

SILVA, Gilberto Valente da. *Condomínio sem construção*. Trabalho apresentado no XXII Encontro dos Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil, Cuiabá, Mato Grosso, em agosto de 1995

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

¹⁶ A despeito de o *condomínio de terrenos* ter sido acolhido em nosso ordenamento há pouco mais de um ano, já é possível identificar a edição de leis municipais que versam sobre a matéria. Contudo, e como já havíamos previsto em nossa monografia, a confusão terminológica-conceitual presente na Lei Federal nº 13.465/17 pode ser igualmente notada nas referidas normas. Exemplo disso são as leis municipais nºs 6.057/17, de Venâncio Aires/RS, 69/17, de Rodeio/SC, e 173/17, de Presidente Venceslau/SP, que consideram o instituto condominial como se parcelamento do solo fosse. Reitera-se que *condomínio e parcelamento do solo urbano não se confundem*. São dois institutos jurídicos distintos, com procedimentos, regras e leis próprios. Incidem em grave equívoco aqueles que insistem em sobrepor essas duas figuras. Com razão, afirma Orlando Gomes que “todo instituto jurídico tem no sistema seu lugar próprio. Encontrá-lo é determinar-lhe a natureza. A localização (sedes materiae) ajuda a compreensão e a aplicação das regras agrupadas”. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 11.

ACESSIBILIDADE E TOMBAMENTO: UM DIÁLOGO A SER APRIMORADO

MARCELO MANHÃES DE ALMEIDA

1. Apresentação do tema:

Buscamos aqui provocar uma reflexão sobre a necessidade de se harmonizar duas situações que, a priori, mostram-se conflitantes entre si, a saber: garantir a acessibilidade de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida em imóveis tombados sem que as obras de acessibilidade provoquem a descaracterização dos elementos relevantes que justificam o tombamento do bem.

Não raro, deparamo-nos com uma situação de evidente antagonismo entre a obrigação de preservar o bem tombado e, ao mesmo tempo, nele intervir com a execução de obras que garantam seu pleno acesso por pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida sem que tal intervenção, descaracterize esse bem.

O binômio “tombamento e inclusão social” deve ser objeto de uma agenda de exaustivo debate de modo a alcançar soluções técnicas que atendam, satisfatoriamente, aos propósitos de “preservar e acessar”.

2. Inclusão social e acessibilidade: início de uma longa caminhada.

A inclusão social é a política de inserção de pessoas ou grupos de pessoas que se encontram, de alguma forma e ainda que temporariamente, excluídos da sociedade. Para formatar essa política há de se identificar quem vem sendo sistematicamente excluído da sociedade a ponto de não conseguir, em igualdade de condições, gozar de direitos básicos como trabalho, educação, saúde, lazer e moradia.

Ser idoso ou ter alguma deficiência física não faz (ou não deveria fazer) da pessoa um ser socialmente excluído; no entanto, se a sociedade não oferecer condições para que essas pessoas possam se deslocar em espaços de fruição pública ou fruir o que esses proporcionam, significa dizer: a sociedade optou pela violenta e covarde prática da exclusão social na medida em que impede que o

indivíduo exerça a sua cidadania por razões eticamente injustificáveis. A exclusão fica suficientemente demonstrada na medida em que, por exemplo, as barreiras físicas impedem o pleno acesso e deslocamento das pessoas com deficiências ou mobilidade reduzida.

Sob o ponto de vista legal, a Constituição Federal tratou expressamente da acessibilidade conforme disposto nos artigos 227, §2º e 244, adiante transcritos:

“Artigo 227 - § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Art. 244 - A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no artigo 227, § 2º.”

A primeira observação que cabe fazer em relação a esses dispositivos refere-se ao cuidado que o legislador teve em tratar, no que se refere às edificações, de duas distintas situações, quais sejam: referente à construção de novas edificações de uso público e aquela voltada à adaptação de edificações de uso público já existentes.

Somam-se aos dois dispositivos constitucionais acima citados, os artigos 5º; 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV, V e 208, III.

Com base nessas normas constitucionais, a questão da acessibilidade foi inicialmente tratada pela Lei nº 7.853/1989 (que dispôs sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas) e mais recente, pela Lei nº 13.146/2015 (que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - LBI), passando por outras normas legais das quais destacamos a Lei nº 10.098/2000 e o Decreto nº 5.296/2004.

Nos termos do artigo 2º da LBI, “*Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas*”.

Já o inciso IX do artigo 3º da LBI considera a pessoa com mobilidade reduzida, “*aquela que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso*”.

De modo a demonstrar a relevância da atenção que a sociedade precisa despender às pessoas com deficiências ou com mobilidade reduzida, sob o ponto de vista quantitativo, são mais de 45 milhões de brasileiros que declaram ter ao menos um tipo de deficiência, seja do tipo visual, auditiva, motora ou intelectual, segundo censo demográfico 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE¹.

Para a Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNPD² a acessibilidade deve ser entendida como “*um atributo essencial do ambiente que garante a melhoria da qualidade de vida das pessoas. Deve estar presente nos espaços, no meio físico, no transporte, na informação e comunicação, inclusive nos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como em outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na cidade como no campo*”.

Na busca de se atingir um cenário de pleno acesso, há de se considerar as seguintes dimensões de acessibilidade:

- a). **Acessibilidade arquitetônica**, visando a inexistência de barreiras físicas nas edificações, nos espaços públicos e nos meios de transportes;
- b). **Acessibilidade metodológica**, onde os métodos e técnicas de estudo, trabalho, ação comunitária e convívio familiar isolam toda e qualquer barreira;
- c). **Acessibilidade de atitude**, mediante eliminação de preconceitos, estigmas e discriminações;
- d). **Acessibilidade instrumental**, de modo a que sejam disponibilizados instrumentos, utensílios, ferramentas de trabalho, estudo ou lazer, para

todas as pessoas;

e). **Acessibilidade na comunicação**, permitindo que todas as pessoas possam manter comunicação entre si (linguagem gestual) e escrita (braile), além da comunicação virtual;

f). **Acessibilidade programática**, para que as políticas públicas sejam formuladas sem barreiras invisíveis para a pessoa com deficiência.

Nos termos do artigo 8º da LBI, o Estado, a sociedade e a família são obrigados a assegurar à pessoa com deficiência, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação, à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito à liberdade, à convivência familiar e comunitária.

As limitações em se atingir a plena integração social das pessoas com deficiências ou mobilidade reduzida não decorrem das pessoas em si mas sim, do ambiente em que elas estão inseridas.

3. Da acessibilidade nas edificações

Enquanto a Constituição Federal adota a terminologia “edifícios de uso público” (ou seja, o edifício público que por natureza tem o seu uso público e o privado, destinado a uso público), a Lei 10.098/2000 e o Decreto 5.296/2004 utilizam edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo.

A LBI ampliou o ambiente que se submete ao conceito de acessibilidade e isso porque: (i). o inciso I do artigo 3º da LBI se refere aos “serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo” e (ii). o inciso IV do mesmo artigo 3º, ao tratar das barreiras, refere-se a barreiras urbanísticas existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo e a barreiras arquitetônicas existentes nos espaços públicos e privados (sem limitar que tais espaços privados, sejam de uso coletivo).

Quanto à obrigatoriedade dos imóveis construídos anteriormente à vigência da LBI terem que se adaptar às normas de acessibilidade, vale novamente citar os artigos 227, §2º e 244 da nossa Constituição Federal que tratam das duas situações, quais sejam, das novas construções e as das

¹ http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf

² <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/acessibilidade-0>

adaptações dos edifícios de uso público.

A Lei nº 10.098/2000 (art. 11), com a redação dada pela LBI, dispõe que a construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Os artigos 12 e 12A da Lei nº 10.098/2000, também com a redação dada pela LBI, determinam que locais de espetáculos, conferências, centros comerciais devem dispor de espaços reservados para pessoas que utilizam cadeira de rodas, lugares específicos para pessoas com deficiência auditiva e visual, bem como, fornecer, em centros comerciais, carros e cadeiras de rodas para o atendimento de pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

No que se refere especificamente a acessibilidade, destacamos da LBI o seguinte:

a). Sempre que houver aprovação de projeto arquitetônico e urbanístico bem como, execução de qualquer tipo de obra com destinação pública ou coletiva há de se respeitar as normas da LBI (art. 54, I, III);

b). Os equipamentos e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo devem atender aos princípios do desenho universal, tendo como referência as normas de acessibilidade (art. 55, §1º);

c). A construção, a reforma, a ampliação ou a mudança de uso de edificações abertas ao público, de uso público ou privadas de uso coletivo deverão ser executadas respeitando as normas de acessibilidade (art. 56);

d). As edificações públicas e as privadas de uso coletivo já existentes devem garantir acessibilidade à pessoa com deficiência em todas as suas dependências e serviços, tomando-se como referência, as normas de acessibilidade vigentes (art. 57).

De modo a expandir os instrumentos de fiscalização, o §1º do artigo 56 da LBI atribuiu às entidades profissionais das atividades de Engenharia, de Arquitetura e correlatas, a obrigação de exigir, ao anotarem a responsabilidade técnica de projetos, a responsabilidade profissional declarada de atendimento às regras de acessibilidade previstas em legislação e em normas técnicas.

Vale também lembrar que o Decreto nº 5.296/2004 (que regulamenta as Leis nºs 10.048/00

e 10.098/00) cuidou de exigir, em edificações de uso público ou de uso coletivo, a instalação de balcões de atendimento ou bilheterias com uma parte da superfície acessível para atendimento às pessoas com deficiências ou mobilidade reduzida.

Sob o ponto de vista técnico, a ABNT produziu várias normas tratando da matéria cabendo aqui destacar a NBR 9050, de 1993, cuja 3ª edição, publicada em 11 de outubro de 2016, reorganizou seus capítulos, definições de critérios de sinalização em espaços públicos, parâmetros e ergonomia para mobiliário e equipamentos urbanos além da ampliação da abordagem sobre pessoas com deficiência, trazendo para o foco do atendimento das normas, as pessoas com limitações de locomoção, como idosos, obesos, gestantes, entre outros.

4. A preservação do patrimônio histórico, cultural e ambiental: o instituto do Tombamento:

Com a realização da Conferência Internacional de Atenas sobre Restauro dos Monumentos, em outubro de 1931, foi elaborado o primeiro texto de abrangência internacional dedicado ao tema de restauro de monumentos históricos.

A Carta de Atenas (1931), como passou a ser chamado o mencionado texto, traz a clara intenção de ser um instrumento orientador de uma política de valorização e de recuperação dos monumentos degradados.

Em 1964 foi editada a Carta de Veneza que tratou da conservação e do restauro dos monumentos e sítios, entendendo que monumento histórico “*engloba, não só as criações arquitetônicas isoladamente, mas também os sítios, urbanos ou rurais, nos quais sejam patentes os testemunhos de uma civilização particular, de uma fase significativa da evolução ou do progresso, ou algum acontecimento histórico. Este conceito é aplicável, quer às grandes criações, quer às realizações mais modestas que tenham adquirido significado cultural com o passar do tempo*” (conforme seu artigo 1º).

Já em 1980, o Conselho Internacional de Monumentos e Sítios edita a denominada Carta de Burra que detalhou os conceitos de conservação (cuidados a serem dispensados a um bem para conservar as características da significância cultural), preservação (que compreende a manutenção da sua substância física e a estagnação do processo de degradação do bem), a restauração (onde se restabelece a substância física do bem a uma condição anteriormente conhecida) e a adaptação (situação em que o bem sofre uma determinada intervenção que o coloca em uma nova destinação sem prejuízo de se manter os elementos essenciais da sua significância cultural).

No Brasil, ao mesmo tempo em que o cenário internacional revelava sua preocupação com a preservação dos monumentos históricos na década de 30, o Presidente Getúlio Vargas elevava a Cidade de Ouro Preto à categoria de monumento nacional (Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1932); em 1934, na nova Constituição, introduziu dispositivo tratando da matéria (artigo 10, III) e em 13 de janeiro de 1937 criou o Instituto do Patrimônio Histórico, Artístico e Natural – IPHAN, devidamente organizado por força do Decreto-lei nº 25 de 30 de novembro de 1937.

O tema “patrimônio histórico e cultural” sempre esteve presente nos textos constitucionais que se seguiram, sendo certo que na Constituição Federal de 1988, o artigo 216³ definiu o que constitui patrimônio cultural brasileiro cabendo ao poder público, promover e proteger esse patrimônio por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella de Pietro⁴, “o Tombamento pode ser definido como o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico, etnológico, biográfico ou artístico”.

O bem pode ser tombado pela União (IPHAN), bem como, pelos órgãos estaduais e municipais criados para essa finalidade sendo certo que em alguns casos, verificamos o tombamento declarado pelas três esferas.

No Estado de São Paulo, o órgão competente para tratar de tombamento é o CONDEPHAAT (Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo), tendo como textos legais regulando a matéria, a Lei nº 10.247/68, o Decreto-lei Estadual nº 149/69 e o Decreto 13.426/79; no Município de São Paulo, é o CONPRESP (Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo), tendo como base legal, a Lei

10.032/85.

Toda e qualquer intervenção em bem tombado deve ser previamente autorizada pelo órgão de preservação que decidiu pelo tombamento sob pena de incidência de penalidades gravosas para o proprietário do bem, além da obrigação de promover os respectivos reparos, se o caso.

5. A realização de obras de acessibilidade em bem imóvel tombado:

No que diz respeito aos bens tombados, conforme o nível de proteção fixado pelo órgão que declarou o seu tombamento, podemos nos deparar com situações de complexos embaraços no momento das execuções das adaptações relativas à acessibilidade. A regra geral é aquela prevista no artigo 25 da Lei nº 10.098/2000 segundo a qual:

“Art. 25. As disposições desta Lei aplicam-se aos edifícios ou imóveis declarados bens de interesse cultural ou de valor histórico-artístico, desde que as modificações necessárias observem as normas específicas reguladoras destes bens.”

Ao regulamentar a autorização para realização de intervenções em bens tombados e em áreas de seu entorno, o IPHAN publicou a Portaria nº 420/2010 que, em seu artigo 8º, trata da obrigação de se contemplar a acessibilidade universal aos bens culturais imóveis acatados, conforme Instrução Normativa IPHAN 01/2003 que estabelece diretrizes, critérios e recomendações para a promoção das devidas condições de acessibilidade aos bens culturais imóveis.

As alíneas “a, b, c” do item 1.1 da citada Instrução Normativa IPHAN 01/2003 dispõem que as soluções adotadas para eliminação, redução ou superação de barreiras na promoção da acessibilidade aos bens culturais devem compatibilizar-se com a sua preservação.

O Ministério Público do Estado de São Paulo⁵ editou o Guia Prático de Acessibilidade e,

³ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos de formadores da sociedade brasileira nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo, 3ed., Atlas, p. 105.*

⁵ <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/GuiaPraticoDeAcessibilidade.pdf>

nos seus itens 8.1.2 e 8.1.3, trata da hipótese de não ser possível as adaptações relativas à acessibilidade por impor a descaracterização do bem imóvel protegido. Vejamos:

“**8.1.2** Nos casos de áreas ou elementos onde não seja possível promover a adaptação do imóvel para torná-lo acessível ou visitável, deve-se garantir o acesso por meio de informação visual, auditiva ou tátil das áreas ou dos elementos cuja adaptação seja impraticável.

8.1.3 No caso de sítios considerados inacessíveis ou com visitação restrita, devem ser oferecidos mapas, maquetes, peças de acervo originais ou suas cópias, sempre proporcionando a possibilidade de serem tocados para compreensão tátil.”

A alternativa é buscar uma solução em torno da “*adaptação razoável*”, ou seja, promover as modificações e os ajustes necessários que não acarretem ônus desproporcional ou indevido e que busquem assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

6. Conclusão.

Encontrando-nos em um processo de conscientização social em relação à acessibilidade e de aperfeiçoamento técnico quanto às soluções de intervenções em bens tombados, a dificuldade que se apresenta é compatibilizar, de forma sustentável, as seguintes variáveis:

- a). obrigação de preservar o bem tombado;
- b). garantia de que o nível de preservação atribuído ao bem tombado não inviabilize, sob o ponto de vista econômico, sua exploração;
- c). realização de obras no bem tombado que assegurem condições de acesso para todo o público, inclusive para pessoas com deficiências ou com mobilidade reduzida;
- d). impedir que as obras de acessibilidade descaracterizem o bem tombado.

Nesse sentido, a qualidade do projeto de adaptação do bem tombado para fins de acessibilidade é que determinará o sucesso na construção de uma alternativa positiva de intervenção no imóvel preservado garantindo seu acesso a todas as pessoas, indiscriminadamente.



DA EXCLUSÃO DO CONDÔMINO COM COMPORTAMENTO ANTISSIONAL

MARIA CECILIA ISOLDI

Introdução

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (“Código Civil”), trouxe para o direito brasileiro a figura do condômino ou possuidor com comportamento antissocial (“Condômino/Possuidor Antissocial”).

O Código Civil, no parágrafo único do artigo 1.337, prevê de forma explícita apenas a aplicação de multas ao Condômino/Possuidor Antissocial, que podem chegar a 10 (dez) vezes o valor da contribuição condominial, não deixando claro se o comportamento reprovável também pode ser coibido mediante a exclusão do Condômino/Possuidor Antissocial da “sociedade condominial”.

Ocorre que existem situações em que a conduta do Condômino/Possuidor Antissocial pode trazer riscos à segurança e à integridade física e psicológica dos demais condôminos, visitantes e funcionários do condomínio e a aplicação da multa prevista no parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil, ainda que de forma reiterada, muitas vezes não é suficiente para coibir o comportamento indesejado.

Diante da omissão do parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil, discute-se acerca da possibilidade da exclusão do Condômino/Possuidor Antissocial das dependências condominiais.

Parte dos doutrinadores, e parte da jurisprudência, entende não ser possível que o condomínio, ainda que mediante ação judicial, determine a saída compulsória do Condômino/Possuidor Antissocial, seja por ausência de previsão legal expressa, seja por entender que o direito de propriedade é um direito constitucionalmente assegurado.

Porém, alguns doutrinadores entendem que Condômino/Possuidor Antissocial pode sim, em

situações extremas e excepcionais, ser retirado das dependências condominiais e já existem alguns julgados neste sentido (não obstante ser uma tímida jurisprudência). Para os que adotam essa posição, tornar o direito de propriedade tão absoluto de modo a prejudicar a coletividade também fere a Constituição Federal.

Conceito de Condômino/Possuidor Antissocial e sua Abrangência

A primeira questão que se coloca é a definição de Condômino/Possuidor Antissocial, pois o Código Civil se refere apenas à incompatibilidade de convivência.

Os problemas de convivência com vizinhos são comuns e corriqueiros, mas precisam ser tratados com cuidado - o comportamento antissocial previsto no Código Civil não pode ser confundido com a educação incomum de determinado condômino ou até mesmo com a sua simples falta de educação.

Dessa forma, o comportamento antissocial a que se refere o Código Civil consiste na prática de atos que o homem médio não realizaria, em outras palavras o Condômino/Possuidor Antissocial é aquele que desrespeita e agride as regras de boa convivência, as leis, a convenção e o regulamento interno do condomínio.

Neste sentido, Caio Mario da Silva Pereira¹ ensina que não se pode confundir “...uma conduta ou temperamento reservado ou diferente do comum, a traduzir até mesmo uma educação deficiente, assim, por exemplo, não cumprimentar os vizinhos ou não comparecer às Assembleias, ou festas de confraternização dos condôminos, com a postura “antissocial” que deve ser considerada aquela que viola as mais elementares regras de convivência civilizada, capaz de colocar em risco a integridade física ou moral dos demais”.

¹ Pereira, Caio Mario da Silva, 2016, *Condomínio e incorporações*, 12ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, pág. 130;

Acrescente-se, por fim, que o parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil faz referência não só ao condômino, mas também ao possuidor, alcançando todos os ocupantes da unidade condominial, seja ele condômino, locatário, comodatário ou qualquer outra pessoa que esteja na posse direta do bem (inclusive familiares, funcionários e visitantes).

Fundamentos para Exclusão do Condômino/Possuidor Antissocial

Como mencionado anteriormente, existem situações em que o comportamento do Condômino/Possuidor traz riscos à coletividade consubstanciada nos demais ocupantes do condomínio (condôminos, visitantes, funcionários do condomínio, ...). Nestas situações não nos parece viável considerar que o Condômino/Possuidor Antissocial está protegido sob o manto da garantia constitucional do direito de propriedade ou sob o argumento da falta de previsão legal expressa para sua exclusão.

Não se discute que Constituição Federal atribui o direito de propriedade como um direito e garantia individual (artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal) e que considera a propriedade privada como um dos princípios da atividade econômica (artigo 170, inciso II da Constituição Federal).

Mas também não se discute que a Constituição Federal prioriza o interesse da coletividade em relação ao interesse individual, e nem que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a proteção à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal).

Em consonância com a sobreposição do interesse da coletividade face ao interesse de determinado indivíduo, a Constituição Federal prevê a função social como limitador do direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXIII e artigo 170, inciso III, ambos da Constituição Federal) - é a função social que impõe limites ao proprietário, é a função social que dá embasamento ao direito de vizinhança, obrigando o proprietário, por exemplo, a respeitar o direito ao repouso e o di-

reito à tranquilidade dos vizinhos, abstendo-se de praticar atos que perturbem a paz, incomodem os vizinhos ou que os coloque em situação de risco.

O desrespeito à função social da propriedade, caracterizado pelo uso abusivo do direito de propriedade, por si só já seria base para a exclusão do Condômino/Possuidor Antissocial das dependências condominiais, mas acrescente-se à função social um dos “super princípios” constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, reitera-se fundamento da República Federativa do Brasil, possui tal abrangência que dificulta sua conceituação; no entanto, para efeitos deste trabalho, e talvez cometendo certa heresia, vamos traduzi-lo de forma simples como o direito do indivíduo de ser respeitado pelo Estado e pelos demais indivíduos.

Não se pode dizer que o Condômino/Possuidor Antissocial está respeitando o direito dos demais indivíduos se, ao exercer seu direito de propriedade, coloca em perigo a integridade física e psíquica dos demais e que, mesmo após advertido pelo condomínio, continua praticando tais atos.

Outro ponto importante está no fato de, hoje, o Direito Civil não mais se esgotar nas regras do Código Civil e das leis especiais que o complementam, devendo a sua interpretação e aplicação ser feita à luz da Constituição Federal. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona² ensinam que não se pode entender o Direito Civil “em suas vigas fundamentais: o contrato, *a propriedade* e a família – sem o necessário suporte lógico do Direito Constitucional”. (**grifos nossos**)

Assim sendo, em consonância com os preceitos constitucionais, os §§ 1º e 2º do artigo 1.228³ do Código Civil trazem limitações ao direito de propriedade e vedam ao proprietário a prática de atos com a simples intenção de prejudicar terceiro e o artigo 1.277⁴, por sua vez, dá ao proprietário/possuidor de prédio vizinho o direito de fazer cessar atos praticados pela propriedade vizinha, que possam prejudicar sua segurança, sossego ou saúde e, por fim, também podemos citar o inciso IV

² Gagliano, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral* /Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, 15ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2013, página 93;

³ “Art. 1.228. ...

^{§ 1º} O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

^{§ 2º} São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”

⁴ “Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.”

do artigo 1.336 do Código Civil ⁵ ao estabelecer que é obrigação do condômino não utilizar a sua unidade de forma a prejudicial ao “... sossego, a salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.”

Logo, não se pode dizer que não existe fundamento legal para exclusão do Condômino/Possuidor Antissocial das dependências condominiais e, corroborando esse entendimento, o Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do STJ editou o Enunciado de 508 em sua V Jornada de Direito Civil que dispõe:

“Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal.”

Por fim, é importante mencionar que nas hipóteses em que o Condômino/Possuidor Antissocial for o proprietário do imóvel, não perderá ele a propriedade do bem, mas sim a posse direta, podendo exercer seu poder de fruição, mediante contrato de locação, comodato ou qualquer outro em que a posse direta é transferida a terceiros. Cabe aqui a observação de que existem doutrinadores que defendem a possibilidade da perda da propriedade, dentre eles Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ⁶:

“Medidas para coibir e sancionar os atos antissociais. A assembleia de condôminos pode, por 3/4 dos condôminos restantes, excluído o faltoso, impor medidas gradativas para coibir ou sancionar os atos antissociais praticados reiteradamente, pelo condômino nocivo. Essas medidas podem consistir, exemplificativamente, em: a) advertência; b) imposição de multa; c) temporário afastamento de habitar a propriedade comum; d) limitação de acesso de pessoas à unidade condominial; e) limitação de ingresso ou permanência na área condominial de máquinas, veículos, animais ou equipamentos que sejam perturbadores do sossego ou do ambiente social; **f) ação judicial de exclusão do condômino nocivo, com a consequente imposição de venda de sua(s) unidade(s).**”

Para que seja possível a imposição de qualquer dessas medidas a defesa do condômino acusado é essencial e a deliberação deve ser sempre tomada por 3/4 dos condôminos restantes, excluídos os votos correspondentes às parcelas pertencentes ao condômino nocivo, que não vota.” (*grifos nossos*)

Situações que Justificam a Exclusão do Condômino/Possuidor Antissocial

Mesmo aqueles que defendem ser possível (e legal) a exclusão do Condômino/Possuidor Antissocial das dependências condominiais entendem que essa penalidade somente pode ser cogitada e imposta em situações extremas e como medida de última instância (ou, seja, após a aplicação reiterada de advertências e/ou da penalidade prevista no parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil sem que haja solução do problema).

Situações em que, por exemplo, o Condômino/Possuidor Antissocial ouve música alta, joga lixo nas áreas comuns ou nas varandas das unidades situadas em andares inferiores, ou ainda leva o seu cachorro para passear nas áreas comuns do condomínio, via de regra, devem ser coibidas mediante a aplicação de multa, conforme disposto no parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil.

A jurisprudência já nos dá alguns exemplos do que poderia ser considerada uma conduta antissocial capaz de gerar a exclusão do Condômino/Possuidor Antissocial:

(a) existência de indícios de que no interior da unidade eram praticados crimes contra a liberdade sexual, cárcere privado e redução à condição análoga a de escravo - Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível nº 957.743-1, 10ª Câmara Cível, Relator Desembargador Arquelauro Araujo Ribas;

(b) atitudes de uma condômina que extrapolaram os limites das relações civis e adentraram na esfera criminal, tornando insuportável sua convivência com os demais condôminos - Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Agravo de Instrumento nº 0027068-58.2017.8.08.0024, 2ª Câmara Cível, Relator Desembargador Fernando Estevam Bravin Ruy;

(c) comportamento de condômino que dava marretadas na parede à noite, xingava com palavras de baixo calão, ameaçava de morte, cuspiu e

⁵ “Art. 1.336. São deveres do condômino: (...)

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

⁶ Nery Junior, Nelson, *Código Civil comentado* / Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery. 12ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017, pág.1872;

arremessava ovos em outros condôminos - Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento nº 70065533911, 18ª Câmara Cível, Relator Desembargador Nelson José Gonzaga;

(d) ímpeto violento de determinado condômino, que continuou a desafiar e ameaçar moradores, mesmo após a aplicação de advertências e multas - Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Agravo de Instrumento nº 20150020252568AGI, 6ª Turma Cível, Relatora Desembargadora Ana Maria Amarante; e

(e) comportamento agressivo decorrente do uso de substância psicoativa e manutenção do imóvel em péssimas condições de higiene, fatos que comprometem a segurança, o bem-estar e a integridade física dos demais condôminos – Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº 0021743-98.2012.8.26.0114, 6ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Vito Gugliemi.

Da leitura dos acórdãos acima mencionados depreende-se que a exclusão do Condômino/Possuidor Antissocial se deu em razão da prática de atos com cunho criminal e/ou atentatórios à dignidade e segurança dos demais moradores, visitantes e funcionários, e que geravam pânico dentro do condomínio, sendo que tais atos não cessaram mesmo após a aplicação reiterada de advertências e da multa prevista no parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil

Conclusão

Não obstante a falta de previsão expressa no parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil acerca da exclusão do Condômino/Possuidor Antissocial, a Constituição Federal traz princípios que, juntamente com outros dispositivos do Código Civil, permitem ao Poder Judiciário dar a solução adequada (exclusão) para as situações em que comportamento antissocial prejudica e coloca em risco a segurança e dignidade dos demais moradores e frequentadores do condomínio.

As hipóteses encontradas na jurisprudência admitindo a exclusão do Condômino/Possuidor, em geral, envolvem situações criminais, como agressões físicas, tráfico de drogas, prostituição, ou seja, situações que causam incômodos em tal grau que tornam intolerável a sua convivência.

A exclusão do Condômino/Possuidor Antissocial requer sempre sua prévia notificação, judicial ou extrajudicial, onde deverão constar os fatos que lhe são imputados, a fim de possibilitar sua ampla defesa, bem como deliberação em assembleia especialmente convocada, em que é necessário o quórum especial de 3/4 (três quartos) dos condôminos restantes, excluído o faltoso.

O Condômino/Possuidor Antissocial não será expropriado da propriedade de seu bem, mas tão somente será privado do direito de usufruir diretamente o imóvel, não obstante existir posicionamento em contrário.



RISCOS NA TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE ADQUIRIDA POR USUCAPIÃO RECONHECIDA EXTRAJUDICIALMENTE

NARCISO ORLANDI NETO

1. A anuência presumida

Em artigo publicado na edição nº 5, desta revista Opinião Jurídica, Ricardo Dip chamou a atenção para o fato de o reconhecimento extrajudicial da usucapião não oferecer segurança jurídica aos futuros adquirentes do imóvel:

Se o caráter jurisdicional da demanda judiciária de usucapião não interdita de todo um ulterior ataque à coisa julgada (pense-se, p.ex., não só na rescisória e na querela nullitatis insanabilis, mas, em dado quadro, até mesmo na ação reivindicatória), o risco de reforma de uma decisão de caráter administrativo é manifestamente maior (O processo extrajudicial de usucapião: boas ideias que se podem frustrar)

Dip aponta especificamente a interpretação do silêncio do proprietário, depois de notificado pelo oficial do Registro de Imóveis, como concordância tácita ao pedido de reconhecimento da usucapião.

Originalmente, o § 2º, do art. 216-A, da Lei de Registros Públicos, exigia a concordância expressa dos titulares de direitos reais sobre o imóvel objeto do pedido:

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.

Posteriormente, com a redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017, passou a bastar a notificação formal do “titular”, que, se não impugnar o pedido, será tido como concordante:

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de

qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.

O que levou o legislador à alteração foi a certeza de que a exigência de concordância expressa dos titulares de direitos reais inviabilizaria a tentativa de tirar o processo do poder judiciário. Evidentemente, o proprietário não terá interesse em intervir no processo para concordar expressamente com o pedido. Aliás, ele será o último a concordar com o pedido, que, para ele, implicará perda da propriedade.

Realmente, se a sentença judicial que reconhece a usucapião não isenta de riscos a aquisição da propriedade por terceiros, a decisão extrajudicial do oficial registrador não fará melhor.

Mas os riscos não serão maiores.

Presume-se, evidentemente, que a anuência do proprietário levada pelo requerente será autêntica e válida. Presume-se que a notificação do proprietário que não anuiu será cercada das cautelas legais, tanto quanto sua citação no processo judicial.

O processo extrajudicial é tão legal quanto o judicial.

A presunção que se estabelece a partir do silêncio do proprietário notificado não é diferente daquela que decorre da não contestação da ação pelo proprietário regularmente citado.

A decisão do registrador, deferindo o pedido de reconhecimento da usucapião, e seu registro podem, sim, ser declarados nulos, mas não por causa daquela presunção de anuência, e sim por eventual vício na notificação. Se o proprietário

tiver sido regularmente notificado, por qualquer meio, e não tiver impugnado o pedido, terá de se conformar com seu deferimento e com o registro. Nulidade não haverá, tanto quanto será improcedente a ação rescisória da sentença intentada pelo proprietário que se tornou revel no processo.

Relevante será sempre a regularidade da notificação do proprietário e dos titulares de direitos reais sobre o imóvel usucapiendo.

A necessidade da anuência de outros titulares de direitos reais sobre o imóvel usucapiendo e os imóveis confrontantes, que não os proprietários, prevista no mesmo § 2º, do art. 216-A deve ser tema para outra discussão. O que se pode adiantar é que, nos processos judiciais, cujo procedimento era minuciosamente disciplinado nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, exigia-se tão somente a citação do proprietário e dos confinantes.

2. A experiência dos processos extrajudiciais

Estávamos falando dos riscos para futuros adquirentes do imóvel usucapido com decisão extrajudicial.

Em relação à segurança do processo extrajudicial, se valer a experiência, não deve haver preocupação.

Quando se abriu a possibilidade de os inventários e os divórcios e separações consensuais serem processados no foro extrajudicial, o receio pela segurança jurídica pode ter sido disfarçado e abafado, mas assaltou muitos juristas. O temor também se fez presente quando o legislador admitiu que as retificações administrativas do Registro de Imóveis fossem processadas pelos próprios oficiais registradores.

Passados mais de dez anos, o que se viu foi a eliminação de restrições aos processos extrajudiciais. Se a existência de testamento era suficiente para obstar a via extrajudicial do inventário, já se admite que o tabelião reconheça sua caducidade, ou sua revogação, e lavre a escritura de inventário. O juiz da sucessão pode presidir a formalidade do registro do testamento e permitir que o cumprimento se efetive na via extrajudicial.

Não vai demorar para o legislador fechar as portas da via judicial, tanto para os inventários e partilhas, quanto para as retificações não contenciosas do Registro de Imóveis. E, realmente, não faz sentido ocupar o juiz com homologações desnecessárias e demoradas.

Quem milita no foro extrajudicial sabe das vantagens de inventários e partilhas por escritura e das retificações em cartório. Mas também sabe do rigor de tabeliões e registradores; não poucas

vezes maior do que o dos juízes. Sobre serem mais rápidos, os processos extrajudiciais têm mantido incólume a segurança jurídica.

Quais, então, os riscos?

3. O direito de propriedade adquirido por usucapião pode ser atacado

Observado o devido processo legal, eventual adquirente do imóvel adquirido pela usucapião reconhecida extrajudicialmente terá segurança.

Todavia, embora a usucapião seja modo originário de aquisição da propriedade, nosso registro é causal. O título pode ser atacado e desfeito, levando ao cancelamento do registro.

O registro da usucapião (não a aquisição da propriedade) depende de título que a reconheça. Esse título será a sentença judicial, ou a decisão do oficial registrador. Sim, porque, embora a lei seja omissa, o processo extrajudicial de reconhecimento da usucapião deve ser concluído por uma decisão do registrador, na qual ele fará um resumo do processo, mostrando que o requerimento e a ata notarial expuseram os fatos e o direito do requerente; que as certidões apresentadas não noticiaram a existência de contestação à posse do requerente; que o proprietário anuiu, ou foi regular e pessoalmente, ou por edital, notificado e não apresentou impugnação; que os confrontantes anuíram ou não impugnaram o pedido; que os elementos de prova constantes do processo convenceram-no do preenchimento dos requisitos legais da usucapião e, finalmente, deferirá o pedido.

A decisão do oficial registrador, registrada na matrícula, tanto quanto a sentença judicial, pode ser atacada por vício do processo. Por isso, falamos em devido processo legal, que pressupõe o cumprimento de todas as exigências procedimentais da lei.

Eventual nulidade do processo extrajudicial poderá ser objeto de ação declaratória, na via jurisdicional. Em se tratando de nulidade absoluta, v.g., pela não notificação do proprietário, a pretensão deste não prescreve. Haverá aí, sim, um risco para o adquirente do imóvel, mas esse risco existe também nos processos judiciais. E é um risco temporário.

Quem adquire imóvel usucapido, do proprietário inscrito, tem, evidentemente, justo título. A não ser que esteja de má-fé, se tiver posse por dez anos, posse que poderá ser somada à do antecessor, terá para sua defesa a “exceptio usucapionis”. Isso limita o tempo do risco. Depois de dez anos do registro da decisão do registrador, o adquirente estará a salvo das consequências de nulidade do processo.

Convém deixar claro que a usucapião ordinária do adquirente não torna válido o registro da usucapião de seu antecessor. Se o processo for nulo, a nulidade será invencível. O que ocorre é que o justo título, a posse por dez anos e a boa-fé constituem novo título de aquisição da propriedade, independentemente daquele questionado por nulidade do processo.

Então, o prazo útil para ataque do registro da usucapião é dez anos. Antes disso, não haverá segurança absoluta para o adquirente do imóvel adquirido por seu antecessor por usucapião reconhecida extrajudicialmente. O adquirente não estará isento de riscos. Se quiser segurança, terá de examinar com olhos atentos todo o processo de reconhecimento da usucapião, em busca de nulidades.

Como se vê, o risco não será maior nem menor do que aquele existente no registro com título judicial.

4. Riscos criados por normas administrativas

Deixando de lado esses riscos inerentes a qualquer processo, é preciso apontar outros que estão sendo criados por atos normativos.

O estabelecimento de normas administrativas dirigidas a notários e registradores pode ser útil à medida que padroniza procedimentos. Acabam servindo também aos usuários dos serviços. Todavia, há limites para essas normas. Elas podem dispor sobre como atuar visando ao cumprimento da lei, mas não podem ir além disso. Não podem dispensar nem criar exigências legais, sejam de direito substantivo, sejam de direito formal.

O que se tem visto é o contrário.

Parece que acompanhando a tendência ao ativismo judicial, têm sido editadas normas administrativas, federais e estaduais, dirigidas às atividades notariais e de registro, para criar ou dispensar procedimentos e, o pior, contra a lei. Em outras palavras, há normas administrativas que assumem a força de lei, porque, à luz da hierarquia, da subordinação de notários e registradores às “normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente” (art. 30, XIV, da Lei 8.934/94), não podem ser descumpridas pelos destinatários.

5. O provimento nº 65/17 da Corregedoria Nacional de Justiça

A Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento nº 65, de 14 de dezembro de 2017, que “*estabelece diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e de registro de imóveis*”.

Deixamos de reproduzir o provimento aqui

porque é extenso. São 27 artigos e muitos parágrafos. Está disponível no “site” do STJ.

Esse ato normativo é rico em disposições que não resistem a um questionamento sobre sua legalidade.

Examinemos algumas delas.

6. Usucapião de unidades condominiais

Tome-se, por exemplo, o art. 6º do provimento:

Art. 6º Para o reconhecimento extrajudicial da usucapião de unidade autônoma integrante de condomínio edilício regularmente constituído e com construção averbada, bastará a anuência do síndico do condomínio.

O § 2º, do art. 216-A, da Lei de Registros Públicos, dispõe em sentido contrário: “*Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente...*”

A anuência, expressa ou tácita do proprietário do imóvel objeto do processo é indispensável. Será nulo o processo se ele não tiver anuído.

A exigência de citação do proprietário nos processos judiciais de usucapião sempre foi exigência expressa nas leis processuais de 1939 e 1973. Sua não citação sempre foi considerada causa incontornável de nulidade.

Nada justifica a norma administrativa modificar a lei, dispensando formalidade essencial do processo.

Seria desnecessário dizer que, se o condomínio edilício tiver sido instituído regularmente, com registro no Registro de Imóveis, os proprietários de todas as unidades serão conhecidos. As unidades sem registro de alienação pertencerão ao proprietário do terreno, ou ao incorporador. Não há unidade de condomínio sem proprietário.

O art. 7º é ainda pior:

Art. 7º Na hipótese de a unidade usucapienda localizar-se em condomínio edilício constituído de fato, ou seja, sem o respectivo registro do ato de incorporação ou sem a devida averbação de construção, será exigida a anuência de todos os titulares de direito constantes da matrícula.

Não existe condomínio edilício de fato. E a razão é simples. O condomínio edilício é uma ficção jurídica. A unidade autônoma é constituída pela área de uso exclusivo e pela participação ideal dela nas coisas comuns e no terreno. Essa participação ideal é expressa em percentuais ou

frações, que são proporcionais à área de uso exclusivo.

Tudo isso é discriminado na instituição formal do condomínio edilício, que só tem existência jurídica depois de aquela ser registrada na matrícula do terreno, no Registro de Imóveis.

É juridicamente impossível reconhecer-se a existência de unidade autônoma de condomínio edilício não instituído de acordo com a lei.

O § 4º, do art. 20, dá instruções sobre como proceder para o registro do reconhecimento da usucapião, nesses casos:

§ 4º Tratando-se de usucapião de unidade autônoma localizada em condomínio edilício objeto de incorporação, mas ainda não instituído ou sem a devida averbação de construção, a matrícula será aberta para a respectiva fração ideal, mencionando-se a unidade a que se refere.

Ficou pior, porque, confirmando o que foi dito, desfaz-se a ficção jurídica e se abre matrícula para fração ideal do terreno, contrariando frontalmente o princípio da unitariedade da matrícula. E não esclarece como será quantificada a parte ideal do terreno.

Mas supondo que fosse possível o condomínio de fato, essa unidade de fato teria, certamente, um proprietário. O terreno sobre o qual se assenta a construção tem proprietário. Tecnicamente, ele é o proprietário da acessão (art. 79, c.c. art. 1.253, ambos do Código Civil).

Então, não se pode dispensar sua anuência ao requerimento de reconhecimento extrajudicial da usucapião, assim como não seria dispensada sua citação se o processo fosse judicial.

O Código de Processo Civil só dispensa a citação dos confrontantes quando o objeto da ação for unidade autônoma de prédio em condomínio (art. 246, § 3º).

Pois bem, essa norma administrativa, a despeito da patente ilegalidade, é lei para o oficial registrador. Ele dispensará a anuência do proprietário da unidade condominial objeto do pedido. Registrará a decisão de reconhecimento da usucapião.

A nulidade do processo constituirá risco sério, não só para o próprio usucapiante, como também para o eventual adquirente do imóvel.

Vamos a outras ilegalidades:

7. Dispensa de anuência dos confrontantes

Tratando de imóveis descritos no requerimento tal como figuram descritos na matrícula ou na transcrição do Registro de Imóveis, diz o § 10,

do art. 10, do provimento:

Art. 10.

§ 10. Se o imóvel usucapiendo for matriculado com descrição precisa e houver perfeita identidade entre a descrição tabular e a área objeto do requerimento da usucapião extrajudicial, fica dispensada a intimação dos confrontantes do imóvel, devendo o registro da aquisição originária ser realizado na matrícula existente.

A lei exige a anuência dos confrontantes, e não abre exceção. Sempre exigiu. O fato de o imóvel usucapiendo estar descrito de acordo com a matrícula não faz presumir concordância dos confrontantes; não fosse por outro motivo, pelo fato de a descrição das divisas poder estar incorreta, ou pelo fato de o vizinho poder ter posse de parte do imóvel descrito na matrícula e no requerimento.

Mas o que importa mesmo é que a norma administrativa contraria a lei. Não se trata de simples interpretação do texto legal.

Já foi dito acima que o Código de Processo Civil só dispensa a citação do confrontante quando o imóvel usucapiendo for unidade condominial de edifício.

8. Dispensa de anuência do proprietário

Outro dispositivo normativo que merece crítica é o art. 13.

Art. 13. Considera-se outorgado o consentimento mencionado no caput do art. 10 deste provimento, dispensada a notificação, quando for apresentado pelo requerente justo título ou instrumento que demonstre a existência de relação jurídica com o titular registral, acompanhado de prova da quitação das obrigações e de certidão do distribuidor cível expedida até trinta dias antes do requerimento que demonstre a inexistência de ação judicial contra o requerente ou contra seus cessionários envolvendo o imóvel usucapiendo.

§ 1º São exemplos de títulos ou instrumentos a que se refere o caput:

- I – compromisso ou recibo de compra e venda;
- II – cessão de direitos e promessa de cessão;
- III – pré-contrato;
- IV – proposta de compra;
- V – reserva de lote ou outro instrumento no qual conste a manifestação de vontade das partes, contendo a indicação da fração ideal, do lote ou unidade, o preço, o modo de pagamento e a promessa de contratar;
- VI – procuração pública com poderes de alienação para si ou para outrem, especificando o imóvel;
- VII – escritura de cessão de direitos hereditários, especificando o imóvel;
- VIII – documentos judiciais de partilha, arrematação ou adjudicação.

Em todas essas hipóteses, o provimento dispensa a anuência do proprietário do imóvel usucapiendo. Não se leva ao conhecimento do proprietário do imóvel a existência de uma pretensão que implicará a extinção de seu direito de propriedade.

Abraçando francamente uma posição doutrinária sobre o justo título a que se refere o art. 1.242 do Código Civil, como requisito da usucapião ordinária, a norma administrativa vai além e relaciona, no § 1º, exemplificativamente, os documentos que devem ser considerados justo título.

Impõe ao oficial registrador, sem lhe permitir outro entendimento, a aceitação desses documentos e já estabelece que, quando qualquer um deles tiver sido apresentado, a modalidade da usucapião será a ordinária. Sim, porque a extraordinária prescinde de título e de prova de boa-fé.

O provimento parece não admitir usucapião sem título, porque exige genericamente que o interessado apresente, com o requerimento, entre outros documentos, *“justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a cadeia possessória e o tempo de posse”* (inciso III, do art. 4º). Malogrará o requerimento em que o interessado alegue que não tem título, que ocupou o imóvel por sua conta. Inevitavelmente, os oficiais registradores sempre exigirão título; qualquer título, mas um título.

Na relação de documentos estão, por exemplo, a cessão de direitos e a promessa de cessão. Imagina-se que esses direitos sejam os de promitente comprador. O promitente comprador, de quem se tratará mais adiante, não é, evidentemente, proprietário. O interessado no reconhecimento da usucapião é cessionário, ou pior, promitente cessionário dos direitos constituídos no compromisso de compra e venda. A cessão da cessão e a promessa de cessão da cessão parecem estar também incluídas no casuísmo.

Que se dispense a anuência do promitente comprador cedente ou promitente cedente, vá lá! Mas e o proprietário do imóvel, que não foi parte nesses contratos de cessão ou promessa de cessão e perderá o direito de propriedade?

Observe-se que cada documento relacionado no § 1º do art. 13 pode ser apresentado isoladamente. O dispositivo não exige que, com o contrato de cessão, seja apresentado também o contrato de compromisso. O registrador de bom senso exigirá, mas poderá haver resistência do cessionário, baseado na literalidade da norma administrativa.

O provimento, então, permite o reconhecimento da usucapião ordinária com base em justo título constituído por contrato de promessa

de cessão de direitos de promitente comprador, desde que quitado (“acompanhado de prova da quitação das obrigações”, diz o caput do art. 13). Exige, por outro lado, a apresentação de certidão da matrícula do imóvel (pode ser da transcrição, se não houver matrícula), da qual constará o nome do proprietário. O proprietário será sempre conhecido, mas não será nem mesmo comunicado da existência da pretensão, desde que o interessado apresente o instrumento de um contrato entre estranhos.

Basta dizer que a quitação do contrato de cessão, ou de promessa de cessão não significa que o compromisso, cujos direitos foram cedidos, tenha sido quitado.

9. Justo Título

Dissemos que o provimento abraçou uma corrente doutrinária sobre o justo título, sufocando eventual entendimento em contrário do oficial registrador. Vamos reproduzir aqui, por oportuno, breves considerações que fizemos a respeito da doutrina sobre o justo título, na “cartilha” sobre a usucapião, a pedido da Associação dos Registradores de Imóveis de São Paulo – ARISP:

Em relação ao justo título, a doutrina diverge.

Para alguns, que formam a maioria na doutrina mais recente, o justo título confunde-se com o título instrumental: é a escritura de venda e compra, de doação, de permuta; o compromisso de venda e compra quitado; “o documento capaz de transferir o domínio, se proviesse do verdadeiro dono” (Silvio Rodrigues); o “negócio jurídico apto a transferir o domínio, o ato translativo que não produziu efeito; o título de aquisição ineficaz” (Orlando Gomes); “aquele que, em tese, é hábil para transferir a propriedade do bem e revestido das formalidades legais exigidas para a sua validade” (Arnoldo Wald);

Para outros, justo título é o título transcrito, registrado no Registro de Imóveis. É, então, o “ato ou fato jurídico hábil para adquirir-se ou transferir-se a propriedade, como a sucessão hereditária e a transcrição” (Clóvis Beviláqua); é aquele “formalizado e devidamente transcrito; título não registrado não preenche a condição primacial para que seja havido como justo” (Washington de Barros Monteiro). Embora não fale em transcrição, pode ser incluído entre estes autores também Darcy Bessone, que define o justo título como sendo “o fato gerador de direito hábil, em princípio, para transmitir o domínio”. Antônio Chaves, negando que justo título é o título transcrito, tem de ser colocado nesta corrente, porque, além de diferenciá-lo do documento, define-o como a “justa causa que seria idônea para a transferência do domínio a que se destina, ou por revestir-se das formalidades exigidas por lei, ou por manter a aparência de um título válido”.

No direito anterior ao Código Civil de 1916, justo

título era realmente o instrumento, o contrato, porque a propriedade transmitia-se, por ato “inter vivos”, com a tradição. A partir do momento em que a transmissão do domínio na alienação “inter vivos” passou a ocorrer com a transcrição, o justo título passou a ser, para parte da doutrina, o registro.

Sem querer tomar partido, expomos a dissensão doutrinária apenas para mostrar que o órgão administrativo não podia impor coercitivamente aos oficiais registradores o entendimento de quem elaborou o provimento.

Se há divergência na doutrina sobre justo título para a usucapião ordinária, o provimento não deveria cuidar da matéria.

10. Compromisso de compra e venda e posse “Ad Usucapionem”

Precisamos aborrecer o leitor com mais alguns questionamentos sobre esses contratos e arremedos de contratos que, pela norma administrativa, foram elevados à categoria de justos títulos.

Evidentemente, o provimento confundiu título da posse com justo título. Os documentos relacionados no § 1º do art. 13 provam, sim, a origem da posse, mas não é desse título que trata o art. 1.242 do Código Civil. Justo título diz respeito à propriedade, e não à posse. Ele cria no possuidor, imbuído de boa-fé, a crença de que adquiriu a propriedade. Não é o caso desses documentos.

O provimento também consagra, pelos menos para os oficiais registradores, destinatários da norma administrativa, o entendimento de que a posse do promitente comprador, ou do cessionário, ou do promitente cessionário é computável para a usucapião desde a celebração do contrato de compromisso, e de que se podem somar umas às outras. Aliás, há pronunciamentos judiciais também nesse sentido.

É um equívoco.

No contrato de compromisso de compra e venda, assim como acontece na alienação fiduciária de bem imóvel, a posse se desdobra. O promitente comprador assume a posse direta e o promitente vendedor mantém a indireta. A posse plena, a rigor, o promitente vendedor só adquirirá quando celebrar o contrato de compra e venda prometido.

Considere-se, todavia, que a doutrina e a jurisprudência admitem pacificamente que, a partir da quitação do preço, a posse do promitente comprador passa a ser plena. Ao proprietário, realmente, resta a obrigação de transmitir a propriedade.

Ora, a posse que conduz à usucapião é a posse

se plena, a posse exclusiva. A posse direta do promitente comprador, exatamente porque convive com a posse indireta do proprietário, não pode ser computada para a usucapião.

Isso significa que o tempo para a usucapião só pode ser computado, na visão mais generosa, a partir da quitação do preço.

11. Outras disposições “legais” do provimento

Há disposições no provimento que se dirigem aos usuários dos serviços notariais e de registro, como se eles estivessem subordinados à correedoria:

Art. 21.

§ 1º A parte requerente deverá formular pedido de cancelamento dos gravames e restrições diretamente à autoridade que emitiu a ordem.

§ 2º Os entes públicos ou credores podem anuir expressamente à extinção dos gravames no procedimento da usucapião.

E outras que, nitidamente, tratam de matéria reservada à lei ou de tema controverso:

Art. 14. A existência de ônus real ou de gravame na matrícula do imóvel usucapiendo não impedirá o reconhecimento extrajudicial da usucapião.

Art. 21. O reconhecimento extrajudicial da usucapião de imóvel matriculado não extinguirá eventuais restrições administrativas nem gravames judiciais regularmente inscritos.

12. O objetivo da lei não é facilitar o registro da usucapião

Certamente, o objetivo do legislador nunca foi o de modificar o direito substantivo ao permitir que a usucapião fosse reconhecida extrajudicialmente. O art. 216-A da Lei de Registros Públicos até acrescentou alguns requisitos procedimentais, como a necessidade de anuência de titulares de direitos reais diversos da propriedade sobre o imóvel usucapiendo e sobre os imóveis confinantes. Absolutamente, não dispensou qualquer exigência de direito material.

A norma administrativa, se fosse realmente necessária para a aplicação da lei, deveria ter ficado restrita à rubrica do provimento: “*estabelece diretrizes para o procedimento da usucapião extrajudicial nos serviços notariais e de registro de imóveis.*”

Deveria tratar da autuação do processo, dos termos que devem ser lançados pelo registrador, da forma de serem formuladas eventuais exigências, das diligências, da cobrança das despesas e dos emolumentos, do momento da suscitação da dúvida, da forma da decisão e do registro etc.

Não deveria interferir na independência do

registor para qualificar o requerimento e os documentos que instruem o processo, de acordo com seu entendimento, profissional do direito que é.

13. Conclusão

Os requisitos da usucapião estão no Código Civil. O procedimento está no art. 216-A da Lei de Registros Públicos.

O Provimento 65/17 não integra o devido processo legal. A segurança jurídica está na observância da lei.

Sobre ser desnecessária, a norma administrativa aumenta consideravelmente os riscos de o registro da usucapião reconhecida extrajudicialmente ter sua validade atacada, por nulidade do processo.



Anualmente, por meio de cursos e palestras, o PQE proporciona capacitação, atualização e inovação, requisitos essenciais que fazem a diferença no momento de escolher a quem confiar o seu negócio.

2S Fernandes Consul Imobiliária Ltda
Adbens Administração De Condomínios e Imóveis Ltda
Adcip Administradora E Corretora De Imóveis Paulista Ltda.
Administração Predial Frederico Russo Ltda
Advocacia Bushatsky
Alem Gestão E Consultoria Ltda
Alk Imóveis
Ativa Administração Predial Ltda.
Ato Condomínios
Arrojo Empreendimentos Imobiliário Ltda.
Auguri Empreendimentos
Baeta Ippolito Administração E Assessoria Imobiliária S/C Ltda
Bernardes Apoio Administrativo Ltda.
Betha Administração De Negócios Ltda
Boa Vista Condomínios E Imóveis Eirelli Me
Brasil Condomínios
Brasil Condomínios - Agência Aquarius
Brcondos Advale Condomínios
Capital Assessoria A Condomínios Ltda.
Carreira e Sartorello Advogados Associados
Cassiporé Imóveis
Chedalgus Administração De Condomínios
Cidade Nova - Azevedo & Azevedo
Cirag Imobiliária Limitada
Clara Rosa Administração De Condomínios Ltda
Condovel Administradora E Imobiliária Ltda

Construklocker Empreendimentos Imobiliários Ltda
Cronate Condomínios Ltda
Directa Administração Integrada
Engimóves Negócios Imobiliários
Etica Assessoria e Administração S/C Ltda
Fenix Incorporadora E Construtora Ltda
Fênix Soluções E Gestão e Adm De Condomínios Ltda Me
FL Administração De Condomínios Ltda.
Frias Neto Consultoria de Imóveis
Folster Negócios Imobiliários Ltda.
Galeria Negócios Imobiliários Eireli
Gerencer Administração e Consultoria Condominial Ltda
Giseli Imóveis Ltda
Group Solutions - Ruman Solutions Consultoria e Administração de Condomínios Ltda - Me
Grupo Avalia - Administração Condominial
Grupo G.D8
Guaíra Negócios Imobiliários
Hds Condomínios
Hubert Imóveis E Administração Ltda
Igp Consultoria Imobiliária Ltda
Ilira Imóveis
Imobiliária Porta Nova
Imobs Empreendimentos Imobiliários Ltda
Invest Gerenciamento Imobiliário E Serviços Ltda
Jacques Gassmann Imóveis e Condomínios

CONHEÇA AS EMPRESAS CERTIFICADAS PARA 2019, QUE TEM EXCELÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Jp Carmello Condomínios

Júlio Casas Imóveis Consultoria E Vendas Ltda.

Inova Condomínios

Kasacor Imóveis

King Imóveis Eireli

Lello Condomínios Ltda

Lello Locação e Vendas Ltda

Lloyd Imobiliário Ltda

M Bigucci Com e Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Marques Gestão e Administração de Condomínios e
Propriedades Imobiliárias Ltda

Medeiros Negócios Imobiliários Ltda.

Monticelli Administração de Condomínios Ltda Me

Nasi Administração E Consultoria Ltda

Nova Criativa

Nova Freitas Imóveis Ltda

Office One Administração De Bens E Condomínios Ltda

Organizações Paulo Bio Ltda

Pacheco Imóveis

Paula Imóveis

PB Imóveis

Portão Consultoria De Imóveis Ltda

Predial Carlos De Campos Ltda.

Predial de Lucca

Predial Lins Mais Adm Vendas Ltda

Prediativa

Probo Soluções Em Condomínios

Proinvest Central De Negócios

Prop Starter Sf Gabriel's Ltda Me

Prumo Gerenciamento De Condomínios

Pulse Administração De Bens S/A

Rara Imóveis

Renato Amary Empreendimentos Imobiliários Ltda

Rpo Consultoria Em Condomínios Ltda

Sac Administradora

Sanbens Administradora De Condomínio

Smart Administradora

Spadoni & Hirsh

Taty - Gestão De Condomínios

Tecad - Condomínio Locação Vendas

Tecmobili Adm De Bens Ltda - Epp

Triângulo Imóveis E Condomínios

Valicon Serviços Para Condomínios Eirele

Verti Administração E Assessoria Imobiliária Ltda.

Villa Nova Assessoria Condominial

Vize Empresarial Ltda

WS Consultoria Imobiliária

WW Mantovani Negócios Imobiliários Ltda

Zardetto Administração

Zurich Administração De Bens Ltda

EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS REAIS IMÓBILIÁRIAS NO DIREITO BRASILEIRO

NESTOR DUARTE

O Contrato, fonte de obrigação que é, sujeita aqueles que o celebram a efeitos classificados por Teixeira de Freitas¹ em necessários e acidentais. São efeitos necessários o direito que tem o credor “de exigir do devedor, em lugar e tempo próprio, a prestação a que este se obrigara” e, “por parte do devedor”, o “cumprimento exato dessa prestação com o direito de exigir a quitação respectiva” (Esboço, art. 879). Já no dizer de Agostinho Alvim,² é cânone fundamental que “as obrigações assumidas devem ser fielmente executadas”, mas, na hipótese de descumprimento, as obrigações “são providas de sanção, qualquer que seja a sua fonte”, e para alcançar sua efetiva satisfação, podem as partes celebrar pactos acessórios de garantia.

Não se deve, entretanto, confundir a garantia de uma obrigação com o reforço da obrigação. O reforço ocorre mediante cláusula que infunde no devedor a intenção de cumprir a obrigação pelo temor de uma sanção. É o que decorre da aposição de multa e de cláusula penal, cuja natureza de reforço é enfatizada por R. Limongi França,³ e assim também de arras, não obstante elas, na origem, se tenham assemelhado ao penhor, como se vê da reminiscência de Álvaro Villaça Azevedo.⁴

As garantias, à sua vez, só tiveram razão de ser a partir da *lex poeetelia papiria*, de 326 a. C., porque foi apenas depois dela que o devedor dei-

xou de responder com o corpo, fazendo-o, a partir daí, com o seu patrimônio.

Distinguem-se as garantias em pessoais e reais; as primeiras vinculam o garante em nova relação jurídica de natureza obrigacional e nas segundas, quais sejam, nas garantias reais, o vínculo se estabelece sobre determinado bem do devedor ou de terceiro.

Inegável, por isso, a vantagem da garantia real, pelo que Visconde de Ouro Preto⁵ ressaltara: “o abastado, na ocasião de contrair o empréstimo, bem pode esmolar, chegado o momento de restituí-lo”, daí, em regra, a maior eficiência pela “sujeição especial de alguma coisa determinada em segurança dos débitos: *tutius est rei incumbere, quam in personam agere*”.

Há, portanto, garantia real quando um bem visa assegurar o cumprimento de uma obrigação ou a preservação de um direito. Com essa largueza, pode-se dizer que ela se insere no gênero caução, mas há um refinamento, quando as garantias reais conferem ao credor direito real de garantia; são, taxativamente, o penhor, a hipoteca e a anticrese.

Necessário, porém, referir que, no Direito Romano, antes do penhor e da hipoteca existiu a fidúcia, sendo ela utilizada não só como garantia,

¹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço*. Rio de Janeiro: Typografia Universal de Laemmert, 1860

² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 6.

³ LIMONGI FRANÇA, R. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 165.

⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 77. A palavra arras é de origem semita, tendo passado ao idioma grego (*arrabon*), com o significado de penhor, garantia. Chegou ao latim, com a forma *arrahabo*, *onis*, abreviando-se para *arrha*, *aec*, sempre com o mesmo significado; daí ao português, pelo acusativo plural latino, *arrhas*, atualmente *arras*.

⁵ OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de. *Crédito móvel pelo penhor e o bilhete de mercadorias*. Rio de Janeiro: Laemmert & Cia. Editores, 1898. p. 5.

mas para outras finalidades, daí a distinção: *fiducia cum amico e fiducia cum creditore*.

Na *fiducia cum creditore*, o devedor ou terceiro transferia a propriedade de coisa infungível ao credor, tendo este de restituir a coisa alienada quando ocorresse o pagamento da dívida. A transferência de propriedade ao credor *pela mancipatio* ou pela *in jure cessio*, e a obrigação de restituir, pelo *pactum fiduciae*. A devolução não ocorria automaticamente, mas como que por uma retrovenda, contudo, se a coisa recaísse na posse do devedor por um ano, esse recuperava a propriedade pela *usureceptio*.

A fidúcia teve grande aplicação e interesse no Direito Romano clássico, que é o período de culminância do seu ordenamento jurídico, entre 130 a.C. e 230 d.C., tendo desaparecido a fidúcia no direito justinianeu.

A fidúcia romana, contudo, não era semelhante à fidúcia germânica, porque nessa o direito do credor fiduciário é limitado por condição resolutiva, ou resolução real, ou seja, alcançada a finalidade desejada pelas partes, opera-se a resolução inclusive com eficácia *erga omnes*, cessando o direito transferido ao fiduciário. Em razão disso, por inexistir a possibilidade de abuso, há sustentação no sentido de não existir nela negócio fiduciário calcado na confiança.

Já o penhor (*pignus datum*), que se caracterizava pela transferência da posse, segundo José Carlos Moreira Alves, “é de origem recente no direito romano”,⁶ tendo surgido no século II a.C., “quando o pretor dá proteção, mediante interditos à posse do credor, bem como concede ação – a ‘*actio pignoratitia*’ – ao devedor, para, extinta a dívida, obter a restituição da coisa, caso o credor não quisesse devolvê-la. Durante todo o direito clássico, o penhor é um instituto do ‘*ius honorarium*’ (direito honorário ou pretoriano)”. Da circunstância de se conferir apenas a posse, é que, também, se afirma não ter o credor pignoratício desse tempo histórico nem direito real nem ação real, porque, diversamente do que ocorria na fidúcia, lhe faltava o direito de vender a coisa, conforme expõe Van Wetter.⁷

Mais recente, ainda, é a hipoteca, sobre cuja origem reina controvérsia, sendo, porém, mais bem aceita a teoria que remete à situação do ar-

rendatário rural que, se desse em penhor os bens necessários à sua atividade (*inuecta et illata*), em garantia de aluguel, transferindo-lhes a posse, ficaria impedido de explorar a terra. Para resolver esse empecilho, surgiu uma garantia independentemente da transmissão da posse, com o nome de *pignus obligatum*, que, no Direito justinianeu, foi denominada *hypotheca*. O regime do penhor e da hipoteca assemelhava-se, salvo quanto à transmissão da posse, e a principal distinção moderna, no que diz respeito ao objeto, isto é, o penhor tendo por objeto coisas móveis e a hipoteca coisas imóveis, não era conhecida, embora o penhor fosse mais utilizado para coisas móveis.

No princípio, sendo inerente ao penhor a posse da coisa pelo credor, somente os bens corpóreos eram suscetíveis de servir a essa garantia; contudo, no Direito clássico, “já se admitia o penhor sobre certos direitos: assim, o direito de crédito (*pignus nominis*), o próprio penhor (*pignus pignoris*) e o usufruto”, e, no direito justinianeu, ao penhor e à hipoteca serviam bens corpóreos ou incorpóreos.⁸

Por fim, a anticrese teve participação menor com objetivo de garantia, assinalando Eduardo Espínola⁹ que “tanto no direito helênico, como no romano, limitava-se a anticrese a compensar os frutos da coisa com os juros de capital” e que esta “não era constituída por contrato especial nominado, mas por um pacto adicionado ao penhor ou à hipoteca, autorizando o credor a perceber os frutos da coisa, compensando-os com os juros de seu crédito.”

Na legislação atual, para os negócios imobiliários, especificamente, o penhor não tem aplicação prática relevante, salvo nos casos de penhor agrícola e penhor industrial que incidem sobre bens imóveis por acessão, sem necessidade de tradição, mas exigentes de registro no Serviço de Registro de Imóveis (art. 167, I, da Lei 6015/1973).

Cabe referir agora que, em vários casos, são ofertadas garantias reais, sem que isso implique direito real de garantia, como na caução aludida no artigo 38 da Lei 8245/1991. A observação é relevante, porque só os direitos reais de garantia conferem título de preferência (art. 958 c.c 1225, VIII e X do CC).

De igual modo relevante é distinguir as garan-

⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. I, p. 352.

⁷ WETTER, P. Van. *Cours élémentaire de droit romain*. 3. ed. Paris: Librairie A. Marecq Aine, 1893. t. I, p. 456

⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, v. I, cit., p. 355.

⁹ ESPÍNOLA, Eduardo. *Os direitos reais limitados ou direito sobre coisa alheia e os direitos reais de garantia no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1958. p. 385.

tias típicas, das atípicas; aquelas arroladas na sede própria dos direitos reais de garantia e estas, que se verificam quando um direito mais abrangente é utilizado para um fim mais restrito, a saber, a transferência de propriedade com escopo de garantia, conquanto propriedade resolúvel, conforme a classificação de Luciano de Camargo Penteado.¹⁰

Retornando-se, então, à garantia real típica com bem imóvel, que é a hipoteca, sua inserção no direito luso-brasileiro encontrou dois percalços assinalados por Lafayette Rodrigues Pereira, herdados do Direito Romano: a ausência de publicidade e a admissão de hipotecas gerais, de bens presentes e futuros, em lugar de apenas os dotados de especialidade, tendo por objeto bens determinados.¹¹

Para atender ao requisito da publicidade, sobreveio a Lei 317, de 21/10/1843, seguida de seu regulamento, o Decreto nº 482, de 14/11/1846, instituindo o registro público das hipotecas, mas, ainda, subsistiriam as hipotecas gerais, a que só veio por cobro a Lei 1237, de 24/9/1864, oriunda de projeto de Nabuco de Araújo, que agasalhou o princípio de especialidade, mas deixou ao largo da especialização as hipotecas das mulheres casadas, menores e interditos que tinham valor, embora não inscritas.¹² Remediando essa omissão, a Lei 3272, de 05/10/1885 tornou obrigatória a inscrição das hipotecas legais. O governo provisório da República substituiu a regra da hipoteca pelo Decreto 169 – A, de 19/01/1890 e seu regulamento nº 370, de 02 de maio do mesmo ano, que vigoraram até a entrada em vigor do Código Civil de 1916.¹³

Até a primeira metade do século passado, diversas leis vieram a ocupar-se dos registros públicos (Lei n. 4.827, de 7 de março de 1924, os Decretos ns. 4.857, de 9/11/1939, 5.318, de

29/2/1940, 5.553, de 6/5/1940), todas revogadas (art. 299 da Lei n. 6.015/1973).

A Lei 6.015, de 31/12/1973, trouxe a novidade da matrícula, apoiando “seu foco sobre os imóveis e não sobre as pessoas com eles relacionados”¹⁴, e com essa nova base passou a identificar e caracterizar o imóvel e, daí por diante, a lançar os negócios jurídicos, conducentes à transmissão do domínio e de outros direitos relacionados à propriedade imobiliária mediante registros – designação genérica que compreende a inscrição e a transcrição referidas em leis anteriores (art. 168) – e averbações (art. 167).

Apesar do avanço em matéria registrária, necessidades econômicas, que outrora impulsionaram as inovações em matéria hipotecária, pelos “reclamos da lavoura, cujo desenvolvimento, à falta de crédito, se achava então retardado”¹⁵, com o incremento urbano passou-se ao reclamo dos entraves da hipoteca, para rápida satisfação do crédito atingido pelo inadimplemento dos devedores. Esse desconforto já era mencionado por Clóvis Bevilacqua, no limiar do Código Civil de 1916, criticando, porém, o Decreto nº169-A, de 19/01/1890, cujo artigo 14, § 1º, dispunha que em matéria de hipoteca “a jurisdição será sempre comercial”, qualificada como “doutrina aberrante a dessa disposição” e “que somente se justifica pela conveniência de se aplicarem, às execuções hipotecárias, as disposições do processo comercial, mais simples e de movimentação mais consertânea com as necessidades de segurança do crédito”. Essa mesma justificativa falha, “porque o reg. 737, de 25 de novembro de 1850, fora aplicado a causas cíveis”¹⁶

O certo é, porém, que o Código Bevilacqua, no artigo 809, estabeleceu que a lei da hipoteca é a civil e civil a sua jurisdição, ainda que a dívida seja comercial e comerciantes as partes.

¹⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: RT, 2008. p. 433. □As garantias reais podem ser típicas, no sentido de especialmente desenhadas para cumprir esta função. Neste caso, temos o penhor, a hipoteca e a anticrese. Podem, entretanto, ser atípicas. Isto não significa que não precisem de regulação legal. emprega-se a tipicidade aqui no sentido de obediência a um critério classificatório unitário, ou seja, na possibilidade de redução a uma categoria. Existiriam garantias reais atípicas quando direitos reais com outra função que não esta tivessem sua finalidade alterada ao papel de assegurar o cumprimento da obrigação. É o que ocorre com a propriedade fiduciária, que nada mais é do que o direito de propriedade imputado no patrimônio do credor com outra função.

¹¹ RODRIGUES PEREIRA, Lafayette. *Direito das cousas*. Rio de Janeiro: Typographia do Apostolo, 1876. t. II. – p.36.

¹² FRAGA, Affonso. *Direitos reaes de garantia: penhor, anticrese e hypotheca*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1933

¹³ GAMA, Affonso Dionysio. *Dos direitos reais de garantia: (penhor, anticrese e hypotheca)*. 2. ed. p. 241 Livraria Acadêmica: Saraiva, São Paulo, 1930.

¹⁴ CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 417.

¹⁵ FRAGA, Affonso, ob. cit. – p. 457.

¹⁶ BEVILAGUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Commentado vol III* p. 382, Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1917.

Com a vedação do pacto comissório, estabelecida no artigo 765, do Código Civil de 1916 e, conseqüentemente, a necessidade de execução da dívida pela via judicial, representava esta um empecilho à celeridade. A disposição correspondente do Código atual suavizou aquela proibição, permitindo que “após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida” (art. 1428 e parágrafo único).

Surgira, então, e em meio a isso, o Decreto-lei 70, de 21/11/1966, ainda na vigência do Código de 1916, restrito embora às instituições nele referidas, que introduziu a modalidade de execução extrajudicial da hipoteca, disciplinando-lhe o procedimento.

O grande salto, contudo, nas garantias de contratos imobiliários, deve-se à aplicação da fidúcia, posto que com características peculiares à legislação brasileira e que mais se aproximou do modelo germânico, mediante cláusula resolutória, com efeito real.

Bem verdade, que a retrovenda já houvera sido colocada nas cercanias do negócio fiduciário. Desde as Ordenações Afonsinas, passando pelas Manoelinas e pelas Filipinas, admitia-se a cláusula de retrovenda à qual, segundo Visconde de Ouro Preto,¹⁷ a fidúcia é intimamente análoga, e Teixeira de Freitas, em nota ao artigo 551 da Consolidação das Leis Civis, lembrou ter sido tratada como venda fiduciária.¹⁸

Não obstante a proximidade, não se confunde a retrovenda com negócio fiduciário.

A legislação brasileira, efetivamente, deu guarida a uma figura nova que se denominou alienação fiduciária em garantia, introduzida pela Lei nº 4.428 de 14/7/1965, cuja implementação, para os fins a que se propunha de celeridade na satisfação do crédito, não prescindiu de uma alteração pelo Decreto-lei 911/1969, restrito às coisas móveis fungíveis, no bojo do qual foi incluída ação de

busca e apreensão de caráter satisfativo.

À Lei 4728/1968 segue-se copiosa legislação abarcando tanto bens móveis, como imóveis, para fins de alienação fiduciária, mas se deve destacar a anterioridade, em matéria imobiliária, da Lei 4864, de 29/11/1965 (Lei de Estímulo à Indústria de Construção Civil), que criou uma forma de garantia fiduciária denominada “cessão fiduciária de direitos decorrente dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado” (art. 22) Este, porém, era instrumento de garantia limitado às instituições de crédito e financiamento contemplados na lei – caixas econômicas e sociedades de crédito imobiliário.¹⁹ O objetivo da lei fora, exclusivamente, a expansão do crédito habitacional.

A Lei n. 9514, de 20/11/1997, alargou o espectro, permitindo o uso generalizado (art. 22, § 1º) dessa garantia²⁰ e abarcando não só a alienação fiduciária, em que a garantia é efetivamente a propriedade fiduciária,²¹ mas também a cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis (art. 17, II e IV), figuras similares, com a mesma função de garantia, que entretanto, não se confundem. Antes dessa lei, poucas manifestações doutrinárias e julgados debruçaram-se sobre a propriedade fiduciária de bens imóveis.²²

Tanto quanto a alienação fiduciária de coisa móvel, a alienação fiduciária de bem imóvel comporta análise no plano do negócio obrigacional, ou contrato obrigacional, e no plano do negócio translativo ou de contrato real. Objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia pode ser qualquer bem imóvel, assim entendidos: a) a propriedade plena; b) bens enfiteúuticos; c) direito de uso especial para fins de moradia; d) direito real de uso, desde que suscetível de alienação; e) propriedade superficiária.

Pode a alienação fiduciária de bem imóvel ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sen-

¹⁷ OURO PRETO, Affonso Celso de Assis Figueiredo, Visconde de, (ob. cit. p.) 5.

¹⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das leis civis, nota 4 ao art. 551: -É o pacto redimendi retrovendendi -, ou venda a retro -, como vulgarmente se diz. O vendedor com este pacto tem um direito real. Antigamente se lhe dava o nome de venda fiduciária -, ou retracto convencional -, que se distinguia de outras espécies, as quaes se podem ver em Pothierer *Traité des retraits* -, e em Merlin *Repert. de Jurisprud.* -. O retracto por consanguinidade (- *retrait lignager* como se diz no *Direito Francez*) ou lei do avoego reprovou a nossa *Ord. L. 4º T. II princ.*. O retracto entre co-herdeiros, e entre sócios, (*retrait sucessoral, retrait partiaire*) também não tem lugar entre nós; salva todavia a disposição da *Ord. L. 4º*.

¹⁹ RESTIFFE NETO, Paulo,; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia fiduciária*, p. 115.

²⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012 - p. 228.

²¹ LOUREIRO, José Eduardo. *Alienação fiduciária de coisa imóvel*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n.63, jun. 2001, p. 89.

²² ROCHA, Eduardo de Assis Brasil. *Algumas considerações sobre a alienação fiduciária de coisa imóvel*. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 45/95, set./dez. 1998.

do privativa de instituições financeiras, conquanto sua utilização em larga escala seja o mesmo das instituições financeiras.

O instrumento do contrato conterà necessariamente (art. 24 da Lei n. 9.514/97): a) o valor do principal da dívida; b) o prazo e as condições do empréstimo ou do crédito do fiduciário; c) a taxa de juros e os encargos incidentes. d) a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e o modo de aquisição; e) a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre-utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária; f) a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão; g) cláusula dispondo sobre os procedimentos do leilão para alienação do imóvel, depois de consolidada a propriedade em nome do fiduciário, se o fiduciante não pagar a dívida (art. 27). Servindo o contrato de título que deverá ser levado ao Registro de Imóveis, deve conter todos os elementos, sem os quais o registro não poderá efetivar-se e, conseqüentemente, não se transmitirá a propriedade ao credor fiduciário (art. 167, n. 35, da Lei n. 6.015/73).

Inequivocadamente, porém, a introdução da alienação fiduciária em garantia de bem imóvel teve por objetivo dotar “o ordenamento de instrumento que permite sejam as situações de mora, nos financiamentos imobiliários e nas operações de crédito com garantia imobiliária, recompostas em prazos compatíveis com as necessidades da economia moderna, a exemplo do que há muito se verifica no âmbito dos financiamentos de bens móveis”.²³ Para isso, criou-se modalidade de execução extrajudicial própria, cuja implementação não ficou livre de críticas, seja por contrariar as disposições do Código de Defesa do Consumidor,²⁴ seja por excluir a intervenção judicial.²⁵

As críticas lançadas à Lei 9514/97, sobretudo quanto à faculdade de o fiduciante purgar a mora, exercer o direito de preferência para reaver o imóvel em segundo leilão e cientificação das datas dos leilões, foram substancialmente atendidas com a Lei 13465/17, que alterou a Lei 9514/97.

Para além da alienação fiduciária, tanto de bens móveis como de imóveis, a legislação evo-

luiria, atingindo a cessão fiduciária de direitos creditórios. Conquanto introduzida pela Lei 4864/65, já referida, destinada apenas à segurança dos créditos aberto pelas caixas econômicas e sociedades de crédito imobiliário, para construção e venda a prazo das unidades habitacionais, como visto, a matéria, foi, posterior e integralmente, regulada pela Lei n. 9.514/97, por força da qual o campo de aplicação da cessão fiduciária deixou de restringir-se à garantia de financiamentos habitacionais, passando a servir em qualquer operação de financiamento imobiliário.

Mais abrangente, ainda, foi a inovação trazida pela Lei n. 10.931, de 2/8/2004, que acresceu o artigo 66-B à Lei n. 4.728/65, cujo § 3º prevê a “cessão fiduciária de direitos sobre as coisas móveis, bem como de títulos de créditos” para negócios outros além dos imobiliários. Aplicação disso se vê na Lei n. 8.245/91, que dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos, no inciso IV do artigo 37, acrescentado pela Lei n. 11.196/2005, que admitiu entre as garantias locatícias a “cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento”.

No campo do Direito Público, também a cessão fiduciária encontrou guarida na legislação sobre concessões, cujo regime aportou na Lei n. 8.987, de 13/2/1995, uma vez que a Lei n. 11.196, de 21/11/2005, acrescentou-lhe o artigo 28-A, admitindo a cessão fiduciária de créditos pelas concessionárias, para garantir mútuo de longo prazo.

Não se tratando exatamente de uma alienação, mas de uma cessão, até pela natureza do objeto, não se há de falar em propriedade do crédito cedido, mas em titularidade dele, aplicando-se, porém, regra peculiar quanto à posse dos títulos, que é do fiduciário, e à autoliquidação, porque ao credor assiste o direito de receber o crédito diretamente do devedor, inclusive usando ações cabíveis. Nem por isso a garantia deixa de ser real, a exemplo do que ocorre com o penhor de direitos, entre eles o de crédito, tratado no âmbito dos direitos reais de garantia (art. 1451 do CC), assim como ocorreu no Direito Romano que permitira o penhor de bens incorpóreos.

Enfim, a fidúcia, no Direito Romano, é, historicamente, anterior ao penhor e à hipoteca,²⁶ mas, guardadas as particularidades da alienação fiduciária e da cessão fiduciária, o que se vê hoje é a

²³ CHALHUB, Melhim Namem. *ob. cit.*, p. 220.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 445.

²⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *A execução extrajudicial do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel - exame crítico da Lei n. 9.514, de 20.11.1997*. RT 819/65.

²⁶ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano - vol. I - p. 206 - Saraiva: São Paulo, 1957: "no desenvolvimento do direito romano há três formas sucessivas de garantias reais: fidúcia cum creditore, pignus, hipoteca"*

predominância destas sobre os institutos de disciplinas legais anteriores, a hipoteca e o penhor, pela celeridade que trouxeram para satisfação do crédito garantido. Compreende-se essa evolução, porque a fidúcia tem, entre seus atributos, suprir

as deficiências de outros institutos, para atender as necessidades econômicas e, paulatinamente, ela dá lugar a novos negócios típicos, a que se atrela a propriedade fiduciária, como garantia.



USUCAPIÃO

OLIVAR VITALE

1. Introdução

A Usucapião é forma de aquisição de propriedade imóvel, nos termos dos artigos 1.238 e seguintes do Código Civil.

A aquisição da propriedade, se não concretizada por meio de escritura pública registrada no cartório competente, havia de ser declarada pelo juiz. Essa até então sempre foi a realidade do país porquanto, em razão da construção cultural da proteção da propriedade garantida constitucionalmente, a determinação de sua titularidade e qualquer conflito a ela inerente deviam ser deliberados pelo Poder Judiciário.

As relações da sociedade são reguladas pelo Direito e seu avanço deve ser acompanhado pelas normas que estabelecem as diretrizes para tanto. Os instrumentos jurídicos vêm se adaptando a fim de se obter maior celeridade, eficiência e segurança jurídica.

O sistema jurisdicional está saturado com as diversas demandas que perfazem anos para serem solucionadas e por vezes de forma insatisfatória para ambas as partes. Os custos elevados para manutenção desse sistema dificultam a garantia do direito de acesso à Justiça. E ainda questões não relacionadas diretamente à resolução de conflitos, como por exemplo a declaração de aquisição de propriedade, em função das disposições legais por muitos e muitos anos exigiam necessariamente ser confirmadas pelo Poder Judiciário.

Novos caminhos e percepções da realidade estão pautados na modernidade que tem por pressuposto o imediatismo advindo da simplificação e desburocratização de processos. Com isso verificou-se a necessidade da desjudicialização de inúmeros procedimentos.

Entendida como um movimento que estimula

alternativamente a solução de controvérsias por intermédio de órgãos extrajudiciais, a desjudicialização foi incorporada pelo Novo Código de Processo Civil (CPC) no sentido de dispor sobre institutos conhecidos há tempos, adotando, todavia, roupagem contemporânea. A Usucapião faz parte desse rol de institutos.

2. Usucapião – O instituto e suas classificações

A Usucapião, mote deste estudo, trata-se de instituto notório desde períodos remotos pelo qual se reconhece a aquisição originária da propriedade privada, jamais bem público, pelo decurso do tempo do exercício da posse com o “*animus domini*”, ou seja, com intenção de tê-la como sua.

Não é ato constitutivo de propriedade, fosse anteriormente (judicialmente) ou atualmente, também extrajudicialmente. É ato de declaração de prazo prescritivo de aquisição. Ponto importante que assim a demonstra é que por mais que o possuidor não esteja mais na posse do imóvel é possível obter declaração de que um dia esteve, desde que cumprido o prazo estabelecido em lei para seu reconhecimento, legitimando direitos, inclusive para eventual pedido de indenização em casos, por exemplo, do Poder Público estar na posse do bem.

Vale destacar que a posse para SAVIGNY (citado por Washington de Barros Monteiro) “é o poder que tem a pessoa de utilizar fisicamente de uma coisa, com intenção de tê-la para si e de defendê-la contra a intervenção de outrem. São dois, portanto, no seu entender, os elementos constitutivos da posse: o poder físico sobre a coisa, o fato material de ter *esta à sua disposição numa palavra a detenção da coisa (corpus)* e a *intenção de tê-la como sua, a intenção de exercer sobre o direito de propriedade (animus)*.”¹

Para fins de definição da posse o Código Ci-

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 3, 27ª ed., 1989, Saraiva, p. 26.

vil – CC - em seu artigo 1.196² adotou a teoria de IHERING (obra citada por MONTEIRO): “para constituir a posse basta o poder sobre a coisa, o corpus, deixando para um segundo plano o animus que considera elemento de escasso valor, longe de ser essencial. (...) O corpus é o único elemento visível e suscetível de comparação, encontrando-se inseparavelmente vinculado ao animus, do qual é manifestação externa, como a palavra se acha ligada ao pensamento, do qual é expressão.”³

A posse⁴ pode ser direta (decorrente do exercício do domínio) ou indireta; justa (fundada em justo título) ou injusta (violenta, clandestina ou precária); ou de boa-fé (quando possuidor ignora o vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa – art. 1.201⁵ do CC) ou má-fé.

Nesse contexto, a Usucapião é possível quando “a inércia do proprietário, que além de não utilizar economicamente o seu bem, permite, ou não se insurge, que terceiro exerça sobre o seu bem imóvel, posse mansa, pacífica e ininterrupta, por um longo lapso de tempo”⁶.

Para melhor esclarecimento é salutar classificar as modalidades de Usucapião previstas no ordenamento jurídico brasileiro, a saber:

- Extraordinária em que o possuidor o detém como seu por quinze anos, sem interrupção nem oposição, adquirindo assim a propriedade, mesmo sem justo título ou boa-fé. Prazo reduzido a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo. (artigo 1.238 do Código Civil)

- Ordinária, se o possuidor com justo título possuir o bem como seu por dez anos, reduzindo a cinco anos se o tiver adquirido onerosamente e nele tiver estabelecido a sua moradia ou realizado investimentos de interesse social e econômico. (artigo 1.242 do Código Civil).

- Rural, nos termos do artigo 191 da Constitui-

ção Federal e repetição do texto pelo artigo 1.239 do Código Civil, se o possuidor, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia.”

- Urbana, prevista no artigo 183 da Constituição Federal e repetida no texto pelo artigo 1.240 do Código Civil, bem como na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), em que o possuidor que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural exerce a posse do imóvel como seu, em área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por ao menos cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família

- Coletiva em que núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados e, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (previsão no artigo 10 da Lei nº 10.257/2001)

- Familiar, com previsão no artigo 1.240-A do Código Civil, segundo o qual, aquele que exercer, por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados, cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

3. Usucapião Extrajudicial

O advento do Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 1.071⁷ que altera a lei de Registros Públicos - Lei nº 6.015/1973 - atribuiu competência aos serviços notariais e de registro para o processamento e declaração de aquisição da propriedade por meio da Usucapião.

² BRASIL. Código Civil Brasileiro: Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

³ MONTEIRO, Washington de Barros, obra citada, v. 3, 7ª ed., 1967, p. 19.

⁴ AVVAD, Pedro Elias. Direito Imobiliário, Rio de Janeiro: Renovar, p. 34

⁵ BRASIL. Código Civil Brasileiro: Art. 1.201. É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa.

⁶ AVVAD, Pedro Elias. Direito Imobiliário, Rio de Janeiro: Renovar, p. 74.

⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. “Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A: “Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: (...)”

A Usucapião Extrajudicial é alternativa mais eficiente e célere, contudo pode ser realizada por vias judiciais se assim o requerente escolher ou ainda se demonstrada necessária a intervenção do Poder Judiciário, o que inclusive garante a constitucionalidade do procedimento extrajudicial.

Notoriamente a modalidade extrajudicial sobreveio da necessidade de reduzir a quantidade de demandas judiciais que se estendem por anos até que sejam julgadas.

Com efeito. Mesmo com varas judiciais especializadas, comum nos dias de hoje procedimentos judiciais de Usucapião que, ainda que sem contestação de interessados, perdurem por mais de década.

Nesse ponto, especialmente diante da novidade legislativa, é possível a desistência de ação judicial de Usucapião para requerê-la administrativamente. Todos os documentos e atos praticados judicialmente, por conseguinte, podem ser aproveitados pela serventia imobiliária, exceção feita às intimações judiciais, a nosso ver.

O processamento da Usucapião é, por natureza, complexo e prolongado, haja vista a indispensabilidade de comprovação do exercício da posse pelo prazo estabelecido em lei por meio de documentos e testemunhas, além da notificação e manifestação dos titulares de direitos reais ou de outros direitos registrados sobre o imóvel usucapiendo e dos confinantes.

Item sensível a flexibilização do procedimento da Usucapião é a dificuldade de identificar sua utilização como subterfúgio para aquisição da propriedade sem a incidência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e demais impostos que seguem o imóvel na propriedade derivada, porquanto a substituição da escrituração de compra e venda do imóvel pela Usucapião que é forma originária de aquisição resultará na inexistência de fato gerador do imposto.

Outra dúvida surge quanto a instauração do procedimento como forma transversa para transmissão de imóvel, como por exemplo nos casos de

inventário. Nesse contexto, há algumas decisões de Oficiais de Registro em nota de devolução no sentido de que a Usucapião não pode se processar de forma indireta. Melhor dizendo, se possível a transmissão de propriedade por aquisição *causa mortis*, ainda que pendentes alguns procedimentos de regularização para a efetiva transferência de domínio, não podem os herdeiros se valer da via mais fácil e barata, a Usucapião.

Todavia, a jurisprudência aceita a Usucapião tabular, em casos excepcionais, para correção de registro imperfeito, omissão de nome de proprietário antecessor ou aquisição de área determinada de um todo, fração ideal frente a outros condôminos. Dessa maneira, se aceita judicialmente, não há razão para sua objeção extrajudicial.

4. Procedimento

O trâmite do processo de Usucapião Extrajudicial está previsto na Lei nº 6.015/1973, normatizado pelo Provimento nº 65/2017 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), bem como em âmbito estadual por exemplo pelo Provimento nº 51/2017 da Corregedoria de Justiça do Estado de São Paulo, e ocorrerá diretamente perante o cartório de Registro de Imóveis da localidade do bem. Deverá o interessado apresentar requerimento acompanhado dos documentos listados no rol do art. 216-A⁸ da mesma lei.

Questão importante a se ressaltar é que o processo da Usucapião Extrajudicial será procedido por advogado, ou seja, a partir da apresentação do requerimento pelo advogado do interessado a intimação de qualquer ato subsequente será feita diretamente a ele.

Pois bem. Os documentos exigidos são: I- ata notarial; II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado; III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; e IV – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, continuidade, natureza e tempo da posse.

A primeira inovação trazida pelo CPC enta-

⁸ BRASIL. Lei 6.015 de 1973. “Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e de seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias, aplicando-se o disposto no art. 384 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil); II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes; III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.”

bula o instrumento da ata notarial em seu artigo 384⁹, o que possibilita ao tabelião, em termos de prescrição aquisitiva, a partir da apresentação de documentos comprobatórios e indicativos da origem e continuidade – ex. IPTU – atestar, no mínimo, o tempo de posse do requerente, bem como de toda a cadeia possessória conforme a modalidade da Usucapião. Para tanto, é possível, ainda, que o Tabelião realize diligência *in loco*, entretanto entendemos que não se faz necessário tal ocorrência, tal qual no caso de Usucapião judicial não se exige a vistoria judicial.

Nesse ponto, temos observado certa resistência de tabeliães para elaboração da ata notarial. Isto porque, ainda que a ata notarial integre obrigatoriamente o procedimento de reconhecimento da Usucapião, exige-se que o tabelião ateste elementos que possibilitem ao registrador certeza para atribuir a propriedade pelo exercício da posse. De fato, constatar efetivamente o tempo de posse é inviável ao tabelião realizar, mas, por isso, o legislador utilizou o verbo “atestar”, ou seja, certificar oficialmente. Sendo assim, o que a lei deseja é a autenticação notarial da demonstração dos elementos caracterizadores da posse, e não constatação efetiva e presencial do tempo dela¹⁰.

A esse respeito, impossível não comparar o que vivemos hoje em relação a Usucapião extrajudicial com o que vivemos há quase quinze anos com a retificação de registro de imóveis. Na época, a novidade surgiu com a Lei nº 10.931/04, alterando o artigo 213, inciso II, da lei de Registros Públicos, permitindo que toda e qualquer retificação de registro de imóveis se dê extrajudicialmente. Naquela oportunidade, também, bastante dificuldade se teve com a aceitação pelas serventias de registros públicos a aceitar o procedimento sem a chancela do Poder Judiciário. Hoje, o assunto

é mais que pacificado. Decerto com a Usucapião extrajudicial não será diferente. Ademais, após a apresentação do requerimento juntamente com os documentos necessários, note-se que o registrador possui responsabilidade civil e administrativa pelos atos por ele declarados. E embora possa realizar tantas diligências ao imóvel quanto forem necessárias para elucidação de dúvidas, de acordo com seu livre convencimento, sem dúvida não é mandatária a vistoria do imóvel pelo próprio Oficial do Registro de Imóveis, conforme previsto no parágrafo 5º do artigo 216-A da Lei nº 6.015/1973 haja vista inclusive a obrigatoriedade da apresentação de planta e memorial descritivo elaborados por profissional competente.

Transcorrido o procedimento extrajudicial sem qualquer impugnação e concluída a documentação, dispensada a participação do Ministério Público, o Oficial de Registro de Imóveis registrará a aquisição da propriedade imobiliária em nome do requerente com abertura de nova matrícula, se for o caso. Se, todavia, o titular de direitos ou confrontante apresentar impugnação devidamente fundamentada¹¹, o registrador intimará o requerente por meio de seu advogado para se manifestar, e não havendo transação, lavrará relatório consubstanciado do processo e entregará os autos ao requerente, que poderá apresentar ao juízo competente da comarca de localização do respectivo imóvel após a emenda da petição inicial para adequá-la ao procedimento judicial¹².

Desse modo, além da possibilidade de o interessado suscitar procedimento de dúvida nos termos desta lei, outra novidade trazida no novel instituto é a previsão do parágrafo 15 do artigo 216-A, que dispõe sobre a possibilidade de comprovação da posse e demais informações por meio de procedimento de justificação administrativa

⁹ BRASIL. Novo Código de Processo Civil. “Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.”

¹⁰ Disponível em: <<https://www.26notas.com.br/blog/wp-content/uploads/2017/11/Cartilha-procedimento-Ata-usucapi%C3%A3o-Lei-13465-26-ok-2.pdf>>. Acesso em 27/08/2018.

¹¹ *Caberá ao Oficial de Registro Imobiliário a análise da prudência e razoabilidade da impugnação, bem como sua pertinência. Nesse ponto, A lei não traz o que se entende por impugnação fundamentada, porém a Corregedoria de Justiça do Estado de São Paulo por meio do Provimento 51/2017 entende que: “429.2. Consideram-se infundadas a impugnação já examinada e refutada em casos iguais ou semelhantes pelo juízo competente; a que o interessado se limita a dizer que a usucapião causará avanço na sua propriedade sem indicar, de forma plausível, onde e de que forma isso ocorrerá; a que não contém exposição, ainda que sumária, dos motivos da discordância manifestada; a que ventila matéria absolutamente estranha à usucapião; e a que o Oficial de Registro de Imóveis, pautado pelos critérios da prudência e da razoabilidade, assim reputar.”*

¹² BRASIL. Provimento nº 65/2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. “Art. 18. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião apresentada por qualquer dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, por ente público ou por terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis tentará promover a conciliação ou a mediação entre as partes interessadas.

§ 1º Sendo infrutífera a conciliação ou a mediação mencionada no caput deste artigo, persistindo a impugnação, o oficial de registro de imóveis lavrará relatório circunstanciado de todo o processamento da usucapião.

§ 2º O oficial de registro de imóveis entregará os autos do pedido da usucapião ao requerente, acompanhados do relatório circunstanciado, mediante recibo.

§ 3º A parte requerente poderá emendar a petição inicial, adequando-a ao procedimento judicial e apresentá-la ao juízo competente da comarca de localização do imóvel usucapiendo.”

que obedecerá ao rito da produção antecipada de prova, indicada no § 5º do artigo 381 e artigos 382 e 383 do CPC. Nesse caso, havendo ausência ou insuficiência de documentos a convencer o Oficial do Registro de Imóveis da posse necessária exercida pelo requerente, tanto o tempo da posse quanto as demais informações podem ser confirmados mediante justificação administrativa, diretamente perante o Oficial.

No tocante ao procedimento da Usucapião Extrajudicial introduzido pelo CPC que alterou a Lei de Registros Públicos, inicialmente foi prevista a exigência de expressa anuência dos titulares de direitos reais e confrontantes, sendo seu silêncio interpretado como discordância. O dispositivo¹³ foi alterado pela redação da Lei nº 13.465/2017 para dispor justamente o oposto, ou seja, a ausência de manifestação pelos titulares de direitos e confrontantes, mesmo após notificação expedida pelo registrador, será entendida como concordância.

Como consequência disso, o processo extrajudicial se torna mais efetivo, *“já que o titular da propriedade pode ignorar a notificação do cartório não por discordar da demanda, mas por falta de interesse”*.¹⁴

Dessa maneira, imóveis que atualmente se encontram indisponíveis por não possuírem titularidade poderão ser regularizados com maior facilidade, ocasionando grande impacto na economia, posto que haverá maior disponibilidade de imóveis passíveis de circularização.

Ou seja, o legislador, ao positivar a Usucapião Extrajudicial no novo CPC, inicialmente foi deveras rigoroso exigindo a anuência expressa do proprietário tabular vez que, se a manifestação da vontade pelo titular fosse possível, vezeiramente seria desnecessário o procedimento de Usucapião. Entretanto, corrigiu tal lapso na promulgação da Lei nº 13.065/2017, que trata primordialmente da regularização fundiária no país, ao considerar tacitamente anuente o intimado que se quedar inerte.

Nesse passo, outro questionamento surge. Se na hipótese de falecimento do tabular é permitida sua intimação por edital nos termos do parágrafo 13 do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, considerando-o estar em lugar incerto ou não sa-

bido. Nesse caso, a nosso ver, necessária a intimação dos herdeiros.

Ainda sob o prisma da intimação, com relação a Usucapião de unidade autônoma de condomínio edilício ou se no imóvel confinante contiver um condomínio edilício, mais uma novidade introduzida pela Lei nº 13.465/2017 é dispensar a notificação de todos os condôminos, sendo necessária tão somente a notificação do síndico para efeito de manifestação de consentimento. Por corolário, a nosso ver, na hipótese de condomínio geral, entende-se que a intimação de qualquer dos proprietários do bem é suficiente ao atendimento da exigência legal de notificação do procedimento.

Já ao Provimento 65/2017 da Corregedoria Nacional da Justiça dispensa a intimação de confrontantes se o imóvel usucapiendo for matriculado com precisa descrição e houver perfeita identidade entre a descrição tabular e a área do requerimento da usucapião extrajudicial. Mais. Dispensada também a notificação do proprietário tabular se for apresentado pelo requerente justo título ou instrumento que demonstre a existência de relação jurídica com o título registral.¹⁵

Ademais, no que tange às notificações expedidas no procedimento da Usucapião Extrajudicial, além daquelas acima mencionadas – titulares de direitos reais averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, bem como do síndico quando adequado – o Oficial de Registro de Imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, com o objetivo de conferir se não houve desapropriação, ocupação de áreas públicas e outras irregularidades.

Por fim, a intimação dar-se-á por edital se o interessado deixar de ser encontrado ou notoriamente esteja em local incerto e não sabido, valendo também para quaisquer terceiros interessados, mediante publicação por duas vezes em jornal de grande circulação, pelo prazo de quinze dias a manifestar para cada publicação, sempre lembrando que o silêncio tem força de anuência. Note-se que o edital pode ser eletrônico, nos termos do parágrafo quatorze do artigo 216-A da Lei nº 6.015/1973, desde que haja previsão no regulamento do órgão jurisdicional competente para a correição das serventias.

¹³ BRASIL. Lei nº 6.015/1973. Art. 216-A. § 2º *Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.*”

¹⁴ Daniel Dias, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/sobretudo/morar/2017/08/1907325-nova-lei-acelera-processo-de-usucapiao-de-imovel-em-cartorio.shtml>>. Acesso em 17/08/2018.

¹⁵ Artigo 10º, parágrafo 10º e artigo 13º, Provimento 65/2017, da Corregedoria Nacional da Justiça.

4. Conclusão

A simplificação e a desburocratização do processamento da Usucapião reduz tempo, acarretando mais fluidez, celeridade e efetividade ao procedimento, além de trazer segurança jurídica aos adquirentes de imóveis.

Nesse sentido, sob o enfoque social, a previsão de Usucapião de imóveis localizados em núcleos urbanos informais contida na Lei nº 13.465/2017 promove a regularização de situações consolidadas e proporciona maiores possi-

bilidades de constituição efetiva de propriedade pela população de baixa renda.

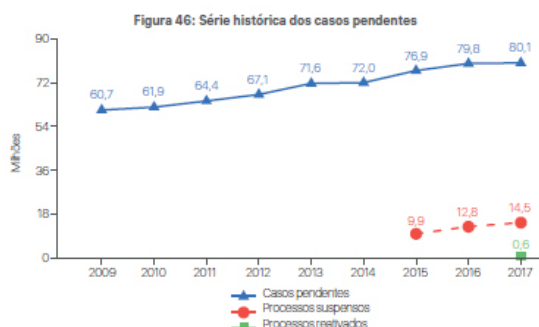
Além disso, a desjudicialização do processo para declaração de propriedade pela prescrição aquisitiva inicia um marco importante para o progresso da economia brasileira, porquanto desafoga o Poder Judiciário, reduz custos e movimentam o mercado com maiores oportunidades para circularização de ativos imobiliários por venda, permuta, garantia, financiamento imobiliário e outras modalidades.

OS DESAFIOS NA GESTÃO DO CONTENCIOSO IMOBILIÁRIO EMPRESARIAL

Conflitos, inovações tecnológicas e o Código de Processo Civil.

TELMO ARBEX LINHARES
RUBENS LEONARDO MARIN

O Brasil aparenta ser um país pacífico, de um povo pacato, de baixo nível de conflitos, o que, ao contrário, não corresponde à realidade¹. Somos um país de alta litigiosidade. Dados do anuário do Conselho Nacional de Justiça 2018 informam que tramitam em nossos tribunais 80,1 milhões de ações judiciais². Mais preocupante é a crescente de tais números: um aumento de 32% em oito anos.



As razões para a escalada da cultura da litigiosidade são as mais diversas, desde o descaso com o cumprimento das leis, impunidade, abuso no direito de litigar, entre outros aspectos que merecem estudos profundos e ações imediatas de toda a sociedade.

Atento a tais questões, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe alguns instrumentos de pacificação aproximando ainda mais o Poder Judiciário da formulação de normas aplicáveis aos cidadãos.

Assim, como exemplo, o art. 926 do Código de Processo Civil³ invoca o dever dos tribunais de editar súmulas conforme sua jurisprudência dominante, visando uniformizá-las e mantê-las coerentes; e o art. 927⁴ exige a observância pelos Tribunais dos diversos instrumentos uniformizadores de entendimentos.

O resultado que se persegue é a redução sustentável das demandas judicializadas, estabilizando as decisões e prestigiando a segurança jurídica, evitando o que Thiago Asfor Rocha Lima chamou

¹ Dados do Institute for Economics & Peace. *Global Peace em seu Index 2018: Measuring Peace in a Complex World*, publicado em Junho 2018 informam que o Brasil tem índice considerado baixo de paz, estando em 106º colocado em um ranking de 163 países, em que Chile e Uruguai ocupam as posições 28º e 36º respectivamente. Disponível em <http://visionofhumanity.org/reports> acessado em 02/09/2018.

² *Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. P.74.*

³ Art. 926. *Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*

^{§ 1º} Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

^{§ 2º} Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁴ Art. 927. *Os juízes e os tribunais observarão:*

¹ - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

¹I - os enunciados de súmula vinculante;

¹II - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

¹V - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

^v - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

de *jurisprudência lotérica*⁵, que desvirtua o Poder Judiciário ao incentivar a litigiosidade e as aventuras jurídicas.

Especialmente na solução de demandas assemelhadas, apresentam-se como fundamentais os instrumentos previstos no artigo 976, qual seja, o Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR)⁶, quando a controvérsia recaia sobre a mesma questão unicamente de direito; e no artigo 1.036⁷, que trata dos Recursos Representativo de Controvérsia (RRC) quando o fundamento se encontra em idêntica questão de direito.

Contudo, sob o ponto de vista pragmático, a estrutura fundamental de organização de tais soluções reside em categorizar (classificar) situações jurídicas. No campo da filosofia ocidental esta função fundamental do cérebro foi descrita nos estudos de Parmênides quando estabeleceu, com simplicidade, o que se passou a chamar Princípio da Identidade: “tudo é idêntico a si mesmo”⁸, ou no brocardo popular “uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa”.

Mais modernamente se diz que a categorização é a tentativa gradual de ligar, por diversos tons de cinza, uma pessoa ou uma situação a uma categoria (modelo mental) que já esteja inserida previamente no conhecimento de alguém⁹.

Já na técnica processualista, o princípio da identidade se expressa, especialmente, no que se costuma tratar por *distinguishing*. Este nada mais é do que o método pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma¹⁰. Ainda, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, o *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente¹¹.

Tarefa de simplicidade e complexidade ímpa-

res, pois muito dificilmente haverá identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente¹².

Posto isto, neste pano de fundo e com esta visão estratégica, demonstra-se a alteração na forma de tratamento dos processos judiciais com a potencialização dos instrumentos que valorizam os precedentes.

Isto demanda dos atuais profissionais do Direito a habilidade de distinguir em quais ações podemos utilizar os direcionadores (*drivers*/paradigmas) que permitem a aplicação das normas e, em quais delas, as circunstâncias do processo são diversos, o que exige um aprofundamento essencial na análise dos fatos e do direito.

Em um primeiro momento, poderia se entender este como mais um trabalho hercúleo ao operador do Direito. Porém, o que se vislumbra é que muito do método recebe auxílio da mesma tecnologia que se aproveita, de forma integral, das estruturas de pensamento fundadas no Princípio da Identidade, qual seja, a linguagem binária dos computadores.

Neste sentido, uma vez realizada a triagem essencial de separar processos de mesmo pedido, causa de pedir, com identidade ou semelhança de subsídios que retratem a relação fática (sob a ótica jurídica), a inteligência artificial passa a ser uma grande vantagem competitiva para enfrentar os desafios da gestão jurídica e gerar resultados concretos.

No mercado imobiliário, a afirmativa não é diferente. Atualmente, o Judiciário encontra-se inundado com ações que versam sobre corretagem (na alienação de imóveis objeto de incorporação imobiliária), pedidos de extinção de contratos de promessa de venda e compra; indenização

⁵ Thiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

⁶ Art. 976. *É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:*

¹ - *efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;*

^{1I} - *risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.*

⁷ Art. 1.036. *Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.*

⁸ *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/parmenides/>. Acessada em 02/09/2018.

⁹ Douglas Hofstadter; Emmanuel Sander. *Surfaces and Essences: Analogy as the Fuel and Fire of Thinking*. New York, Basic Books, 2013. p.11

¹⁰ José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente Judicial como fonte do Direito*. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 174.

¹¹ Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*. 3 ed. Ver. Atual. E ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p 325.

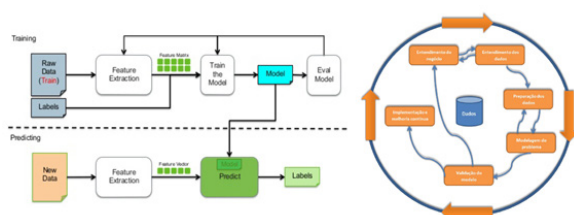
¹² Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório. Decisão precedente, coisa julgada e tutela provisória*, 13. Ed. Salvador, Ed. Jus Podivm, 2018. p. .

decorrentes de atraso de obras; devolução de taxas de condomínio sob a alegação de serem cobradas indevidamente, dentre outros temas mais ou menos complexos sob o ponto de vista da solução jurídica adequada.

Ocorre que, em grande parte das empresas, a tomada da decisão sobre a manutenção do processo, probabilidade de êxito, valores estimados e propensões a acordos ainda são tomadas de forma intuitiva, individualmente, caso a caso, sem levar em consideração fatores essenciais como o próprio custo de carregamento do processo, que envolve não só os honorários contratuais de seu patrono, como também as custas, despesas (processuais e reembolsos) e demais valores como perícias, emolumentos etc.

Fato é que, uma vez que a base dos processos esteja bem alimentada, possuindo qualidade de dados, informações acessíveis, claras, atualizadas, é possível por meio da inteligência artificial aumentar a assertividade e a qualidade das decisões tomadas, gerando maior resultado e inteligência ao próprio negócio empresarial.

Com a uniformização das decisões, é possível inclusive criar um modelo de “machine learning”, onde a inteligência humana atue em conjunto com a inteligência artificial, como no exemplo abaixo¹³:



A modelagem do problema permite não apenas extinguir sua causa raiz (por exemplo, mero ajuste de cláusula ou mudança no modo de atuação), mas também implementar melhorias contínuas, de acordo com a variação dos resultados práticos após aplicação do modelo de predição das decisões judiciais.

O desafio encontra-se, além da necessidade de adequação à nova realidade jurídica e tecnológica, na necessidade de entendimento uniforme dos próprios Tribunais de Justiça a respeito das decisões que devem seguir precedentes.

A descoberta dos direcionadores (*drivers*/paradigmas) adequados é uma função fundamental para a correta aplicação do Direito. Categorizar, mais do que nunca, é função primordial para o Direito.

Conclusão

Como se observa das observações introdutórias acima, existe consonância entre as diretrizes do sistema processual vigente e a forma de agir dos profissionais de Direito que atuam especialmente nas áreas de grande volume de processos, cabendo utilizar de ferramentas voltadas ao desenvolvimento de estratégia jurídica que alcance resultados financeiros mais interessantes para as partes e melhoria no ambiente de negócios.

A partir da uniformização dos precedentes e da definição das categorias, os dados e os algoritmos mostrarão soluções que contribuirão à redução das demandas assemelhadas, contribuindo para melhor qualidade das decisões, com isonomia nas questões parelhas e tratamento justo e adequado nas decisões que merecem a devida atenção

Vislumbramos, inclusive, em futuro não muito distante, e com o aperfeiçoamento das ferramentas, que o Poder Judiciário possa se dividir em Justiça dos casos assemelhados e a Justiça dos casos inéditos, em que a discussão da categorização e do *distinguishing* será fundamental.

Em todos estes casos, apenas profissionais que conjuguem capacidade analítica e sensibilidade das repercussões de cada situação, poderão extrair em plenitude a potencialidade deste ambiente processual em que se valorizam os precedentes.

Mas *mutatis mutandis* nada muito diferente do que todos os filósofos do Direito fizeram nos últimos séculos, potencializados, cada dia mais, pela conjugação do saber humano com a máquina.

¹³ <https://hydrasky.com/network-security/machine-learning-101-what-is-machine-learning/>



O LOTE COMO UNIDADE AUTÔNOMA CONDOMINIAL: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

THALITA DUARTE HENRIQUES PINTO

“O urbanismo tem, assim, uma missão social a cumprir na ordenação dos espaços habitáveis, para assegurar às populações - principalmente à urbana - as melhores condições de vida no aglomerado humano.”¹

Para melhor aproveitar o precioso tempo do estimado leitor e evitar falsas expectativas, esclarece-se, já no início, que o presente artigo não visa esmiuçar as normas sobre Condomínio de Lotes e nem fazer um exame prático da implantação desse tipo de empreendimento.

O objetivo almejado é, com uma análise das discussões passadas e da legislação presente (Lei nº 13.465/2017), refletir sobre os desafios futuros, fomentando o debate sobre a relevância de uma adequada regulamentação do instituto por parte dos Municípios e de seu correto uso por parte dos empreendedores.

Afinal, a cidade é a moradia da grande maioria dos brasileiros² e é também nossa responsabilidade zelar para que a efetiva ordenação dos centros urbanos seja cada vez menos utópica.

O Passado:

O Condomínio de Lotes, como muitas das figuras de nosso ordenamento, é mais um exemplo da corrida incansável do Direito atrás das inovações mercadológicas e demandas da sociedade.

E, nessa corrida, normalmente tão difícil e

cheia de obstáculos, o Direito muitas vezes só encontra a linha de chegada quando a inovação já virou costume e a demanda, realidade. O desafio, então, é ainda maior: disciplinar uma situação consolidada, tentando reparar os efeitos danosos percebidos na prática.

Com efeito, muito antes da vigência da Lei nº 13.465/2017, o Condomínio de Lotes já era uma realidade em muitas cidades brasileiras.

Como bem anotou Melhim Chalhub, em 2015, por ocasião do 34º Encontro Regional dos Oficiais do Registro de Imóveis, “a prática surgiu há mais de meio século, visando suprir a deficiência dos serviços públicos de segurança, de conservação etc.”³.

Muitos defendiam a sua fundamentação legal na interpretação conjunta do artigo 3º do Decreto-lei 271/1967 com o artigo 8º da Lei nº 4.591/1964, que permitiria, de um lado, a dissociação da construção do conceito de unidade autônoma condominial, e, de outro, equipararia as obras de infraestrutura à execução da edificação.

Com base nesses preceitos, delineou-se, na prática, o conceito de Condomínio de Lotes, segundo o qual o lote de terreno, independentemente de qualquer construção, seria uma unidade autônoma. Nesta modalidade, todo o empreendimento seria propriedade privada, composta por partes de uso exclusivo de cada condômino (o

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *As restrições de loteamento e as leis urbanísticas supervenientes*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 120, p. 479-488, dez. 1975. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41348/40096>>. Acesso em: 24 ago 2018

² Conforme Censo do IBGE/2010, cerca de 84% da população brasileira vive em centros urbanos. Ainda que se considere a nova proposta de classificação territorial, o percentual de habitantes das cidades continua alto, próximo de 76% (<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/15007-nova-proposta-de-classificacao-territorial-mostra-um-brasil-menos-urbano.html>).

³ CHALHUB, Melhim. *Condomínio de lotes de terreno urbano – Projeto de Lei do Senado nº 208/2015*. *Boletim do IRIB em revista*, São Paulo, nº 353, p. 48-55, set. 2015, ISSN 1677-437X.

lote em si) e partes de uso comum de todos os condôminos (como vias internas, praças, clubes etc.). Tudo isso regulamentado por convenção condominial.

De fato, tal interpretação, aliada a esparsas leis urbanísticas locais, fez disseminar o Condomínio de Lotes em diversas localidades, como, por exemplo, Niterói-RJ, diversos Municípios do Rio Grande do Sul e o Distrito Federal.

De todo modo, a despeito da disseminação do instituto em vários Municípios, ainda era forte a voz dos que defendiam a inexistência de fundamentação legal, pautados muitas vezes pela falta de regulamentação ou até mesmo por alegada revogação do citado artigo 3º do Decreto-lei 271/1967.

Esse entendimento, conjugado ao receio de riscos urbanísticos, fez com que o regramento do Condomínio de Lotes e qualquer previsão relativa a tal instituto fossem expressamente excluídos, por exemplo, das Normas da Corregedoria do Estado de São Paulo, em 15 de janeiro de 2016, por meio do Provimento CG 02/2016.

A par das discussões jurídicas quanto à aplicabilidade e extensão do artigo 3º do Decreto-lei 271/1967, não se pode negar que o Condomínio de Lotes pode impactar significativamente a ordenação territorial da cidade.

Dentre os pontos de preocupação mais comumente discutidos ao longo dos anos, temos a criação de núcleos isolados no meio das cidades, a descontinuidade da malha viária e a utilização do instituto como forma intensa de urbanização, sem os requisitos próprios das modalidades de parcelamento do solo (como a doação de áreas públicas para um equilibrado desenvolvimento da cidade)⁴.

Dessa visão específica, nasce a pecha de que o Condomínio de Lotes representa burla à Lei nº 6.766/1979, conhecida como Lei de Parcelamento do Solo⁵.

Mas a verdade é que, para muito além das discussões técnicas do Direito, a utilização do instituto em questão como burla à Lei de Parcelamento do Solo está mais ligada à falta de adequada regulamentação urbanística do que à celeuma jurídica instalada em torno do Decreto-Lei nº 271/1967.

A esse respeito, importante lembrar que a competência para legislar sobre matéria urbanística é concorrente entre União, Estados e Municípios, sendo limitada ao primeiro ente apenas a criação de normas gerais⁶.

Ademais, pelo artigo 30, inciso VIII, da Constituição Federal, é do Município a competência para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”, competência essa reforçada e melhor detalhada no artigo 182 da citada Constituição e no Capítulo III do Estatuto da Cidade.

E não parece fazer sentido algo diferente disso. Na lição de José Afonso da Silva, “as normas urbanísticas municipais são as mais características, porque é nos Municípios que se manifesta a atividade urbanística na sua forma mais concreta e dinâmica”⁷.

Cada Município tem peculiaridades, estágios e formas de desenvolvimento e adensamento próprios, sendo, assim, o ente mais capacitado para delinear, sob medida, os planos de sua ordenação territorial.

Aliás, sob a ótica urbanística, a competência municipal para legislar quanto ao Condomínio de Lotes chegou, inclusive, ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário 607.940. Por ocasião desse julgamento, em 2015, foi reconhecida, por maioria de votos, a constitucionalidade da Lei Complementar do Distrito Federal nº 710/2005, que trazia normas urbanísticas para aprovação e implantação de empreendimento condominial de lotes.

Embora o acórdão do citado recurso mencio-

⁴ *Sob um olhar sócio urbanístico: “Os impactos dos condomínios fechados no espaço urbano podem ser de diferentes níveis, sendo os mais citados na literatura sobre o assunto a segregação e as exclusões social e espacial, a privatização do espaço público, a perda da vida pública e do significado do espaço público, a fragmentação e a segmentação do tecido urbano, o enfraquecimento do poder público em função da privatização dos serviços públicos, dentre outros” (KOCH, Mirian Regina. Condomínios fechados: as novas configurações do urbano e a dinâmica imobiliária. In: Indicadores Econômicos FEE, Porto Alegre, v. 35, n.3, fev. 2008, pg. 100).*

⁵ *Aliás, desviando das discussões sobre o conceito de parcelamento do solo, será adotada para fins deste artigo a expressão parcelamento urbanístico do solo em um sentido mais estrito, como sendo “o processo de urbanificação de uma gleba [área não objeto de prévio loteamento ou arruamento], mediante sua divisão ou redivisão em parcelas destinadas ao exercício de funções elementares urbanísticas”, conforme ensina José Afonso da Silva (DA SILVA, José Afonso. Direito urbanístico brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, p. 315).*

⁶ *Cf. art. 24, inciso I e § 1º, da Constituição Federal, e art. 3º, inciso I, do Estatuto da Cidade.*

⁷ *Op. cit., p. 62.*

ne, por vezes, o instituto de “Loteamento Fechado”, parece-nos tratar de empreendimento mais assemelhado ao Condomínio de Lotes, na medida em que a legislação em análise menciona expressões como “unidade autônoma”, “convenção condominial” e “áreas comuns condominiais”⁸.

O Presente:

Nesse contexto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, com o intuito de trazer maior estabilidade às relações sociais e, principalmente, de modernizar e desenvolver o direito imobiliário, a Lei nº 13.465/2017 reconheceu a figura do Condomínio de Lotes de forma inequívoca e com abrangência nacional, mediante a inclusão do artigo 1.358-A⁹ ao Código Civil Brasileiro.

O citado artigo 1.358-A do Código Civil foi inserido dentro do Capítulo que disciplina o Condomínio Edifício¹⁰, e, com um *caput* e três parágrafos, traz regulamentação enxuta e objetiva do Condomínio de Lotes, tratando apenas de seu conteúdo essencial.

Com tão poucas palavras, trouxe essa modalidade de empreendimento para a inequívoca legalidade. De um lado, estendeu aos adquirentes as proteções já conferidas aos demais compradores de unidades autônomas em condomínios edifícios, e trouxe, de outro lado, maior garantia e segurança também aos empreendedores e, por consequência, ao mercado imobiliário em geral.

Apesar do acerto quanto à objetividade da

disciplina do instituto no referido artigo 1.358-A do Código Civil, não se pode deixar de ponderar que, ao incluir na Lei nº 6.766/1979 disposições pontuais quanto ao Condomínio de Lotes¹¹, sem adequada contextualização, o legislador contribuiu de certa forma para a continuidade da confusão conceitual desse instituto com o loteamento.

Feita essa ressalva e superada a discussão quanto à previsão legal do Condomínio de Lotes, voltemos à questão urbanística.

A Lei nº 13.465/2017 não traz qualquer regramento de ordenamento do solo quanto ao Condomínio de Lotes, tendo se limitado a prever, no parágrafo 2º do artigo 1.358-A introduzido ao Código Civil, a obrigação de respeito à legislação urbanística, que persiste sem regulamentação federal específica para o instituto.

E assim parece ter acertado o legislador. Como visto acima, cabe a cada Município estabelecer regras e diretrizes para a melhor ordenação e adensamento ocupacional de seu território¹².

Com uma regulamentação local adequada, finalmente conseguiremos desvincular a figura do Condomínio de Lotes da mencionada pecha de mecanismo para burla à Lei nº 6.766/1979.

Aliás, dadas as suas particularidades, não parece que o Condomínio de Lotes, tal como hoje previsto, possa ter um potencial de parcela-

⁸ Ressalte-se que a confusão terminológica é antiga. A falta de previsão legal, aliada às especificidades desse tipo de condomínio, faz com que o empreendimento seja muitas vezes confundido ou misturado com um loteamento “fechado”. Aliás, anote-se que, com a alteração introduzida pelo art. 78 da Lei nº 13.465/1979, o loteamento “fechado” passou a ser denominado expressamente como “Loteamento de Acesso Controlado”, terminologia mais adequada ao conceito do instituto.

⁹ Código Civil: “Art. 1.358-A. Pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§1º A fração ideal de cada condômino poderá ser proporcional à área do solo de cada unidade autônoma, ao respectivo potencial construtivo ou a outros critérios indicados no ato de instituição.

§2º Aplica-se, no que couber, ao condomínio de lotes o disposto sobre condomínio edilício neste Capítulo, respeitada a legislação urbanística.

§3º Para fins de incorporação imobiliária, a implantação de toda a infraestrutura ficará a cargo do empreendedor.”

¹⁰ Anote-se que, tal fato, fez reavivar antigas críticas quanto à adoção da expressão “edifício” à figura do condômino especial em nosso Código. Dado o escopo específico deste artigo, prosseguiremos nossa análise prestigiando mais a análise sistêmica e focada no objetivo da norma do que a literalidade das expressões adotadas pelo legislador.

¹¹ Lei nº 13.465/2017: “Art. 78. A Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º [...]

§ 7º O lote poderá ser constituído sob a forma de imóvel autônomo ou de unidade imobiliária integrante de condomínio de lotes.

[...]

“Art. 4º [...]

§ 4º No caso de lotes integrantes de condomínio de lotes, poderão ser instituídas limitações administrativas e direitos reais sobre coisa alheia em benefício do poder público, da população em geral e da proteção da paisagem urbana, tais como servidões de passagem, usufrutos e restrições à construção de muros.”

¹² Nesse condão, vale traçar paralelo com a Lei nº 9.785/1999 que, também em questão urbanística, mas vinculada a loteamento, excluiu da regulamentação federal a fixação de percentual mínimo de área a ser doada ao Município para instalação de vias e demais equipamentos públicos em loteamentos, deixando expressamente ao legislador municipal tal competência.

mento urbanístico do solo.

O parcelamento urbanístico do solo, na acepção aqui adotada, está ligado a uma efetiva e relevante urbanização e adensamento territorial e, nessa medida, pressupõe um procedimento específico, com a doação de áreas públicas e a aprovação por diversos órgãos capazes de lidar com o impacto concreto desse processo.

Ora, se tudo quanto exista internamente ao condomínio é propriedade privada, não parece que o instituto possa se prestar ao efetivo parcelamento urbanístico do solo.

E isso mesmo diante das previsões do artigo 78 da Lei nº 13.465/2017, segundo o qual, no Condomínio de Lotes, o Poder Público pode impor limitações administrativas e direitos reais sobre coisa alheia, como, por exemplo, servidões de passagem. Essa faculdade do Poder Público não parece ser capaz de mitigar eficientemente o conflito intrínseco ao uso, em grandes áreas, de um tipo de empreendimento que tem, em si, a premissa de propriedade e gestão privadas.

Parece-nos relevante, portanto, desvincular a imagem do Condomínio de Lotes de mecanismo alternativo ao loteamento. E isso sem desmerecer o 'novo' instituto, que, tendo características especiais e interessantes, certamente tem aplicação a diversos negócios.

Nesse contexto, há que se analisar o Condomínio de Lotes como uma modalidade diferente de empreendimento, dentro de suas peculiaridades, potencialidades e limitações, devendo o real alcance desse instituto e sua capacidade de impacto serem analisados segundo a situação específica de cada Município.

No Município de São Paulo, por exemplo, embora não haja disciplina específica para Condomínio de Lotes na legislação urbanística, a Lei Municipal nº 16.402/2016 (Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo – LPUOS/SP) traz interessantes mecanismos de proteção ao desenvolvimento ordenado da cidade, especialmente para fins de aprovação de empreendimentos em terrenos com áreas expressivas.

Dentre esses mecanismos, destacamos as seguintes restrições/obrigações previstas nos artigos 44 e 45 da LPUOS/SP:

- (i) obrigação de destinação de área pública para realização de edificação - e aí entraria, inclusive, as obras de infraestrutura próprias do Condomínio de Lotes - em terrenos urbanos com área superior a 20.000m², tal qual ocorre com o parcelamento do solo, mas em percentuais que podem ser menores, conforme o tamanho da área¹³;
- (ii) a necessidade de prévio loteamento para realização de edificação em terrenos com área superior a 40.000m².

Deixando para os urbanistas a análise crítica quanto ao tamanho das áreas e aos percentuais para doação de áreas públicas, parece-nos que o legislador paulistano conseguiu criar mecanismos eficientes para prevenir a burla à Lei nº 6.766/1979 e, igualmente, limitar a criação de grandes núcleos isolados dentro do espaço urbano¹⁴.

Norteou, com isso, o desenvolvimento imobiliário em grandes áreas, exigindo que a realização de empreendimentos nessas áreas passe, parcial ou totalmente, pelo atendimento de requisitos próprios do parcelamento do solo, inclusive, a abertura de vias públicas, a depender do tamanho do terreno.

O Futuro:

Desmistificada e afastada a figura do Condomínio de Lotes enquanto mecanismo de burla à Lei nº 6.766/1979, a Lei nº 13.654/2017 abriu caminho para uma aplicação mais intensa desse tipo de empreendimento.

E o fez de forma a dar a adequada flexibilidade para a estruturação cível desse tipo de condomínio. Com efeito, sua regulamentação objetiva na lei federal confere boa dose de flexibilidade aos empreendedores na formatação de empreendimentos específicos para as demandas locais.

É possível, por exemplo, a implantação de Condomínio de Lotes: (i) apenas para um uso específico, como o residencial, ou para usos variados, hipótese em que sua convenção deve-

¹³ Para áreas de lote ou gleba entre 20.000m² e 40.000m², há necessidade de destinação de, pelo menos: (i) 5% para área verde; (ii) 5% para área institucional; e (iii) 10% de área sem afetação previamente definida. Já, para áreas superiores a 40.000 m², além do procedimento ser sujeito a aprovação prévia de loteamento, os percentuais passam para, pelo menos: (i) 10% para área verde; (ii) 5% para área institucional; (iii) 15% para sistema viário; e (iv) 10% de área sem afetação previamente definida.

¹⁴ Como outros exemplos de regulamentações já existentes, citamos a Região Oceânica do Município de Niterói, em que a aprovação de qualquer edificação em terreno com área superior a 10.000m² é condicionada ao prévio parcelamento do solo, com a destinação de área pública (Lei Municipal nº 1968/2002). Já no Município de Porto Alegre, onde o Condomínio de Lotes já era previsto no Plano Diretor (Lei Complementar Municipal nº 434/1999) mesmo antes da previsão legal federal, a implantação de qualquer tipo de empreendimento condominial, para a maior parte do território, é restrita a terreno com área máxima de 22.500m².

rá ser ainda mais cuidadosa; (ii) com distribuição desproporcional de potencial construtivo, atribuindo-se maior potencial construtivo a uma ou mais unidades, independentemente de sua área de terreno exclusiva¹⁵; e (iii) com critérios de rateio de despesas adequados à realidade do empreendimento, não limitados à proporcionalidade da área de terreno exclusiva de cada unidade.

Mas todas essas variantes devem estar sempre em consonância com a legislação urbanística do Município, a quem compete estabelecer as restrições necessárias para, conforme previsto no inciso I do artigo 2º do Estatuto da Cidade, garantir o “direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”.

Como cidadãos e usuários diretos dos espaços urbanos, devemos prevenir que a economia e o mercado atropelem o interesse coletivo, em especial no que tange ao direito à uma cidade planejada e ordenada.

O uso desvirtuado do Condomínio de Lotes há de ser rejeitado. Essa ‘nova’ modalidade de empreendimento não é e nem poderia ser uma alternativa à efetiva e intensa urbanização da cidade.

O aproveitamento do solo mediante a adoção do Condomínio de Lotes deve respeitar as potencialidades e alcances desse tipo de empreendimento, sem jamais prejudicar o ordenamento urbano.

E isso não significa ignorar ou abolir o Condomínio de Lotes. Pelo contrário, como dito, trata-se de figura interessante e que pode ser aplicada a diversas situações.

Assim, em apertada síntese, os empreendedores e os aplicadores do Direito têm, pela frente, interessante desafio de promover a acomodação social do artigo 1.358-A do Código Civil, criando empreendimentos e convenções condominiais que explorem positivamente todas as potencialidades do Condomínio de Lotes.

Mas, além dos empreendedores e aplicadores do Direito, todos nós, cidadãos, temos um desafio igualmente importante, zelar para que esse tipo de empreendimento seja apropriadamente disciplinado por seus Municípios e aplicado corretamente pelo setor imobiliário, de forma a permitir um crescimento adequado e ordenado da cidade.

Se queremos um lugar digno para nossa moradia, é importante analisarmos esse relevante instituto sem perder de foco também o interesse coletivo.

¹⁵ *A esse respeito, é importante que a instituição e a convenção do condomínio abordem a distribuição desproporcional de potencial construtivo cuidadosamente, preferencialmente com o uso de percentuais. Do contrário, eventual legislação municipal futura, que venha a alterar o potencial construtivo do terreno em que se instalou o condomínio, colocará em dúvida a correta distribuição desse potencial, trazendo impasses de difícil solução.*



CLÁUSULA DE VIGÊNCIA DA LOCAÇÃO – A IMPORTÂNCIA DO REGISTRO

THOMAZ WHATELY

1. Requisitos para validade da Cláusula de Vigência

A “cláusula de vigência” é um mecanismo de proteção jurídica previsto na Lei nº 8.245/1991 (Lei de locações dos imóveis urbanos) que visa garantir ao locatário o cumprimento do contrato de locação, mesmo nas hipóteses de alienação do imóvel a terceiros. Ou seja, eventuais adquirentes ficam obrigados a respeitar as condições e prazo da locação existente.

Lei nº 8.245, de 18.10.91: “Art. 8º. Se o imóvel for alienado durante a locação, o adquirente poderá denunciar o contrato, com prazo de noventa dias para a desocupação, **salvo se a locação for por tempo determinado e o contrato contiver cláusula de vigência em caso de alienação e estiver averbado¹ junto à matrícula do imóvel.**

§ 1º Idêntico direito terá o promissário comprador e o promissário cessionário, em caráter irrevogável, com imissão na posse do imóvel e título registrado junto à matrícula do mesmo.

§ 2º A denúncia deverá ser exercitada no prazo de noventa dias contados do registro da venda ou do compromisso, presumindo - se, após esse prazo, a concordância na manutenção da locação.”²

Entretanto, esta proteção não é automática. Para que surta seus efeitos legais, o locatário precisa ajustar com o locador a inclusão desta cláusula no contrato, requerendo (de preferência) autorização específica para registrar o contrato

junto à matrícula do imóvel, dando publicidade a terceiros sobre o acordo de vigência da locação³.

Na sistemática do direito brasileiro, a regra pela qual a alienação rompe a locação (*emptio tollit locatio*), não é absoluta. O contrato de locação de prédio consiste numa relação jurídica obrigacional, sendo um direito pessoal, mas terá eficácia contra qualquer pessoa (*erga omnes*), desde que: (i) exista contrato com valor e prazo determinado; (ii) seja consignada expressamente a cláusula de vigência, em caso de alienação do imóvel locado; e (iii) bem como seja feito seu registro.

O assentamento do contrato no competente Registro Imobiliário emprestará ao direito pessoal decorrente da relação locatícia os atributos de direito real, dentre eles a oponibilidade *erga omnes*. A publicidade advinda do registro junto à matrícula imobiliária, uma vez preenchidos os requisitos mencionados no parágrafo anterior, preservará o locatário, tornando a locação invulnerável durante todo o prazo do contrato.⁴

Para viabilizar o registro, a descrição contratual do imóvel deve corresponder exatamente àquela existente na matrícula (descrição do terreno, área e construções). Havendo divergência entre as descrições ou inexistindo na matrícula referência à construção mencionada no contrato, o locatário deverá requerer a averbação prévia da construção junto ao Registro Imobiliário para

¹ Na linguagem notarial/registrar, o ato correto é de registro e não de averbação (Lei nº 6.015/73, art. 169, III, acrescentado pela Lei nº 8.245, art. 81). É muito comum o registro da cláusula de vigência e a averbação do direito de preferência (efetuando-se dois atos na matrícula). A Corregedoria Geral de Justiça (processo nº 2013/36874) e o Conselho Superior da Magistratura (parecer nº 206/2013-E) já se pronunciaram sobre a desnecessidade de se praticar dois atos notariais (averbação e registro), bastando o registro em sentido estrito para garantir a eficácia real às cláusulas de vigência e ao direito de preferência.

² A cláusula de vigência também é disciplinada no art. 576 do Código Civil Brasileiro.

³ É recomendável constar em contrato a autorização expressa do locador para registro da cláusula de vigência (para fins do art. 8º da Lei nº 8.245/91), evitando-se eventual questionamento junto ao Registro de Imóveis.

⁴ MARIA HELENA DINIZ, *Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada*, 3ª Ed., Saraiva, 1995, p. 51.

posterior registro do seu contrato de locação⁵.

Considerando que a função do registro é dar publicidade ao ato, será que a ciência da locação ao terceiro adquirente (cujo contrato continha cláusula de vigência não registrada) é suficiente para dispensar esta formalidade? Vejamos como reage a nossa doutrina e jurisprudência pátria neste sentido:

“Apelação. Locação. (...). Denúncia do contrato de locação pelo adquirente. **Ausência de averbação na matrícula do imóvel. Irrelevância, ante a ciência inequívoca dos adquirentes acerca da existência do referido pacto e de sua cláusula de vigência, conforme constou expressamente em contrato de compra e venda.**

Com efeito, já decidiu o E. STJ, em caso idêntico, que ‘na hipótese, embora ausente a averbação no registro público de imóveis, é incontroversa a ciência da recorrente, na qualidade de adquirente do imóvel, acerca da existência do contrato de locação e seus respectivos termos. (...) diante disso, **verifica-se que a finalidade precípua do registro público, qual seja, trazer ao conhecimento do adquirente do imóvel a existência da cláusula de vigência do contrato de locação, na hipótese de alienação do imóvel, foi atingida, ainda que por outros meios,** não podendo, por conseguinte, ser admitida a denúncia do contrato, com fundamento na ausência de sua respectiva averbação na matrícula do bem” (REsp 1269476/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 19/02/2013).

Como se vê, **sob pena de afronta ao princípio da boa fé, inviável a denúncia da locação quando dela tinha ciência a parte adquirente (...).**” (grifos nossos).

Por outro lado, também há julgados que, mesmo diante da ciência inequívoca da locação, exigem o registro da cláusula de vigência para torna-la oponível perante o terceiro adquirente. Neste sentido, vejamos que interessante o recente julgado abaixo, onde figurou como apelante o ITAÚ UNIBANCO S/A (“ITAÚ” - locatário) e a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EDUCAÇÃO E ASSISTÊNCIA – (“ABEA” - adquirente):

“Ação de Despejo - Aquisição pela autora do imóvel objeto da relação *ex locato*, durante a vigência do contrato de locação - Denúncia da locação levada a efeito pelo adquirente e novo

proprietário - Possibilidade. Requisitos legais para retomada do imóvel foram cumpridos pela autora e apelada Contrato de locação que não foi averbado junto à matrícula do imóvel - Alegação da apelante de que não obstante o contrato não tenha sido averbado na matrícula do imóvel, a autora, dada a magnitude do negócio celebrado com a locadora, que culminou na venda do bem, tinha prévia e plena ciência da existência da locação. Destarte, a averbação do contrato na espécie, afigurava-se despicienda - Inadmissibilidade Inteligência do art. 8º, da Lei no. 8.245/91 - **O legislador, quando da redação do dispositivo contido no art. 8º, da Lei no. 8.245/91, afastou, na situação abarcada pelo normativo, a possibilidade de aplicação do princípio da relativização dos contratos.** (...) Não por outra razão **cumpria à apelante providenciar o registro do contrato,** como lhe foi facultado no ajuste, para que este pudesse ser oposto contra terceiros. Como tal não aconteceu, não pode a apelante opor à apelada o ônus de sua desídia, sob o argumento de que, afigura-se óbvio que esta última tinha prévia ciência do ajuste. (...) Função social do contrato que não impede a retomada do imóvel, face à previsão legal do pleito - Desocupação que não implica na paralisação das atividades da locatária, que podem ter seguimento em outro imóvel.” (Registro: 2018.0000173407. Apelação nº 1004310-70.2016.8.26.0002, Rel. THEMISTOCLES BARBOSA FERREIRA NETO, julgado em 14/03/2018).” (grifos nossos).

Neste caso, o alienante não fez constar na escritura de venda e compra cláusula expressa que obrigasse o comprador (ABEA) respeitar a locação ajustada com o ITAÚ. Todavia, mesmo diante da ausência de registro do contrato na matrícula do imóvel ou de cláusula expressa na escritura exigindo o respeito da locação, restou demonstrado nos autos de que a ABEA tinha conhecimento da locação (não só por conta de troca de informações realizada com o ITAÚ, mas também pelo fato de ter juntado o contrato assinado no pedido inicial de despejo).

Contudo, ainda que houvesse prévia ciência do comprador, **o Tribunal entendeu que não é possível relativizar o dispositivo legal do art. 8º,** pois a cláusula de vigência depende de **três requisitos cumulativos,** quais sejam: a) a existência de contrato locatício com prazo determinado; b) a pactuação de cláusula de vigência em caso de alienação do imóvel e; c) o registro do contrato na matrícula imobiliária.

Tratava-se de uma locação pactuada por

⁵ Lei 6.015, art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: 1 - o registro: (...); 3) dos contratos de locação de prédios, nos quais tenha sido consignada cláusula de vigência no caso de alienação da coisa locada. A Jurisprudência Registral e Notarial já consigna a necessidade de individualização das construções para averbação de contrato de locação a ela referentes (1 VRPSP – Processo: 1058164-44.2014.8.26.0100. São Paulo, data de julgamento: 20/09/2014, data DJ: 27/08/2014, Relatora: Tânia Mara Ahualli).

20 (vinte) anos, cuja desídia em não registrar o contrato custou caro para o ITAÚ. Restou ao locatário eventual pleito de perdas e danos, retenção das benfeitorias ou indenização pelas mesmas, sendo todas estas questões oponíveis à locadora (alienante) e não ao adquirente (terceiro, alheio à relação locatícia).

Portanto, para cobertura total da cláusula de vigência, é fundamental ao locatário que providencie o registro de seu contrato. Mesmo que isto represente um custo, é recomendável que seja feito⁶.

2. O alcance da cláusula de vigência

2.1 – Arrematação ou adjudicação. Por alienação não se deve entender apenas aquela de caráter voluntário (venda, doação, permuta, doação, a instituição de usufruto, etc.), mas também a alienação compulsória (arrematação ou adjudicação). Mesmo na hipótese de execução forçada, com a transferência da propriedade em virtude de decisão judicial, deverá ser respeitada a locação caso exista cláusula de vigência e contrato registrado. Oportuno a propósito, é a invocação de ARAKEN DE ASSIS⁷, repetida várias vezes pela jurisprudência:

“Na locação de imóvel urbano, seja qual for a sua destinação, governada pela Lei 8.245, de 18.10.91, a alienação do imóvel torna denunciável o vínculo (art. 8º, caput, 1ª parte). **O conceito de “alienação” abrange a arrematação e a adjudicação.** Tendo o arrematante o prazo de 90 dias para o inquilino desocupar o prédio. Feita no prazo a denúncia, a demanda despejatória poderá ser ajuizada a qualquer tempo, segundo a jurisprudência do STJ. **Também, aqui, a teor do art. 8º, caput, 2ª parte, manter-se-á a locação imune a denúncia do arrematante se o contrato por prazo determinado contiver “cláusula de vigência”**”

em caso de alienação e estiver averbado junto à matrícula do mesmo”. Fica claro, em tudo isto, que o meio do arrematante recuperar o bem locado, quando admissível tal pretensão, é a ação de despejo”. (grifos nossos).

Porém, tendo em vista eventuais restrições que o vínculo locatício possa provocar na disponibilidade do bem, existem algumas regras devem ser observadas:

(i) O contrato de locação registrado anteriormente à afetação do bem ao processo de execução, ostenta disciplina particular, impondo ao arrematante o dever de respeitá-lo.

(ii) O registro do contrato locatício efetuado após a arrematação do imóvel em hasta pública é ineficaz em relação ao adquirente⁸; e

(iii) O registro do contrato locatício posterior à penhora registrada é considerado fraudulento⁹.

2.2 – Indisponibilidade. O art. 53, §1º, da Lei nº 8.212/91, estipula que os bens penhorados em execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas ficam indisponíveis. Por conta da indisponibilidade, havia muita recusa de registro de contratos de locação amparados em precedentes do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (CSM/SP).

Recentemente, o CSM/SP¹⁰ modificou seu entendimento, sob o fundamento de que a indisponibilidade não inviabiliza a locação do imóvel e não repercute na validade da cláusula de vigência, sendo possível seu registro na matrícula, na medida em que tal ato visa unicamente a expandir a eficácia subjetiva desta cláusula amparada no princípio da função social do contrato.

As decisões do CSM adotam o entendimento

⁶ A base de cálculo para o registro de contratos de locação com prazo determinado será o valor da soma dos alugueres mensais (Tabela ARISP 2018 – Registro com valor declarado). Apenas para exemplificar, uma locação de 20 anos, com aluguel de R\$20mil mensal (20 x 12 = 240 meses; 240 x 20mil = R\$ 4.800.000,00 > base de cálculo), acarreta um custo total de R\$ 8.484,25, o que não é muito representativo face à proteção oferecida.

⁷ In, Manual de Processo de Execução, 2ª Ed., RT, 1995, p. 559.

⁸ Apelação nº 626.624-0/9, 5ª Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Juiz Relator Pereira Calças, j. 27.02.2002.

⁹ A Lei de Registros Públicos (6.015/73), em seu art. 240, estipula que o registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior. Apesar disto, há entendimento esparso (divergente da jurisprudência majoritária) acatando os efeitos da cláusula de vigência, ainda que o contrato seja registrado após o registro da penhora, impedindo a denúncia do contrato no prazo legal pelo arrematante, ignorando a discussão sobre a fraude à execução. Confira-se: (...) **Penhora registrada com anterioridade ao contrato de locação, porém constando da matrícula, quando da arrematação, a averbação do contrato de locação – Arrematantes que não poderiam ignorar que o imóvel penhorado estava locado – (...) – Hipótese dos autos que se distancia de outras, já enfrentadas pela Corte, em que o contrato de locação é averbado após a arrematação ou entre a arrematação e o registro da respectiva carta, em que se reconhece a invalidade do pacto contra terceiros – Agravo de instrumento não provido.**” (Agravo de Instrumento nº 815.075-0/5, da 12ª Câmara do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, j. 11.09.2003 – grifos nossos).

¹⁰ Apelação Cível: 0027161-25.2013.8.26.0100. Relator: Elliot Akel. Data de Julgamento: 14/05/2014. Data DJ: 17/07/2014.

do Desembargador José Renato Nalini¹¹, dispondo que:

“O resultado associado a publicidade registral com atribuição de eficácia real a obrigações comuns, de poderes diretos sobre os imóveis locados e, particularmente, de direitos reais de gozo e aquisição ao locatário, não é de ser indistintamente vedado em função da indisponibilidade legal, especialmente porque não implica voluntário deslocamento patrimonial subjetivo.

Com mais razão se considerado que não impede, em outra execução, nova penhora sobre o bem indisponível, de acordo com a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, iterativamente, tem afirmado: a indisponibilidade versada no § 1.º do artigo 53 da Lei 8.212/1991 apenas impossibilita a alienação do bem penhorado pelo devedor-executado.”

2.3 – Casos de Falência ou Pedido de Recuperação Judicial. A atual Lei de Falências e Recuperações (Lei nº 11.101/2005), art. 119, inciso VII, determina que: a falência do locador não resolve o contrato de locação (...). Logo, o contrato de locação será mantido até a alienação em hasta pública do imóvel, o que ninguém discute. Mas, e após a hasta pública, deve prevalecer um contrato de locação com cláusula de vigência ou o administrador judicial poderá rescindi-lo?

Uma das regras previstas na nova legislação pode trazer interpretação divergente daquela prevista no art. 8º da Lei nº 8.245/91: “*Art. 114. O administrador judicial poderá alugar ou celebrar outro contrato referente aos bens da massa falida, mediante autorização do Comitê (...) §2º. O bem objeto da contratação poderá ser alienado a qualquer tempo, independentemente do prazo contratado, rescindindo-se, sem direito a multa, o contrato realizado, salvo se houver anuência do adquirente*”.

O referido artigo faz a ressalva de eventual manutenção da locação “*se houver anuência do adquirente*”, mas não ressalva a obrigação de respeitar o contrato com cláusula de vigência, caso esteja registrado perante a Serventia Imobiliária.

A divergência reside na natureza das duas leis: uns entendem que a Lei Falimentar seria específica e posterior à Lei de Locações, além do

fato do texto do §2º ao art. 14 indicar uma norma de natureza cogente; outros entendem que a Lei de Locações é especial e anterior à Lei Falimentar (lei posterior geral não derroga lei anterior especial).

Como bem asseverou o Dr. Mário Luiz Delgado¹²: “*Não há dúvidas de que o parágrafo 2º do artigo 114 da Lei 11.101/2005 pode ser considerado uma norma especial em relação a todo e qualquer contrato referente aos bens da massa falida, mas deverão ser excepcionados aqueles regidos por lei especial, como acontece com os contratos de locação da Lei 8.245/1991. Quanto a esses contratos, a lei especial é a inquilinária e não a falimentar. E, portanto, ainda que o contrato de locação tenha sido celebrado na vigência da Lei 11.101/2005 e o imóvel venha a ser alienado no curso de execução falimentar, aplica-se o disposto no artigo 8º da Lei 8.245/91 e o locatário poderá invocar, contra o adquirente do imóvel, a manutenção da locação desde que presente a ‘cláusula de vigência em caso de alienação’ e o contrato esteja averbado na matrícula do imóvel.*”

2.4 – Alienação Fiduciária. É indispensável a anuência do credor fiduciário para o registro de contrato de locação com cláusula de vigência superior a um ano em imóvel alienado fiduciariamente.

De acordo com artigo 37-B da Lei nº 9.514/97: “Será considerada ineficaz, e sem qualquer efeito perante o fiduciário ou seus sucessores, a contratação ou a prorrogação de locação de imóvel alienado fiduciariamente por prazo superior a um ano sem concordância por escrito do fiduciário.”¹³

3. Conclusão

A cláusula de vigência é sem dúvida a ferramenta mais poderosa que dis põe o locatário para garantir a vigência de seu contrato, inclusive durante sua renovação judicial (caso o imóvel seja alienado no curso da ação judicial)¹⁴, aplicando-se tanto aos imóveis não residenciais (situação mais comum) quanto aos residenciais.

Sem dúvida alguma, negociá-la com o locador não é tarefa fácil. Contudo, a magnitude de determinadas locações, os investimentos a serem realizados no imóvel e a proteção do fundo

¹¹ *Apelação Cível nº 0018645-08.2012.8.26.0114.*

¹² *Artigo: Conflito entre as leis de falências e de locações: como resolver? Revista Consultor Jurídico, 23 de fevereiro de 2015.*

¹³ *A matéria já foi apreciada na Jurisprudência Registral e Notarial. Vide julgado: IVRPSP - Processo nº 1060989-19.2018.8.26.0100. São Paulo. Data de Julgamento: 03/07/2018. Data DJ: 07/07/2018. Tania Mara Ahualli.*

¹⁴ *O fato do locatário ter direito à ação renovatória ou ter obtido renovação de contrato de forma amigável não afastam a aplicabilidade da denúncia pelo adquirente, em caso de alienação de imóvel sem cláusula de vigência.*

de comércio são elementos convincentes para sua inclusão de forma expressa.

A força de sua cobertura é ampla, sobrepondo-se a diversas hipóteses de alienação imobiliária¹⁵, prevalecendo até mesmo (em alguns casos) na ausência de registro do contrato, quando há o convencimento do Judiciário de que o terceiro adquirente tinha ciência prévia e inequívoca de sua existência.

Entretanto, em diversas ocasiões, o locatário que possui a cláusula de vigência em sua locação, não se acautela perante o competente registro imobiliário. Desta forma, sem preencher cumulativamente os 3 (três) requisitos formais do art. 8º da Lei nº 8.245, perde o manto protetor que garante a oponibilidade absoluta de seus efeitos perante terceiros adquirentes, ficando a mercê de outros meios probatórios para manutenção do pacto locatício.

¹⁵ *Excepcionalmente, a cláusula de vigência perde seus efeitos quando se tratar de formas de aquisição originária da propriedade, quais sejam: desapropriação e usucapião na modalidade extraordinária.*

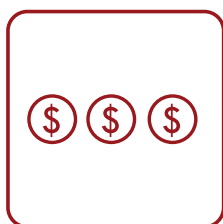




CERTIFICADO DIGITAL

SECOVI SP
O SINDICATO DA HABITAÇÃO

Por que é mais vantagem fazer aqui:



Desconto especial
para associados



Estacionamento
gratuito



Você escolhe onde fazer
Nos postos do Secovi-SP
ou na sua empresa



Visita externa gratuita*
na compra de
10 certificados

AGENDE O SEU ATENDIMENTO

(11) 5591-1306

certificadodigital@secovi.com.br



SECOVI SP
O SINDICATO DA HABITAÇÃO
Desde 1946

www.certificadodigital.secovi.com.br

*Consulte as condições.

OBRIGAÇÃO PROPTER REM E LOTEAMENTO DE ACESSO CONTROLADO

VICENTE DE ABREU AMADEI

1. Introdução.

Os romanos eram eminentemente práticos nas coisas do direito, bastando lembrar que, no período clássico, foi a partir da classificação das ações, distinguindo *actiones in personam* e *actiones in rem*, que, então, ergueu-se a doutrina dos direitos obrigacionais (pessoais) distintos em relação aos direitos reais (das coisas).¹

O mesmo ocorreu com as denominadas obrigações *propter rem*: da *actio in rem scripta* (que seguia a coisa, i. é, demanda de cumprimento de obrigação que podia ser exercida contra terceiro possuidor da coisa) é que veio a construção teórica do instituto da obrigação *propter rem*.²

Esse espírito prático, forjado no bom senso, no método experimental de operar o direito a partir do caso concreto (posto nas ações judiciais) e segundo a natureza e o fim das coisas justas (em ordem a atribuir, com equidade, o que é devido por justiça), até hoje é de grande utilidade no exame da matéria referente à obrigação *propter rem*, também conhecida como obrigação *ob rem* ou ambulatorial (*ambulat cum domino*), i. é, que anda, mudando de sujeito passivo (obrigado), conforme se altera a titularidade sobre a coisa.

Parece, pois, que o campo dos loteamentos de acesso controlado (popularmente denominados “loteamentos fechados”) é um fecundo exemplo dessa assertiva, que chama a atenção dos juristas quanto à necessidade de nortear-se, com praticidade e bom senso, no exame das obrigações que incidem sobre os titulares de seus lotes de terreno, por força da própria titulação real, que não se

pode desgarrar da situação peculiar da urbanização, isto é, da realidade comunitária e urbanística em que estão inseridos.

Este breve estudo, portanto, tem o escopo de projetar alguma luz sobre esta matéria, considerando, inclusive, as inovações introduzidas pela Lei nº 13.465/2017 na Lei nº 6.766/79, que disciplina o parcelamento do solo urbano.

2. Obrigação *propter rem*: noção, natureza, caracteres e exemplos.

Obrigação *propter rem* ou *ob rem* é obrigação que vincula alguém em razão de ser titular de direito real de algum bem. É, em síntese, obrigação por titulação da coisa.

Ela nasce, vive e morre a reboque da titularidade da propriedade ou de direito real menor, quer de fruição (v.g. enfiteuse, superfície, servidão, usufruto, uso, habitação, concessão de uso especial para fins de moradia, concessão de direito real de uso, laje), quer de aquisição (v.g. o decorrente de compromisso de venda e compra irrevogável de imóvel, quando registrado, ou de alienação fiduciária), ou até mesmo da condição de possuidor.

Por isso se diz que o sujeito passivo da obrigação (devedor ou obrigado) é o sujeito ativo do direito real (o titular do direito real: proprietário, enfiteuta, superficiário etc.).

Logo, a obrigação nasce para o devedor, quando ele se torna titular do direito real; vive, enquanto mantiver essa titulação; morre, quando a perder, por transferência para outro, por aquisição originária de direito real de igual conteúdo por terceiro (v.g. usucapião), ou, até mesmo, pela

¹ CORREIA, Alexandre, e SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano, volume I*. São Paulo: Saraiva, 1949, § 46, p. 89; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano, volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, n. 140, p. 258-259.

² MAIA, Paulo Carneiro. *Obrigações propter rem*, in RFDUSP 57/152-168. São Paulo: USP, 1962, p. 155, com destaque à doutrina de San Tiago Dantas, in *O conflito de vizinhança e sua composição*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939, n. 177, p. 281.

renúncia ou abandono do direito à coisa em que incide sua titulação real.

Sua natureza jurídica é discutível na doutrina: alguns, chamados personalistas, a qualificam como obrigação comum (enfatizando sua estrutura como vinculação jurídica entre pessoas) ou especial (agregando à estrutura obrigacional sua necessária conexão a determinado direito real), destacando-se nos dois quadros a principalidade do vínculo pessoal e a acessoriedade da situação jurídica real; outros, ditos realistas, a qualificam a partir de seu caráter real, e, assim, apontam a principalidade da relação jurídica real que a faz surgir, e, secundariamente, os vínculos pessoais; outros, por fim, a classificam como *tertium genus*, a meio caminho ou na fronteira entre direito obrigacional e direito real, tal como um direito misto, com traços dessas duas categorias.³

O que importa, contudo, para compreender o instituto em vista de sua aplicação na prática do direito, é saber que é nessa junção entre devedor da obrigação e titular do direito real que reside o cerne da obrigação *ob rem*.

Assim, a obrigação *propter rem* tem, em sua essência, como bem aponta José de Oliveira Ascensão, “a inerência à coisa” como “mera técnica de determinação do sujeito passivo de uma obrigação”⁴, e dessa inerência despontam-se duas características elementares e específicas: (i) primeira: sua necessária vinculação (na geração e na permanência da obrigação) à coisa, segundo a titularidade de direito real que recai sobre ela; (ii) segunda: sua feição ambulatorial, que importa, ante a mutação na titularidade do direito real, por aquisição derivada ou originária, na sua transmissão automática e simultânea ao novo titular.

Outros caracteres – a meu ver, secundários – também lhe são indicados: (iii) tipicidade⁵, taxatividade⁶, subordinação ao princípio de *numerus clausus*⁷ ou de legalidade⁸, para informar a necessidade de sua previsão em lei, sua fonte estatutária (em regime jurídico-legal de direito real) em contraposição à fonte convencional (contratual, apoiada na suficiência do consenso), e, daí, sua incompatibilidade com a mera avença de particulares; (iv) o traço acessório⁹ da obrigação em relação à titularidade de direito real – que, a rigor, deriva da inerência, i. é, das características de vinculação real e ambulatorial já apontadas – a indicar que, tal como o acessório segue a sorte do principal, tais obrigações também seguem a sorte da titularidade do direito real e, portanto, a acompanham na gênese, na transmissão e na extinção; (v) a possibilidade de renúncia liberatória¹⁰ e de exoneração por abandono¹¹ – que também é dedução daquelas duas primeiras notas – a indicar que a renúncia e o abandono da coisa pelo seu titular extinguem automaticamente a obrigação; (vi) a natureza positiva (*dare ou facere*) do conteúdo da obrigação, por fim, também é referida, por alguns doutrinadores, como atributo necessário, afastando-se, pois, do universo das obrigações *propter rem* as de conteúdo negativo (*non facere*), na medida em que, para essas, há limitações legais de ordem geral¹².

São várias as obrigações *propter rem* constantes no Código Civil envolvendo, por exemplo, prestações pecuniárias: arcar com as despesas de construção e conservação correlatas aos limites entre os prédios e ao direito de tapagem (art. 1.297 e 1.307); pagar as despesas condominiais, em condomínio tradicional (art. 1.315), em condomínio edilício (art. 1.336, I) e em condomínio de terrenos (art. 1.358-A, § 2º); pagar as despe-

³ Cf., dentre outros, MAIA, Paulo Carneiro. *Ob. cit.*, p. 157 e ss.; GOMES, Orlando. *Direitos reais*, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 12-14; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Coisas*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40-41.

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos civis reais*, 5ª edição. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 51-52. Assim, para o jurista português cuida-se de situação de inerência passiva despida de funcionalidade, e nisso difere dos direitos reais, em que há inerência com funcionalidade (p. 52, 237 e 243).

⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 242-246. Aliás, é possível distinguir tipicidade de taxatividade, afirmando que esta exprime a necessidade de criação por lei dos direitos e das obrigações reais; aquela, a necessidade de identificar as obrigações reais apenas em situações típicas de direitos reais previstas em lei.

⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*, São Paulo: RT, 2008, p. 116-117.

⁷ JUSTO, A. Santos. *Direitos reais*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 85, com destaque às doutrinas de Henrique Mesquita e Carvalho Fernandes.

⁸ “São obrigações que surgem ex vi legis” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Ob. cit.*, p. 40). “Lembra Edmundo Gatti que a lei desempenha fator decisivo ou exclusivo para o surgimento e as vicissitudes das obrigações *propter rem*, porque nascem elas ope legis” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direitos reais*, 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 15).

⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Ob. cit.*, p. 236-237. VENOSA, Silvio de Salvo. *Ob. cit.*, p. 16.

¹⁰ JUSTO, A. Santos. *Ob. cit.*, p. 85-86.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Teoria geral das obrigações*, 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29.

¹² JUSTO, A. Santos. *Ob. cit.*, p. 81 e 83.

sas pelo exercício das servidões (art. 1.380); arcar, o usufrutuário, com as despesas de conservação (art. 1.403, I) e, o nú-proprietário, com as de reparações extraordinárias (art. 1.404); indenizar benfeitorias (art. 1.219), o descobridor (art. 1.234), aquele que, de boa-fé, semeia, planta ou edifica em terreno alheio (art. 1.255). E também há obrigações *propter rem* diversas das prestações pecuniárias: obrigação de demolir ou promover o reparo necessário para eliminar o perigo, e dar caução pelo dano iminente de prédio que ameaça ruir (art. 1.280). Não se olvide, ainda, que existem obrigações reais na legislação esparsa, tal como a de pagamento de taxas de ocupação, foros e laudêmios em ocupações ou enfiteuses públicas de imóveis da União (art. 7º da Lei nº 9.636/98, arts. 68, 101 e 201 do Dec.-lei nº 9.760/46, e arts. 1º e 3º do Dec.-lei nº 2.398/87); obrigação de dar preferência ao município (art. 27 do Estatuto da Cidade) quando houver direito de preferência em favor do ente público na alienação onerosa (art. 25 e 26 do Estatuto da Cidade); obrigação de parcelar ou edificar compulsoriamente imóvel urbano que não cumpre sua função social (art. 182, § 4º, I, da CF/88 e art. 5º e 6º do Estatuto da Cidade).

A jurisprudência também é rica em apontar diversos exemplos de obrigações *propter rem*, tais como: (i) obrigações tributárias reais (v.g. IPTU, ITR, IPVA)¹³; (ii) obrigações de pagar as despesas e encargos condominiais¹⁴, “alcançando os novos titulares do imóvel, sem prejuízo, evidentemente, de eventual ação regressiva”¹⁵, a incluir o adquirente por arrematação em hasta pública¹⁶, bem como aqueles que sejam titulares “de um dos aspectos da propriedade, tais como a posse, o gozo, a fruição, desde que esse tenha estabele-

cido relação jurídica direta com o condomínio”¹⁷; (iii) obrigações de demolir edifício ou construção em área ambiental protegida, e recuperar área ambiental degradada¹⁸, observando-se que “os deveres associados às Áreas de Preservação Permanente têm natureza de obrigação *propter rem*, ou seja, aderem ao título de domínio ou posse, podendo ser imputada tanto ao proprietário, quanto ao possuidor; independentemente de quem tenha sido o causador da degradação ambiental”¹⁹, o mesmo ocorrendo em sede de reserva legal²⁰, obrigação real ambiental essa que toca não apenas à preservação e à recomposição (se o caso), mas também a de especificação e inscrição da reserva no Cadastro Ambiental Rural (CAR), e, antes do novo Código Florestal, a de sua averbação na matrícula do imóvel²¹.

3. Loteamentos de acesso controlado (ou loteamentos fechados): juridicidade e regime jurídico.

Lotear é um modo de exercer a faculdade de dispor dos proprietários de glebas (dispor do que é seu em partes é, sob o ângulo civil, lotear a coisa própria), controlada pelos poderes públicos (especialmente sob o enfoque urbanístico e ambiental); condomínio, ainda que de lotes (ou de terrenos²²), não é ato de disposição, mas um modo de ser do domínio (ou seja, em copropriedade, segundo a figura, comum ou especial, prevista na lei civil).

Ademais, loteamento (inclusive o de acesso controlado) e condomínio (inclusive o de lotes) distinguem-se não apenas na essência (pelo que são), mas também pelo regime jurídico, que não se confundem²³, bastando lembrar que em loteamento há áreas de domínio privado (lotes) e de

¹³ O STJ, em recurso representativo de controvérsia, esclareceu que “Os impostos incidentes sobre o patrimônio (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR e Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU) decorrem de relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência de fato imponible encartado, exclusivamente, na titularidade de direito real, razão pela qual consubstanciam obrigações *propter rem*, impondo-se sua assunção a todos aqueles que sucederem ao titular do imóvel” (REsp 1073846/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/12/2009).

¹⁴ AgInt no REsp 1730607/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 02/08/2018.

¹⁵ AgInt no AREsp 1015212/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 02/08/2018.

¹⁶ AgInt no REsp 1672508/SP, rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, DJe 15/06/2018.

¹⁷ REsp 1704498/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 24/04/2018.

¹⁸ EDcl no AREsp 1233356/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 27/06/2018.

¹⁹ AgInt no AREsp 1031389/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 27/03/2018.

²⁰ REsp 1680699/SP, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/12/2017.

²¹ AgInt no AREsp 910.486/SP, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/04/2017. AgInt no REsp 1404904/MG, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 03/03/2017.

²² Conforme a boa e melhor denominação que lhe deu Luis Paulo Germanos, in *Condomínio de terrenos*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

²³ Sobre o ponto, reporto ao que já procurei esclarecer no artigo “Loteamento de acesso controlado e condomínio de lotes”, in *Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.465/2017*. São Paulo: ARISP, 2018, p. 64-74, acesso pelo site http://www.arisp.com.br/lei_n13465_2017.pdf, em 14/08/2018.

domínio público (vias de circulação, praças, áreas verdes e institucionais) e em condomínio toda área é privada (quer as unidades autônomas, quer as partes comuns).

A Lei nº 13.465/2017, a rigor, tratou dessas duas figuras: do loteamento de acesso controlado, ao incluir o § 8^a no art. 2^a da Lei nº 6.766/79; do condomínio de lotes, ao incluir o art. 1.358-A no Código Civil.

Com isso, embora a constitucionalidade dessas duas formas de urbanização já estivesse reconhecida pelo E. STF, com o julgado do RE nº 607940, em regime de repercussão geral²⁴, a previsão delas, no plano normativo federal, espancou, de vez, alguma eventual dúvida acerca de suas juridicidades.

Fixe-se, neste ponto, apenas na figura do loteamento de acesso controlado (“*loteamento fechado*”), assim identificado pelo legislador: “*Constitui loteamento de acesso controlado a modalidade de loteamento, definida nos termos do § 1º deste artigo, cujo controle de acesso será regulamentado por ato do poder público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados*” (art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.766/79, na redação da Lei nº 13.465/2017).

Nele, então, é que se levantam as perguntas quanto às obrigações reais ou ambulatoriais específicas e vinculadas aos seus lotes de terrenos, em laço com as titularidades de direito real correlatas, ou seja, que estabelecem o nexo necessário entre o sujeito passivo da obrigação e os sujeitos ativos dos direitos reais que recaem sobre essas unidades imobiliárias decorrentes dos loteamentos de acesso controlado.

4. O perfil peculiar dos lotes de terreno no modelo de urbanização de acesso controlado.

Antes do exame pontual das obrigações *ob rem* dos titulares de lotes integrantes de loteamentos de acesso controlado, porém, é preciso considerar e traçar o perfil desses lotes neste modelo de urbanização.

Os modelos de urbanização não são estáticos, mas acompanham a realidade vivencial de cada cidade e de cada tempo. Para o Brasil e, especialmente para o Estado de São Paulo, conforme já identificou Elisabeth Carvalho de Oliveira Salgado, em dissertação de mestrado (FAU/USP), os loteamentos de acesso controlado, (“*loteamentos fechados*”) apontam para um “*padrão que veio para ficar*”, em face do “*esgotamento do modelo de desenvolvimento que se inicia na década de 70*” e da circunstância de que “*veste como luva tanto para os empreendedores como para consumidores e, principalmente, para o Estado*”²⁵.

As urbanizações implantadas a partir dos loteamentos residenciais de acesso controlado têm um nítido escopo de fomento à vida comunitária, bem como de agregação de valor e de qualidade de vida ao núcleo habitacional e aos seus habitantes, em diversos ângulos, que vão da segurança ao lazer, passando pela preservação urbanística, ambiental e paisagística do conjunto e das unidades imobiliárias (mesmo após as edificações).

Seu perfil, pois, não é transitório, à moda dos loteamentos comuns, que nascem para morrer. Não são loteamentos que se dissolvem em bairros e ponto final: concluída a atividade empresarial do parcelamento do solo, finda a operação urbana, fica o bairro integrado à cidade, e o loteamento convencional, enquanto loteamento, morre, vira bairro e nada mais.

Nos loteamentos especiais em foco é diferente, não apenas porque o perímetro da gleba loteada permanece murado ou cercado, com controle de acesso, mas porque os titulares de direitos reais dos lotes e os moradores em geral ingressam num *status* de vida comunitária singular, muito próxima, aliás, àquela que atinge os que convivem em condomínios edilícios.

Tais núcleos urbanos (originários de loteamentos com acesso controlado) nascem para viver, com necessidades de regramento e de gestão da vida comum, bem como de pessoal e recursos financeiros para preservar a segurança, a limpeza, o bom uso dos equipamentos comunitários (inclusive os de lazer), o controle das edificações segundo as restrições urbanísticas específicas que houver, dentre outras atividades que tocam aos

²⁴ STF, RE 607940, rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJ 26/02/2016, constando no corpo da ementa que “É legítima, sob o aspecto formal e material, a Lei Complementar Distrital 710/2005, que dispôs sobre uma forma diferenciada de ocupação e parcelamento do solo urbano em loteamentos fechados, tratando da disciplina interna desses espaços e dos requisitos urbanísticos mínimos a serem neles observados. A edição de leis dessa espécie, que visa, entre outras finalidades, inibir a consolidação de situações irregulares de ocupação do solo, está inserida na competência normativa conferida pela Constituição Federal aos Municípios e ao Distrito Federal, e nada impede que a matéria seja disciplinada em ato normativo separado do que disciplina o Plano Diretor”. Fixada, então, a tese com repercussão geral no sentido de que “Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor”.

²⁵ SALGADO, Elisabeth Carvalho de Oliveira. O “Loteamento Residencial Fechado” no Quadro das Transformações da Metrópole de São Paulo (Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Estruturas Ambientais Urbanas da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de mestre – Orientador: Prof. Dr. Wilson Edson Jorge), 2000.

interesses comuns de todos os proprietários e moradores.

Por isso, os lotes de terreno que integram o modelo de urbanização de acesso controlado apresentam, de fato, um perfil peculiar, um caráter de inclusão e de inerência em vida e urbanização comunitárias, que lhes é singular, vinculante e de duração, projetando-se, pois, no tempo.

Adquirir, pois, um lote em loteamento de acesso controlado, que tem essa aderência ao conjunto do núcleo urbanístico que se quer preservar, é coisa bem diversa que adquirir um lote em loteamento comum, pois naquele caso, há deveres específicos, que nascem e perduram aos seus titulares, próprios dessa dinâmica de vida e de urbanização comunitárias que não podem ser ignorados.

5. Algumas obrigações *propter rem* específicas decorrentes da propriedade ou da titularidade de direito real desses lotes.

Agora, então, no exame pontual das obrigações *ob rem* dos titulares de lotes integrantes de loteamento de acesso controlado, cuidar-se-ão apenas de três situações jurídicas de aguda relevância neste modelo de urbanização, as quais, conforme se verá e nada obstante alguns entendimentos em sentido diverso, entendem-se sejam qualificáveis como obrigações *propter rem*.

A primeira é pertinente às restrições urbanísticas convencionais impostas pelo loteador, que, de fato, não são exclusivas para os loteamentos de acesso controlado, mas neles assumem especial importância, na medida em que um dos principais fins desses empreendimentos é a preservação do padrão urbanístico e dos bens ambientais e paisagísticos do núcleo urbano e habitacional formado a partir desse tipo de parcelamento do solo.

A segunda – relativa aos tributos municipais reais – e a terceira – referente às despesas de conservação – são matérias de agudo impacto jurídico e de extrema atualidade, ante as inovações que a Lei nº 13.465/2017 introduziu neste campo.

5.1. Restrições urbanísticas convencionais

Restrições urbanísticas convencionais são, em sede de parcelamento do solo urbano, aquelas que são impostas pelo loteador e destinadas à tutela dos interesses coletivos no âmbito do núcleo urbanístico que emerge do loteamento, e, assim, tem por fim preservar o padrão urbanístico, ambiental e paisagístico do empreendimento, em benefício da coletividade dos adquirentes de lotes.²⁶

Há, com efeito, várias correntes em relação à natureza jurídica dessas restrições consequentes de loteamento.

Para uns são servidões constitucionais *sui generis* (“de luz”, “de vista”, “de certa altura”, como dizia o Conselheiro Lafaytte²⁷; ou “estéticas e higiênicas”, nas palavras de Waldemar Ferreira²⁸). Para outros, são estipulações em favor de terceiro (é a lição de Hely Lopes Meirelles²⁹). Há, ainda, quem as classifica como restrições urbanísticas supletivas (Afrânio de Carvalho³⁰) ou concorrentes (STF, RDCiv 34/172).

Respeitada a opinião diversa, acompanho a boa doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo³¹ e de Orlando Gomes³², para afirmar que tais restrições são obrigações *propter rem* ou *in rem scriptae*. A jurisprudência do STJ, ademais, já se pronunciou neste sentido.³³

Elas, de fato, satisfazem o critério de inerência aos lotes, aderindo aos referidos imóveis, para o fim de determinar o sujeito passivo (obrigado) a respeitá-las, ambulando ou mudando, automaticamente, conforme a mutação da titularidade

²⁶ Conforme já pontuou o STJ, elas são “veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais. Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome” (REsp 302.906/SP, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 01/12/2010). Nelas reside, a rigor, um interesse e uma tutela coletiva, a meio termo entre o público e o individual.

²⁷ PEREIRA, Lafaytte Rodrigues. *Direito das Cousas*. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Sousa 1922, p. 270/274.

²⁸ FERREIRA, Waldemar. *O loteamento e a venda dos terrenos em prestações*, vol. I. São Paulo: RT, 1938, p. 100.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: RT, 1979, p. 67.

³⁰ CARVALHO, Afrânio. *Restrições urbanísticas em loteamento*, RDI 24-25.

³¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira. “Restrições convencionais de loteamento – obrigações *propter rem* e suas condições de persistência”. Parecer publicado in RT 741/115-122.

³² GOMES, Orlando. *Ob. cit.*, p. 177/178.

³³ “As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza *propter rem* no que se refere à sua relação com o imóvel e aos seus efeitos sobre os não-contratantes” (REsp 302.906/SP, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 01/12/2010).

do direito real. Nem se diga que lhes falta a publicidade, pois, para elas surtirem o efeito real de vincular automaticamente os adquirentes, devem passar pela publicidade registral imobiliária³⁴.

São, pois, obrigações *propter rem*, fixadas no interesse coletivo, em base negocial e eficácia real, por publicidade registral imobiliária, no âmbito do parcelamento do solo, com feição de reciprocidade, homogeneidade, padronização e isonomia (v.g. Proc. CGJ-SP 189/06), não frustrável em via administrativa (v.g. CSM-SP, Ap. 14.892-0) e preponderante à aprovação municipal divergente (v.g. Proc. CGJ-SP 227/07, 29/06, 453/06; CSM-SP, Ap. 833-6/3, 594-6/1, 587-6/0, 22.300-0/0, 63.641-0/6).³⁵

Havendo, pois, publicidade registral e configurada como obrigação ambulatorial, a vinculação e a obrigatoriedade das restrições urbanísticas convencionais atingem todos os adquirentes e proprietários de lotes em geral.³⁶

Poder-se-ia questionar, dizendo que, por não derivarem diretamente de lei, mas dependerem na estipulação do loteador (e, daí, serem denominadas “*restrições convencionais*”), carecendo, então, de taxatividade, não poderiam ser qualificadas como obrigações *propter rem*; entretanto, na hipótese, é suficiente a previsão legal existente no art. 26, VII, da Lei nº 6.766/79, observando-se que, embora a norma jurídica seja genérica, com delegação ao loteador para a especificar (em modo supletivo à legislação pertinente), tais restrições passam, repita-se, pela publicidade registral imobiliária, e, portanto, delas, em sua especificidade, o adquirente de boa-fé não pode alegar ignorância.

É fato, ainda, que muitas dessas restrições têm conteúdo obrigacional de abstenção (*non facere* - v.g., não erguer muro na frente dos lotes, não edificar mais de uma residência unifamiliar por lote etc.). Todavia, isso também não obsta sua qualifi-

cação como obrigações *propter rem*, pois essa característica é forjada em contraponto às limitações constantes em leis, as quais têm incidência plena e suficiente na expressão do conteúdo restritivo. Valem, pois, nesse contexto, e, por isso, como regra geral, em princípio, mas nem sempre. No caso, então, por ser supletiva da legislação pertinente, bem como porque sua especificação depende da estipulação do loteador, agregada à publicidade e à eficácia real, que passa necessariamente pelo registro predial, com delimitação ou contorno preciso do teor restritivo e dos imóveis atingidos (próprios apenas para os lotes integrantes de determinado loteamento), elas estão fora da *ratio iures* que afirma o conteúdo obrigacional negativo.

5.2. Pagamento de tributos municipais vinculados ao lote.

É conhecida a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo, quanto à vinculação solidária dos proprietários e promitentes compradores (possuidores a qualquer título) de imóveis (tema 122, REsp. 1.111.202/SP), em relação ao pagamento dos tributos municipais reais, ainda que o compromisso de venda e compra esteja registrado³⁷, observando-se que cabe à legislação municipal estabelecer o sujeito passivo do IPTU (Súmula 339).

Isso, pois, é fruto da inteligência dos tributos reais como geradores de obrigação *propter rem*.

Sabe-se, também, que, uma vez quitado o compromisso de venda e compra registrado, encontrando-se o adquirente na posse do imóvel, a titularidade do domínio em nome do alienante é mero vínculo formal, pois o proprietário (promitente vendedor) já está despido de todos os atributos essenciais do domínio (não pode dispor, fruir, usar nem reivindicar ou reaver a coisa de quem a possui) e, assim, para ele, a propriedade já esgotou sua função econômica e os poderes jurídicos sobre a coisa, restando-lhe apenas o dever de ou-

³⁴ Aliás, para sua eficácia real, basta que tenham “recebido publicidade registrária, ainda que, sem alusão na matrícula, por inserção no memorial do loteamento ou, ao menos, no contrato-padrão arquivado na serventia (v. Processo CGJ-SPn. 1.284/97, D.O.E. de 15/10/97)” – (Processo CGJ-SP 1946/02). Todavia, é de grande utilidade e conveniência, além da obrigatória menção ou notícia de sua existência no registro do loteamento, sua averbação remissiva na matrícula de cada lote, para a boa e ampla cognição.

³⁵ Não se desconhece a orientação do CSM-SP, a partir da Ap. 0038476-21.2011.8.26.0100, j. 12/09/2012, que passou a afirmar que as restrições convencionais não prevalecem contra lei municipal, se com ela forem incompatíveis. Nem, ainda, a posição de Hely Lopes Meirelles, no sentido de que elas operam apenas no vazio da lei urbanística (As restrições de loteamentos e as leis urbanísticas supervenientes, in RDA 120/486). Contudo, penso que essa afirmação não pode ser considerada sem reservas. Entendo que prevalece a lei municipal nova em relação à restrição urbanística, se aquela for mais gravosa que essa, ou, caso seja mais liberal, se a lei expressamente revogar a restrição convencional (v.g. Proc. CG 79569/09); mas, se for mais liberal, genérica ou silente em relação à restrição convencional, essa restrição perdura, salvo ocorra a perda da base objetiva do negócio jurídico normativo (cf. Antonio Junqueira de Azevedo, apoiado em Larenz, em parecer publicado na RT 741/115, para imóveis situados na Av. Brasil, cidade de São Paulo), ou, como já se afirmou no TJSP, por “desfiguração do loteamento” a implicar “no perecimento de seus atributos urbanísticos” (TJSP, Ap. 394.151.5/7-00). Aliás, embora a situação não fosse de restrição convencional, mas tombamento ambiental de bairro, para imóvel situado na Av. Brigadeiro Luiz Antônio, cidade de São Paulo, por similitude de razões, assim também já se julgou no TJSP (Ap.0000920-97.2009.8.26.0053, j. 13/05/2014, de minha relatoria).

³⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Ob. cit., RT 741/116.

³⁷ STJ, AgInt no REsp 1690256/SP, rel. Min. Og Fernandes, DJe 13/12/2017.

torgar a escritura definitiva de venda e compra.

Contudo, não raramente, essas escrituras não são lavradas, e, muitas vezes, por culpa não imputável ao promitente vendedor, permanecendo, pois, na matrícula do imóvel, o nome dele como proprietário, com risco de ser cobrado, inscrito em dívida ativa, protestado e acionado judicialmente, em execução fiscal, por não pagamento dos tributos municipais vinculados ao imóvel. E, em loteamentos, ademais, isso não é incomum.

Agora, com a Lei nº 13.465/2017, esse quadro, ao menos em tese ou potencialmente desfavorável aos proprietários-loteadores, está alterado, pois essa lei, ao incluir o item 32 no art. 167, II, da Lei nº 6.015/73, passou a prever a possibilidade de averbação de termo de quitação de contrato de compromisso de venda e compra registrado, decorrente de loteamentos, desmembramentos, e condomínios – regulares ou regularizados –, para o fim exclusivo de “*exoneração da sua responsabilidade sobre tributos municipais incidentes sobre o imóvel perante o Município*” (sic).

Assim, naquelas situações, as obrigações *propter rem* decorrentes de tributos municipais vinculados ao lote ficam extintas, e isso, enfim, é comprovado com facilidade e reforça o entendimento de que o caráter imperativo da obrigação real não é expressão de pura formalidade ou mero vínculo formal, desgarrado da substância do direito real ao qual está atada, na fixação do sujeito passivo.

5.3. Cotização das despesas comuns de manutenção e conservação do núcleo urbano.

Sabe-se que o Superior Tribunal de Justiça fixou sobre a matéria, em recurso especial representativo de controvérsia, para situações de condomínio de fato/loteamento fechado, a tese de que “*As taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram*”³⁸.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, ao distinguir o regime das mensalidades por associações de moradores do regime das contribuições em condomínio edilício, afastou a obrigatoriedade daquelas aos proprietários de imóveis que não tenham aderido à associação (RE nº 432.103/RJ³⁹).

Firme, então, a jurisprudência no sentido de que “*as taxas de manutenção cobradas por Associação de Moradores não podem ser equiparadas*

a despesas condominiais, não ostentando a dívida natureza propter rem”⁴⁰, mas apenas “*natureza de dívida fundada em direito pessoal, oriunda do ato associativo ou de concordância com a despesa*”⁴¹ e, daí, “*não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram*” (STJ, tema 882)

Todavia, a Lei nº 13.465/2017 mudou esse quadro, não apenas por espancar eventual dúvida quanto à legalidade, em tese, dos loteamentos de acesso controlado (e, daí, por congruência, a exigir o *status* de juridicidade do núcleo urbanístico, que nasce para perdurar no tempo, e, portanto, do que se fizer necessário à sua permanência), mas também por inclusão de norma legal expressa e específica na Lei nº 6.776/79 (art. 36-A, *caput* e, sobretudo seu parágrafo único), em que se colhe, para além da previsibilidade de cobrança das despesas comuns de manutenção e conservação em questão, a prescrição de vinculação das cotas correlatas aos titulares dos imóveis.

Reconhecida, pois, neste quadro legal, a natureza *propter rem* dessas obrigações em loteamentos de acesso controlado, em modo similar ao que ocorre com os condomínios especiais (edifícios e de lotes), a indicar que, por força dessa nova regra legal, aquela jurisprudência e até mesmo a tese fixada pelo STJ no tema 882 perderam sua razão de ser e sua força.

Com efeito, reconhecida a plena legalidade dos loteamentos fechados e necessária a gestão dos interesses coletivos que beneficiam toda a comunidade do núcleo habitacional, em forma de administração de imóveis (sobre os quais incide interesse comum) exercida pela associação de proprietários/moradores, o legislador prescreveu e impôs a sujeição dos titulares de cada unidade (lote) “*à normatização e à disciplina constantes de seus atos constitutivos, cotizando-se na forma desses atos para suportar a consecução dos seus objetivos*”.

O fim maior da norma, portanto, foi tratar como obrigação *propter rem* ou ambulatorial, tal como ocorre em condomínio especial, as tais taxas, evitando, pois, que alguns se beneficiem às custas de outros, em afronta aos princípios da boa-fé, da solidariedade e da vedação ao enriquecimento sem causa.

E nessa norma (art. 36-A da Lei nº 6.766/79), a rigor, não se vislumbra incompatibilidade alguma com a garantia constitucional da liberdade

³⁸ STJ, REsp nº 1439163/SP, rel. p/Acórdão Min. Marco Buzza, DJe 22/05/2015, tema 882.

³⁹ STF, RE nº 432.103/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.9.11.

⁴⁰ STJ, AgRg no REsp 1505099/SP, rel. Min. Raul Araújo, DJe 25/11/2015.

⁴¹ STJ, AgInt no REsp 1688721/DF, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. DJe 26/02/2018.

associativa, ou com o postulado de que ninguém é obrigado a se associar ou se manter associado à entidade alguma (art. 5º, *caput*, XVII e XX, da CF).

Uma coisa é o direito do proprietário/titular/morador associar-se (todos têm em igual medida), ou não; outra, é o dever de contribuir com as despesas comuns, que beneficiam toda coletividade, a justificar a obrigação *propter rem* de cada um pagar sua cota.

Assim, adequando a norma legal (art. 36-A, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 6.766/79) aos preceitos constitucionais (art. 5º, *caput*, XVII e XX, da CF), afirma-se que todo proprietário/titular/morador pode associar-se, ou não, conforme sua livre vontade, e também pode livremente retirar-se da associação, quando quiser; todavia, todos devem arcar, proporcionalmente, com as despesas aplicadas ao interesse comum. A diferença, então, está no fato de que os associados podem participar e influir na gestão, na administração de interesse coletivo, a incluir a definição e arrecadação da taxa, a destinação e aplicação dos recursos, bem como a fiscalização e prestação de contas etc.; os que não se associaram ou os que se retiraram da associação, contudo, ficam, por vontade própria, privados dessa participação e influência na gestão administrativa, nada obstante, pela natureza da associação, a todo o momento lhes deve ser garantido o direito a associar-se ou nela retornar, na medida em que ela faz a gestão de interesses coletivos que também lhes afetam.

Todavia, não apenas os associados devem contribuir com as despesas comuns que beneficiam toda coletividade do núcleo urbano; mas sim, todos os titulares de unidades (lotes) que integram o loteamento de acesso controlado. Isso, porque, com a referida inovação legal, o pagamento das taxas de manutenção em foco são verdadeiras obrigações *propter rem*, e não simples mensalidades de obrigação pessoal associativa.

Essa interpretação, ademais, também é a que melhor se adequa à realidade das coisas justas desses núcleos urbanos, e também atende ao preceito do art. 20 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, na redação da Lei nº 13.655/2018, que determina, na aplicação das normas jurídicas, considerar as consequências práticas da decisão.

Afinal, assim, estimula-se a vida associativa, sem a obrigar, preservando a solidariedade e a boa-fé no trato das coisas de interesse comum, evitando, enfim, o enriquecendo sem causa de uns em detrimento de outros.

E, mais, é interpretação que também respeita

aos princípios da lealdade e da boa-fé, pois não se pode negar que o adquirente de lote e seus sucessores, ao adquirir lote integrante de loteamento de acesso controlado, sabem, de antemão, que ingressam numa situação jurídica que vai além da individualidade de seus interesses (direitos e obrigações) e os insere numa comunidade de interesses (direitos e deveres), a conferir-lhes bônus e ônus. Assim, os princípios da lealdade e da boa-fé também atuam e impõe o trato das cotas dessas despesas comuns como obrigações *propter rem*.

Essa, pois, é a interpretação que não fere a congruência com a ordem constitucional, considera os princípios que informam a inteligência da regra atrelada à realidade comunitária em que a matéria está imersa, bem como as consequências práticas que se impõe à sustentação do núcleo urbano, atento à operacionalidade da coisa justa tal como faziam os romanos: com bom senso e respeito ao bem comum.

Neste sentido, aliás, já há julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, atento à inovação legal, considerando as obrigações de pagar as despesas comuns de loteamento de acesso controlado como obrigações *propter rem*, em modo equivalente ao regime condominial⁴².

6. Conclusão.

As obrigações *propter rem* consideram o seu vínculo à coisa, para fixar (determinar) o seu sujeito passivo (devedor ou obrigado), fazendo com que ambule segundo a mutação da titularidade real.

Nas situações jurídicas de loteamentos de acesso controlado (“*loteamentos fechados*”, cujo *status* de legalidade hoje também se estampa na legislação federal – art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.766/79), vislumbram-se, como obrigações reais as restrições urbanísticas convencionais impostas pelo loteador, as relativas aos tributos municipais que incidem sobre os lotes, bem como as de pagamento das despesas de manutenção e conservação do núcleo urbano correlato.

E parece ser de extrema relevância, nesta matéria, atenção aos seguintes pontos: (i) em relação às restrições urbanísticas convencionais, o da necessidade de sua publicidade registral imobiliária, a incluir a menção obrigatória no registro do loteamento, recomendada, ainda, a averbação remissiva na *matrícula de cada lote*; (ii) em relação às obrigações tributárias municipais, ante a inovação da Lei nº 13.465/2017 (art. 167, II, 32, da Lei nº 6.015/73), o da utilidade e conveniência da averbação do termo de quitação de compromisso de venda e compra registrado, decorrente

⁴² TJSP, Ap. nº 2172238-98.2017.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Marcos Pimentel Tamassia, j. 27/02/2018.

de loteamento, desmembramento ou condomínio – regulares ou regularizados –, que tem por fim exonerar a responsabilidade do proprietário alienante perante a municipalidade; **(iii)** em relação às despesas comuns de manutenção e conservação do núcleo urbano, ante a inovação da Lei nº 13.465/2017 (art. 36-A da Lei nº 6.766/79), o da precisa qualificação delas como obrigações *propter rem*, em rediscussão e reinterpretação do tema, superando as orientações jurisprudenciais anteriores (forjadas antes da lei nova), que as consideravam **tão somente obrigações** pessoais.

Referências bibliográficas:

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos civis reais*, 5ª edição. Coimbra: Coimbra, 1993.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, v. I, 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. “Restrições convencionais de loteamento – obrigações *propter rem* e suas condições de persistência”. Parecer publicado in Revista dos Tribunais (RT) 741/115-122.

CARVALHO, Afrânio. *Restrições urbanísticas em loteamento*, Revista de Direito Imobiliário (RDI) 24-25. São Paulo: IRIB e RT, 1990.

CORREIA, Alexandre, e **SCIASCIA**, Gaetano. *Manual de direito romano*, volume I. São Paulo: Saraiva, 1949.

DINIZ, Maria Helena. *Teoria geral das obrigações*, 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, Waldemar. *O loteamento e a venda dos terrenos em prestações*, vol. I. São Paulo: RT, 1938.

GERMANOS, Luis Paulo. *Condomínio de terrenos*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Coisas*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTO, A. Santos. *Direitos reais*. Coimbra: Coimbra, 2007.

MAIA, Paulo Carneiro. *Obrigações propter rem*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (RFDUSP) 57/152-168. São Paulo: USP, 1962.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: RT, 1979.

_____. *As restrições de loteamento e as leis urbanísticas supervenientes*, in Revista de Direito Administrativo (RDA) 120/479-488. Rio de Janeiro: FGV, 1975.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*, São Paulo: RT, 2008.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Das coisas* (Adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva). Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1922.

SALGADO, Elisabeth Carvalho de Oliveira. *O “Loteamento Residencial Fechado” no Quadro das Transformações da Metrópole de São Paulo*. Dissertação de Mestrado, FAU-USP, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direitos reais*, 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.



DA CONCILIAÇÃO

JOSE HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA
JAQUES BUSHATSKY

*Eu, firmemente, acredito na conciliação como um meio de fazer justiça aos envolvidos; como um modo rápido e prático de solução do problema.*¹

1. A conciliação é meio eficaz para a solução dos conflitos.

Concordamos, sem dúvida, com a prevalência da conciliação, como meio mais eficaz, para a solução dos conflitos de interesses e, nesse sentido, a manifestação do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, ao afirmar que “é importante que o processo judicial tenha meios alternativos de solução”.²

E mais, entendemos e acreditamos que a conciliação, ainda que não consiga atender ao seu desiderato imediato, ou seja, não alcance a solução do conflito permitirá reduzir, sem dúvida, e com igual importância, o eventual espírito de litigiosidade que acometem as partes pelas mais diversas motivações.

Com efeito, há quem sustente, com inteira razão, que a petição inicial não revela, com fidelidade, todos os elementos que envolvem a controvérsia levada a juízo. Diversos sentimentos, tais como mágoas, tristezas, desesperança e, porque não, raiva, ainda que não reveladas, fazem com que as partes adotem posturas extremamente conflitantes e agressivas, as quais tentam sintetizar em pretensões que, estas sim, são lançadas nas peças processuais. No limite, sequer o atendimento da pretensão anunciada satisfaria a motivação disfarçada.

Bem por isso a conveniência social da conciliação, trate-se exemplificativamente de um casal em dissensão, trate-se de empresas enfrentando sérias divergências: se é verdadeiro que uma sentença judicial possa dar um fim à questão, por igual se sabe que esse fim do processo judicial, por mais acertado que se mostre, normalmente não conferirá a retomada das relações entre os antigos conviventes ou o relacionamento comercial havido. A velha relação no mais das vezes se rompe definitivamente, quando deslindada por sentença (por vezes enxergada pela parte, enfrentemos a realidade, conforme o dito popular: é melhor um fim horroroso que um horror sem fim...). E, ao contrário, é assaz ocorrente certo reatamento, quando alcançada solução do embate através da conciliação.

Daí a razão para o diálogo entre as partes (com a participação de um terceiro desinteressado, elemento que viabiliza a sorte dos esforços) para que se possa resolver o conflito de forma amigável ou, quando não, para que as partes desarmadas de sentimentos menores possam participar do processo judicial com uma melhor postura, no âmbito de uma sociedade civilizada, outra inegável consequência do desarmamento que costuma decorrer da atividade conciliatória.

Com essa ideia, na Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil encontramos a seguinte assertiva: “deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da

¹ Cf. João Baptista de Mello e Souza Neto, *Mediação em Juízo*, Atlas 2000, pp. 19-20.

² *Seminário Temas Atuais de Direito Processual Civil*, in ABM Informa, ed. 179, abril a julho de 2018, p. 38.

mediação ou da **conciliação**.³ Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência poderão participar conciliador e mediador, e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação”.

Por sua vez, dos dispositivos do estatuto processual, no pertinente ao tema, é possível depreender que o Estado-juiz: (a) *deve* tentar buscar a solução consensual de conflitos (CPC/2015, art. 3º, § 2º); (b) *deve* estimular a solução consensual de conflitos, inclusive no curso de processo judicial (CPC/2015, art. 3º, § 3º); (c) *deve* cooperar para que se obtenha decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável; (d) *deve*, a qualquer tempo, promover a autocomposição (CPC/2015, art. 139, inciso V).

Diante dessa postura do estatuto processual, visando, de forma primordial, a solução consensual de conflitos, foi introduzida, nos termos do seu artigo 334, parágrafos e incisos, a previsão de uma audiência de conciliação e mediação que será designada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, salvo o expresse desinteresse das partes ou não sendo, no caso concreto, admissível a autocomposição. E mais, essa atividade de conciliação e mediação deverá ser exercida, pelo conciliador ou mediador, onde houver, enquadrados na categoria “dos auxiliares da justiça”, com submissão legal previstas nos artigos 165 a 175 do Código de Processo Civil.

A propósito da inclusão, no processo civil, dessa audiência de conciliação e mediação, impõem-se algumas considerações: 1) é voz corrente que o processo que nós (juiz, Ministério Público, advogado e, principalmente, as partes) conhecemos e com ele lidamos não se ajusta aos nossos

e novos tempos, seja pelo custo, seja pela demora no seu desfecho e seja, o que nos parece pior, pela incerteza do resultado; 2) por outro lado, a previsão da figura do conciliador ou do mediador, como auxiliares da justiça, portanto, figura distinta do juiz do processo, nos parece revestida de especial acerto; o juiz, com efeito, na maioria das vezes, com uma sobrecarga de processos e de audiências, bem como pela inafastável e necessária imparcialidade, se vê impossibilitado de levar a um bom termo aquela audiência de conciliação e mediação. Daí a razão para a expressa previsão da figura do conciliador e do mediador, cuja atividade única, permitirá um amplo diálogo com as partes e por todo tempo que se fizer necessário; 3) além do mais, o diálogo entre as partes poderá ser o mais amplo possível, sem receio de que eventual assertiva possa prejudicar sua posição quando da sentença; 4) não obstante as opiniões em contrário, o fato de o juiz presidir a audiência de conciliação poderá, sem dúvida, macular sua imparcialidade, seja por força de afirmativas que autorizem reconhecer, desde logo, o desfecho daquele processo, seja porque em descuidada manifestação uma parte reconheça o direito da outra, o que, sem dúvida, irá influenciar a sentença; 5) finalmente, permitirá que essas audiências de conciliação e mediação possam ser designadas com maior brevidade e em horários dos mais diversos, que melhor possam atender a conveniência das partes.

Sucedo, no entanto, que o legislador prevendo a hipótese de uma solução mais rápida e eficaz para um determinado conflito de interesses entre as partes, não conseguiu se afastar de um comportamento extremamente burocrático, tanto assim que malgrado o código não tenha previsto o procedimento judicial da conciliação propriamente dito, a figura do conciliador e mediador vem prevista em nada menos que 11 (onze) artigos e vários parágrafos e para a audiência de conciliação e mediação um artigo e doze parágrafos.

Convém salientar, ainda, que a Resolução nº 125, de 29/11/10, do Conselho Nacional de Jus-

³ *A criação de condições para realização da transação é uma das tendências observadas no movimento de reforma que inspirou o processo civil alemão. Com efeito, explica BARBOSA MOREIRA que “já anteriormente, por força de uma lei de 1999, os órgãos legislativos dos ‘Länder’ tinham sido autorizados, sob determinadas circunstâncias, a exigirem, como requisito de admissibilidade da ação, que se realizasse prévia tentativa de conciliação extrajudicial. Doravante, nos termos do art. 278, deve o tribunal, em princípio, levar a efeito a tentativa, ordenando o comparecimento pessoal de ambas as partes. O órgão judicial discutirá com elas a situação, poderá formular-lhes perguntas e fazer-lhes observações. Os litigantes serão ouvidos pessoalmente e terá cada qual a oportunidade de expor sua versão do litígio...” (Breves notícias sobre a reforma do processo civil alemão, p. 106).*

tiça, estabelece várias regras, no que nos interessa, para as figuras do conciliador e do mediador, inclusive com previsão de curso com respectiva duração e temas para a formação dos aludidos auxiliares da justiça.

Todavia, uma circunstância de extrema relevância na avaliação e formação dos conciliadores e dos mediadores não tem previsão legal, isto é, não se pensou em avaliar sob o ângulo subjetivo, o que não permite avaliar se o candidato tem ou não perfil de conciliador, além dos seus conhecimentos técnicos. O interessado nessa atividade é um ser dotado de paciência, de educação necessária ao bom diálogo, tem humildade, benevolência e, principalmente, generosidade. São qualidades que, a nosso ver, são de suma importância para que uma eventual conciliação possa ter êxito.

2. Uma exceção a confirmar a regra.

Não obstante esse nosso entendimento, existem situações concretas que não justificariam a realização da audiência de conciliação.

Trata-se na realidade de equilibrar o obrigatório⁴ estímulo à conciliação e a outros métodos de solução consensual de conflitos com a obrigatória⁵ e tão perseguida duração razoável do processo, velocidade na entrega da Justiça, enfim. Esse equilíbrio abarca a ciência da realidade, sem admitir que os acontecimentos correntes se escondam detrás da cortina do regramento. Afinal, a lei há de melhorar, não de atrapalhar, o curso da vida.

É o caso das ações de despejo por falta de

pagamento, demandas que somente são ajuizadas (mostra a experiência) depois de tentadas e esgotadas as tratativas para celebração de acordo. Convém, aliás, averiguar que são ações aforadas, usualmente, após dois ou três meses de inadimplimento, a comprovar o transcurso de período em que haveria o locatário de saldar o seu débito; se interesse houvesse, certamente os contratantes celebrariam acordo.

A esta evidência se soma a ainda precária estrutura forense, a retardar a designação das audiências, situação que de um lado agrava o débito a diminuir a probabilidade de que o inadimplente o salde; de outro lado, castiga o credor, no mais das vezes dependente do recebimento para poder honrar os próprios compromissos. Tudo em moldes divergentes do objetivo legal.

A jurisprudência não parece divergir desse entendimento, admitindo que não se realize a audiência em foco nessas situações. Assim concluiu “dispensável a designação de audiência de conciliação quando eventual acordo pode ser feito diretamente pelas partes e sem intervenção judicial”, decisão conduzida pelo voto do Desembargador Kioitsi Chicuta em junho de 2017⁶.

Durante o ano de 2018, a tendência indicada pela decisão antes referida se consolidou como é possível observar na decisão relatada pelo Desembargador Antonio Nascimento, que entendeu ausente nulidade pela supressão da audiência em tela, até porque “Não há nulidade sem prejuízo. Convindo à parte a celebração de acordo, caberia a ela peticionar nesse sentido, ou mesmo promo-

⁴ Artigos 3º, parágrafos 2º e 3º; 139, inciso V, do CPC/2015.

⁵ Artigos 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e 4º, do CPC/2015.

⁶ *EMENTA: Locação. Imóvel não residencial. Despejo por falta de pagamento cumulado com cobrança de aluguéis e encargos. Notícia de desocupação do imóvel antes da citação. Aditamento à inicial para adequar o pedido para ação de cobrança. Ação julgada procedente. Nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Não reconhecimento. Desnecessidade de audiência de conciliação. Situação de inadimplência incontroversa. Mora demonstrada. Recurso desprovido, com observação. É dispensável a designação de audiência de conciliação quando eventual acordo pode ser feito diretamente pelas partes e sem intervenção judicial. Não há cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, quando os elementos necessários para a convicção judicial já se encontram nos autos. A prova de pagamento faz-se mediante recibo e não cuidou a ré de provar o pagamento da dívida exigida. Bem por isso, revelou-se despicienda a realização de outras provas no caso, estando correto o julgamento antecipado da lide. O juiz é o destinatário das provas e a ele compete determinar a realização daquelas necessárias ao seu convencimento. Restou incontroversa a relação locatícia entre as partes e a situação de inadimplência da ré ficou demonstrada, sendo de rigor a procedência da ação de cobrança. (TJSP; Apelação 1045491-22.2014.8.26.0002; Relator (a): Kioitsi Chicuta; Órgão Julgador: 32º Câmara de Direito Privado; Foro Regional II de Santo Amaro- 6º Vara Cível; Data do julgamento: 01/06/2017; Data do Registro: 01/06/2017).*

ver a composição extrajudicial”⁷.

Igualmente, em decisão relatada pelo Desembargador Sá Duarte, se concluiu que “as partes são capazes e representadas por advogado e, assim, havendo acordo extrajudicial, podem, a qualquer tempo, apresentá-lo em Juízo”, de onde não haver nulidade na não convocação da audiência para tentativa de conciliação.⁸

Ainda ilustrando a compreensão, o acórdão relatado pelo Desembargador Arantes Theodoro que, além de crer não obrigatória legalmente a realização da audiência, mercê de não exigí-la a lei das locações⁹, decretou que: “a demandada nenhum prejuízo sofreu com a falta da audiência para tentativa de conciliação, seja porque o autor anunciou desinteresse naquela medida (fls. 4 e 56), seja porque o réu não dependia de convocação do Juiz para propor acordo à parte contrária”.¹⁰

Como se vê, por uma, a supressão da audiência de conciliação não é compreendida, nessa hipótese do despejo por falta de pagamento, como nulidade processual; por duas, não se antevê prejuízo ou dano; por três, se prestigia a livre disposição

de qualquer das partes para pleitear a realização; por quatro, se acolhe a certeza de que a qualquer momento podem – e têm a facilidade para tal – os litigantes celebrar composição sem a intervenção judicial (no que, diga-se, não discrepam das normas da transação, insculpidas no Código Civil).

E, por detrás certamente está o prestígio à celeridade do processo, prevista no artigo 4º, do Código de Processo Civil de 2015, rapidez que finaria abalada pela designação de ato que a espécie se demonstra desnecessário.

3. A tradução em números.

Coroando essas observações, interessa ler o “Relatório Justiça em Números 2018 (ano-base: 2017)”¹¹, publicado recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Não causa espanto a quantidade imensa de processos solucionados pela conciliação (mais de três milhões de casos), porque imenso o número de casos em trâmite; é esperançoso saber que em 2017, 12,1% das sentenças proferidas homologaram acordos, proporção crescente: em 2015 foram

⁷ Ementa: “APELAÇÃO LOCAÇÃO AÇÃO DE DESPEJO C.C. COBRANÇA. O contrato e o débito locatício estão incontroversos nos autos. Tratando-se de dívida em dinheiro, somente a prova de quitação regular elide a pretensão do autor. Termo final da obrigação da locatária: responsabilidade persiste até a efetiva entrega das chaves. Preterição da audiência de conciliação. Ausência de nulidade, sem prejuízo. Cerceamento de defesa não evidenciado. PRELIMINARES AFASTADAS. RECURSO DESPROVIDO”. No corpo da decisão: “Há de ser refutada, inicialmente, a questão isagógica relacionada à nulidade processual, por não ter sido realizada audiência de conciliação. Não há nulidade sem prejuízo. Convido à parte a celebração de acordo, caberia a ela peticionar nesse sentido, ou mesmo promover a composição extrajudicial”. (TJSP- Apelação nº 1049771-83.2017.8.26.0114; Relator: Antonio Nascimento; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro da Comarca de Campinas-SP- 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/08/2018).

⁸ Ementa: “LOCAÇÃO – Pretensões de despejo por falta de pagamento e de cobrança julgadas procedentes. Pedido de anulação da sentença e cerceamento de defesa pela falta de designação de audiência de conciliação. Não cabimento. Ausência de insurgência recursal específica contra a resolução do contrato e condenação nas verbas cobradas pelo locatário. Preclusão. Apelação não provida”. No corpo da decisão: “Não há qualquer eiva de nulidade do julgado, mormente porque a falta de designação da audiência de conciliação não implica na sua nulidade ou no reconhecimento de cerceamento de defesa do apelante, certo que composição entre as partes podia e pode ser alcançada a qualquer tempo, mesmo sem a provocação judicial. Neste sentido, andou bem a sentença ao dirimir a controvérsia nos seguintes termos: Desnecessária, ainda, audiência só para tentar conciliação, quer em razão do desinteresse do autor, quer porque as partes são capazes e representadas por advogado e, assim, havendo acordo extrajudicial, podem, a qualquer tempo, apresentá-lo em Juízo.”. (TJSP- Apelação nº 1014871-70.2014.8.26.0020; Relator: Sá Duarte; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional da Nossa Senhora do Ó- Data do julgamento: 06/08/2018).

⁹ Este aspecto exigiria a alongada análise do artigo 1046, parágrafo 2º do CPC/2015, relegada para oportunidade mais apropriada, evitando que a extensão finde abusando da disposição do leitor.

¹⁰ EMENTA “Locação. Ação de despejo por falta de pagamento. Inocorrência de audiência para tentativa de conciliação, bem como de oportunidade para o devedor purgar a mora mediante pagamento parcelado. Faltas que não macularam o julgamento. Lei 8.245/91 não reclama aquela sorte de audiência, nem admite purgação da mora de modo parcelado contra a vontade do credor. Nulidades inocorrentes. Gratuidade processual cabível na espécie, porém. Apelação parcialmente provida”. No corpo da decisão: “Realmente, a Lei 8.245/91, que disciplina as ações de despejo, não exige tal sorte de audiência contrariamente ao que faz o Código de Processo Civil (artigo 334), diploma que àqueles feitos se aplica apenas subsidiariamente conforme anuncia o artigo 79, isto é, naquilo que não se mostrar incompatível com o procedimento especial. De mais a mais, a demandada nenhum prejuízo sofreu com a falta da audiência para tentativa de conciliação, seja porque o autor anunciou desinteresse naquela medida (fls. 4 e 56), seja porque o réu não dependia de convocação do Juiz para propor acordo à parte contrária”. (TJSP- Apelação nº 1125430-77.2016.8.26.0100; Relator (a): Arantes Theodoro; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Central da Comarca de São Paulo- 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/08/2018).

¹¹ CNJ em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018, p. 137.

11,1% e em 2016, foram 11,9%. Esses índices percentuais se referem aos acordos em relação ao total de sentenças e de decisões terminativas proferidas.

O futuro? Traz-se a conclusão de Fernanda Tartuce: “para mudar o padrão de comportamento, porém, deverá ser envidado grande esforço coletivo. Não basta mobilizar apenas um dos elos; a

adoção de técnicas diferenciadas exige significativa mudança de postura de todos os integrantes da cadeia do conflito, envolvendo o operador do direito, o jurisdicionado e o administrador da justiça”¹².

Certamente, o caminho está aberto, é seguido, mas muito existe a ser feito. E o será, pois inequívoca a ânsia social pela solução dos conflitos.

¹² Tartuce, Fernanda. *Conciliação em Juízo: O que (não) é Conciliar?* In: *Negociação, Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Método, 2013. p. 153.



NOSSOS ARTICULISTAS

Afonso de Barros Faro Júnior

Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1988). Extensão universitária em Reforma Processual Civil e pós-graduado lato sensu em Processo Civil pela Escola Paulista de Magistratura.

Alberto Gosson Jorge Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Formado em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, ex-conselheiro e diretor da Associação dos Advogados de São Paulo.

Antonio Carlos Alves Braga Junior

Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau em atividade na 2ª Câmara da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Membro da Comissão para Assuntos de Informática da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, biênios 2016/2017 e 2018/2019. Membro da Comissão Gestora de Arquivo, Memória e Gestão Documental, da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, biênio 2018/2019.

Bárbara Passos Domingues de Oliveira

Advogada. Pós-graduanda em Direito Privado Contemporâneo na Faculdade de Direito de Sorocaba.

Daniel Bushatsky

Advogado. Doutor e mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor assistente da pós-graduação em Direito Empresarial da PUC (Cogeae), professor de Direito Empresarial do Mackenzie. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS).

Danilo de Barros Camargo

Advogado graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2010). Pós-graduado em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2016. Associado Pleno de Nogueira, Elias, Laskowski e Matias Advogados.

Estela Monteiro Soares de Camargo

Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP/1980). Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Estudos de Direito Tributário. Atuação em Direito Empresarial, Imobiliário, Litígios e Arbitragem. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil desde 1981; Diretora Presidente da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI), exercendo sua coordenação desde 1998; Comissão de Direito Imobiliário e Urbanístico da OAB/SP; Colaboradora nos cursos de especialização da Escola Superior da Advocacia, como professora convidada; Conselheira Fiscal da Fundação Nacional da Qualidade; Presidente das Comissões do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Ibradim).

Fernando José Maximiano

Advogado em São Paulo. Sócio de PMKA Advogados, membro do Conselho Jurídico da vice-presidência de Incorporação e Terrenos Urbanos do Secovi-SP e membro da vice-presidência de Gestão Patrimonial e Locação do Secovi-SP.

Hamid Bdine

Juiz Substituto em Segundo Grau. Doutor e Mestre em Direito Civil e Professor da Faculdade de Direito do Mackenzie.

Hamid Bdine Neto

Advogado associado do Rocha e Baptista Advogados. Pós-graduando em Direito Processual Civil na Escola Paulista da Magistratura.

Isabella Christina Capasso Abe

Estagiária do escritório Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich e Schoueri Advogados. cursando o 10º semestre da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Participou do projeto de mobilidade acadêmica na Universidade de Minho, em Portugal.

Jaques Bushatsky

Advogado. Foi procurador do Estado de São Paulo e procurador-chefe da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Fundador e diretor da MDDI (Mesa de Debates de Direito Imobiliário). Professor convidado na Escola Superior de Advocacia (ESA) da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP), da Fundação Armando Álvares Penteado (Faap) e Universidade Secovi-SP.

João Baptista de Mello e Souza Neto

Professor Titular de Direito Civil e Diretor da Faculdade de Direito de Sorocaba. Mestre em Direito (PUC-SP) e Master of Laws (LL.M, University of Illinois College of Law).

Jonathan Bergamo

Advogado em São Paulo, associado de PMKA Advogados.

José Horácio Cintra Gonçalves Pereira

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (aposentado). Presidente e vice-presidente do extinto 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Ex-professor da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, atualmente professor convidado.

José Vicente Amaral Filho

Sócio fundador do escritório Amaral e Nicolau Advogados, fundado em 1997, membro do Conselho Jurídico da Vice Presidência de Incorporação e Terrenos Urbanos do Secovi-SP, membro diretor da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI). Presidente da Comissão de Incorporação do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Ibradim).

Kátia Alessandra Marsulo Soares

Coordenadora do departamento de contencioso do escritório Amaral e Nicolau Advogados.

Livia Maria Siviero Bittencourt Huh

Sócia do escritório Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich e Schoueri Advogados. Mestre (LL.M) em Mercado Financeiro e de Capitais. Formada pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-graduada em Direito Ambiental pela PUC-SP.

Luis Paulo Germanos

Advogado e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especializado em Direito Imobiliário, possui experiência na assessoria jurídica a empresas do setor formal (incorporadoras, construtoras e empresas de desenvolvimento urbano). Membro da vice-presidência de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente e do Conselho Jurídico do Secovi-SP e professor da Universidade Secovi. Coordenador do Conselho Jurídico da Aelo (Associação das Empresas de Loteamento e Desenvolvimento Urbano). Secretário-geral da Fiabci-Brasil (Federação Internacional das Profissões Imobiliárias). Associado do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB). Sócio fundador do escritório Germanos Advogados Associados.

Marcelo Manhães de Almeida

Advogado graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pós-graduado em Planejamento e Gestão Urbana pela Escola Politécnica da USP, pós-graduado em Negócios Imobiliários pela Fundação Armando Álvares Penteado. Presidente da Comissão de Direito Urbanístico da OAB-SP, vice-presidente da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI), vice-presidente do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo (Conpresp) e vice-presidente da Fundação Liceu Pasteur.

Maria Cecilia Isoldi

Advogada formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (1993). Especialista em Negócios Imobiliários pela Fundação Armando Álvares Penteado (Faap/2002). Sócia do escritório Isoldi Advogados. Integrante da Mesa de Debates

de Direito Imobiliário (MDDI). Membro da comissão especial de honorários advocatícios da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo (OAB/SP). Indicada algumas vezes na área de real estate pela publicação “Chambers and Partners”.

Milena Sanches Berbel – Advogada.

Narciso Orlandi Neto

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Foi juiz da 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, assessor da Corregedoria Geral da Justiça, conselheiro da Escola Paulista da Magistratura, juiz no extinto 2º Tribunal de Alçada Civil e desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo. Publicou coletâneas de julgados do Conselho Superior da Magistratura e artigos nas áreas de Direito Imobiliário, Notarial e Registral.

Nestor Duarte

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Olivar Vitale Lorena Junior

Membro do Conselho de Gestão da Secretaria da Habitação de São Paulo (Sehab), relacionado na área de Real Estate como advogado em destaque no Brasil pela “Chamber Latin America – Latin America’s Leading Lawyers for Business Edição desde 2012 (The Client’s Guide)”;

conselheiro jurídico do Secovi-SP; conselheiro jurídico do SindusCon-SP; professor e coordenador Pedagógico do curso de Especialização em Direito Imobiliário Empresarial, da Universidade Secovi; professor e coordenador do curso de Pós-graduação em Negócios Imobiliários da ESPM/Universidade Secovi; professor na disciplina de Aspectos Comerciais e Legislação na Construção Civil, no curso de Especialização/MBA da Poli-USP; membro associado da MDDI (Mesa de Debates de Direito Imobiliário). Presidente do Ibradim (Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário).

Rubens Carmo Elias Filho

Advogado com mais de 20 anos de experiência na área imobiliária. Sócio responsável pelas áreas de direito imobiliário e contencioso cível imobiliário do escritório Nogueira, Elias, Laskowski e Matias Advogados. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Mackenzie, onde obteve o título de especialista lato sensu em Direito Empresarial. Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Graduação e Pós-graduação em Direito Civil e Direito Notarial e Registral da Faculdade de Direito do Mackenzie. Coordenador do curso de extensão Temas Atuais do Direito Imobiliário da Faap. Professor e palestrante em diversas instituições de ensino (PUC-SP, EPD, FGV e Insper). Presidente do Conselho da Aabic (Associação das Administradoras de Bens Imóveis e Condomínios de São Paulo). Membro da Comissão de Direito Urbanístico da OAB/SP. Presidente da Comissão de Honorários Advocatícios da OAB/SP. Membro efetivo do IASP e Ibradim (Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário).

Rubens Leonardo Marin

Advogado, mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Negócios Imobiliários pela Fundação Armando Álvares Penteado (Faap). Conselheiro jurídico da vice-presidência de Incorporação e Terrenos Urbanos do Secovi-SP. Membro da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ). Advogado de RL-Marin Advogados.

Sergio Mauad (*in memoriam*)

Engenheiro civil, formado pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Foi presidente do Secovi-SP por duas gestões consecutivas de 3 anos, a partir de 1987. Fundador da Sergio Mauad Desenvolvimento Imobiliário (SMDI). Foi diretor da Federação do Comércio do Estado de São Paulo (Fecomercio-SP).

Telmo Arbex Linhares

Advogado graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas em 2004. Pós-graduado em Processo Civil pela Pontifícia Católica Universidade de São Paulo em 2007. Advogado de Nogueira, Elias, Laskowski e Matias Advogados.

Thalita Duarte Henriques Pinto

Graduou-se em Direito pela Universidade de São Paulo em 2003 e obteve o título de especialista em Negócios Imobiliários pela Faap (Fundação Armando Álvares Penteado) em 2006. É sócia do Lilla, Huck, Otranto e Camargo Advogados, professora na pós-graduação em Direito Imobiliário da Fundação Getúlio Vargas (FGVLaw) e membro da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI) e da Comissão de Direito Urbanístico da OAB/SP.

Thomaz Henrique Monteiro Whately

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) em 1996. Obteve os títulos de especialista em Direito dos Contratos pelo Centro de Extensão Universitária e em Investimentos Imo-

biários pela FGV-EAESP, no curso do Programa de Educação Continuada – GVPEC. Membro integrante da vice-presidência de Gestão Patrimonial e Locação do Ssecovi-SP e do Conselho Jurídico do SindusCon-SP. Associado da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI) e sócio do escritório Lilla, Huck, Otranto e Camargo Advogados.

Vicente de Abreu Amadei

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Palestrante em curso de extensão e de especialização em Direito Notarial e Registral, Imobiliário, Urbanístico e Ambiental Urbano em diversas instituições (v.g. Cogeae-PUC-SP, Escola Paulista da Magistratura, Secovi-SP, Uniregistrat). Membro da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário (ABDRI) e da Academia Notarial Brasileira (ANB).





Realização:

SECOVI SP
O SINDICATO DA HABITAÇÃO
Desde 1946

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-5980-005-0



9 788559 800050