

OPINIÃO 7
JURÍDICA DIREITO
IMOBILIÁRIO

Opini3o Jur3dica 7: Direito Imobili3rio

Secovi-SP
Editor

José Horácio Cintra Gonçalves Pereira
Jaques Bushatsky
Coordenadores

Opinião Jurídica 7: Direito Imobiliário

Secovi-SP

São Paulo
2019

FICHA TÉCNICA

Presidente

Basilio Chedid Jafet

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

Secretaria

Beatriz Souza de Brito
Sarah Horta Miranda de Oliveira

Jornalista responsável

Maria do Carmo Gregório
MTb: 23.732

Agradecimentos

Karina Xavier
Janaína Jardim de Almeida
Monica Aparecida Andrade
Rodolfo Teixeira
Rosana Souza Pinto
Shirley Valentin

Contatos Secovi-SP: (11) 5591-1300

Fale conosco: secovi@secovi.com.br

Opinião jurídica 7: direito imobiliário / José Renato Nalini [et al.]; Secovi-SP (Ed.); Jaques Bushatsky, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira (Coords.). – São Paulo: Secovi-SP, 2019.

... p.

ISBN: 978-65-990573-0-4

1. Direito 2. Mercado imobiliário 3. Direito imobiliário

EDITORIAL

Desde a Constituição de 1988 até 2017, o Brasil editou e publicou mais de 5,4 milhões textos normativos federais, estaduais e municipais - quase 770 normas por dia útil, conforme levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT).

Por si só, arcabouço legal de tal magnitude ensejaria dificuldades para a sustentação da segurança jurídica em qualquer país onde impera o Estado de Direito, onde prevalece a premissa da legalidade.

É por esta razão que nossa insegurança jurídica é forte componente do chamado Risco Brasil. E mais: à luz de interpretações, muitas leis viram loas. O indivíduo segue as normas ao pé da letra. Tudo dentro da mais absoluta conformidade. Até que uma voz entende diferente e aciona os caminhos competentes, e os competentes decidem que aquela legislação, que foi integralmente atendida, não deveria vigor como tal.

O setor imobiliário se constitui em campo aberto para quem quer transformar leis em loas. Numa canetada, embarga-se um empreendimento realizado conforme a regulamentação.

Um dia, a verdade se impõe. Descobre-se que aquele empreendimento estava absolutamente correto. Mas, até esse dia chegar, lá se vão anos. Os prejuízos são enormes. E não há como recuperá-los, pois, extrapolam o caráter financeiro. Há o abatimento moral perante clientes, fornecedores, investidores e a sociedade em geral. Pior ainda quando tais investidores são do Exterior, habituados à segurança jurídica. Nesses casos, ao quadro de sombrias emoções soma-se a vergonha. Como explicar o inexplicável?

Nesse cenário, onde são comuns os questionamentos às legislações democraticamente aprovadas, torna-se imprescindível o debate franco e aberto entre todos os agentes envolvidos, a fim de esclarecer eventuais dúvidas, propor soluções e evitar impactos indesejados.

A Revista Opinião Jurídica propõe essa discussão, abrindo espaço para que os operadores do Direito apresentem seus argumentos e exponham seus pontos de vista sobre assuntos relacionados às atividades imobiliárias.

A publicação chega à 7ª edição com o mérito de proporcionar conteúdo da mais alta qualidade, fruto da contribuição de renomados advogados, juízes e desembargadores, que compartilham inesgotável conhecimento e enriquecem as páginas a seguir. Aproveite a leitura.

BASILIO JAFET

Presidente do Secovi-SP e reitor da Universidade Secovi

APRESENTAÇÃO



“O gênero humano está enfrentando revoluções sem precedentes, todas as nossas antigas narrativas estão ruindo e nenhuma narrativa nova surgiu, até agora, para substituí-las. Como podemos nos preparar e a nossos filhos para um mundo repleto de transformações sem precedentes e de incertezas tão radicais?”, perguntou o historiador Yuval Noah Harari, para arriscar, em seu “21 lições para o século 21”, fenômeno internacional de público: “embora os desafios não tenham precedentes, e as discordâncias sejam intensas, o gênero humano pode se mostrar à altura do momento se mantivermos nossos temores sob controle e formos um pouco mais humildes quanto a nossas opiniões”.

Respeitadas as devidas dimensões, acreditamos que a trilha que agora alcança a 6ª edição tem propiciado bom fórum para debates e para o desenvolvimento do pensamento jurídico voltado ao campo imobiliário.

Neste sétimo ano (e imaginamos que o número cabalístico opera favoravelmente) tivemos a satisfação de receber uma quantidade inusitada de artigos escritos em parcerias, a mostrar quererem seus autores debater, propor, colaborar, quem sabe alcançar boas conclusões.

E, realmente, novos temas – ou novos olhares – não faltaram nesta edição, que apresenta análises candentes sobre a lei da liberdade econômica, a multipropriedade, a locação por aplicativos, as mais recentes preocupações com as “due diligences”, o empreendimento “multifamily”, a ditadura da minoria no condomínio edilício, as relações de trabalho no mercado, a quarta revolução industrial, dentre outros, importantíssimos.

Os autores, uma constelação com juristas brilhantes e dedicados ao estudo, dispostos a ouvir e debater, mostraram-se à altura do momento atual, em que pensar – e pensar bem – é tão imprescindível – e saudável, por que não?

Boa leitura!



JOSE HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA

JAQUES BUSHATSKY

SUMÁRIO

09

**OS REGISTROS PÚBLICOS E A QUARTA
REVOLUÇÃO INDUSTRIAL**

JOSÉ RENATO NALINI

13

**LIMITAÇÕES AO DIREITO DE
PROPRIEDADE BREVÍSSIMAS LINHAS**

ALEXANDRE LAIZO CLÁPIS

21

**O REGISTRO DE IMÓVEIS E A TESE DOS
FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA**

ARMANDO CLÁPIS

24

**DA ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA
881 E SUA CORRETA APLICAÇÃO
NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS DE
ADESÃO**

ARMANDO LUIZ ROVAI

PAULO SÉRGIO NOGUEIRA SALLES JÚNIOR

30

**IMÓVEIS DETIDOS POR PESSOAS
JURÍDICAS E O NOVO ENTENDIMENTO
DA RFB**

BRUNO PALHARES BONTEMPO E EMERSON DRIGO
DA SILVA *

32

**PROPRIEDADE NA ERA DA DISRUPÇÃO
– MULTIPROPRIEDADE –
LEI Nº 13.777/2018**

CAROLINA RAFAELLA FERREIRA

37

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AS
INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS: A
PROTEÇÃO LEGAL AO ADQUIRENTE**

CINIRA GOMES LIMA MELO

DANIEL BUSHATSKY

45

**A TITULAÇÃO DOS IMÓVEIS RURAIS
NO BRASIL: DAS SESMARIAS ÀS
MATRÍCULAS GEORREFERENCIADAS**

ESTELA MARIA LEMOS MONTEIRO SOARES DE

CAMARGO

AMANDA SALIS GUAZZELLI

50

**ESPAÇOS PRIVADOS DE USO PÚBLICO:
A EXPERIÊNCIA DA CIDADE DE NOVA
YORK, OS PRIVATELY OWNED PUBLIC
SPACES (POPS)**

FERNANDA PEREIRA LISBOA

59

**EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DO
FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO
NA HIPÓTESE DE DEMORA NA
PROPOSITURA DA AÇÃO DE DESPEJO
PELO LOCADOR**

HAMID BDINE E HAMID BDINE NETO

62

**LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA E A CLÁUSULA
DE MULTA**

JOÃO BAPTISTA DE MELLO E SOUZA NETO

65

O APOGEU DO CONDOMÍNIO: VISÃO PANORÂMICA DAS MANIFESTAÇÕES CONDOMINIAIS PREVISTAS NO DIREITO BRASILEIRO NA ATUALIDADE
JOÃO PAULO ROSSI PASCHOAL

69

“DUE DILIGENCE” IMOBILIÁRIA
JOSÉ VICENTE AMARAL FILHO
RODRIGO PALÁCIO

74

UM OLHAR SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO MERCADO IMOBILIÁRIO
KARINA ZUANAZI NEGRELI

79

IMPLEMENTAÇÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA EMPRESARIAL E A EFETIVIDADE DO JUDICIÁRIO
LARISSA MILKIEWICZ

82

RATEIO DE DESPESAS EM LOTEAMENTOS DE ACESSO CONTROLADO: INSCULPINDO E LAPIDANDO CRITÉRIOS PARA SUA CONFORMAÇÃO
MARCELO BARBARESCO

87

O PRAZO DE ENTREGA DE UNIDADES INCORPORADAS, O EMBARGO JUDICIAL DE OBRAS E A SÚMULA Nº 161 DO TJ/SP
MARCELO TERRA E JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI

91

BASE DE CÁLCULO DO ITBI
MONICA MARIA RUSSO ZÍNGARO FERREIRA LIMA

94

QUÓRUM ESPECIAL PARA ALTERAÇÃO OU CRIAÇÃO DE USO E DESTINAÇÃO DE ÁREA COMUM EM CONDOMÍNIO E O ABUSO DE DIREITO DO CONDÔMINO MINORITÁRIO
OLIVAR VITALE

100

MULTIFAMILY – EMPREENDIMENTO RESIDENCIAL PARA LOCAÇÃO
RODRIGO CURY BICALHO

103

CAUÇÃO LOCATÍCIA DE COISA IMÓVEL - DIREITO REAL DE GARANTIA?
DANILO DE BARROS CAMARGO
RODRIGO PAULETTI PEREIRA LIMA
RUBENS CARMO ELIAS FILHO

108

LOCAÇÃO POR APLICATIVOS OU PLATAFORMAS DE INTERMEDIÇÃO – A COMPREENSÃO DA ATIVIDADE NOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS
JOSÉ HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA
JAQUES BUSHATSKY
ISABELLA CHRISTINA CAPASSO ABE

115

NOSSOS ARTICULISTAS

S U M Á R I O

OS REGISTROS PÚBLICOS E A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

JOSÉ RENATO NALINI

A estratégia utilizada pelo constituinte de 1988 para cuidar das serventias do foro extrajudicial, os antigos “cartórios”, foi a mais inteligente e exitosa. Outorga-se a atividade estatal um particular, que a exercerá em caráter privado, sem que o governo invista um centavo na serventia.

Não é um particular qualquer, mas alguém recrutado mediante severo concurso de provas e títulos, cuja organização incumbe ao Judiciário, função que também cuidará da fiscalização, controle, orientação e acompanhamento de tais serviços. Optou-se pela figura jurídica da delegação, cuja continuidade está condicionada aos bons serviços prestados pelo delegatário.

Houvesse o constituinte utilizado idêntica alternativa para outros serviços públicos e, provavelmente, o Brasil estaria hoje em situação mais favorável do que a prenunciada. Setores essenciais para o desenvolvimento da Nação encontram-se adstritos à gestão direta do governo e padecem de males praticamente insolúveis, enquanto não se atingir estágio civilizatório compatível com as nossas necessidades.

A partir dessa opção do constituinte, as delegações extrajudiciais se esmeraram e deixaram o próprio Judiciário, seu controlador, em situação de evidente desvantagem quanto ao uso das modernas tecnologias.

É o que explica o surgimento das Centrais Eletrônicas, que hoje permitem consulta online e suprem a dificuldade de locomoção física do interessado à delegação extrajudicial da qual extrairá a informação.

Todas as cinco especialidades caminharam bem na direção correta: a oferta de um serviço público eficiente, descomplicado, seguro e compatível com as demandas contemporâneas.

Nem sempre a população tem conhecimento de

que o novo sistema repercutiu em seu favor. Está ainda entranhada na consciência coletiva a ideia de que “cartório” é uma benesse concedida pelo chefe do poder a apaniguados, submetido à regra da hereditariedade e sinal evidente de burocracia estéril e estiolante.

Já não é assim. Cumpre às delegações extrajudiciais se comunicarem melhor com a sociedade, a cujo serviço foram elas preordenadas. O índice confiança obteve ambicionados pontos. Pesquisa do Instituto Datafolha de dezembro de 2015 apurou que os cartórios são as instituições mais confiáveis do Brasil, dentre as instituições públicas e privadas avaliadas em Brasília, São Paulo, Rio de Janeiro, Curitiba e Belo Horizonte.

De zero a dez, os cartórios receberam nota 7,6, seguidos pelos Correios com 7,4, Forças Armadas (7,0), Igrejas (6,7), empresas privadas (6,6), Ministério Público (6,5), Polícia Militar (6,1), Bancos (6,0) e governo (4,4).

A população que se serve das delegações extrajudiciais gostaria que outros serviços também fossem ali realizados, como a emissão de passaportes, o registro de empresas, a emissão do documento único de identidade e a emissão de CPF. Não pode ser desconhecida a circunstância de existirem 13.627 delegações extrajudiciais espalhadas por todos os 5.570 municípios brasileiros. O Registro Civil das Pessoas Naturais está em todos os distritos. Lugarejos com poucos moradores não dispõem de polícia nem de qualquer outro equipamento público. Mas o registrador civil é a única presença do Estado naquela localidade.

O Registro de Imóveis cumpre um papel essencial na garantia de um dos direitos públicos fundamentais mais caros ao cidadão: a propriedade. O espírito de coesão entre seus titulares gerou inúmeros benefícios para o Brasil. Desde 2013, existe a Central Registradores de Imóveis, criada pela ARISP (Associação dos Registradores Imo-

biliários de São Paulo), entidade que congrega órgãos análogos de outros dez Estados da Federação. A Central Registradores é uma plataforma online que integra dados e serviços disponibilizados pelo Registro de Imóveis. Até abril de 2019, contabilizava mais de 871 milhões de acessos, tanto do poder estatal, como do civil interessado em obter informações fidedignas.

Também existe um Sistema de Gestão Ambiental integrado, com identificação das melhorias no sentido de minimizar ou neutralizar os impactos ao meio ambiente. A consciência ecológica dos Registros de Imóveis começa dentro de casa. Procedeu-se a adequação dos locais aos moldes sustentáveis, mediante substituição de insumos, acessórios e produtos e de uso das mais modernas tecnologias, dentre as que resultem na consecução dos objetivos que se buscam: menor impacto ambiental e sustentabilidade.

A Central Registradores de Imóveis integra hardwares e softwares de suporte ao serviço de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI), previsão da Lei nº 11.977, de 7/7/2009 e disciplinado no Provimento CNJ 47, de 19/7/2015. Seus principais serviços já oferecem certidão digital ou em meio físico, matrícula online, e-protocolo, pesquisa prévia, pesquisa de bens, repositório confiável de documento eletrônico, intimações/consolidação SEIC, Regularização Fundiária, Usucapião extrajudicial, correição online e monitor registral.

A utilização do ofício eletrônico poupou a elaboração de ofícios, sua confecção, a utilização de envelopes, o custo e o tempo da remessa. Desde sua implementação, acelerou-se a pesquisa de bens pelo poder público junto ao Registradores Imobiliários. O sistema disponibiliza informações às autoridades e aos servidores designados, mediante autenticação com certificado digital, padrão ICP-Brasil. Em 2017, foram atendidas 56.790.191 transações, e em 2018, esse número superou a casa dos 70.247.652 ofícios eletrônicos expedidos, recebidos e respondidos.

A penhora online propicia ao Judiciário efetivar penhora, arresto e sequestro de bens, sem a burocracia da elaboração de ofícios, remessa e a demora na tramitação desse meio físico. Foram 44.760 pedidos de penhora em 2017 e 51.903 em 2018. Enquanto isso, a pesquisa de bens na penhora online atendeu a 88.747.626 casos em 2017 e a 94.984.244 em 2018.

A maior contribuição do sistema registral imobiliário para o Brasil de nossos dias foi a CNIB (Central Nacional de Indisponibilidade de Bens). Um sistema de alta disponibilidade, criado e re-

gulamentado pelo Provimento 39/2014 da Corregedoria Nacional de Justiça. Seu intuito é integrar todas as indisponibilidades de bens decretadas por juízes e autoridades administrativas. Confe-re-se eficácia e efetividade eletrônica às decisões judiciais e administrativas de indisponibilidades de bens, com a disseminação dessa importante informação aos Tabelionatos de Notas e Registradores Imobiliários, além de outros usuários do sistema. Além de proporcionar segurança aos negócios imobiliários de compra e venda e de financiamento de imóveis e outros bens, serviu a operações como a Lava-Jato, considerada pela sociedade brasileira como um ponto de inflexão nas más práticas políticas da República.

Desde seu início, a CNIB tem registrado um crescimento exponencial, circunstância que atesta sua utilidade, reconhecida por todo o sistema construído para coibir a corrupção e a incestuosa relação entre governo e empresariado no Brasil. Em 2017, foram 134.510 ordens cadastradas e outras 179.866 em 2018.

O trabalho de atualização e aprimoramento do Registro de Imóveis não para aí. Em fevereiro de 2019, com apoio do Ministério da Economia, a Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo (ARISP) e a sua entidade coirmã carioca, ARIRJ, lançaram os Indicadores do Registro de Imóveis do Brasil. Sistema desenvolvido a partir de dados reais obtidos no Registro de Imóveis, o objetivo é obter a melhoria do ambiente de negócios no Brasil, mediante fornecimento ao mercado, cidadania e poder público, de informações confiáveis e de qualidade. Com divulgação mensal, os indicadores são disponíveis para entidades, governo e público em geral no portal www.registroidmoveis.org.br.

Sabe-se o quanto o Brasil depende de investimento internacional. A segurança jurídica em relação à propriedade imobiliária é um dos fatores que estimulam ou fazem fenecer o interesse dos investidores. A eficiência do Registro Imobiliário pode ser um eficaz estímulo a que o dinheiro à espera de boas perspectivas tome o destino do Brasil, o que é essencial para a retomada do desenvolvimento, após décadas perdidas e que não voltam mais.

Outro tema que o Registro de Imóveis encara com carinho é a regularização fundiária. Sabe-se que mais de 60% do território brasileiro padece dessa mácula que entrava o progresso: a situação dominial irregular. Basta acompanhar o histórico da propriedade imobiliária no Brasil e se compreenderá a dificuldade de sanar tal panorama. O

território desta Nação fora formalmente repartido entre Portugal e Espanha, pelo tratado de Torde-silhas. Só que a ocupação passou por inúmeras fases. Governos Gerais, capitânias hereditárias, posse contínua por parte de degredados e viajantes clandestinos. Na verdade, o titular dominial por uso contínuo era o indígena. Mas ele foi vítima de genocídio e, praticamente, desapareceu.

Houve o registro paroquial, as sesmarias, as cartas de data. A grilagem se manteve no decorrer dos séculos. Há Estados da Federação que têm vários “andares” de registros. A ARISP, por sua Universidade Corporativa, a Uniregstral, já tem um curso EAD elaborado com todo critério de objetividade, singeleza e adequação às necessidades brasileiras nessa área.

É preciso ir além e converter o Registrador Imobiliário no protagonista capaz de liderar o processo, que necessita de vários profissionais e se desenvolve em inúmeras fases. O interesse não é das delegações extrajudiciais, senão de uma República em busca de credibilidade e de condições aptas a retomar a restauração dos costumes e a aceleração de programas destinados a reduzir a desigualdade e a promover o bem de todos os que aqui residem.

Os desafios postos às delegações extrajudiciais são idênticas àquelas enfrentadas pelo mercado e pela cidadania. É importante que a nacionalidade acorde para a falência da Democracia Representativa em todo o planeta. Ninguém mais se sente representado. O representante falhou e procurou apenas atender aos seus próprios e mesquinhos interesses. Desvinculou-se da vontade do mandante. Este se cansou. As eleições brasileiras de 2018, assim como as americanas de 2016, mostraram que a velha política não tem mais vez. Os vencedores foram aqueles que se dirigiram diretamente ao eleitor, dispensando o canal partidário. Os partidos estão em frangalhos. Subsistirão, como arqueologia cultural que, numa sociedade complexa, permite a convivência de várias eras geológicas, na resistência do velho que não quer sair de cena e pretende impedir – ingloriamente – que o novo se aproprie de seu antigo espaço.

Com isso, a cidadania tem de assumir protagonismo para a gradual implementação da Democracia Participativa. Esta não pode prescindir de pessoas que busquem seu destino mediante esforço, sacrifício, empenho e trabalho insano e incansável. As delegações extrajudiciais estão à frente de outros setores, porque tiveram de assumir caminhos desvinculados de apoio estatal. Ao exercerem a atividade estatal delegada por sua conta e risco,

souberam imprimir à atuação um espírito empresarial e suplantaram, em iniciativas criativas e empreendedoras, o próprio poder que tem a missão constitucional de fiscalizá-las – artigo 236 da Constituição da República.

Não ignoram que a sociedade que imergiu, de forma irreversível, na Quarta Revolução Industrial, está hoje submetida a uma profunda mutação, cujo futuro é indescritível. Sabe-se que o mundo nunca mais será o mesmo, mas é arriscado exercer a instável prática da futurologia.

Inteligência artificial, a manipulação dos algoritmos, a Internet das Coisas, as novas dimensões para o trabalho, a nanotecnologia, a robótica, o avanço contínuo das tecnologias em convívio com a biologia, a engenharia, tudo mesclado e tudo em correlação contínua, forçará inúmeras atividades a se reinventarem: 702 profissões estão na mira da extinção. Outras serão necessárias, mas a educação fundamental e o ensino médio não estão preparados para qualificar os excedentes de mão de obra sepulta. O que fazer com milhões de desempregados que não serão mais “empregáveis”?

Nesse porvir incerto, onde o que prevalecerá será o inesperado, o setor extrajudicial saiu à frente. Por enfrentar antes a tempestade do abandono, de ter de trilhar caminhos ásperos sem a tutela estatal, inovou, ousou e obteve êxitos.

A competitividade contemporânea não deixa margem a sossego. Há setores que prometem realizar os serviços hoje atribuídos às delegações extrajudiciais com rapidez maior, eficiência a ser comprovada e menor custo. Não se reduza a influência de estamentos sempre muito íntimos ao Estado e a seus dignitários. Por isso, é preciso coesão dos cérebros adestrados a partir da adoção dos concursos públicos e fazer com que surjam ideias intestinas de preservação de uma prestação pública imprescindível à segurança jurídica.

O momento é de evidente turbulência. Há o movimento dos que sustentam a estatização, na mão contrária do que se apregoa como o racional, que é a privatização. Chegam a pleitear a extinção dos cartórios e a adotar uma assunção estatal ampliada de atribuições hoje cometidas aos registros. O papel das Centrais seria entregue ao Estado, que criaria a sinecura de várias estruturas e se despediria de qualquer utopia de redução de custos para a manutenção dos serviços.

Contendem, ao lado deles, os que defendem a redução das serventias, em privada assunção das tarefas que as delegações hoje exercem, com um controle centralizado por um organismo particular.

Outro grupo, talvez minoritário, propõe a criação de um sistema de identificação dos dados nos cartórios, com a implementação de uma Central Informativa ao estilo “Google”, com a permanência de tais dados sob a custódia dos registros. Algo a ser gerido pelo CNJ, até se instituisse uma pessoa jurídica de direito público.

Não se sabe, até o momento, qual a tese que sairá vencedora. Mas desse debate hão de participar todos os interessados, principalmente o mercado, que é o destinatário mais confiável para emitir juízo de opinião sobre o funcionamento das delegações extrajudiciais brasileiras.

A Quarta Revolução Industrial imporá a adoção de tecnologia hábil a concretizar a prestação dos serviços extrajudiciais de maneira a mais eficiente, célere, descomplicada, menos dispendiosa e crescentemente segura. Para isso, defende-se o fortalecimento da independência jurídica do delegatário. Este precisa também se desvincular da anacrônica cultura de ser uma *autoridade estatal*, de acesso dificultado, soberano em sua delegação, mas imbuir-se da consciência de que é um servidor da cidadania. Qualificado sim, diferenciado, sim, mas servidor. Sempre servidor. Ver o povo como seu patrão. E o patrão, no capitalismo, tem sempre razão. Sob outra ótica, ele é o consumidor do serviço prestado. E o consumidor tem seus direitos e sua garantia ao melhor bem e serviço.

Uma proposta de imediato é fazer com que todos os delegatários deixem de ser agentes de fiscali-

zação do Estado, sob suas várias exteriorizações, e priorizem a natureza da prestação que lhes está afeta. Um exemplo: o que se considera como excesso burocrático em relação ao registrador de imóveis, como a exigência de alvará de construção, alvará de demolição, habite-se, ou comprovação de satisfação tributária, não deve ser motivo impediante de registro.

É instigante o momento em que o Brasil se encontra. Depois de perder o trem da história e de deixar sua indústria sucatear, pouco resta a esta República, senão repensar-se e tentar oferecer ao planeta aquilo que o brasileiro pode realizar de maneira mais satisfatória do que outros povos.

A imensidão do território, sua biodiversidade, suas belezas – enquanto não forem sumariamente destruídas pela sanha dendroclasta e pela ignorância galopante de quem deveria dar o exemplo – podem atrair estrangeiros para se tornar um destino obrigatório. Turismo, aquisição de áreas no litoral ou na floresta, manutenção de reservas florestais, projetos de reflorestamento, tudo tem condições de convencer o capitalista a ver o Brasil com outros olhos. Mas isso depende mais de nós, do que do alvo a ser persuadido.

Ajustar os Registros Públicos à eficiência que a Quarta Revolução Industrial pôs à disposição dos povos civilizados é um passo a se pensar. E não é dos menos importantes nessa missão redentora da Pátria e essencial para garantir o amanhã das gerações vindouras.



LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

BREVÍSSIMAS LINHAS

ALEXANDRE LAIZO CLÁPIS

Introdução

Desde o Direito Romano até os dias de hoje, a despeito de variações históricas dos regimes jurídicos, a propriedade é analisada por diversas perspectivas. O Direito, porém, apresenta-se apenas como uma delas. Outros ramos do conhecimento, como a economia, a história, a filosofia, a sociologia e a política, investigam a propriedade sob suas próprias perspectivas, na busca pela sua conceituação, suas origens e seus reflexos sociais e econômicos.

Sob o ponto de vista jurídico, é possível considerar a propriedade como o direito real mais importante. O estudo da propriedade não pode ter como ponto central a busca de um conceito imutável, pois a sua concepção, assim como a sua compreensão, depende dos contornos que os influxos sociais lhe dão. E esses contornos passam por constantes modificações, em razão das circunstâncias econômicas, políticas e sociais, razão pela qual nem mesmo a atual concepção do direito de propriedade, presente em nosso sistema jurídico, pode ser tida como uma realidade sociológica terminada, tendo em conta que é cotidianamente afetada. A conceituação do direito de propriedade é dinâmica, pois seu conteúdo é preenchido pela legislação que, inevitavelmente, sofre os reflexos das circunstâncias externas.

Com a constitucionalização nos moldes atuais em diversos países, o direito à propriedade passou a ser afetado por algumas limitações, sendo que, neste artigo, tratamos exemplificativamente de duas delas. No decorrer do texto, será feita uma brevíssima visita à evolução do conceito de pro-

priedade, desde o direito romano até o momento em que passa a ter novos contornos dados pelas constituições (de certos países) que surgiram no início do século XX.

1. Na história: breves notas

O direito de propriedade sofre adequações que decorrem da evolução das sociedades e de suas relações com o patrimônio.

Nos primórdios¹, o direito de propriedade foi fato e surgiu espontaneamente, como ocorre com as manifestações fáticas. E assim se deu com os povos antigos. A propriedade, para estes, era baseada em princípios que não são os que a justificam nos dias de hoje. Alguns povos nunca conviveram com a ideia de propriedade privada e outros a admitiram depois².

Com o tempo, passou a ser regulada por normas cujo objetivo foi atender às exigências sociais e minimizar as disputas e as tensões entre as pessoas. Ao analisarmos a história, é fácil perceber os diversos confrontos que tiveram a propriedade como pano de fundo. Muitas das lutas sociais através dos séculos foram fundamentadas na necessidade de adequação da legislação desse direito às aspirações dos povos³.

O nosso direito de propriedade tem origem histórica no Direito Romano, que, desde a sua mais remota origem, caracterizou-se por tê-la como individual, mas reservado apenas ao cidadão romano e, sendo assim, somente o solo romano poderia ser passível de apropriação. A evolução milenar desse tema em Roma estendeu a propriedade pri-

¹ Pereira (2017, p. 67).

² Coulanges (1961, 86 a 90).

³ Allende (1967, p. 371)

vada também para os estrangeiros, por exemplo⁴.

A invasão dos bárbaros acarretou significativa instabilidade e insegurança ao sistema então vigente em Roma, pois, com ela, veio também a ideia de transferência das terras aos poderosos. A insegurança vivida naquela época fez surgir a necessidade das pessoas de se aproximarem de um grande senhor protetor, com instituição da submissão e da vassalagem em troca de proteção à fruição da terra. À medida que o conceito de devoção e de proteção se expandiu, cresceu, na mesma proporção, a concepção de poder político atrelado à propriedade privada.

O regime feudal aprofundou a concepção da propriedade baseada na senhoria, e o núcleo do poder passou a ser preenchido por um senhor, dono da terra, em torno do qual se posicionavam os seus vassallos pagadores de tributos e prestadores de serviços de guerra e de paz, em troca de segurança e de justiça⁵. Com o passar dos séculos, o sistema feudal sedimentou essa concepção de suserania e vassalagem e a propriedade deixou de ter o vínculo místico e transformou-se em valor político. A propriedade passou a representar poder de comando.

Com o advento da Idade Moderna, o iluminismo – movimento contraposto ao absolutismo (regime vigente na Idade Média) – passou a combater os privilégios da nobreza e do clero, dentre eles, o direito de propriedade, que não mais se sustentou diante das novas ideias liberais que pretendiam garantir maior liberdade, tanto política quanto econômica. Consequentemente, com a alteração do sistema político, o direito de propriedade também

se transformou para se adequar às novas diretrizes.

Nessa linha, a Revolução Francesa buscou acabar com os privilégios, cancelar direitos considerados perpétuos e democratizar a propriedade. Em tal contexto, concentrou suas forças na propriedade imobiliária. O Código Civil⁶ gerado pela revolução – denominado pela história como o Código Napoleônico – deu destaque ao imóvel como fonte de riqueza, símbolo de estabilidade e liberdade^{7 8}.

O individualismo iluminista no direito de propriedade tinha o objetivo de se contrapor aos direitos perpétuos e restritos vividos durante a Idade Média e, também, de garantir que a propriedade fosse amplamente protegida pelo e contra o Estado, de modo a viabilizar a circulação de riquezas.

Essa nota individualista perdurou por séculos e influenciou legislações de vários países, inclusive a do Brasil⁹.

2. Na Constituição

A concepção liberal de propriedade inicia sua guinada de direção na primeira década do século XX, quando as constituições de alguns países sinalizam a orientação da nova conformação deste direito com a possibilidade de o legislador impor uma nova adequação dos amplos poderes do proprietário para atender aos interesses socialmente válidos.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 estabelecia que era: *garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar*

⁴ Ver *História dessa revolução em Roma* em Coulanges (1961, p. 457 e seguintes).

⁵ Pereira (1998, p. 26)

⁶ Art. 544: “A propriedade é o direito de fazer e de dispor das coisas do modo mais absoluto, contanto que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.”

⁷ O Código Civil Napoleônico revelou a intenção do legislador francês em garantir o direito individual do titular do direito de propriedade, de modo que pudesse utilizar a coisa da maneira mais absoluta que desejasse, desde que não fosse contrário às leis e/ou aos regulamentos. Denotava um extremado individualismo, marca da filosofia imposta pela burguesia emergente, em contraposição aos direitos perpétuos e restritos vividos durante a Idade Média, e que também fosse amplamente protegido pelo e contra o Estado, de modo a possibilitar a circulação de riquezas.

⁸ Raphael Marcelino destaca que o individualismo – nota marcante dos ideais iluministas –, no direito de propriedade, revelou-se em uma relação absoluta entre o seu titular e a coisa, com poderes quase que ilimitados. Marcelino (2017, p. 16)

⁹ Como no conteúdo do §17, do art. 72, da Constituição de 1891: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.” (destaques acrescidos).

(artigo 113, nº 17). Essa previsão decorreu da influência da Constituição de Weimar¹⁰. Com exceção da Constituição Federal de 1937, todas as demais mantiveram, no plano do Direito Constitucional brasileiro, a ideia da função social da propriedade.

No que se refere à Constituição Federal de 1988, a expressão *função social*, pelo que se depreende dos artigos 182 e 184, deixou de ser vaga e passou a conter referenciais que indicam, em certa medida, o que deve ser compreendido por aquele conceito.

A propriedade, em nossa Constituição¹¹, é consagrada não apenas como garantia, mas como direito fundamental, e assegura que ninguém poderá ser privado dela de forma arbitrária sem o devido processo legal e, se for o caso, justa e prévia indenização paga em dinheiro¹².

Notadamente, o constituinte optou por uma redação sintetizada do direito de propriedade, de modo a permitir ao legislador infraconstitucional maior espaço para o seu detalhamento e sua abrangência. Evidentemente que este último deve atuar no sentido de regulamentar o direito de propriedade no intervalo permitido pela Constituição.

Ao se ter presente a conceituação constitucional sintética do direito de propriedade, bem como a sistematização hierárquica legislativa, percebe-se, especialmente com a expressa obrigação de se indenizar¹³, que se pretendeu garantir um conteúdo mínimo sobre o qual as normas infraconstitucionais não poderão atuar para limitar o seu titular de usar, nem para impedi-lo de dispor¹⁴.

Deve-se compreender a concepção constitucional do direito de propriedade com maior amplitude do

que aquela contida no direito civil, pois a constitucional abrange todos os direitos patrimoniais privados e a eles garante proteção¹⁵.

A garantia constitucional tem como objetivo, além do reconhecimento da propriedade privada, o de resguardar sua existência e o seu respeito pelo Estado e pela administração pública em geral, de modo a proteger os titulares. A atividade legislativa e administrativa, portanto, não deverá colocar em risco o direito de propriedade.

Apesar dos elementos expressamente indicados no artigo 1.228 do Código Civil, alguns autores entendem que o direito de propriedade somente pode ser compreendido por um conceito unitário e que, caso qualquer desses elementos contidos na conceituação civilista seja suprimido, desconfigura-se esse direito. Portanto, se há uma parte do conteúdo do direito de propriedade que é considerado essencial, este não pode ser alcançado nem pela lei, salvo se houver a devida, justa e prévia compensação ao seu titular¹⁶.

Se considerarmos que o direito de propriedade atribui ao seu titular todo o aproveitamento possível de uma coisa, poderíamos deduzir que seu conteúdo essencial é minimamente composto por dois elementos constitutivos, a sua utilidade privada e o poder de disposição. A lei infraconstitucional não pode restringir o direito de propriedade a ponto de suprimir do titular esses elementos mínimos constitutivos¹⁷, a não ser que o indenize.

O titular será privado do seu direito de propriedade não apenas quando se elimina definitivamente esse direito de sua esfera patrimonial, mas também quando se promove *a suspensão ou o sacrifício de*

¹⁰ Vale destacar, porém, que em nosso ambiente jurídico, Carlos Augusto de Carvalho, em sua Nova Consolidação das Leis Civis de 1899, sinalizou essa nova conformação da propriedade ao prever que, “Salvas as restrições legais, o direito de propriedade autoriza a prática de todos os actos compatíveis com a natureza de seu objeto, o interesse social e o direito de terceiro.” (Carvalho, 1899, p. 122).

¹¹ Apesar de não ter sido a primeira a tratar do direito de propriedade, a Constituição de Weimar, de 1919, estabelecia em seu art. 153 que: *A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e seus limites resultam da lei.*

¹² Constituição Federal, art. 5º, incisos XXII, XXIII, XXIV, LIV e LV.

¹³ Constituição Federal, art. 5º, inciso XXIV.

¹⁴ Alvim (2009, p. 41).

¹⁵ A título de esclarecimento, José Alberto Vieira esclarece que por propriedade, na acepção constitucional, entende-se a titularidade de um direito patrimonial, com múltiplos direitos subjetivos de diferentes naturezas e pertencentes a ramos diversos do sistema jurídico. (Vieira, 2016, p. 575)

¹⁶ *Mozos apud Alvim (2009, p. 43).*

¹⁷ *Alvim (2009, p. 44); Vieira (2016, p. 580) e Pothier (1821, p. 3).*

*quaisquer atributos a ele inerentes*¹⁸.

Pode-se afirmar, portanto, que o direito de propriedade contém um núcleo essencial, o qual é preenchido pelos direitos de usar e de dispor da coisa, constitucionalmente garantidos. E para que esse direito permaneça com suas características mínimas e essenciais, tal núcleo deve ser compreendido como irredutível, inclusive pela lei, sob pena de o titular ser indevidamente privado de seu livre exercício.

Sendo a propriedade um direito fundamental pelo texto constitucional, a lei, que de alguma forma regulamentar aspectos relativos a esse direito, não poderá atentar contra ele a ponto de suprimir seu conteúdo mínimo essencial.

Evidentemente que aqui não se quer negar a delimitação que a lei infraconstitucional tem conferido ao direito de propriedade em sua evolução dogmática para atender a função social, situação em que o legislador conclama o proprietário a utilizar seu objeto de maneira a não afrontar o bem comum^{19 20}.

A previsão constitucional desse direito fundamental tem como objetivo regular a situação do proprietário diante do Estado, de modo a impedir que o legislador infraconstitucional avance para desnaturar o conteúdo mínimo essencial e irredutível do direito de propriedade. Deve-se garantir a instituição da propriedade, no entanto, é a lei que dirá no que consiste e quais são os seus limites. E essa atribuição legal tem liberdade, exceto a de eliminar a instituição²¹.

É o sistema jurídico (em seu todo considerado)

que legaliza (ou transforma) o simples possuir (o ter) a coisa, em ser dono dela. E a proteção constitucional do direito de propriedade, como garantia institucional e como direito subjetivo, atribui ao legislador a competência de definir o próprio direito, mas com regras conformativas e não restritivas²². Estas poderão estar contempladas naquelas, mas não são em si a finalidade última e principal; funcionam em razão do dinamismo desse direito diante das concepções valorativas e dos contextos socioeconômicos e políticos específicos de determinado momento histórico e cultural²³.

Errônea é a conclusão de que os direitos, liberdades, poderes e garantias seriam passíveis de limitação ou de restrição. A atuação legislativa é subordinada aos *chamados limites imanescentes ou 'limite dos limites'* quando se pretende restringir direitos individuais. Tais limites decorrentes da própria Constituição *referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas*.^{24 25}

Assim, seja princípio expressamente contido na Constituição ou postulado que dela imana, a proteção do núcleo essencial tem como objetivo, além de vincular e obrigar o próprio Estado, evitar que a ação do legislador, por meio de restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais, promova o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental.

Diante dessa sistemática protetiva dos núcleos essenciais dos direitos individuais, confiou-se ao legislador infraconstitucional a tarefa de definir,

¹⁸ Rosas (2003, p. 390).

¹⁹ Nesta concepção, está abarcado o direito de o proprietário não usar ou subutilizar diante dos valores que passaram a ser considerados socialmente válidos. A exemplo, temos em vigência o Estatuto da Cidade.

²⁰ José Afonso da Silva chega a considerar a função social como elemento da estrutura do regime jurídico da propriedade, sendo, para o autor, princípio ordenador da propriedade privada, pois afeta seu conteúdo, dando-lhe a noção de situação jurídica subjetiva (complexa) em razão da delimitação que as faculdades do proprietário sofrem pela orientação constitucional. Silva (2017, p. 275).

²¹ Pontes de Miranda, (1987, t. VI, p. 368).

²² Mendes, (2004, p. 153).

²³ Marcelino, (2017, p. 172) e Mendes, (2004, p. 153).

²⁴ Mendes, (2004, p. 41).

²⁵ Pontes de Miranda, ao se referir à propriedade privada, esclarece que: “é instituição, a que as Constituições dão o broquel de garantia institucional. O art. 153, § 22, foi expressivo. Não há na Constituição de 1967 conceito imutável, fixo, de propriedade; nem seria possível enumerar todos os direitos particulares em que se pode decompor, ou de que transcendentemente se compõe, porque da instituição apenas fica, quando reduzida, a simples e pura patrimonialidade.” E conclui o autor: “Ao legislador só se impede acabar, como tal e em regra, com o instituto jurídico, com o direito de propriedade.” Pontes de Miranda, (1987, t. V, p. 396).

no caso da propriedade, o próprio conteúdo do direito, sempre alinhado com a matriz constitucional. Essa atividade legislativa deve atender a dois objetivos, o de estabelecer as diretrizes legais do direito de propriedade em conformação com a Constituição e as restrições possíveis para que atenda sua finalidade²⁶.

Tombamento

No processo de regulação ou de conformação do direito de propriedade pelo legislador, é possível que surjam delimitações capazes de acarretar importantes consequências para o titular. Exemplo disso é a legislação de tombamento.

O Decreto-Lei nº 25, de 30/11/1937, trata da organização e da proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. No conteúdo desse regulamento, encontramos dispositivos que acabam por revelar, para a propriedade privada, um dever social capaz de limitar os direitos que subsistem para o proprietário, temporária ou definitivamente, tendo-se em conta a natureza especial do objeto protegido.

As coisas atingidas pelo ato de tombamento não poderão ser destruídas, demolidas ou mutiladas. Somente com prévia autorização do órgão competente é que o proprietário poderá promover reparações^{27 28}.

O tombamento representa significativa limitação ao exercício dos direitos que subsistem ao proprietário, impedindo o abuso na sua utilização a ponto de aniquilá-la ou fazer com que ela perca o valor que a levou a ser tombada. A princípio, essa limitação não acarreta a perda da propriedade, pois o domínio não se desloca do particular para o Estado e, portanto, não gera direito a indenização²⁹. Na hipótese de o ato de tombamento esvaziar o conteúdo econômico da propriedade

por destacar do domínio a possibilidade de o proprietário usar e fruir a coisa tombada, dever-se-á indenizar, mesmo que o ato de tombamento não importe em apossamento administrativo³⁰.

A Constituição garante a instituição jurídica propriedade, de modo a deixar para o legislador, em razão de um interesse social maior, o espaço suficiente para que possa determinar limites à ação do proprietário, mas sempre assegurando a existência, a funcionalidade e a utilidade privada desse direito³¹.

Assim, as disposições legais que definem seu conteúdo possuem caráter constitutivo, mas nunca poderão se afastar dos limites constitucionais. Significa dizer que, na atuação do legislador infraconstitucional, não existe liberdade para afetar o conteúdo primário, essencial, elementar ou mínimo do direito de propriedade, de modo a suprimi-lo (*ex lege*) ou, ainda, vedar seu exercício ou impedir sua disposição pelo titular³², sem que haja a devida compensação.

A atividade legislativa infraconstitucional relativa ao direito de propriedade encontra-se submetida à estrita reserva legal, devendo ser regulada por lei compatível com a Constituição e que resguarde seus elementos essenciais.

Em razão da evolução de valores constitucionais, fala-se em uma reserva legal proporcional, pois, tendo em conta o necessário preenchimento de seu conteúdo por meio de lei, há que se considerar que os preceitos desta poderão ceder ou ser relativizados em razão de outro valor que a supere. É o que ocorre com a função social da propriedade. Quando a lei, orientada por esse valor constitucional, estabelece restrições ao direito de propriedade, legitimamente afeta esse direito. Entretanto, essa atuação legislativa, mesmo que em nome do valor constitucional da *função social*, não poderá atingir os elementos essenciais

²⁶ Marcelino, (2017p. 170).

²⁷ Decreto-Lei nº 25/1937, art. 17.

²⁸ E o dever social emanado do tombamento afeta toda a vizinhança da coisa tombada, pois somente com autorização prévia é que os proprietários de coisas localizados no seu entorno poderão fazer construção que impeça ou reduza a sua visibilidade (Decreto-Lei nº 25/1937, art. 18).

²⁹ Nos dizeres do ministro Herman Benjamin, com o tombamento o objeto passa para um “regime de preservação plena, universal e perpétua.” (REsp nº 1.359.534-MA).

³⁰ A exemplo, precedentes do STJ: REsp nº 52.905-0-SP; REsp nº 1.168.632-SP; REsp nº 122.114; REsp nº 401.264-SP, dentre outros.

³¹ Mendes, (2004, p. 155).

³² Arruda Alvim, (2009, p. 48).

do direito de propriedade. Ainda que o conteúdo do direito de propriedade seja permeado pela função social, não se poderá permitir nem reconhecer qualquer limitação aos seus elementos essenciais, de modo a vinculá-la exclusivamente a serviço do Estado ou da comunidade³³.

No âmbito dessa reserva legal proporcional, o legislador, ao redefinir o direito de propriedade, poderá estabelecer normas de natureza conformativa ou de cunho restritivo. Tais disposições de caráter conformativo e restritivo podem, ademais, reduzir alguns dos poderes ou faculdades originariamente conferidos ao proprietário, sem que acarrete direito de indenização, pois não retira dele seu direito de propriedade³⁴.

Averbação pré-executória

Um exemplo do abuso do legislador infraconstitucional é o artigo 20-B³⁵ ³⁶, da Lei Federal nº 10.522/2002, o qual possibilita que a União promova a averbação pré-executória.

Referido dispositivo legal estabelece que, após a inscrição em dívida ativa da União, o devedor será notificado para que, em cinco dias, efetue o pagamento do débito tributário monetariamente atualizado, acrescido de juros, multa e demais encargos.

A notificação para o devedor poderá ser feita por via eletrônica ou postal e se presumirá válida se encaminhada para o endereço informado pelo contribuinte ou responsável perante a Fazenda Pública. Será considerada entregue a notificação depois de transcorridos 15 dias da sua expedição³⁷.

Caso o pagamento não ocorra no prazo de cinco dias, a Fazenda Pública poderá³⁸: (i) comunicar

a inscrição em dívida ativa aos órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito e congêneres; e (ii) averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis³⁹.

Já de início, vale destacar que o devedor será considerado notificado sobre a obrigação de pagar a dívida em cinco dias pelo simples decurso do prazo a contar do encaminhamento eletrônico ou postal, independentemente de ter efetivamente recebido a respectiva notificação.

Há duas importantes observações a serem feitas. A primeira é que esse procedimento indicado no referido artigo 20-B é realizado antes da propositura da execução fiscal. A segunda é que, em caso de não pagamento da dívida tributária, a Fazenda Pública poderá promover, unilateral e administrativamente, a averbação da certidão de dívida ativa nos órgãos de registros de bens e de direitos que sejam passíveis de ser arrestados ou penhorados.

A consequência dessa averbação⁴⁰ é tornar indisponíveis os bens encontrados. Portanto, tem como efeito muito mais do que simplesmente dar notícias a terceiros sobre a existência da dívida, pois afeta o direito do proprietário de dispor da coisa atingida pela averbação.

Em certa medida, a averbação pré-executória é salutar, pois permitirá a publicidade das dívidas inscritas e prevenirá terceiros de se envolverem em operações de alienação e/ou de oneração de bens titulados por sujeitos passivos em débito perante a Fazenda Pública, as quais se presumem em fraude, nos termos do artigo 185 do Código Tributário Nacional.

Entretanto, o dispositivo legal avança para além da publicidade da dívida tributária inscrita e deter-

³³ Vale destacar que o interesse individual do titular do direito de propriedade é amparado por normas de direito privado, enquanto sua função social é garantida por regras de direito público. Aquelas podem ser encontradas no Código Civil, e estas no Estatuto da Cidade, por exemplo.

³⁴ Mendes (2004, p. 156).

³⁵ Introdução feita pela Lei Federal nº 13.606, de 10/01/2018.

³⁶ Portaria PGFN nº 33, de 08/02/2018 (Capítulo V).

³⁷ §§ 1º e 2º, do art. 20-B.

³⁸ Além dessas hipóteses legais, vale consultar as inúmeras outras ações complementares que a Fazenda Nacional poderá adotar, previstas no art. 7º da Portaria PGFN nº 33/2018.

³⁹ Incisos I e II do §3º, do art. 20-B.

⁴⁰ Que, como visto, poderá ocorrer sem o conhecimento do devedor saiba.

mina, em sede administrativa, a indisponibilidade da coisa de propriedade do devedor tributário. Essa providência é de duvidosa constitucionalidade, pois contraria princípios consagrados em nosso sistema, principalmente o devido processo legal.

3. Conclusão

A constitucionalização do direito de propriedade, ocorrida especialmente no início do século XX, atribui nova conformação ao direito de propriedade e reafirma a observância da função social e põe fim a uma história marcada pela individualidade dos titulares deste direito.

Apesar do direito de propriedade ser garantido pela Constituição, os contornos e seus limites são dados pela legislação infraconstitucional, a qual terá liberdade para definir o próprio direito – exceto a de eliminar a instituição –, mas com regras conformativas e não restritivas, sendo que estas poderão ser estabelecidas em decorrência da dinâmica desse direito frente às concepções valorativas e dos contextos socioeconômicos e políticos específicos de determinado momento histórico e cultural.

Consequentemente, é possível que, no processo de regulamentação infraconstitucional do direito de propriedade, surjam delimitações capazes de acarretar importantes consequências para o titular, como, por exemplo, ocorre nas hipóteses do tombamento e na averbação pré-executória, onde há a possibilidade de se atingir o núcleo essencial do direito de propriedade.

No conteúdo do Decreto-Lei nº 25, de 30/11/1937, que trata da organização e da proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, há previsões que atribuem para a propriedade privada um dever social capaz de limitar os direitos que subsistem para o proprietário, temporária ou definitivamente, tendo-se em conta a natureza especial do objeto protegido. Portanto, o ato normativo de tombamento não poderá conter restrições descabidas, desmensuradas ou desproporcionais capazes de promover esvaziamento do conteúdo do direito fundamental.

Quanto à averbação pré-executória, consideramos uma providência de duvidosa constitucionalidade a possibilidade legal de, em sede administrativa, promover a indisponibilidade da coisa de propriedade do devedor tributário, sem mesmo atender ao princípio do devido processo legal.

Apesar de nos parecer salutar a publicidade da

dívida, na medida em que impede terceiros de se envolverem em operações de alienação e/ou de oneração de bens titulados por sujeitos passivos em débito perante a Fazenda Pública, a medida avança para além da publicidade da dívida tributária, ferindo a garantia constitucional, que tem como objetivo, além do reconhecimento da propriedade privada, resguardar sua existência e o seu respeito pelo Estado e pela administração pública em geral, de modo a proteger os titulares.

Tais restrições e limitações ao direito de propriedade exigem um olhar atento e constante para que seja garantida a proteção do núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Referências Bibliográficas

ALLENDE, Guillermo L. *Panorama de derechos reales*. Buenos Aires: La Rey, 1967.

ARRUDA ALVIM. Comentários do Código civil brasileiro, volume XI, tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito brasileiro recopilado ou Nova Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Livraria de Francisco Alves, 1899.

COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Editora das Américas S.A. – EDAMERIS, 1961.

MARCELINO, Raphael. O direito da propriedade democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudo de direito constitucional. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOZOS, Jorge Luiz de los. El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 25ª ed, Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2017.

_____. Condomínio e incorporações. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1967/69. t. V e VI. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

POTHIER. Traité du droit de domaine de propriété, de la possession. De la prescription qui résulte de la possession, em Ouvre de Pothier, Nouvelle Édition, Tome Dixième. Paris, 1821.

ROSAS, Roberto. Improbidade administrativa – Devido processo legal. São Paulo. Malheiros, 2003.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. Revista de Informação Legislativa, v. 97, jan./mar. 1998. Acessado em agosto de 2019, no ende-

reço eletrônico: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181784>

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 40ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIEIRA, José Alberto. Direitos Reais. Coimbra. Almedina, 2016.



O REGISTRO DE IMÓVEIS E A TESE DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

ARMANDO CLÁPIS

O artigo 236 da Constituição Federal dispõe que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Referida delegação é dada aos tabeliães e aos oficiais de registro, como previsto no artigo 14 da Lei Federal nº 8.935/1994, mediante habilitação em concurso público de provas e títulos. Por seu turno, o artigo 3º do referido dispositivo legal define: “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”.

DIP (2017, p. 65) preceitua que, no quadro brasileiro vigente, assina a Constituição Federal uma delegação de poderes públicos a particulares para a prática de atos de registro, de modo que se trata aí de uma *descentralização*, outorgando-se atribuições administrativas em *caráter permanente* – a pessoas *particulares*, que atuam em nome e conta próprios, embora pendentes de alguma forma de atuação administrativa superior (poder de **tutoria**).

Delegar, portanto, é atribuir atividade própria da administração a um ente privado ou público e nos leva à conclusão de que a atividade de registro é pública por excelência, exercida em caráter privado por particulares investidos na função pública por meio de delegação, sendo seus prepostos contratados diretamente pelo delegado, por meio do regime previdenciário comum e pelas normas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho.

Para Souza Neto (2019, p. 1.138), os atos praticados pelos agentes delegados no exercício de seu mister têm a natureza de “atos administrativos” e Meirelles (2002, p. 86) preceitua que a legalidade, como princípio da administração (CF, artigo 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar,

sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Portanto, em decorrência do registro ostentar natureza jurídica de verdadeiro ato administrativo, o oficial, ao praticá-lo, deve observar as regras gerais da administração pública (Constituição Federal, artigo 37), cumprir a legislação correspondente e as normas técnicas expedidas pelo juízo competente (Lei Federal nº 8.935/1994, artigo 30, inciso XIV).

O artigo 169 da Lei Federal nº 6.015/1973 - LRP - prevê a obrigatoriedade da prática de todos os atos enumerados no artigo 167 perante o Registro de Imóveis, contudo, não impõe sanções pelo seu descumprimento. Todavia, quem não observa o dever arca com o ônus da omissão, não obtém os benefícios do registro, ou seja, a segurança jurídica, autenticidade e eficácia do ato, oponível contra terceiros.

Segundo Clápis (2019, p. 950), “Não há qualquer espécie de sanção para a falta de inscrição. Como o sistema registrário brasileiro instrumentaliza a dinâmica dos direitos reais na ausência da inscrição, em que pese a falta de sanção, acarreta ao correspondente titular a inexistência do direito real em seu benefício, o que traduz insegurança indesejável”.

Podemos dizer que a sanção experimentada por aquele que não registra o seu título é a própria insegurança jurídica de não dar eficácia *erga omnes* do negócio jurídico realizado a seu favor.

No nosso ordenamento jurídico, dentre outras normas não menos importantes, merece destaque o disposto no artigo 1.245 do Código Civil, ao consagrar a importância da publicidade (constitutiva), ao preceituar que “Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”.

Bem, a afirmativa acima pode nos levar à seguinte indagação: nas hipóteses em que a aquisição da propriedade ocorrer independentemente do registro (usucapião, sucessão causa mortis, dentre outras), qual o sentido de levar o título ao Oficial de Registro?

Nesses casos, a publicidade (declaratória) da transmissão se deve em obediência ao princípio da continuidade registral, na medida em que, por inteligência do artigo 195 da LRP, “Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro”.

Podemos dizer que, no sistema brasileiro, o Princípio da Continuidade atrai para o registro todos os títulos, inclusive os de natureza judicial, ainda que, pelo Código Civil, não sejam inscritíveis, ou seja, o direito existe mas o seu titular só pode exercê-lo depois de promover o registro do correspondente título. O comprador só pode registrar a sua escritura de compra e venda se o vendedor registrou o seu título de aquisição, ainda que originária, reforçando a ideia de que a publicidade é a alma dos registros públicos.

Nosso Direito adota o sistema misto, com características do sistema francês (que se satisfaz com o título para a transferência da propriedade imobiliária) e do sistema alemão (no qual o registro tem eficácia convalidante do título apresentado e serve como prova de domínio), que deu origem à parêmia de “quem não registra não é dono”. Conduz, entretanto, com exceção do Registro Torrens (artigo 277 da Lei Federal nº 6.015/1973), a uma presunção relativa do registro, ou seja, uma aplicação harmônica de ambos os sistemas, resultado de certo enrijecimento do sistema francês e atenuação do sistema alemão.

Nesta senda, Fioranelli (2001, p. 281) afirma que no nosso sistema o registro nasce em decorrência de título que lhe dá suporte, o qual, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais, ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido (artigo 252 da Lei Federal nº 6.015/1973).

Segundo Afrânio de Carvalho (1976, p. 249), conforme citado por Orlandi Neto (1999, p. 73), “A validade da inscrição depende da validade do negócio jurídico que lhe dá origem e da faculdade de disposição do alienante”.

Uma vez que o registro tem suporte no título que a ele deu origem, o que ocorre nas hipóteses em

que o título está contaminado com vício ou ilegalidade?

O Direito Brasileiro adota a teoria norte-americana dos “frutos da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*), referida pelo ministro Celso de Mello: [...] “a doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal” (RHC 90376/RJ, Segunda Turma, j. 3/4/2007).

Na importante lição de Orlandi Neto (1999, p. 191), problemas relativos ao consentimento das partes, diz respeito ao título, tanto quanto sua representação e a elaboração material do instrumento. Assim, se houve fraude, se a assinatura do transmitente foi falsificada, se o instrumento público não consta dos livros de nenhum notário, se a procuração que serviu na representação de uma das partes é falsa, se o consentimento do alienante foi obtido com violência, são todos problemas atinentes ao título. Podem afetar o registro, mas obliquamente. Só podem determinar o cancelamento do registro em cumprimento de sentença que declare a nulidade do título e, em consequência, do registro.

Para o cancelamento do registro, nesses casos, indispensável apresentação de mandado judicial expedido nas vias ordinárias, com certificação do trânsito em julgado da decisão que o determinou, em respeito ao artigo 250, inciso I, da LRP.

Por outro lado, existem situações em que o erro é do registro (erro de qualificação) e não do título causal. Estamos diante da nulidade de pleno direito, prevista no artigo 214 da LRP. Na lição do saudoso Meirelles (2002, p. 201), se a Administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios (STF, Súmula 473), para o que não se exigem formalidades especiais, nem há prazo determinado para a invalidação. Contudo, a afirmativa acima não quer dizer que o registrador pode, de ofício, cancelar o ato que julgar ser inválido.

Orlandi Neto (1999, p. 193), ao comentar decisão da Egrégia Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, cita que, “em se tratando de nulidade de pleno direito, que resulta da violação às regras norteadoras do ato do registro em si, sua verificação independe dos rigores procedimentais” (Decisões Administrativas, Biênio 83/84, Revista dos Tribunais, 1984, p.105).

A realização do cancelamento de um ato de registro “nulo de pleno direito” demanda imensa cautela, em decorrência do potencial prejuízo que pode vir a causar a direitos de terceiros, sendo indispensável a fiscalização pelo Poder Judiciário (artigo 37 da Lei Federal 8.935/1994), no exercício de função totalmente atípica, ou seja, de caráter administrativo, que, após ouvidos os atingidos (artigo 214, § 1º da LRP, inserido pela Lei Federal nº 10.931/2004), determina a averbação do cancelamento. A legislação estadual deve fixar a competência sobre a fiscalização, sendo que, no Estado de São Paulo, é exercida pelo Corregedor Geral da Justiça e pelos Juízes de Direito investidos na função de corregedores permanentes.

Em conclusão, como preceituam doutrinadores, a tese dos Frutos da Árvore Envenenada é derivada da passagem de Mateus 7:15-20, ao prever que:

“«Guardai-vos dos falsos profetas, que vêm a vós com vestes de ovelhas, mas por dentro são lobos vorazes. Pelos seus frutos os conhecereis. Colhem-se, porventura, uvas dos espinheiros, ou figos dos abrolhos? Assim, toda a árvore boa dá bons frutos, porém a árvore má dá maus frutos. Uma árvore boa não pode dar maus frutos, nem uma árvore má dar bons frutos. Toda a árvore que não dá bom fruto é cortada e lançada no fogo. Logo, pelos seus frutos os conhecereis.»(Mateus 7:15-20)”

Referências Bibliográficas

CLÁPIS, Alexandre Laizo et al, Lei de Registros Públicos Comentada: Lei 6.015/1973. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda (Coord.), CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.) e CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DIP, RICARDO, Conceito e Natureza da Responsabilidade Disciplinar dos Registradores Públicos. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

FIORANELLI, Ademar, Direito Registral Imobiliário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. 27ª Ed. 27ª Edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ORLANDI NETO, Narciso, Retificação do Registro de Imóveis. 2ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

SOUZANETO, João Baptista de Melo et al, Lei de Registros Públicos Comentada: Lei 6.015/1973. In: ALVIM NETO, José Manuel de Arruda (Coord.), CLÁPIS, Alexandre Laizo (Coord.) e CAMBLER, Everaldo Augusto (Coord.). 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.



DA ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA 881 E SUA CORRETA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS DE ADESÃO

ARMANDO LUIZ ROVAI

PAULO SÉRGIO NOGUEIRA SALLES JÚNIOR

Como ponto de partida do presente estudo, verifica-se que o mesmo está dividido em 6 seções, sendo a primeira um estudo introdutório acerca dos principais pontos tratados na referida Medida Provisória. Na segunda, trataremos acerca da aplicação do princípio da Boa-fé objetiva nas relações mercantis; na terceira, sobre a importância do princípio do *pacta sunt servanda*; na quarta, estudaremos os desdobramentos relativos ao artigo 3º da MP, com enfoque no direito societário. Na quinta seção, abordaremos as questões relativas à aplicação desta medida aos contratos imobiliários de adesão; Por fim, na sexta seção, concluiremos o presente estudo.

1ª Seção – Principais aspectos da Medida Provisória 881/2019

Nas últimas semanas, tanto no âmbito acadêmico, quanto no campo advocatício e negocial, diversas críticas e análises jurídicas têm sido tecidas acerca da Medida Provisória 881/2019. Na realidade e objetivamente, os principais ataques dirigidos à MP dizem respeito às suas alterações legislativas e em relação às suas consequências para o crescimento das empresas em atividade no Brasil. Diante da série de elementos levantados pelos estudiosos do assunto, alguns bastante contundentes, faz-se necessário uma reflexão, fria, sem paixões e com a clareza necessária para sopesar os pontos positivos e negativos deste instrumento de lei que passou a vigorar desde sua publicação, no dia 30 de abril de 2019.

É verdade, diga-se de passagem e com absoluta franqueza, que do ponto de vista da construção normativa, a MP 881 não prima pela melhor técnica e redação jurídica. Contudo, seu efetivo resultado poderá ser fundamental para chacoalhar o sistema produtivo do País, servindo principalmente como vetor e incentivo do desenvolvimento das atividades negociais e produtivas, essen-

ciais para a formulação da livre iniciativa e da livre concorrência.

Sob a ótica da necessidade de implemento dos fatores de produção, para o pleno desenvolvimento sustentável da atividade negocial, o atual momento histórico, político e econômico do País exige urgentes mudanças na gestão da administração pública, predominantemente, caracterizado por sua burocracia.

Nossa estrutura normativa possui um labiríntico cenário legislativo, com aproximadamente 4,5 milhões de regras de condutas, incluindo desde emendas constitucionais até regulações infralegais emitidas pelas 27 unidades federativas, nos 5.570 municípios e um governo federal de alta complexidade, empanturrado de secretarias, departamentos, agências, conselhos, comissões, todos com poderes de editar resoluções, instruções e portarias capazes de aprofundar as exigências burocráticas da lei. Convive-se, ainda, para piorar o quadro, com, aproximadamente, 100 milhões de processos judiciais em andamento, espalhados por juízos e tribunais em todo território nacional.

Enfim, mudanças são prementes e necessárias para o aprimoramento do ambiente de negócios, para o aumento da segurança jurídica e previsibilidade de decisões administrativas e judiciais.

Para tanto, o texto da MP, basicamente, baseia-se em princípios jurídicos, como de: i) liberdade (liberdade de trabalhar e produzir, liberdade de empreender, liberdade de modernizar, liberdade de pactuar e liberdade de regulação econômica); ii) presunção de boa-fé do particular; iii) autonomia patrimonial das sociedades empresárias; e iv) autonomia da vontade dos contratos empresariais, na forma e condição de pilares e fiadores da capacidade de desenvolvimento da produtividade, essencial para crescimento econômico.

Em outras palavras, as alterações pretendidas

buscam aproximar as práticas adotadas no Brasil da realidade existente em outros países que concorrem na atração de negócios e investimentos, representando uma sinalização do governo federal sobre os incentivos para o exercício da atividade econômica, com o objetivo de aumentar a competitividade no cenário internacional.

Merecem destaque pontos essenciais da MP, os quais fortalecem a aplicação e a interpretação de direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho e na ordenação pública sobre o exercício das profissões, juntas comerciais, produção e consumo e proteção ao meio ambiente.

A Medida Provisória de liberação da atividade econômica também alcança a licença, a autorização, a inscrição, o registro, o alvará e os demais atos exigidos, com qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição prévia para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a instalação, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

O objetivo de tais mudanças é desenvolver a atividade econômica de baixo risco, em qualquer horário ou dia da semana, observadas, logicamente, as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de combate à poluição sonora e à perturbação de sossego, entre outras, e não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda no mercado não regulado, ressalvadas as situações de emergência ou de calamidade pública, quando assim declarada pela autoridade competente.

Ponto relevante, ainda, é o relativo ao tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento – este ponto será essencial para a sua devida aplicação nos órgãos de registro e inscrição de empresas que não poderão mais fazer exigências indevidas sob o manto de resguardo da legalidade. Verifique-se, aqui, a necessidade de que as juntas comerciais adotem um uniforme controle formal de seus ordenamentos, não se imiscuindo, em hipótese alguma, aos assuntos relativos às deliberações dos sócios (atos

privativos do controle material que cabem exclusivamente ao Poder Judiciário sua definição).

Essencialmente, a MP visa adotar a presunção de boa-fé aos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia da vontade do particular, exceto se houver expressa disposição legal em contrário.

Na mesma toada, a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, como fonte de aplicação das regras de direito empresarial passa a figurar em destaque, como observância ao princípio da autonomia da vontade das partes que entabulam contratos empresariais.

Finalmente, a MP garante que, nas solicitações de atos públicos, o particular receberá imediatamente um prazo expresso que estipulará o tempo máximo para a devida análise de seu pedido e que, transcorrido o prazo fixado, na hipótese de silêncio da autoridade competente, importará em aprovação tácita para todos os efeitos.

2ª Seção – Da aplicação da Boa-fé objetiva nas relações mercantis

Na segunda seção do presente estudo, faz-se mister ressaltar que o Estado trouxe, no corpo da referida legislação, também no artigo 2º, agora em seu inciso II, que deve ser aplicado, nas relações empresarias, o princípio da Boa-fé do particular, conforme lê-se a seguir:

“Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Medida Provisória:

(...)

II - a presunção de boa-fé do particular; (...).”

Nesta toada, há de ser mencionado que a aplicação da Boa-fé do particular nas relações mercantis deveria, desde sempre, ser considerada a regra e não ter de estar contida na legislação. Porém, conforme pode ser notado nas relações mercantis, esse princípio nem sempre é aplicado em benefício do particular, o que acaba por gerar um emperramento e um cerceamento no desenvolvimento da atividade empresarial.

3ª Seção – Da importância do princípio do “Pacta Sunt Servanda”

Neste sentido, observa-se que, para que haja a correta aplicação do direito comercial brasileiro,

verifica-se de suma importância a preservação da relação contratual, uma vez que, neste documento, estão contidos os elementos basilares que foram acordados pelas partes. Desta forma, ressalta-se que o avençado em contrato há de ser cumprido, observando o brocardo latino do “*pacta sunt servanda*”.

Este brocardo traduz um conceito importantíssimo ao direito comercial, uma vez que este expressa uma regra de conduta empresarial, que pode ser reduzida ao ditame legal de que o contrato faz lei entre as partes.

Nesta toada, vale mencionar que seguem esta posição os professores Orlando Gomes e Maria Helena Diniz, no sentido de que as cláusulas contratuais, uma vez aceitas pelas partes, desde que livremente e sem nenhum vício, se incorporam ao ordenamento jurídico pátrio para as partes que sejam alcançadas na relação contratual, ocorrendo, assim, o cumprimento do ajuste, e até mesmo a execução, no caso de inadimplemento.

Observa-se que a legislação, mesmo dentro dos ditames do “*pacta sunt servanda*”, não faz uma regra absoluta, devendo sempre ser observada à conduta de boa-fé entre as partes, a legalidade do que ali foi avençado, com o objetivo de não permitir a ocorrência de uma disparidade contratual, tornando a relação equitativa e impedindo, deste modo, um enriquecimento sem causa.

4ª Seção - Dos desdobramentos relativos ao artigo 3º da MP, com enfoque no direito societário.

O artigo 3º da Medida Provisória, intitulado como “DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA”, tem em sua redação os direitos essenciais que são garantidos a qualquer pessoa física ou jurídica, para que se possibilite o crescimento e desenvolvimento econômicos do País, conforme se aduz do *caput* do supramencionado e transcrito artigo:

“Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição (...).”

Neste diapasão, passamos a analisar os direitos consubstanciados nos incisos do referido artigo, sendo que o primeiro prevê, de maneira explícita, que a pessoa natural pode desenvolver, para seu sustento próprio ou de sua família, atividades de baixo risco, sem que haja necessidade de au-

torização do poder público para exercer sua atividade, conforme pode ser lido no inciso I, aqui transcrito:

“I - desenvolver, para sustento próprio ou de sua família, atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de atos públicos de liberação da atividade econômica; (...)”

O empresário passa a ter uma maior liberdade para exercer sua atividade econômica, sem que hajam restrições, gerando assim maior possibilidade de aumento de riquezas.

No que tange ao inciso II, verifica-se, novamente, a intenção em proteger o livre desenvolvimento da atividade empresarial, não restringindo a pessoa de trabalhar em qualquer hora do dia ou da semana, desde que respeitadas as normas ambientais, legislação trabalhista, normas que estejam vinculadas a vizinhança local e também relações que tenham a sua origem por meio de estipulações do direito privado, como pode ser aduzido do texto legal:

“II - produzir, empregar e gerar renda, assegurada a liberdade para desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, observadas:

- a) as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de combate à poluição sonora e à perturbação de sossego;*
- b) as restrições advindas de obrigações do direito privado, incluídas as situações de domínio de um determinado bem ou de partes de um bem por mais de uma pessoa simultaneamente;*
- c) as normas referentes ao direito de vizinhança; e*
- d) a legislação trabalhista; (...)”*

Uma vez concedido o direito da pessoa trabalhar em qualquer horário e dia da semana, o inciso III corrobora para autonomia da vontade do particular, não permitindo que o Estado, ente ou agente público, venha a cercear o seu direito de definição e estipulação de preços, favorecendo, assim, a livre concorrência, princípio legal expresso no artigo 170 do Excelso Texto Constitucional.

Assim, o Estado não pode se envolver e estipular preços dos produtos, a menos que o País se encontre em estado de calamidade ou emergência pública:

“III - não ter restringida, por qualquer autoridade, sua liberdade de definir o preço de produtos e de serviços como consequência de alterações da oferta e da demanda no mercado não regulado,

ressalvadas as situações de emergência ou de calamidade pública, quando assim declarada pela autoridade competente; (...)”

Outro ponto tratado no aqui estudado artigo, é a questão do tratamento isonômico dos órgãos públicos, não permitindo que hajam controles discrepantes dos documentos a serem registrados na vida empresarial.

Neste sentido, quesito importante a ser tratado é o da análise dos documentos a serem arquivados nas Juntas Comerciais, sendo observado que os referidos órgãos acabam adentrando no mérito do documento, quando a análise deveria ser realizada exclusivamente no âmbito formal, pois somente desta forma o empresário receberá um tratamento isonômico, conforme prevê o inciso IV:

“IV - receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento; (...)”

A presunção de Boa-fé nos atos empresariais praticados ganha extrema relevância, como já abordado na 2ª seção, sendo que no inciso V, as disposições contratuais pactuadas devem ser garantidas de acordo com a vontade das partes, a menos que haja uma expressa disposição legal em contrário, trazendo à tona a questão do “*pacta sunt servanda*”, como se confere na redação do inciso V:

“V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia de sua vontade, exceto se houver expressa disposição legal em contrário; (...)”

Tomando por base a liberdade de vontade, iniciativa e atividade econômica das partes, verifica-se que o inciso subsequente traz a possibilidade de se desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos ou serviços, não dependendo de uma atualização legal, observando que a mutação tecnológica se dá de maneira muito mais célere do que as normas legais, possibilitando, assim, uma velocidade na venda de produtos ou prestação de serviços e tecnologias pelo empresário:

“VI - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais

se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos; (...)”

Também no sentido da liberdade de livre desenvolvimento e implementação de novas tecnologias, o artigo prevê a possibilidade do empresário oferecer seus produtos, seja de maneira gratuita ou não, para pessoas maiores e capazes, possibilitando o teste e a correta implementação dos mesmos, sem que para tais testes sejam necessárias autorizações públicas, ressalvando casos em que sejam necessárias autorizações sanitárias, de saúde ou que envolvam propriedade intelectual, gerando assim uma flexibilização na implementação de novos produtos e seus necessários testes, conforme inciso VII, a seguir colacionado:

“VII - implementar, testar e oferecer, gratuitamente ou não, um novo produto ou serviço para um grupo privado e restrito de pessoas maiores e capazes, que se valerá exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, após livre e claro consentimento, sem requerimento ou ato público de liberação da atividade econômica, exceto em hipóteses de segurança nacional, de segurança pública ou sanitária ou de saúde pública, respeitada a legislação vigente, inclusive no que diz respeito à propriedade intelectual; (...)”

O princípio do “*pacta sunt servanda*” encontra-se implícito no inciso VIII do estudado artigo, conforme se depreende do texto legal:

“VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, hipótese em que nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela, exceto se para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato; (...)”

De acordo com o texto contido na Medida Provisória, resta evidente que a intenção do legislador é a de proteger o direito à livre iniciativa e à livre negociação entre as partes, tendo como enfoque principal o fortalecimento das relações negociais e a manutenção das estipulações contratuais.

Trata-se de um assunto de extrema relevância, consoante o momento político e negocial instável pelo qual o País passa, de tal forma que a MP

busca o fortalecimento das relações contratuais, gerando inúmeros benefícios e possibilitando negócios com uma enorme gama de investidores, especialmente, estrangeiros.

Neste sentido, menciona-se a alteração que a Medida Provisória realiza no artigo 421 do Código Civil Brasileiro, explicitando a liberdade de contratação e negociação entre as partes, devendo sempre prevalecer a função social do contrato e o caráter de intervenção mínima do Estado, conforme se verifica no artigo supramencionado, transcrito a seguir:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.”

No penúltimo inciso do artigo 3º da Medida Provisória, está elencado um importante direito da pessoa física ou jurídica, estabelecendo que os órgãos públicos têm um prazo determinado para analisar os documentos e processos que ensejem na liberação da atividade econômica, não permitindo que o poder público, por ineficiência, acarrete o cerceamento do empresário de exercer sua atividade, pois a não análise do documento gera a aprovação tácita do mesmo, desde que o objeto desta atividade não seja vedado pela legislação, como pode se depreender da transcrição abaixo:

“IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Medida Provisória, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular receberá imediatamente um prazo expresso que estipulará o tempo máximo para a devida análise de seu pedido e que, transcorrido o prazo fixado, na hipótese de silêncio da autoridade competente, importará em aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas na lei; (...)”

Por fim, o último inciso trata da possibilidade de se manter arquivos de quaisquer documentos por meio digital ou microfilme, equiparando tais documentos aos das suas vias físicas, servindo tais cópias digitais como meio de prova de para todos os fins legais, até mesmo para os atos públicos, como se depreende da redação do inciso X, nos seguintes termos:

“X - arquivar qualquer documento por meio de microfilme ou por meio digital, conforme técnica e requisitos estabelecidos em regulamento, hipótese em que se equipará a documento físico para todos os efeitos legais e para a comprovação de qualquer ato de direito público. (...)”

5ª Seção - Da aplicação desta Medida aos contratos imobiliários de adesão

Diante da análise do texto da MP 881/2019, verifica-se que o Estado veio por fazer alterações no que tange ao contrato de adesão, alterando a redação do artigo 423 do Código Civil, com a inclusão do parágrafo único, transcrito em sequência:

“Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas que gerem dúvida quanto à sua interpretação, será adotada a mais favorável ao aderente.

Parágrafo único. Nos contratos não atingidos pelo disposto no caput, exceto se houver disposição específica em lei, a dúvida na interpretação beneficia a parte que não redigiu a cláusula controversa.”

Ora, tal alteração tem significativa importância no cenário econômico e empresarial brasileiro, uma vez que estes tipos de contratos acabam regulando diversas operações mercantis.

Ainda, faz-se evidente trazer à baila que a nova redação visa estabelecer garantias à parte contratante mais fraca, ou seja, a parte que não redigiu as cláusulas contratuais.

Embora nos contratos de adesão a parte contratante possa pactuar apenas algumas cláusulas contratuais, na prática, o que se verifica é que um dos lados estipula todas as cláusulas contratuais, deixando somente campos em aberto para inserção de dados, mas não para livre pactuação.

Tal prática acaba por ser, inúmeras vezes, lesiva ao consumidor, o que deve ser veementemente combatido, conforme preceitua do Código de Defesa do Consumidor.

Na seara imobiliária, vê-se um cenário econômico peculiar, pois a crise econômica que vem afetando o País gerou inúmeras quebras de contratos, ou, especificamente, os distratos.

Ora, quando estamos diante de um inadimplemento do contrato de aquisição de um bem imóvel, nos deparamos com as seguintes situações:

- a) Qual tipo de contrato foi assinado;
- b) Quem estipulou as cláusulas;

- c) Qual a condição resolutiva e extintiva do contrato;
- d) Quais as multas previstas.

Neste diapasão, o que ocorre, via de regra, é que no momento da aquisição de um imóvel, o contrato firmado entre o comprador e o vendedor, em tese, é sempre um contrato de adesão, onde o contratante tem de acatar as regras impostas pelo contratado, não podendo realizar alterações ou livre pactuações, podendo, assim, conter cláusulas abusivas ou lesivas, o que vem por ferir os preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor.

Sendo de adesão, as cláusulas contratuais são redigidas pelo vendedor, de modo que o comprador somente as aceita, não podendo alterar nada no que cinge a multa contratual ou resolução do contrato.

Desta maneira, quando da ocorrência de um distrato na aquisição de um imóvel, deve-se observar quais as obrigações assumidas por cada parte contratante, não podendo o risco negocial incidir para somente um dos contratantes, ou seja, resta saliente e cristalino que a empresa construtora, quando da assinatura do contrato, tem diversos encargos, como registro, publicidade, construção e a consecução do empreendimento em prazo e forma avençados, salvo motivo de caso fortuito ou força maior. Tem, ainda, a obrigação de observar as legislações trabalhistas, civil, sanitária e demais pertinentes ao contrato. No entanto, o comprador tem a obrigação de adimplir com a sua manifestação de compra e pagamento das parcelas ali avençadas.

Ora, evidentemente, quando do distrato, o consumidor pode perder o valor que foi dado como sinal, além das parcelas já pagas no importe de até 25% do valor do imóvel, conforme a Lei 13.786/2018.

Vê-se que este tipo de multa acaba por gerar uma afronta aos preceitos legais contidos no CDC, sendo que, neste sentido, a MP estipula que nesta modalidade de contrato, quando da ocorrência de dúvida na interpretação de alguma cláusula contratual, terá de ser aplicada a leitura mais favorável ao comprador, ou seja, a parte hipossuficiente.

Assim, cabe mencionar que, embora o estudado texto legal tenha sua base liberal, prezando sempre para a livre pactuação e o cumprimento do estipulado entre as partes, não se permite, em nenhum momento, uma condução legal lesiva ao consumidor, prevendo que nos contratos onde a parte constante não pode pactuar livremente as cláusulas contratuais por se tratar de um contrato de adesão, devem as mesmas ser interpretadas da maneira mais benéfica à parte hipossuficiente.

6ª Seção – Conclusões

Ante todo o exposto no presente estudo, verifica-se que a Medida Provisória traz em seu bojo uma série de regramentos que visam a proteção ao que foi pactuado entre as partes, fortalecendo a aplicação do princípio do *pacta sunt servanda*, bem como do cenário negocial do País.

Neste sentido, há de se mencionar que, apesar de o texto legal beneficiar as relações negociais, não deixa o cidadão desguarnecido quando da ocorrência de um contrato de adesão ou, até mesmo, no caso de um distrato, demonstrando claramente que deve ser adotada a leitura mais favorável a parte hipossuficiente, visando uma relação equilibrada entre as partes.

Por fim, vê-se que a Medida Provisória adentra ao ordenamento jurídico em momento oportuno, fortalecendo as relações mercantis, trazendo segurança e possibilidade de geração de riquezas, o que enseja o desenvolvimento do País.



IMÓVEIS DETIDOS POR PESSOAS JURÍDICAS E O NOVO ENTENDIMENTO DA RFB

BRUNO PALHARES BONTEMPO

EMERSON DRIGO DA SILVA

Recentemente, a Receita Federal do Brasil (RFB) publicou a Solução de Consulta Cosit nº 251, de 12 de dezembro de 2018 (SC nº 251/2018), a qual dispõe sobre a tributação dos rendimentos obtidos com o aluguel e a venda de imóvel por sociedade que exerce atividade imobiliária e apura Imposto de Renda pelo Lucro Presumido.

No caso, foi analisada a tributação dos rendimentos obtidos (i) com a venda de imóveis que antes eram contabilizados como ativo imobilizado e, posteriormente, foram reclassificados para o estoque e (ii) com o aluguel de imóveis disponibilizados para venda e, portanto, desde logo classificados no estoque.

Segundo a RFB, os rendimentos obtidos com a venda de imóvel inicialmente contabilizado no ativo imobilizado deveriam ser tributados como ganho de capital (alíquota aproximada de 34%, somados o IRPJ e a CSLL, sobre a diferença entre o valor de alienação e custo de aquisição do imóvel), mesmo que tais imóveis tenham sido, antes de sua venda, reclassificados como estoque. Este entendimento está expresso no artigo 215, parágrafo 14, da Instrução Normativa nº 1.700/2017.

Por outro lado, a Receita entendeu que o valor obtido com o aluguel de imóveis disponibilizados para venda deveria ser tributado como receita operacional de locação (presunção de 32% de lucro para apuração do IRPJ e da CSLL), independentemente de a receita a ser obtida posteriormente com a alienação destes imóveis vir a ser tributada como ganho de capital ou como receita operacional (presunção de 8% de lucro para apuração do IRPJ e de 12% para a CSLL).

Na prática, parece possível depreender da SC nº 251/2018 que o mais racional para a gestão de ativos imobiliários por sociedade que preveja em seu objeto social a compra e venda de imóveis e, também, a locação de imóveis, seria, sempre que

o imóvel for adquirido para revenda, classificá-lo como “estoque/disponível para venda”, mesmo que venha a locá-lo enquanto não recebida proposta de venda que considere aceitável, evitando assim, ao máximo, sua classificação contábil como “ativo imobilizado/permanente” em qualquer momento.

Assim, estando a sociedade no Lucro Presumido e classificando todos os imóveis por si adquiridos como “estoque/disponíveis para venda”, essa sociedade poderá submeter suas receitas de aluguel à presunção de 32% e, quando da venda efetiva, suas receitas daí advindas à presunção de 8% para IRPJ e 12% para CSLL.

Caso contrário, se o imóvel adquirido para revenda futura fosse, por ser também previamente destinado à locação, primeiramente classificado como ativo imobilizado, sua posterior reclassificação para o estoque, antes de sua venda efetiva, poderia trazer para a sociedade uma tributação dos rendimentos da venda, como ganho de capital, muito superior àquela que lhe seria naturalmente exigida pela sistemática do lucro presumido. E tal procedimento, parece-nos, não estaria de acordo com o melhor interesse da sociedade, que deve sempre ser observado por sócios e administradores destas.

Vale observar que o artigo 68A do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) nº 27 dispõe o seguinte: “(...) a entidade que, durante as suas atividades operacionais, normalmente vende itens do ativo imobilizado que eram mantidos para aluguel a terceiros deve transferir tais ativos para o estoque pelo seu valor contábil quando os ativos deixam de ser alugados e passam a ser mantidos para venda”.

Vê-se, portanto, que a Solução de Consulta nº 251/2018, aparentemente contrariando o artigo 58 da Lei nº 12.973/2014, recusou-se a reconhecer efeitos tributários ao artigo 68A do CPC 27,

tendo em vista que este dispõe que o aluguel deve primeiro ser encerrado para depois reclassificar o imóvel como estoque e disponibilizá-lo para venda. Nesse sentido, essa modificação do imobilizado para o estoque, para a RFB, não produziria efeitos tributários. Daí porque, se o imóvel era originalmente qualificado como ativo imobilizado, a Receita entende que o resultado de sua venda deverá ser tributado como ganho de capital, independentemente da mudança de sua rubrica contábil.

Ocorre, entretanto, que o artigo 58 da Lei nº 12.973/2014 prevê que os atos administrativos que sejam *posteriores* à referida lei não terão *implicação na apuração dos tributos federais até que lei tributária regule a matéria*. Assim, a *contrario sensu*, pode-se concluir que os pronunciamentos contábeis *anteriores* à publicação da Lei nº 12.973/2014 e que versem sobre temas não tratados pelo referido diploma legal produzem efeitos tributários, sendo este justamente o caso do CPC 27, que foi aprovado em 26/6/2009, fato este aparentemente ignorado pela SC nº 251/2018.

Assim, considerada a produção de efeitos tribu-

tários pelo disposto no artigo 68A do CPC 27, se considerado o disposto no artigo 58 da Lei nº 12.973/2014, quer nos parecer ilegal a interpretação dada pela RFB por meio da SC nº 251/2018 (e também da IN nº 1.700/2017, da qual aquela retira seu equivocado fundamento).

Vale observar, inclusive, que o posicionamento anterior da própria Receita Federal, manifestado na SC nº 139/2006 e na SC nº 254/2014, era no sentido de que a sociedade que comercializa bens suscetíveis de serem contabilizados tanto no ativo imobilizado quanto no estoque (que é o caso de sociedade que exerce atividade imobiliária e conta tanto com objeto social de locação quanto de compra e venda de imóveis) poderia transferir o bem do imobilizado para o estoque sem a necessidade de apuração do ganho de capital quando da sua venda, mas desde que cumpridos todos os requisitos contábeis para tal reclassificação. De estranhar, assim, mudança tão radical e de efeitos potencialmente tão onerosos para os contribuintes. Mudança que apenas parece aumentar a já enorme insegurança jurídica a que se submetem os contribuintes.



PROPRIEDADE NA ERA DA DISRUPÇÃO – MULTIPROPRIEDADE – LEI Nº 13.777/2018

CAROLINA RAFAELLA FERREIRA

A evolução da comunicação, das formas de pagamento e das formas de se relacionar, todas ao alcance da palma das mãos, vem incentivando novas gerações a movimentarem a economia de um modo diverso. O compartilhamento é palavra de ordem atualmente. As pessoas não se preocupam mais em ter e preferem tomar emprestado, alugar, compartilhar.

Dentro do mercado imobiliário, assistimos ao crescimento exponencial de plataformas de aluguel de quartos ou apartamentos por períodos curtíssimos, exterminando a subutilização dos imóveis e gerando uma renda extra a quem coloca seus imóveis, quartos ou qualquer tipo de acomodação, à disposição.

Na esteira da evolução, já surgiu uma nova plataforma que permite que as pessoas troquem suas casas de férias numa espécie de “programa de intercâmbio” e, evoluindo ainda mais, surgem novos aplicativos onde se pode obter hospedagem gratuita, usando como moeda, tão somente, a troca de experiências culturais.

Na América Latina, de acordo com um estudo feito pela consultoria Nielsen, em 2013, 70% dos latino-americanos se sentiam dispostos a compartilhar seus próprios bens ou serviços, e 73% se sentiam dispostos a compartilhar os bens e serviços de outras pessoas. Na América do Norte, esses números caem para 52% e 43%, respectivamente.¹

Aliada a essa informação, no Brasil, nos últimos 10 anos, tivemos um aumento significativo da classe média. As classes C e D começaram a fazer turismo e, mais ainda, a sonhar em possuir uma residência de férias.

A economia do compartilhamento permite o acesso de muitos ao que somente poucos podiam usufruir, e a Multipropriedade traz isso na sua essência.

Herdeiros de uma sociedade consumista que ainda deseja possuir alguns bens, a Multipropriedade viabiliza, de forma compartilhada e por um determinado período de tempo, a realização do sonho de possuir a residência própria de férias.

A modalidade não é recente. A primeira Multipropriedade noticiada no Brasil data de 1985 e hoje já se tem notícia de mais de 90 empreendimentos desse tipo.

Com o vertiginoso aumento, notadamente ocorrido em 2018, a Multipropriedade – antes denominada *fractional* – recebeu a regulamentação necessária para que pudesse ser fomentada e continuada.

Embora amparada pelo Código Civil e com vasta jurisprudência, onde se reconhece e protege o negócio, havia necessidade de uma lei que atribuísse segurança jurídica ao modelo de negócio. Com o advento da Lei nº 13.777/2018, foi criada a nova modalidade de Direito Real, onde se compartilha o tempo, o período de uso de um bem imóvel.

Importante assinalar que a lei não muda o conceito existente desde o nascedouro da Multipropriedade, que já era largamente utilizada, ela só garante, como já dito, maior segurança jurídica para os desenvolvedores, incorporadores e demais *players* dessa modalidade de negócio.

Vale ainda ressaltar que, embora criada dentro do contexto de empreendimentos voltados para lazer, férias e segunda residência, o novo Direito Real criado pode ser utilizado para outras moda-

¹ https://pt.wikipedia.org/wiki/Economia_do_compartilhamento

lidades de negócio, bastando que se enquadre no conceito legal, cujo teor se transcreve para melhor compreensão:

Artigo 1358-C da Lei nº 13.777/2018 – *Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada.*

Ou seja, embora não utilizada para outras modalidades de negócio (agro, utilização comercial etc.), a lei permite o fracionamento de qualquer bem imóvel em frações de tempo, independentemente da sua destinação. A lei não restringe, mas dá diretrizes mínimas e essenciais para o desenvolvimento da Multipropriedade.

Importante assinalar que a Multipropriedade, quando tratada para aquisição para uso próprio, dispensa regulação da Comissão de Valores Mobiliários, sujeitando-se ao regramento somente quando comercializada com a finalidade de investimento.

A Multipropriedade se revela um negócio complexo e envolve diversos agentes, dentre os quais podemos citar: desenvolvedores, comercializadores, empresas de benefícios/intercâmbio, assessores jurídicos e administradores.

Dada essa complexidade e a grande quantidade de indivíduos envolvidos, a estruturação na forma determinada na lei e o conhecimento de mercado são os fatores mais preponderantes para o sucesso do negócio.

Multipropriedade X Time-sharing

Embora doutrinadores de renome utilizem as expressões como sinônimos, há grande distinção entre as duas modalidades de negócio.

A similitude pode ser observada na forma de comercialização de ambos, contudo, a estruturação e a natureza jurídica em muito se diferem.

O time-sharing está regulado pela Lei Geral de Turismo (Lei Federal nº 11.771/2008) e consiste na venda antecipada de diárias. Trata-se de relação obrigacional (direito de uso) e só podem ser comercializadas diárias de imóveis já entregues. À relação obrigacional travada aplica-se inclusive o Código de Defesa do Consumidor e está diretamente relacionado ao mercado hoteleiro.

A Multipropriedade, embora também associada

ao mercado de hotelaria, é Direito Real. Pode ser adquirida na planta e o adquirente recebe escritura pública podendo, inclusive, obter matrícula individualizada correspondente à sua fração de tempo.

Feita a distinção, resta claro que a Multipropriedade necessita de estruturação jurídica e operacional mais complexa, pois requer todo um regramento para reger a copropriedade e tudo o que cerca o imóvel fracionado.

Principais aspectos da Lei nº 13.777/2008

A Lei nº 13.777/2018 não traz em seu bojo a criação de uma nova modalidade de direito real e de negócio jurídico, mas, como já dito, ela vem atribuir segurança jurídica para as relações já existentes, que não possuíam regramento específico.

Embora não dispuséssemos de figura jurídica própria que amparasse esse direito, o instituto seguiu permeando o regramento do usufruto ou da concessão do direito geral de uso. Mas a Jurisprudência reconhecia o negócio como válido e o Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, já atribuía à Multipropriedade caráter de Direito Real. Segue julgado para ilustração:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME-SHARING). NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO REAL. UNIDADES FIXAS DE TEMPO. USO EXCLUSIVO E PERPÉTUO DURANTE CERTO PERÍODO ANUAL. PARTE IDEAL DO MULTIPROPRIETÁRIO. PENHORA. INSUBSISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. O sistema time-sharing ou multipropriedade imobiliária, conforme ensina Gustavo Tepedino, é uma espécie de condomínio relativo a locais de lazer no qual se divide o aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento) entre os cotitulares em unidades fixas de tempo, assegurando-se a cada um o uso exclusivo e perpétuo durante certo período do ano. 2. Extremamente acobertada por princípios que encerram os direitos reais, a multipropriedade imobiliária, nada obstante ter feição obrigacional aferida por muitos, detém forte liame com o instituto da propriedade, se não for sua própria expressão, como já vem proclamando a doutrina contemporânea, inclusive num contexto de não se reprimir a autonomia da vontade nem a liberdade contratual diante da preponderância da tipicidade dos direitos reais e do sistema de numerus

clausus. 3. No contexto do Código Civil de 2002, NÃO HÁ ÓBICE A SE DOTAR O INSTITUTO DA MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA DE CARÁTER REAL, especialmente sob a ótica da taxatividade e imutabilidade dos direitos reais inscritos no art. 1.225. 4. O vigente diploma, seguindo os ditames do estatuto civil anterior, não traz nenhuma vedação nem faz referência à inviabilidade de consagrar novos direitos reais. Além disso, com os atributos dos direitos reais se harmoniza o novel instituto, que, circunscrito a um vínculo jurídico de aproveitamento econômico e de imediata aderência ao imóvel, detém as faculdades de uso, gozo e disposição sobre fração ideal do bem, ainda que objeto de compartilhamento pelos multiproprietários de espaço e turnos fixos de tempo. 5. A multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se, portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (time-sharing), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição. 6. É insubsistente a penhora sobre a integralidade do imóvel submetido ao regime de multipropriedade na hipótese em que a parte embargante é titular de fração ideal por conta de cessão de direitos em que figurou como cessionária. 7. Recurso especial conhecido e provido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Vencido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Presidente) os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino.²

Contudo, apesar do reconhecimento da existência de um direito real, consubstanciado na atribuição da propriedade a vários indivíduos para utilização alternada e durante períodos pré-determinados, algumas lacunas causavam insegurança e questionamentos.

A lei resolveu questões como a indivisibilidade

da fração e o direito de preferência, principal fator impeditivo de valorização imobiliária da Multipropriedade.

Embora parecesse óbvia a questão da indivisibilidade, a Multipropriedade sofria constantes ameaças de pedido de extinção de condomínio, o cerne do negócio da Multipropriedade e a justificativa de sua existência.

Assim, o artigo 1.358-D da Lei dispõe expressamente sobre a questão da indivisibilidade e a impossibilidade da ação de divisão ou de extinção do condomínio.

A indivisibilidade ainda é estendida para as instalações, equipamentos e mobiliários.

Conforme já explicitado, a lei surge com um viés hoteleiro muito grande e a atender, notadamente, o mercado de Multipropriedade que em muito se assemelha aos hotéis, de tal sorte que, ao se atribuir a indivisibilidade ao móveis e equipamentos que guarnecem o imóvel, proteger-se-ão os coproprietários e a natureza da utilização do bem, garantindo a perfeita utilização.

Do mesmo modo, o artigo 1.358 E, dispõe sobre a indivisibilidade do tempo, mais importante na Multipropriedade do que o espaço em si. O proprietário só exerce o poder de gozo, inerente à sua qualidade de proprietário, por determinado tempo.

A Lei classifica ainda as frações de tempo, estabelecendo o prazo mínimo de 7 dias, seguidos ou intercalados, mas que poderão ser usufruídos em período fixo e determinado no mesmo período do ano; de forma flutuante; ou ainda combinando os dois sistemas (fixo e flutuante). Independentemente do sistema adotado, os critérios de utilização deverão ser claros e objetivos, pautados no princípio da transferência e no princípio da informação.

A Multipropriedade pode surgir conforme disposto no artigo 1.358-F ao artigo 1.358-H, ou poderá um condomínio edilício adotar em parte ou na totalidade de suas unidades o regime da Multipropriedade, por instrumento particular ou Escritura pública (facultativo), porém, necessariamente, registrada no competente cartório de Registro de Imóveis.

O artigo 1.358-G trouxe para a Convenção Con-

² (STJ - REsp 1546165 / SP 2014/0308206-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (1147), Data do Julgamento: 26/4/2016, Data da Publicação: 6/9/2016, T3 - TERCEIRA TURMA) (grifo nosso)

dominial disposições normalmente contidas no Regimento Interno e/ou Regulamento de Uso. Chamamos atenção para o inciso III, que estabelece que a Convenção deve determinar o número máximo de pessoas que podem ocupar simultaneamente o imóvel no período correspondente à fração de tempo.

Insta asseverar que algumas convenções, regimentos internos e regulamentos de uso já dispunham sobre a limitação de número de pessoas para a ocupação da unidade e, indo além, sobre a possibilidade de manter na unidade animais de estimação.

Embora essas limitações estejam muito ligadas à natureza da utilização do imóvel (caráter hoteleiro), uma vez que não se trata de direito de uso, e sim de direito real, poderão surgir questionamentos sobre limitações ao direito de propriedade com essas restrições, questões essas normalmente debatidas nos condomínios edilícios e que merecerão maior atenção dos operadores.

O artigo 1.358-H pode ser analisado juntamente com o parágrafo único do artigo 1.358-C. O artigo 1.358-C preconiza que a Multipropriedade não se extingue se todas as frações pertencerem ao mesmo multiproprietário. Contudo, o artigo 1.358-H autoriza que se estabeleça um limite de quantidade de frações detidas pela mesma pessoa física ou jurídica.

Embora seja uma faculdade estabelecer a limitação, caso se estabeleça esse limite, à luz do artigo 1.358-C, parágrafo único, a Multipropriedade não poderá se extinguir se as frações pertencerem ao mesmo titular, razão pela qual fica em aberto a consequência da infringência de eventual restrição imposta, ante o conflito de normas.

O artigo 1.358 – I cuida dos direitos do multiproprietário, merecendo destaque o inciso IV, que trata da forma de votação nas assembleias gerais do condomínio. Os primeiros regimentos utilizados na Multipropriedade contavam o voto “por cabeça”, ou seja, por detentor de fração de tempo votante. Hoje, com o advento da lei, é possível a votação por unidade, elegendo-se um cabecel que leva para a Assembleia Geral, com o voto efetivo das frações que compõem a unidade.

Importante a análise do artigo em conjunto com a disposição constante do artigo 1.358-O, inciso VIII, que trata da possibilidade de Assembleias não presenciais, inclusive por meio eletrônico, o que deve constar expressamente do Regimento Interno.

Para a Multipropriedade em especial, o dispositivo garante maior participação e a extinção do “procurador profissional”. Vale ressaltar que os empreendimentos de Multipropriedade normalmente estão sediados fora do domicílio dos multiproprietários, o que dificulta, em muito, qualquer assembleia presencial.

Acerca das obrigações do multiproprietário, destacamos a necessidade de informar o administrador sobre eventual alienação ou oneração da unidade, porém, repisando-se não se tratar de obrigação de dar preferência, cuidando o artigo de mera comunicação. A inexistência do direito de preferência é especialmente tratada no artigo 1.358-L da lei.

A multa pelo descumprimento das obrigações deve estar expressamente prevista da Convenção e pode chegar ao limite da perda do direito de utilização do imóvel pelo período correspondente à fração, o que deve estar regulado pormenorizadamente com o procedimento a se adotar para esses casos, evitando futuras discussões.

Os artigos 1.358-M e 1.358-R regulam a Administração da Multipropriedade, atribuindo direitos, obrigações, mas nada dispendo acerca da responsabilidade do Administrador pela ingerência perante o multiproprietário, nem tampouco a forma de denúncia, quórum de destituição. Além disso, a lei impõe a obrigatoriedade de contratação de um Administrador Profissional, o que, embora salutar para essa modalidade de empreendimento, não deveria ser cogente.

O Condomínio Edilício poderá adotar o regime misto (Edilício e Multipropriedade), segundo regra prevista no artigo 1.358-O. Para que adote a Multipropriedade, a lei exige aprovação da maioria absoluta dos condôminos. Como se trata de alteração significativa, a sugestão é de que Convenção estabeleça quórum superior (unanimidade), para evitar qualquer celeuma futura.

Embora várias disposições tenham sido trazidas para a Convenção Condominial (artigos 1.332 e 1.334 do Código Civil, e 1.358-G), a lei dispõe expressamente que a Convenção será complementada pelo Regimento Interno e Regulamento de Uso (artigo 1.358-Q), trazendo um rol de assuntos que deverão ser incluídos, obrigatoriamente.

Adiante, o artigo 1.358-S regula as prerrogativas concedidas ao condomínio para os casos de inadimplência na Multipropriedade. O condomínio poderá, além de adjudicar a fração de tempo, a seu critério, proibir de utilizar o imóvel; incluir a

fração do inadimplente no pool da administradora e o produto da locação ser utilizado para pagamento das dívidas até integral quitação.

A lei ainda permite a renúncia do multiproprietário do seu direito em favor do condomínio, desde que esteja adimplente com suas obrigações perante o condomínio e obrigações tributárias, não se tratando de cessão onerosa ou gratuita, mas de renúncia translativa de direito.

Nesse aspecto, a lei sofreu severas críticas, visto que essa renúncia transfere obrigações aos demais condôminos, multiproprietários que terão de suportar os custos absorvidos pelo condomínio.

A lei altera ainda o artigo 176 da Lei nº 6.015/1973, Lei de Registros Públicos, informando que deverão ser abertas matrículas individualizadas para cada fração de tempo.

Contudo, a lei franqueou à municipalidade a possibilidade de fracionar a inscrição municipal para cobrança do IPTU.

A lei sofreu vetos relativos à questão do IPTU e essa falta de regulação tem repercutido de diferentes formas entre os municípios onde existem empreendimentos de multipropriedade.

Isso porque, caso o município opte por não fracionar as unidades, por vezes até por falta de aparelhamento público, em havendo inadimplência IPTU e ante a individualização das matrículas, resta o questionamento de quem responderá pelo débito.

Importa ainda informar que, no regime de multipropriedade, usualmente se reserva fração de tempo para realização de reparos e manutenção, e a lei prevê a dispensa da abertura da matrícula relativa a essas frações de tempo.

Concluimos, com a lição do doutrinador Sílvio de Salvo Venosa:

(...) O novo texto legal regula a possibilidade de registro dessa nova modalidade de propriedade em nome de cada condômino fracionário. Por outro lado, não há incompatibilidade de aplicação dos princípios norteadores da *Lei 4.591/1964* ou do Código Civil à multipropriedade, como agora especificado no mais recente texto legal. Também aqui se levam em conta a convenção, ou ato normativo, o regulamento ou regimento e os direitos de vizinhança. Caberá à doutrina e aos tribunais estabelecer a harmonização de situações de fato emergentes com a legislação.(...)³

A possibilidade de dar acesso a todos ao mercado de lazer a outros produtos mais restritos beneficia toda uma cadeia produtiva. A validação legislativa da Multipropriedade é um reflexo das mudanças que ocorrem no mundo, a prova de que não podemos resistir aos anseios de um mercado sedento por consumir de forma mais eficiente, acessível e econômica.

Referências Bibliográficas

Venosa, Sílvio de Salvo. Multipropriedade (time sharing). **Migalhas**, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI295907,-61044-Multipropriedade+time+sharing>

Economia do Compartilhamento. **Wikipedia**, 2019. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Economia_do_compartilhamento Cita «Infographic: The Rise of the Sharing Economy». Statista Infographics. Consultado em 29 de dezembro de 2015

Manual de Melhores Práticas para Multipropriedades Turísticas – SecoviSP

³ <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI295907,61044-Multipropriedade+time+sharing>



A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E AS INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS: A PROTEÇÃO LEGAL AO ADQUIRENTE

CINIRA GOMES LIMA MELO

DANIEL BUSHATSKY

Sumário

1. Introdução. 2. Breves comentários sobre o instituto da Recuperação Judicial. 3. A Recuperação Judicial e as Incorporadoras Imobiliárias. 4. Conclusões. 5. Bibliografia.

1. Introdução

O Brasil enfrentou um período de quase recessão econômica¹. O mercado imobiliário, naturalmente, também foi impactado por esta crise, com a diminuição de transações, seja na compra e venda de terrenos, incorporações imobiliárias, alienação de imóveis novos ou de terceiros, e assim por diante.

Consolidadas e tradicionais incorporadoras sentiram a retração do mercado, refletidas ora na desvalorização de suas ações no mercado de capitais², ora na necessidade de se socorrerem do instituto da Recuperação Judicial, evitando a falência.

No tocante à recuperação judicial, como veremos no próximo item, é uma medida jurídica legal utilizada para soerguer a sociedade empresária, que passa por uma crise contábil, econômica e/ou financeira momentânea, mas que pode e deve continuar a contribuir com a econo-

mia nacional. Ou seja, a sociedade empresária que enfrenta dificuldades para honrar seus compromissos financeiros e/ou negociais, possui uma alternativa legal para buscar a reestruturação dos seus negócios, definindo um plano de recuperação judicial, com obrigações e deveres, visando sanar a crise, possibilitando condições que permitam restabelecer sua capacidade de gerar riquezas e dar continuidade à sua atividade empresarial.

Por outro lado, em especial as incorporadoras imobiliárias, foco do presente estudo, podem se socorrer da recuperação judicial, mas devem atentar a outras legislações, principalmente a que rege o patrimônio de afetação, que tem como objetivo proteger o adquirente da unidade autônoma.

Nos próximos itens, faremos a intersecção entre a recuperação judicial e as incorporadoras imobiliárias, apresentando a posição mais recente da jurisprudência quanto ao tema, desde já alertando que há entendimento no sentido de que sociedades de propósito específico, com patrimônio de afetação, não podem se valer do instituto.

Por fim, vale lembrar de publicação do jornal O Estado de São Paulo³ acerca do levantamento feito no período de 2010 a 2018 pelo Obser-

¹ O Brasil mal saiu de uma recessão e já caminha para outra. Os dados de maio dos três principais setores produtivos — indústria, comércio e serviços — mostram a paralisia da economia. Para alguns especialistas, o fraco desempenho das atividades terá impacto no Produto Interno Bruto (PIB) do segundo trimestre de 2019, que pode ser negativo. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2019/07/13/internas_economia,770538/ultimos-indicadores-preocupam-e-apontam-recessao-economica-iminente.shtml>. Acesso aos: 30.09.19.

² [...] as ações da Gafisa(GFSA3) são negociadas com queda de 2,59% a R\$ 5,27 na bolsa paulista. [...]Sem lançamentos, Gafisa tem prejuízo de R\$ 46 milhões no 1º trimestre. Disponível em: <<https://moneytimes.com.br/gafisa-recua-mais-de-2-apos-balanco-btg-recomenda-evitar-acoes-da-companhia/>>. Acesso em: 30.09.19.

³ Pereira, Renée – O Estado de S. Paulo, publicação 15.09.2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral-em-sp-quase-60-das-empresas-em-recuperacao-judicial-viram-zumbis,70003010571.amp>> Acesso em 20 de set.19.

vatório de Insolvência da PUC-SP⁴, que tem por objeto a análise de dados a respeito das empresas em crise que se dirigem ao Poder Judiciário e a real efetivação dos meios de recuperação⁵: somente 18,2% das companhias têm tido êxito com o instituto.

Assim, claro é que o instituto da Recuperação Judicial deve ser avaliado e alinhado de acordo com a possibilidade real de soerguimento da empresa em crise.⁶

2. Breves comentários sobre o instituto da Recuperação Judicial

A Lei nº 11.101/2005 (“LRJF”) instituiu dois procedimentos de recuperação de empresas: a recuperação judicial, com o procedimento comum e o especial para a pequena empresa; e a recuperação extrajudicial. Estes institutos vieram para substituir a concordata, prevista no Decreto-lei nº 7.661/1945 que, com o passar dos anos, tornou-se ineficaz na tentativa de auxiliar o empresário a superar a crise. A mesma Lei trata da falência - não é o objeto deste trabalho -, valendo ressaltar, entretanto, que a sociedade empresária que não cumpre o plano de recuperação judicial tem a sua falência decretada.

Os artigos 47 e seguintes da legislação falimentar instituem o procedimento de Recuperação Judicial

com “o objetivo de viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor; a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.⁷

A LRJF modificou o paradigma: os procedimentos de recuperação de empresas passam a contar com a participação efetiva dos credores na tomada de decisões sobre o futuro da empresa em crise, diferente da concordata, que era considerada como um “favor legal”, pois, era concedida independentemente da participação dos credores.

A ideia de recuperação de empresas trazida pela legislação vigente está calcada, fundamentalmente, em três princípios: i) função social; ii) preservação da empresa⁸ e iii) impacto social da crise da empresa.

Fabio Ulhôa Coelho explica que a empresa cumpre sua função social quando “[...] gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a em-

⁴ Também disponibilizado em: <<https://abj.org.br/cases/2a-fase-observatorio-da-insolvencia/>>.

⁵ De acordo com a pesquisa, que avaliou 906 processos, apenas 18,2% das companhias têm tido sucesso na recuperação judicial e 24,8% vão à falência por não cumprir o plano. As demais ficam num limbo e protelam cada vez mais a saída do processo, diz o professor da PUC-SP, Marcelo Barbosa Sacramone, juiz da 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de São Paulo. Ele explica que, muitas vezes, o devedor prefere não sair da recuperação para não correr o risco de perder seus ativos. Mas isso só ocorre porque a empresa não conseguiu, de fato, se reestruturar para honrar todos os compromissos com a própria geração de caixa. Nessa situação, permanecer no ambiente judicial evita que os credores executem suas dívidas e levem a empresa à derrocada. [...] **Círculo vicioso.** Na avaliação de Marcelo Sacramone, porém, manter o selo da recuperação judicial representa uma série de complicações e ônus para o empresário, como a dificuldade para obter crédito e limitações com os fornecedores. “Há um círculo vicioso: ninguém empresta porque acha que a empresa pode falir e a empresa acaba falindo porque ninguém empresta.” Nos Estados Unidos, ao contrário daqui, há um mercado de financiamento de empresas em recuperação judicial, diz Seixas, da A&M.

⁶ Daniel Carnio explica: Na recuperação judicial, conforme já visto, busca-se preservar os benefícios econômicos e sociais decorrentes da atividade empresarial através da ajuda que se dá à empresa em crise para superação do momento de dificuldade, a fim de permanecer em atividade, criando-se um ambiente adequado para que exista uma negociação equilibrada e transparente entre devedora e seus credores, o que resultará na adequação dos interesses envolvidos no processo e também na preservação da atividade empresarial. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/214/edicao-1/recuperacao-judicial---procedimento>>. Acesso em: 29/9/19.

⁷ Artigo 47 da Lei nº 11.101/2005.

⁸ Sobre o princípio da preservação da empresa, defendemos: “O princípio da preservação da empresa protege o núcleo da atividade econômica e, portanto, da fonte produtora de serviços ou mercadorias, da sociedade empresária, refletindo diretamente em seu objeto social e direcionando-a, sempre, na busca do lucro”. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/220/edicao-1/principio-da-preservacao-da-empresa>>. Acesso em: 29/9/19.

presa está cumprindo a sua função social [...]”.⁹

A empresa em crise pode não cumprir a sua função social, pois não está em condições de exercer plenamente as suas atividades, ponto em que se justifica a preocupação do legislador recuperacional.

É cediço que a empresa é definida como a atividade econômica organizada para a produção de bens e serviços exercida por um sujeito, empresário individual, empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI -, ou sociedade empresária. Desse conceito, surge o fundamento do princípio da preservação da empresa, com o objetivo de manutenção da atividade econômica.

O objetivo do legislador, ao pretender a preservação da empresa, é proporcionar a continuação das atividades empresariais, mesmo que exercida por outras pessoas que não o empresário ou sociedade em crise.¹⁰

Neste princípio é que se justifica a previsão legal sobre os meios de recuperação judicial, exemplificados no artigo 50 da LRJF, como a possibilidade de cisão, fusão, incorporação de sociedades, venda de participações societárias, trespasse, dentre outros, como instrumentos de recuperação utilizados pelos empresários em crise.

Verifica-se que o legislador tenta concretizar este princípio até mesmo na falência, quando prevê certa ordem para a venda dos bens arrecadados, dando prioridade à venda da empresa como um todo, nos termos do artigo 142, da Lei nº 11.101/2005.

Assim, justifica-se a sua importância e menção expressa no artigo 47 da legislação recuperacio-

nal vigente.

Por fim, outro princípio importante na recuperação de empresas é o do impacto social da crise da empresa. Fábio Ulhôa Coelho explica que o exercício da atividade empresarial interessa a diversos grupos de pessoas, cada um com o seu grau de proximidade, aos empresários, sócios de sociedade empresária. Também, aos trabalhadores, consumidores, ao Estado, aos fornecedores etc. E, ainda, a atividade empresarial interessa a todos os brasileiros e à economia, pois atende aos interesses metaindividuais, coletivos e difusos.¹¹

Conclui o autor: “*Ele (referindo-se ao princípio do impacto social da crise da empresa) justifica que os mecanismos jurídicos de prevenção e solução da crise são destinados não somente à proteção dos interesses dos empresários, mas também, quando pertinentes, à proteção dos interesses metaindividuais relacionados à continuidade da atividade empresarial*”.¹²

Assim, o exercício da atividade empresarial interessa não somente àqueles diretamente envolvidos com ela, mas a toda a sociedade, pois os reflexos podem ser sentidos em diversos setores da economia.

No tocante às incorporadoras, é a praxe de mercado a constituição de sociedades de propósito específico para cada empreendimento, acarretando a necessidade de se discutir a possibilidade e a real necessidade de um litisconsórcio ativo para a superação da crise.

A LRJF, no seu artigo 1º, dispõe que são sujeitos ao regime falimentar e recuperacional o empresário e a sociedade empresária, nada dispondo sobre

⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

¹⁰ Lembre-se do princípio da viabilidade da empresa, nas palavras de Fábio Ulhôa Coelho: A viabilidade da empresa a ser recuperada não é questão meramente técnica, que possa ser resolvida apenas pelos economistas e administradores de empresas. Quer dizer, o exame da viabilidade deve compatibilizar necessariamente dois aspectos da questão: não pode ignorar nem as condições econômicas a partir das quais é possível programar-se o reerguimento do negócio, nem a relevância que a empresa tem para a economia local, regional ou nacional. Assim, para merecer a recuperação judicial, o empresário individual ou a sociedade empresária devem reunir dois atributos: Ter potencial econômico para reerguer-se e importância social. Não basta que os especialistas se ponham de acordo quanto à consistência e factibilidade do plano de reorganização sobre o ponto de vista técnico. É necessário seja importante para economia local, regional ou nacional que aquela empresa se organize e volte a funcionar com regularidade; em outros termos, que valha a pena para a sociedade brasileira arcar com os ônus associados a qualquer medida de recuperação de empresa não derivada de solução de mercado. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de falências e de recuperação de empresas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.177.)

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57-58.

¹² Ibidem. p. 58.

a possibilidade de litisconsórcio ativo.¹³

Porém, verifica-se que membros de grupos econômicos têm apresentado pedidos de recuperação judicial¹⁴ em conjunto.

Ao que parece, dada a dependência econômica existente entre os membros do grupo, tanto os de fato quanto os de direito, em caso de crise de um, alguns ou todos os membros, convém propiciar um tratamento unificado.

A unificação no tratamento da crise se justifica, pois, apesar da independência de titularidade patrimonial, certamente o pedido de recuperação judicial ou a declaração da falência de um membro do grupo acarretará consequências nos demais membros, especialmente quando haja, como já mencionado, dependência econômica. Nessa hipótese, haveria litisconsórcio ativo necessário.

Essa é a lição de Sacramone: “(...) *Diante desse ‘intransponível entrelaçamento negocial’ entre as sociedades, e não apenas por integrar grupo societário, cujas regras afinal foram desrespeitadas, deve ser reconhecida a chamada consolidação substancial, que é justamente a reprodução dessa atuação uma anteriormente existente na prática no processo de recuperação judicial. (...)*”¹⁵

Por outro lado, caso o grupo entenda que atingindo a crise somente um ou algum dos seus membros e não havendo dependência econômica entre eles, seria mais conveniente que somente o membro em crise se submetesse ao processo de recuperação judicial ou até com cada membro po-

dendo fazê-lo isoladamente.

Assim, parece que se trata de litisconsórcio ativo facultativo, cabendo ao grupo a decisão de agir em conjunto ou isoladamente.

Em ambos os casos, porém, alguns cuidados devem ser tomados.

3. A Recuperação Judicial e as Incorporadoras Imobiliárias

Nesse contexto, insere-se a discussão acerca da possibilidade da utilização do regime da recuperação judicial como instrumento para superação da crise vivida pelas incorporadoras imobiliárias.

A Lei nº 4.591/1964, na reforma instituída pela Lei nº 10.931/2004 (“Lei de Incorporações”), passou a regular a possibilidade de constituição de patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, com o objetivo de introduzir um sistema de proteção ao adquirente de unidades em incorporações imobiliárias, estabelecendo regramento para os casos de paralisação das obras, insolvência ou falência, com a constituição de Comissão de Adquirentes com poderes para determinar o destino da obra e a liquidação em separado do patrimônio de afetação, nos termos dos artigos 31-A a 31-F da mencionada legislação.

De acordo com o artigo 31-A da Lei nº 4.591/1964, o patrimônio de afetação¹⁶ se constitui a partir da vinculação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária, bem como, dos demais bens e direitos, mantendo-os apartados do patri-

¹³ O artigo 94, §1º da Lei nº 11.101/2005 prevê a possibilidade de litisconsórcio ativo na falência quando os credores desejam perfazer a alçada mínima de quarenta salários mínimos para apresentação do pedido.

¹⁴ Como exemplo, o pedido apresentado pelo Grupo Infinity, composto por doze sociedades que tramita na 2ª Vara de Falência e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo/SP, autos n. 100.09.151873-4.

¹⁵ SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 200.

¹⁶ Conforme explica Melhim: patrimônios de afetação são incomunicáveis por natureza. A incomunicabilidade é uma de suas características essenciais, pois, para cumprir sua finalidade de proteção de um bem socialmente relevante ou para assegurar a consecução de determinada atividade econômica merecedora de tutela especial, é indispensável que os bens afetados fiquem afastados dos efeitos de negócios estranhos ao objeto da afetação. A incomunicabilidade visa afastar riscos patrimoniais que possam prejudicar ou frustrar a realização da finalidade social e econômica definida para o patrimônio de afetação. É o caso, por exemplo, do imóvel destinado a moradia da família, que só responde pelas dívidas e obrigações vinculadas ao imóvel, entre elas o imposto predial, as quotas de condomínio, os salários dos empregados da casa e as contribuições previdenciárias relativas a esses empregados, entre outras. (Chalhub, Melhim Nanem. Incorporação imobiliária. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.98.

mônio do incorporador¹⁷ e vinculados à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

A constituição do patrimônio de afetação depende de declaração expressa no memorial de incorporação e da averbação de termo firmado pelo incorporador no Registro de Imóveis.

Realizada a afetação, será constituída a Comissão de Representantes dos adquirentes que, juntamente com a instituição financeira, deverão fiscalizar e acompanhar a obra, constituindo, se entenderem conveniente, pessoa física ou jurídica responsável por tal encargo.

O artigo 31-F da Lei nº 4.591/1964 estabelece os efeitos da decretação da falência ou insolvência civil do incorporador, determinando que o patrimônio de afetação não integrará a massa falida e estabelecendo um procedimento de liquidação em separado, procedimento, inclusive, reconhecido pelo artigo 119, IX, da Lei nº 11.101/2005.¹⁸

Assim, falindo o incorporador, caberá à Comissão de Representantes decidir o destino do empreendimento, destinando-se à massa falida somente eventual saldo credor ou devedor.

Obviamente, sendo a reforma de 2004, não tratou da Recuperação Judicial, que somente entrou em vigor no ano seguinte. Ocorre que a crise que assolou o País culminou em inúmeros casos de distratos imobiliários, o que afetou diretamente o equilíbrio econômico financeiro das incorporadoras. Para piorar, o mercado econômico brasileiro também não está em franco crescimento; pelo contrário, o País, para muitos economistas, está em recessão econômica, o que reflete nos negócios imobiliários direta e indiretamente.

Nesse sentido, constatamos pedidos de Recuperação Judicial apresentados, normalmente, em litisconsórcio ativo entre a incorporadora e todas as Sociedades de Propósito Específico constituídas.

A partir daí, colocou-se ao Poder Judiciário a análise sobre a compatibilidade entre o procedimento da Recuperação Judicial da Lei nº 11.101/2005 e as disposições específicas da Lei nº 4.591/2004.

O ponto fulcral da questão está em definir se as Sociedades de Propósito Específico (“SPEs”), constituídas para a realização de determinados empreendimentos imobiliários, poderiam ou não requerer Recuperação Judicial, considerando que seus principais credores seriam os adquirentes das unidades imobiliárias.

Apesar de não haver previsão legal expressa sobre o tema, o Tribunal de Justiça de São Paulo firmou entendimento pacífico pela incompatibilidade dos procedimentos¹⁹. Ainda não há posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, mas, pelo que nos parece e tendo em vista, inclusive, a proteção ao consumidor, deverá seguir a mesma linha.

Scalzilli, Spinelli e Tellechea possuem posicionamento no mesmo sentido: “(...) *no contexto recuperatório a LREF é omissa. De qualquer sorte, apesar da omissão, entende-se que deve ser respeitado o patrimônio de afetação (não estando sujeita à recuperação judicial, o que acaba por inviabilizar, apesar de inexistir impedimento jurídico, o ajuizamento da recuperação judicial de sociedades de propósito específico cujo patrimônio se confunde essencialmente com o patrimônio de afetação destinado à incorporação de empreendimentos imobiliários), uma vez que seria incompatível com a recuperação judicial. Assim, os adquirentes das unidades imobiliárias,*

¹⁷ A necessidade de autorização legal se explica por que a separação patrimonial relativiza o princípio segundo a qual o patrimônio constitui garantia geral dos credores e, ainda, o princípio da livre utilização do patrimônio por parte do seu titular. De fato, a permissão legal para a formação do patrimônios especiais faculta ao sujeito segregar ou excluir certos bens do seu patrimônio e dar-lhes destinação determinada, exclusiva; tal faculdade, se não disciplinada por regime legal especial e cercada de cautelas especiais, pode dar ensejo a fraude, daí a necessidade de intervenção legislativa, pela qual se estabeleça um regime especial de garantia a que a massa desse patrimônio estiver vinculada, com rigorosa limitação dos poderes atribuídos ao seu titular, condicionando o exercício desses poderes ao cumprimento da finalidade para qual tiver sido constituído o patrimônio separado. Assim, por exemplo, nos atos de natureza fiduciária, em que se constitui um patrimônio de afetação em nome do fiduciário, este só pode exercer sobre os bens afetados os direitos e as ações que sejam adequadas e necessárias à consecução da finalidade para a qual esses bens tenham sido afetados. (Chalhub, Melhim Nanem. Incorporação imobiliária. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.102).

¹⁸ Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas, prevalecerão as seguintes regras: (...) IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.

¹⁹ Vide julgamentos dos recursos: Ag. Inst. nº 2236772-85.2016.8.26.0000 e 2052507-11.2017.8.26.0000.

na forma da legislação especial, devem decidir o rumo a ser dado ao empreendimento em cenário de insolvência.”²⁰

Caso relevante foi o do *Grupo Viver*, que contemplava diversas SPEs, com e sem patrimônio de afetação, que apresentaram pedido de Recuperação Judicial em litisconsórcio ativo.

Nesse caso, o Tribunal de Justiça destacou as disposições da Lei de Incorporações, ressaltando a limitação imposta aos incorporadores, na medida em que deve prevalecer o direito dos adquirentes quanto ao futuro do empreendimento. Entretanto, ressaltou a possibilidade de concessão da Recu-

peração Judicial para as sociedades de propósito específico com obras já encerradas e unidades entregues (em abstrato, pois, em tese, não há mais patrimônio), ou para hipóteses de deliberação prévia dos adquirentes, por meio de assembleia própria, em torno do desinteresse no prosseguimento da obra²¹.

Ressaltou o Tribunal de Justiça de São Paulo que, mesmo para os casos em que, eventualmente, se admita recuperação judicial das SPEs com patrimônio de afetação, **não se tem admitido o fenômeno da consolidação substancial**, ou seja, da apresentação de plano de recuperação judicial

²⁰ SCALZILLI, João Pedro. Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018, p. 344-345.

²¹ Recuperação judicial. Stay period. Lapso de 180 dias do art. 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005, de natureza material, de modo que a sua contagem deve se dar em dias corridos. Inaplicabilidade da forma de contagem em dias úteis instituída no art. 219 do CPC/15. Impossibilidade de se ignorar casuisticamente o critério técnico-operacional da lei geral em nome da consecução de duvidoso interesse da Lei nº 11.101/2005 em prolongar o período de reorganização da devedora previamente à discussão do plano. Decisão agravada, que determinou a recontagem do prazo por tal critério, reformada. Agravo de instrumento provido nessa parte. **Recuperação judicial. Pedido conjunto entre incorporadoras controladoras de grupo econômico e sociedades de propósito específico (SPEs) constituídas para a condução dos empreendimentos imobiliários, algumas delas com patrimônios de afetação vinculados ao empreendimento respectivo. Agravo de banco-credor para exclusão dessas últimas. Pertinência. Instituto da recuperação judicial que, dadas as características das incorporações imobiliárias e a singular posição nelas ocupada pelos adquirentes de unidades (residenciais ou não), inclusive quanto à natureza do direito correspondente (direito ao recebimento das unidades, e não de natureza pecuniária), não se compatibiliza com situações dessa ordem, estando pendentes as obras. Limitação da autonomia do incorporador. Prerrogativas atribuídas aos adquirentes, mesmo antes da Lei nº 10.931/2004, de fiscalização e deliberação em torno da continuidade da obra, em caso de crise. Recuperação de que somente se poderia cogitar em abstrato para sociedades de propósito específico com obras já encerradas e unidades entregues, ou para hipóteses de deliberação prévia dos adquirentes, por meio de assembleia própria, em torno do desinteresse no prosseguimento da obra. Incompatibilidade que se acentua na hipótese de existência de patrimônio de afetação, como no caso examinado. Patrimônio segregado por lei mesmo na hipótese de falência e que exclui por igual a possibilidade de recuperação judicial, enquanto não encerrado. Proteção que se volta não apenas aos adquirentes mas também, por expressa disposição legal, ao financiador da obra, como forma de favorecer e estimular o crédito.** Impedimento que persiste, assim, mesmo se eventualmente concluída a obra, mas não liquidadas as obrigações para com o financiador. Inteligência dos arts. 119, IX, da LRF, 31-A, 31-E, 31-F e 43, VII, da Lei nº 4.591/64. Recurso provido também nessa parte, para exclusão do processo recuperacional de todas as SPEs nessa condição, referidas na decisão agravada. (TJSP -Agravo de Instrumento 2236772-85.2016.8.26.0000; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 12/6/2017; Data de Registro: 20/6/2017).

único para todas elas²².

Outro caso importante foi o do *Grupo PDG*, cujo pedido de recuperação judicial foi apresentado pela incorporadora em litisconsórcio com nada menos do que 512 SPEs. O Tribunal de Justiça de São Paulo manteve o mesmo posicionamento no sentido de excluir as SPEs com patrimônio de afetação, mantendo-se o litisconsórcio entre as demais.²³

Dessa forma, considerando o posicionamento jurisprudencial firmado, podemos estabelecer alguns parâmetros para análise dos direitos dos adquirentes nos casos de Recuperação Judicial das incorporadoras imobiliárias:

- i) Para os casos em que não haja patrimônio de afetação regularmente constituído, não há impedimento legal para o deferimento do processamento da recuperação judicial com as SPEs. Caberá à devedora explicar os motivos, principalmente aos credores, da ausência de constituição regular da afetação;
- ii) Para os casos em que haja patrimônio de afetação regularmente constituído, o entendimento jurisprudencial é no sentido da incompatibilidade do processo de recuperação judicial, já que deve prevalecer o interesse dos adquirentes, nos

termos do disposto na Lei nº 4.591/1964;

iii) Excepcionalmente, pode-se admitir a recuperação judicial das SPEs com patrimônio de afetação cujas obras já estiverem encerradas ou quando já tenha ocorrido deliberação, prévia, dos adquirentes, por meio de assembleia própria, em torno do desinteresse no prosseguimento da obra. Particularmente, não vemos interesse prático, pela morosidade da recuperação judicial e o reduzido patrimônio da SPE para fazer frente aos credores. Ainda, há o risco de confusão patrimonial entre sociedades com personalidades jurídicas distintas.

Assim, não resta dúvida de que a análise acerca da possibilidade do deferimento do processamento da recuperação judicial para as incorporadoras imobiliárias deverá considerar as circunstâncias de cada caso, reconhecendo-se, entretanto, a limitação estabelecida pela Lei de Incorporações que, explicitamente, optou – o que é positivo, diga-se – por proteger os adquirentes.

4. Conclusões

A crise econômica que abalou o Brasil teve reflexos diretos e indiretos nas incorporadoras. Basta

²² Recuperação judicial. Grupo Viver. Incorporadoras e SPEs responsáveis pelos empreendimentos, em pedido conjunto (consolidação processual). **Decisão agravada que determinou que as SPEs com patrimônio de afetação instituído deveriam formular planos distintos, admitindo assim consolidação substancial apenas no que diz respeito às controladoras e SPEs sem essa garantia. Inconformismo das recuperandas, buscando assegurar a consolidação substancial para todas as empresas do grupo, com apresentação de plano unitário e massificação da posição dos credores em relação ao conjunto das devedoras. Descabimento.** Julgamento de outro agravo de instrumento, interposto por banco credor contra a mesma decisão aqui recorrida, no qual se adotou solução diametralmente oposta, recusando-se sequer a possibilidade de requerimento de recuperação por parte das SPEs com patrimônio de afetação e excluindo-as do processo. Pedidos subsidiários aqui formulados pelas agravantes, visando o reconhecimento de que em alguns casos os patrimônios de afetação não mais subsistiriam, igualmente impertinentes. Desnecessidade, nos casos em que já concluídas as obras e abertas matrículas individuais para as unidades, de transporte da averbação do gravame para cada uma delas. Alegação de extinção total de algumas obrigações, inclusive bancárias, quanto a alguns dos empreendimentos, desmentida em relatório da Administradora Judicial. Necessidade, de todo modo, de providências, por parte das sociedades de propósito específico envolvidas, no sentido do levantamento da averbação. Presunção, enquanto pendente essa, de pendência de obrigações não liquidadas. Irrelevância do momento em que instituída a afetação, tendo em vista o argumento de que em muitos casos contemporânea ao final das obras. Vinculação do patrimônio de afetação à satisfação também das dívidas anteriores. Irrelevância, por igual, da alegada (e de resto não comprovada) ausência de benefícios fiscais a algumas das SPEs por conta da afetação. Pretensão recursal prejudicada, por outro lado, quanto ao pedido de modificação do critério de contagem de prazo para a apresentação do plano, visto que formulado tendo em conta a situação prevista na decisão agravada, que acabou sensivelmente modificada no julgamento de outros agravos, certamente exigindo que novos prazos sejam concedidos para a promoção das adequações determinadas. Agravo de instrumento das recuperandas parcialmente conhecido e nessa parte desprovido. (TJSP - Agravo de Instrumento 2007654-14.2017.8.26.0000; Relator (a): Fabio Tabosa; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 12/6/2017; Data de Registro: 20/6/2017)

²³ Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Plano aprovado. Inexistência de irregularidade a reconhecer. Ausência de violação à paridade de tratamento dos credores. Opções para o pagamento a que qualquer credor pode livremente aderir, sequer alvitrada ilícita cooptação, com isso, para votação em assembleia. Taxa de juros que se explicita conforme índice expressamente identificado. **Patrimônios de afetação claramente excluídos do feito recuperatório.** Cláusula a respeito indicada que, em caso de inadimplemento, não é impeditiva de falência senão mediante prévia assembleia. Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP - Agravo de Instrumento 2023264-85.2018.8.26.0000; Relator (a): Claudio Godoy; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; Data do Julgamento: 10/9/2018; Data de Registro: 14/9/2018)

ver o número expressivo de *distratos* de aquisição de unidades, a desvalorização das ações de incorporadoras listadas no mercado de capital e os pedidos de recuperação judicial existentes.

Em nossa visão, o instituto da recuperação judicial é um meio legal e hábil de reversão da crise, porém deve ser sopesado com a real viabilidade da empresa, sempre em atenção aos princípios da preservação e função social empresa.

Nas incorporadoras, em especial, o instituto deve ser utilizado excluindo-se as SPEs com patrimônio de afetação e as SPEs que não tenham patrimônio real para garantir os débitos da recuperanda, sob pena de fracasso do instituto e, quiçá, deixar margem a argumentos de confusão patrimonial inexistentes.

5. Referências Bibliográficas

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada: Lei nº 11.101/2005: comentário artigo por artigo**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

CHALHUB, Melhim Nanem. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial: falência e recuperação de empresa e direito marítimo**. 7.v. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Comentários à lei de falências e da recuperação de empresas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 15. ed. 3.v. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Daniel Cárnio. Reflexões sobre processos de insolvência: divisão equilibrada de ônus, superação do dualismo pendular e gestão democrática de processos. In: ELIAS, Luís Vasco (coord.). **10 anos da Lei de recuperação de empresas e falência: reflexões sobre a reestruturação empresarial no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 87-112.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LOBO, Jorge. **Da recuperação da empresa**. São Paulo: Lumen Juris, 1993.

_____. Direito da crise econômica da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXXVI, n. 09, p. 64-92, janeiro-março/1998.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Pressupostos da recuperação judicial. In: COELHO, Fábio Ulhoa. **Tratado de direito comercial**. 7. v. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 164-180.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Os direitos do compromissário comprador diante da falência ou recuperação judicial do incorporador de imóveis. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. 76. v. abr-jun, 2017.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018.



A TITULAÇÃO DOS IMÓVEIS RURAIS NO BRASIL: DAS SESMARIAS ÀS MATRÍCULAS GEORREFERENCIADAS

ESTELA MARIA LEMOS MONTEIRO SOARES DE CAMARGO

AMANDA SALIS GUAZZELLI

Neste breve artigo, pretendemos passar um olhar pela titulação dos imóveis rurais no Brasil, desde seu descobrimento até os dias de hoje, partindo da ocupação indígena até as matrículas georreferenciadas.

Quando Pedro Álvares Cabral aportou na costa baiana, no ano de 1500 D.C., as terras brasileiras eram ocupadas por indígenas nativos. Prevalencia a ocupação, visando a sobrevivência com os recursos naturais, abundantes na época.

Um pouco antes disso, os Reinos de Portugal e Espanha (Coroa de Castela) haviam firmado o Tratado de Tordesilhas (1494 D.C.), acordando a divisão das terras “descobertas e a descobrir” fora da Europa. Traçaram uma linha imaginária, que passava a 370 léguas de Cabo Verde. O território a Oeste dessa linha pertenceria a Portugal, e o território a Leste da citada linha ficaria com a Espanha.

O Tratado de Tordesilhas buscava evitar os conflitos entre as grandes potências desbravadoras da época, que se aventuravam nas descobertas pelo Novo Mundo. Assim, quando Pedro Álvares Cabral aportou na costa baiana, no dia 22 de abril de 1500 (dois meses depois do Carnaval!), já estaria definida a titularidade das terras brasileiras, inobstante a ocupação ali existente dos indígenas.

Não cabe nesta análise jurídica da titulação das terras uma digressão histórica muito aprofundada, por mais que estejamos tentadas a seguir nessa pesquisa, mas o certo é que a Coroa de Portugal precisava colonizar as terras do Novo Mundo, que já despertavam interesse, não apenas dos espanhóis, com quem se disputavam os limites, como também dos ingleses, franceses, corsários, piratas e outros interessados no pau-brasil e outras possíveis riquezas que aqui poderiam existir.

O fato é que, em 1504, foi doada a Fernão de Noronha a primeira Capitania Hereditária no Brasil – consistente no arquipélago formado pelas ilhas descobertas em 1503 por Gonçalo Coelho –, mui-

to embora o sistema de capitanias hereditárias tenha sido implementado apenas em 1534 no Brasil, seguindo o exemplo, até então bem-sucedido, das ilhas Madeira e Açores. Outra Capitania Hereditária, a Capitania de São Vicente, foi atribuída a Martim Afonso de Souza e continha dois lotes: primeiro lote (Macaé e Caraguatatuba) e segundo lote (Bertioga e Cananeia/Ilha do Mel). Entre os anos de 1534 e 1535, foram doadas 15 capitanias hereditárias ao longo da costa brasileira.

As Capitanias eram doadas e ao donatário restava a obrigação de desenvolver e cultivar o território, com recursos próprios. Importante notar que a Carta de Doação das Capitanias Hereditárias não transmitia a propriedade destas (que permanecia da Coroa Portuguesa), mas sim a sua posse, dando ao donatário autoridade máxima dentro da sua Capitania. As Capitanias poderiam ser transmitidas, por sucessão, aos herdeiros do donatário, mas não podiam ser livremente alienadas.

O sistema das Capitanias durou cerca de 17 anos, mas as áreas eram muito grandes e o sistema dava ao Capitão Donatário muita autonomia. Por volta de 1550, o Rei de Portugal substituiu o sistema das Capitanias pelo sistema de Governador-Geral, sistema esse que durou mais ou menos três séculos.

As terras seguiram sendo doadas em sesmarias, da seguinte forma: (i) o sesmeiro recebia uma Carta de Doação da Sesmaria; (ii) a Carta de Doação era levada a registro na Provedoria da sede da Capitania; (iii) o Sesmeiro deveria utilizar e desenvolver as terras no prazo estabelecido na Carta de Doação; (iv) a doação da sesmaria era confirmada pelo Rei de Portugal. As terras que não eram exploradas e cultivadas retornavam à Coroa, como terras devolutas.

Esse sistema de sesmarias vigorou por um longo período. Mesmo com a promulgação da independência do Brasil, em 1822, não havendo legislação editada pelo Império, vigorava no Brasil a situação fática da posse, ou seja, as pessoas que

ocupavam e cultivavam as terras eram reconhecidas como legítimos posseiros. A Constituição de 1824 também nada dispôs sobre a continuidade da privatização das terras públicas.

E assim o foi até a promulgação da Lei de Terras (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850), mais especificamente em 1854, quando referida lei foi posta em vigor, através da regulamentação trazida pelo Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854.

Mas um pouco antes disso, mais precisamente em 21 de outubro de 1843, *“Dom Pedro Segundo, por Graça de Deos, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brasil, Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que a Assembléa Geral Decretou, e Nós Queremos a Lei...”*. Tratava-se da Lei Orçamentária nº 317 que, em seu artigo 35, criou o Registro Geral de Hypothecas, nos lugares e pelo modo que o Governo estabelecer nos seus Regulamentos.

Vejam, então, que a questão do crédito precedeu à propriedade em nosso ordenamento. Vale dizer, a inscrição da hipoteca foi anterior à transcrição da propriedade, que foi instituída pela Lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864, e regulamentada pelo Decreto nº 3.453, de 26 de abril de 1865. A citada Lei nº 1.237 substituiu a tradição da coisa pela transcrição do título, de modo que o contrato gerava obrigação entre as partes e a transcrição promovia a transmissão da propriedade.

Pois bem, voltando à Lei de Terras, de 1850: o objetivo desta legislação era criar um sistema de demarcação das terras, identificando o que seriam as terras de particulares e as terras públicas. A partir de então, a terra só poderia ser adquirida através de compra, não sendo permitidas novas concessões de sesmarias ou mesmo a ocupação fundada na posse. Como se vê, a lei intentava resolver tanto a situação passada das terras como o futuro para transferência destas.

As terras já ocupadas deveriam ser declaradas e reconhecidos seus limites, perante o vigário da paróquia onde estavam localizadas. Trata-se do chamado “Registro do Vigário”, cujo objetivo era de levantamento cadastral e estatístico. Vale mencionar que tais registros vieram a auxiliar, muitos anos depois, na comprovação de posse de imóveis rurais.

Buscava-se com esse sistema aclarar e regularizar a questão da titularidade dos imóveis rurais, identificando: (i) as terras não distribuídas em sesmarias (equivocadamente chamadas de terras devolutas); (ii) as terras dadas em sesmarias, cultivadas e desenvolvidas e que tornavam seus titulares sesmeiros legítimos; (iii) as terras dadas

em sesmaria que não foram cultivadas e seus titulares seriam sesmeiros ilegítimos; e, finalmente, (iv) as terras ocupadas por pessoas sem título, os posseiros.

A Lei de Terras continha uma preocupação ambiental incipiente, já que não considerava, para fins de comprovação do aproveitamento da terra, os roçados, derrubadas ou queimas de matos ou campos, levantamentos de ranchos e outros atos de natureza semelhante se não fossem estes acompanhados da cultura efetiva e morada habitual.

Foi criada a Repartição Geral das Terras Públicas e cada Província teria um Juiz Comissário, nomeado pelo Presidente da Província. Ocorre que as demarcações somente eram feitas a pedido do ocupante das terras e, talvez, isso – aliado à dificuldade técnica e imprecisão das descrições das sesmarias – tenha sido o motivo determinante do insucesso desse processo.

Uma particularidade: a Província onde mais foram demarcadas terras foi a Província de São Pedro, no Rio Grande do Sul. Uma possível explicação para isso seria o fato de que essa região concentrou imigrantes, em terras menores para os padrões da época, e estes ocupantes teriam maior interesse em ter sua propriedade devidamente reconhecida pelo Estado.

Aqui cabe uma análise do que se entendia por terras devolutas. Na época colonial, eram devolutas as terras que retornaram à Coroa Portuguesa, porque os donatários não teriam cumprido as obrigações da Carta de Doação (não teriam cultivado ou desenvolvido as terras). Na vigência da Lei de Terras, “terras devolutas” seriam as terras não ocupadas, não tituladas por algum particular e que também não estavam sob os cuidados do Estado (seja nacional, provincial ou municipal).

Em 1890, logo após a Proclamação da República, através do Decreto 451-B, de 31 de maio de 1890, foi criado o sistema do Registro Torrens, de origem australiana, que seria um método alternativo e facultativo, para dar maior segurança à titulação da propriedade, ainda pouco segura e ineficaz na época. O Registro Torrens, na visão de seu idealizador, Sir Robert Torrens, consistia em providências que dariam excepcional segurança às transações imobiliárias. Seria uma forma de registro diferenciada, pois, uma vez efetivado, forneceria ao proprietário um título com força absoluta, não admitindo prova em contrário. Mas foi pouco utilizado. O Registro Torrens chegou a ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão de 3 de agosto de 1895. Entretanto, a Lei Orçamentária nº 3.446, de 31 de dezembro de 1917, reafirmou que o Registro Torrens continua-

va em vigor. E o sistema vigora até hoje, por força da Lei nº 6.015/73, mas ainda com pouca adesão.

Em 1891, tivemos a promulgação da primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Essa Constituição, negociada por mais de dois anos, após o encerramento do Império e proclamação da República, estabeleceu as principais características do Estado brasileiro, como o presidencialismo, sistema federativo, independência entre poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), separação entre Estado e religião (estado laico).

Na Constituição de 1891, estava previsto que pertenciam aos Estados as minas e as terras devolutas, situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente os terrenos de marinha e a porção do território que fosse indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Com isso, voltamos à necessidade de identificação do que seriam as “terras devolutas”. Terras devolutas são terras públicas sem destinação pelo Poder Público e que, em nenhum momento, integram o patrimônio de um particular, ainda que estejam irregularmente sob sua posse. O termo “devoluta” relaciona-se ao conceito de terra devolvida ou a ser devolvida ao Estado.

Cabendo aos Estados regular a questão fundiária em seu próprio território, competia a cada um deles estabelecer sua legislação. Alguns exemplos: foi promulgada pelo então Presidente do Estado de São Paulo, Doutor Bernardino de Campos, a Lei nº 323, de 22 de junho de 1895, que dispõe sobre as terras devolutas, sua medição, demarcação e aquisição, sobre legitimação ou revalidação das posses e concessões, discriminação do domínio público do particular.

Nos termos da citada legislação paulista, as posses de terras que, não tendo outro título de aquisição, além da própria ocupação, se estivessem cultivadas ou com princípio de cultura e morada habitual do ocupante, estariam sujeitas à legitimação.

Por sua vez, o Estado da Bahia promulgou a Lei nº 86, em 18 de julho de 1895, que dispõe sobre terras devolutas, legitimação de posse, medição e demarcação de terras particulares, revalidação de sesmarias, além de extinguir as aldeias de índios. Um pouco mais tarde, foi promulgada a Lei nº 198, de 21 de agosto de 1897, que de forma mais abrangente, a nível estadual, tratou do tema, criando comissões de agrimensores sob direção

de um Inspetor Geral para realizar os trabalhos de discriminação das terras particulares das terras devolutas, “fazendo-as medir e demarcar e descrever”.

No Estado do Paraná, foi editada a Lei nº 68, de 20 de dezembro de 1892, nos mesmos moldes das legislações anteriormente mencionadas. Essa legislação continha previsão especial: o Estado poderia alienar suas terras, na extensão de seus domínios, para aqueles que se propusessem, pelo trabalho, a torná-las úteis ou, então, fazer algum serviço que viesse beneficiar a comunidade. Foi nesse sentido que o Estado, sem muitos recursos financeiros, repassou grandes quantidades de terras a empresas privadas. Um exemplo concreto desse tipo de atitude foi a concessão de 515.000 alqueires à Companhia de Terras Norte do Paraná, então controlada por ingleses. O controle da companhia, cuja denominação foi alterada para Companhia Melhoramentos do Norte do Paraná, foi adquirido por brasileiros (Gastão Mesquita Neto e Gastão Vidigal, entre outros), no Governo de Getúlio Vargas, transferindo-se ao Poder Público a Estrada de Ferro São Paulo-Rio Grande, que havia sido construída pela Companhia de Terras Norte do Paraná.

Retomando nossa história, em 1916 foi promulgado o Código Civil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), que passou a vigorar a partir de 1º de janeiro de 1917.

Cabe aqui uma breve contextualização histórica. Os efeitos da Revolução Francesa demoraram a chegar na América Latina. Aponta-se que as relações capitalistas de produção começaram a ser introduzidas na América Latina a partir da 2ª metade do século XIX.¹ São dois os pressupostos do sistema capitalista no que tange à terra; propriedade privada absoluta e possibilidade de mercantilização. Embora a Lei de Terras já tivesse dado um passo em direção a esta conceitualização, foi no Código Civil de 1916 que expressamente se assegurou “ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua” (art. 524).

Além disso, em relação à transferência da propriedade, o artigo 530 do mencionado Código Civil, estipula que a propriedade se transfere pela transcrição do título perante o registro de imóvel competente. Nas palavras de Décio Antônio Erpen e João Pedro Lamana Paiva, “*são os seguintes os pontos culminantes da codificação: a) que*

¹ VARELA, Laura Beck. Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 195

os direitos reais sobre imóveis, constituídos ou transmitidos, por atos intervivos só se adquirem depois da transcrição do referido título, no Registro de Imóveis (arts. 532 a 676); b) que se presume pertencer o direito real à pessoa em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu (art. 859); c) que os atos sujeitos à transcrição não transferem domínio, senão da data em que se transcreverem (art. 533)”.²

É bem verdade que a origem do Registro Geral de Imóveis estaria na Lei nº 1.237, de 1864, anteriormente citada. O Código Civil de 1916 incorporou o Registro Geral, mas mudou-lhe o nome para Registro de Imóveis. O Decreto nº 12.343, de 1917, regulamentou provisoriamente os registros públicos, inclusive o de imóveis (art. 5º), até a edição da Lei nº 4.827, de 1924, regulamentada pelo Decreto 18.542, de 1928, que reorganizou os registros públicos.

A Constituição de 1934 pouco tratou do tema das terras rurais. Foi criada a usucapião agrária de pequenas porções de terras (inclusive públicas), denominada usucapião *pro labore*, e determinou a necessidade de autorização do Senado para a concessão de terras públicas com mais de dez mil hectares. As Constituições de 1937 e 1946 repetiram os dispositivos da Constituição anterior.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 10, de 1964, acrescentou dispositivos à Constituição de 1946 que acentuaram a teoria da função social da propriedade, em especial a previsão de desapropriação de latifúndios rurais por interesse social, com pagamento em títulos, e restringiu a possibilidade de concessão de terras públicas para dimensões de até três mil hectares.

Ainda no âmbito federal, devemos trazer para reflexão o Estatuto da Terra, Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, promulgado em pleno regime militar. Na época, havia fundado receio da eclosão de uma revolução camponesa, nos moldes da revolução cubana, ou da reforma agrária que estava sendo implantada no México, na Bolívia e em outros países vizinhos.

O Estatuto da Terra propunha-se a desenvolver a agricultura e executar uma reforma agrária. Podemos considerar que a primeira meta foi atingida, só não podemos garantir que o bom desempenho da agricultura brasileira tenha sido decorrência do Estatuto da Terra. Por outro lado, pouco ou nada se fez com relação à reforma agrária, com base no Estatuto da Terra de 1964, que vigora até hoje.

Para retomar nossa história, alguns anos depois, a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, denominada a Lei de Registros Públicos, alterou sensivelmente o sistema de registro de imóveis, passando do sistema de transcrição e inscrição para o sistema de matrículas, formando o fôlio real do imóvel, tendo cada imóvel, a partir do primeiro registro, uma matrícula individualizada e única, onde estariam anotadas (registradas ou averbadas) todas as informações pertinentes sobre sujeitos que exerceram direito real sobre o respectivo imóvel.

No que concerne aos imóveis rurais, em 2001, foi editada a Lei nº 10.267 que, introduzindo alterações na Lei nº 6015/1973, estabeleceu que qualquer registro, assim como nos casos de desmembramento, parcelamento ou remembramento de imóveis rurais, a identificação dos mesmos deveria ser feita por profissional habilitado, que levantaria as coordenadas dos marcos de limites, georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro, com precisão posicional a ser fixada pelo Inbra.

Não foi tranquila a implantação desse novo sistema, pois nem todos estavam preparados para o desafio que se impôs. Nem todos os profissionais conheciam suficientemente as normas técnicas, nem o Inbra estava aparelhado para processar todas as informações e promover os processos de reconhecimento e certificação, nem os proprietários estavam em condições de assumir todos os custos envolvidos. Não foi por outra razão que, na regulamentação dessa lei, os prazos para sua implantação tiveram de ser prorrogados algumas vezes.

Mas não se pode tirar o mérito desse sistema de identificação dos imóveis rurais que, baseado em moderna tecnologia, traz segurança e certeza na identificação e localização dos imóveis rurais. Além disso, pela certificação do Inbra quanto ao levantamento georreferenciado do imóvel, seriam evitadas as sobreposições de áreas.

Com relação à identificação e descrição dos imóveis rurais, não era raro encontrarmos descrições com linguagem bastante vaga, marcos pouco confiáveis e medidas nem sempre corretas ou precisas. Não sabemos dizer se é verdadeira ou não, mas conta-se que determinado imóvel rural continha a seguinte descrição: *“Um imóvel Agropastoril denominado Fazenda XXX, neste município e comarca, com área de mais ou menos 40 alqueires, iniciando sua descrição no marco instalado à beira do Rio YYY, e por aí descendo até encon-*

² ERPEN, Décio Antonio; PAIVA, João Pedro. Panorama histórico do Registro de Imóveis no Brasil. Disponível em: <http://registrodeimoveis1zona.com.br/?p=270>. Acesso em 5/8/2019.

trar o pasto onde fica a vaca mocha, subindo pela ribanceira, até o início desta descrição...”.

Assim, não se pode negar que, inobstante as dificuldades enfrentadas e que ainda se apresentam em alguns Estados, a descrição georreferenciada dos imóveis rurais foi uma significativa evolução, no sentido de trazer maior segurança e certeza quanto à identificação dos imóveis rurais. Georreferenciamento é o mapeamento do imóvel, referenciando os vértices de seu perímetro ao Sistema Geodésico Brasileiro, com isso definindo sua área e sua posição geográfica. Essa descrição, elaborada por técnicos devidamente habilitados, deve ser apresentada ao Incra, que certificará que a mesma atende as Normas Técnicas e, também, que não há sobreposição do imóvel com outro já constante do seu cadastro. Feito isso, o Incra certificará aquele imóvel rural e essa nova descrição deverá ser apresentada ao Oficial de Registro de Imóveis, para que seja averbada a nova descrição na matrícula.

Cumprido destacar que a Constituição Federal promulgada em 1988 e o Código Civil de 2002 não inovaram no que concerne à garantia fundamental ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, da Constituição Federal) ou às faculdades do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (art. 1.228 do Código Civil). No entanto, em cotejo com tais garantias, estes diplomas consagram o princípio da função social da propriedade. Dessa forma, a propriedade deixa de ter o caráter absoluto e individual de outrora, e passa também a estar vinculada à boa gestão, para atender não só ao bem particular, mas também ao bem social.

Por fim, cumpre destacar que, a exemplo do diploma civilista de 1916, o Código Civil de 2002 estipula que a transferência da propriedade entre vivos ocorre mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. O Código Civil de 2002 trata do assunto sucintamente no que se refere à parte do Direito Registral material, postura acertada pelo legislador, deixando as minúcias e a parte formal para legislação especial e para a doutrina.

Ainda que em apertadas linhas, esperamos ter tra-

zido ao leitor um panorama geral da evolução da privatização e da titulação dos imóveis rurais nesses últimos 519 anos, desde a chegada dos portugueses em terras brasileiras.

Referências Bibliográficas

CAVALCANTE, J. L. *A Lei de Terras de 1850 e a reafirmação do poder básico do Estado sobre a terra*. In: Revista Histórica, n. 2. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/279-lei-de-terras>. Acesso em: 20/8/2019.

DINIZ, Mônica. *Sesmarias e posse de terras: política fundiária para assegurar a colonização brasileira*. Disponível em <http://www.historica.arquivostado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia03/>. Acesso em 2/7/2019.

ERPEN, Décio Antonio; PAIVA, João Pedro. *Panorama histórico do Registro de Imóveis no Brasil*. Disponível em: <http://registrodeimoveislzo-na.com.br/?p=270>. Acesso em 5/8/2019.

FACHIN, Luiz Edson. *Terras devolutas e a questão agrária brasileira*. In: Revista dos Tribunais, ano 77, vol. 629, março, 1988. p. 52-63.

FOSTER, Germano de Rezende. *A privatização das terras rurais*. Barueri: Manole, 2003.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Motivação histórica da atual perspectiva social do princípio constitucional agrário da privatização das terras públicas brasileiras*. In: Revista Interesse Público, ano 13, n. 68, jul/ago, 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 169-204.

SANGLARD, Pedro Elias Erthal. *Origem e evolução histórica da propriedade rural no Brasil*. In: Revista ASBRAP, n. 3, 1996. p. 95-99.

TANGERINA, Rafael da Silva. *Terras devolutas e latifúndio: um breve resgate sobre o espaço agrário brasileiro!* Disponível em: <http://parquedaciencia.blogspot.com/2013/06/terras-devolutas-e-latifundio-um-breve.html>. Acesso em 2/7/2019.

VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



ESPAÇOS PRIVADOS DE USO PÚBLICO:

A EXPERIÊNCIA DA CIDADE DE NOVA YORK, OS PRIVATELY OWNED PUBLIC SPACES (POPS)

FERNANDA PEREIRA LISBOA



Introdução

Em tempos nos quais as Parcerias Público-Privadas (PPPs) tendem a se proliferar mais e mais no nosso País, trazemos nestas breves linhas apontamentos extraídos da experiência nova-iorquina, os *privately owned public spaces*, conhecidos como **POPS**¹.

A prática utilizada na cidade de Nova York (EUA) há mais de 50 anos é traduzida para **espaços privados de uso público**. Atualmente, existem cerca de 503 espaços com estas características, gover-

nança e instrumento de política pública utilizado na cidade, como veremos.

O caminhar pela cidade é salteado por espaços públicos como praças, bibliotecas e refúgios encantadores, verdadeiras ilhas na cidade adensada. Nossa curiosidade sobre o tema, aspectos urbanísticos e jurídicos conduziram ao aprofundamento dos estudos. Para tanto, apontaremos alguns aspectos que chamam a atenção e denotam um olhar diferenciado da legislação nova-iorquina, que, desde tempos remotos, diferencia-se na forma de ocupar e compartilhar os espaços da cidade.

Historicamente, a cidade de NY tem desempenhado um papel proeminente no desenvolvimento dos arranha-céus² e, teve um de seus *booms* de construção no período de 1910/1930³, quando os prédios icônicos foram construídos. Cumprindo os preceitos da arquitetura, nos quais os edifícios desempenham **forma e função**, aliado à possibilidade de que a cidade se expandisse para o alto, foram fatores que moldaram, de forma singular, o perfil de *Manhattan*⁴. A partir do início da Era Industrial, os arranha-céus nova-iorquinos consolidaram características e estilos que proclamam sua riqueza e prosperidade.

Recentemente, um outro tipo de prédios estreitos se proliferou pela cidade, os conhecidos *gender-*

¹ O símbolo das POPS é a árvore identificada na placa acima. Haverá uma placa afixada, com uma árvore e as regras de uso. Alguns possuem a descrição do que é encontrado, como número de árvores, número de assentos, amenities disponíveis e quiosques, dentre outros. Por toda a cidade, reconhecemos os POPS na entrada.

² A cidade de NY foi seguida por Chicago, também referência no assunto verticalização.

³ O período de 1917-1940 é considerado o período dos “Impérios de aço”, dados extraídos da série “Nomes que construíram os EUA”.

⁴ A cidade de NY é formada por cinco distritos, denominados de “**boroughs**”: *Manhattan, Brooklyn, Queens, Bronx e Staten Island*.

less⁵, que se destacam nas paisagens. Caracterizados pela compra de direitos aéreos, alto custo de produção e longo processo legal de aprovação, o fato é que esta nova dinâmica está mudando, mais uma vez, o *skyline* da cidade, que assume maiores alturas em seus prédios e vistas de 360°.

Em nossas breves linhas, pretendemos demonstrar que, além dos espaços abertos e similares que temos espalhados pela cidade de São Paulo, há aprendizados e instrumentos aqui apontados que podem propiciar novas práticas legais, ao inserir usos flexíveis e compartilhamento de espaços (privados e públicos) nas propriedades imobiliárias, legislação (fundamento legal, operação e execução), tudo isso para possibilitar formas novas de ocupação e pertencimento pelos cidadãos nos centros urbanos.

Zoning Law⁶: breve histórico, perspectivas e fundamentos

Antecedentes

Ressalta a urbanista Somekh (1997, p. 17/28) que o arranha-céu é um fenômeno tipicamente americano e o processo de verticalização, que é considerado um fenômeno, foi possibilitado pelo uso do elevador, típico do século XX, bem como o de zoneamento⁷, que surge aparentemente para controlá-lo.

Destaca-se o fato de que a cidade de NY, entre 1821 e 1855, teve sua população quase que quadruplicada em menos de 50 anos. Novos hábitos

de vida, de consumo e na dinâmica da cidade surgiram para suportar a proeminente quantidade de pessoas que desembarcam em busca do “american dream”⁸ e de áreas abertas para momentos de lazer.

A demanda da cidade por um parque público de grande porte, a exemplo dos que já existiam nos moldes do *Bois de Boulogne*, em Paris, ou do *Hyde Park*, em Londres, incentivaram a criação de um concurso para criar uma área similar na cidade⁹. É de se constatar que, com as alterações substanciais na cidade, novas preocupações surgissem, bem como necessidades adequadas ao modo de vida vigente, com ênfase em espaços públicos e abertos.

Destaca Lisboa que a construção do Central Park data desta época, que tem como fundamento a criação de espaços de natureza pública, decorrente da crescente verticalização e de princípios higienistas. Com base nesses fundamentos, foi instituída a criação de um parque amplo como o Central Park, modificando substancialmente a vida dos que ali viviam¹⁰(2013 p.107-108).

Ainda sobre a questão de parques e espaços públicos e abertos, destacamos durante o período do *New Deal*¹¹ que o arquiteto Robert Moses orquestrou o maior programa de construção de parques urbanos públicos nos Estados Unidos, que transformou por definitivo o cotidiano da população urbana na cidade, introduzindo novos hábitos e equipamentos públicos.

Considerado o ideário vigente, passemos agora

⁵ São prédios esbeltos e esguios, que se proliferam pela cidade de NY e Tokyo (possuem características específicas, como a compra de direitos aéreos, legislação restritiva que impõe recuos para evitar sombreamentos, dentre outras).

⁶ Legislação de Zoneamento.

⁷ Conhecido como *Zoning*.

⁸ Sonho americano é um *ethos* nacional, que sintetiza os costumes do povo dos EUA. Há um misto de ideais de liberdade e oportunidades de ascensão social (sucesso e prosperidade).

⁹ O atual “pulmão verde” é um dos destinos favoritos e mais conhecidos da cidade. Em 1858, foi criado um concurso, no qual os vencedores, o paisagista *Frederick Law Olmsted* e o arquiteto francês *Calvert Vaux* venceram. Atualmente, o *Central Park Conservancy*, organização sem fins lucrativos, é que mantém e governa o parque, com doações de voluntários.

¹⁰ Antes do início da obra, foi preciso desocupar a área – cerca de 1600 moradores, em sua maioria pessoas “muito pobres e livres ou afro-americanos ou residentes de origem inglesa ou irlandesa, que foram expulsos em 1857 para dar espaço para o parque”. O solo original não era fértil e substancial para a vegetação e a construção do parque foi permeada com vários problemas – burocráticos, financeiros, divergências, questões políticas, polêmicas, alterações de direção e na diretoria executiva da comissão – não foram incidentes, ao contrário, foram o usual no cotidiano durante a realização dos trabalhos. Ressaltamos que o paisagista *OLMSTED*, responsável pelo projeto passou por várias situações difíceis e controversas (LISBOA, 2013, p.107-108).

¹¹ No governo de *Franklin Roosevelt*, entre 1933 e 1937, após a Grande Depressão foi instituído o *New Deal* para assistir os prejudicados pela crise e houve investimento maciço em obras públicas, dentre outros.

aos aspectos da legislação da cidade.

1916 - Resolução de Zoneamento

Data de 1916 a primeira lei de zoneamento na cidade, que teve como fundamento abranger as principais funções¹² de [...] **determinar e limitar a altura e a maior parte dos edifícios a seguir erigido, regulando e determinando a área dos quintais e outros espaços abertos.**”

Destaca Kayden (2000., p. 7) que o advento do arranha céu encontrou reações mistas e, por vezes, controversas: **(i)** a primeira, que aplaudiu a ideia e reconheceu o expressivo mercado fundamentado na **“máquina que faz a terra pagar¹³”**; **(ii)** e a segunda, que opôs-se ao impacto causado pelos prédios em situações relativas à luz, ao ar e à segurança. Tais questões, ainda incipientes e controversas, refletiam o novo ideário¹⁴. No que diz respeito à Resolução de Zoneamento, afirma ainda Kayden (2000., p. 7) que **“o edifício poderia subir até a lua”**.

O contexto da cidade de NY, como mencionado¹⁵, havia testemunhado o surgimento de arranha-céus **baseados no tamanho e altura que os incorporadores poderiam construir**. Vale apontar que as questões de natureza tecnológica (como a invenção e melhoria do elevador de passageiros e a substituição de estruturas de aço por alvenaria maciça) foram fundamentais para inserir no ideário nova-iorquino o conceito **de que o céu é o limite¹⁶**.

Abordando, ainda, a primeira legislação de 1916 verificamos que a história do *privately owned pu-*

blic space (POPS) está intrinsecamente ligada ao zoneamento da cidade de Nova York e aos princípios originados pelo senso de abertura, como é conhecido “luz e ar” no nível da rua, bem como a necessidade de espaços públicos na cidade adensada, como apontado.

1961 - Mudanças no Zoning

No direito americano, a propriedade privada é considerada algo muito peculiar e quantifica fundamentos legais do capitalismo, legitimando relações de uso e valor. Destaca Godoy (2011) que é o direito econômico que dita as regras de propriedade, que possui um conjunto de privilégios e de responsabilidades e configura, ainda, direito exclusivo de controle de bem econômico¹⁷. O direito de propriedade americano é fundamentado na *commow law*¹⁸ e confere ao titular a autoridade direta, imediata e exclusiva sobre a coisa.

Como já mencionado, *Zoning* é a legislação que regulamenta o uso do solo na cidade e as diferentes áreas, ou zonas, com regras sobre o que é possível construir em cada uma. A ideia de que ao planejar o tamanho e a forma dos prédios possibilita: **(i)** prevenir do excesso de população (*overcrowding*); **(ii)** proteger a saúde pública; **(ii)** cuidar da segurança; **(iv)** transformar as vizinhanças em melhores lugares para viver. Tudo isso, ressaltamos, está fundamentado nas escalas, de construção, de vizinhança e da cidade. (*Zoning*, p. 14, 2013.)

O princípio do *Zoning* é o de equilibrar os direitos do proprietário com o interesse público.

¹² Conforme identificada no preâmbulo da lei.

¹³ O processo de verticalização possibilita a multiplicação da terra e aumenta o recolhimento de impostos e taxas, gerando por consequência uma receita financeira exponencial para a cidade.

¹⁴ O ideário da época estimulou a institucionalização dos edifícios mais altos do mundo. Uma verdadeira competição foi criada, demonstrando o poder das corporações e empresas, que pela altura de seus edifícios destacavam-se na cidade e competiam entre si. Datam desta época conhecidos prédios como *Chrysler Building* (1928), *Woolworth Building* (1910), *Flatiron* (1902), *Empire State Building* (1930), *Rockefeller Center* (início da construção em 1928 e conclusão em 1933 - conjunto de 19 edifícios). As empresas, além dos esforços empregados na construção faziam de tudo para manter o título – de *tall buildings*, que acabou alcançando o mundo afora.

¹⁵ No final do século XIX e início 1900 a cidade estava testemunhando o surgimento dos arranha-céus.

¹⁶ A frase é utilizada com regularidade pelos players do mercado imobiliário nova-iorquino.

¹⁷ Denomina-se de *real property* quando é um imóvel. Fundamenta-se na *commow law*, sobre a qual falaremos adiante.

¹⁸ Conhecido como a Lei do Direito comum é o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões de tribunais. É o sistema Anglo Saxão, que predispõe que as normas gerais ou costumes nascem a partir das decisões judiciais proferidas em casos individuais, gerando os precedentes judiciais. É conhecido por proporcionar uma maior segurança jurídica, tendo em vista que os julgadores ficam adstritos aos casos já julgados.

Nos anos 1960, novas construções começaram a mudar as características de alguns bairros antigos, com o intuito de permitir que regras específicas de *Zoning* fossem criadas em novas áreas. A cidade criou os conhecidos “distritos de propósito especial” (*Zoning*, p. 36, 2013). O ideário vigente introduziu mudanças e resgatou princípios da 1ª Resolução de Zoneamento, de 1916.

1961 - POPS: praças e arcadas

Desde 1961, o zoneamento da cidade permitiu a instituição de *Privately owned public spaces*, usualmente conhecidos como POPS, que foram encorajados por conta da falta de espaço em Manhattan e da alta densidade em distritos comerciais e residenciais. Com o objetivo de possibilitar o aumento de luminosidade, ar e espaço verde, facilitando a vida difícil do cidadão e possibilitando áreas de escape do *street view*¹⁹ dos prédios e de calçadas de concreto que tomavam a cidade.

Com inovações significativas, a Resolução de Zoneamento de 1961 não apenas elaborou um zoneamento que favoreceria (i) o espaço aberto no nível da rua, mas inaugurou formalmente a (ii) **política pública de incentivo a fornecimento de espaço público de propriedade privada**²⁰.



Primeiro, a cidade implantaria seu poder de zoneamento afirmativamente, encorajando os desenvolvedores a agirem de maneira desejada pelo público, ao invés de exigir. A prática passou a ser conhecida como “zonas de incentivo”. Em segundo lugar, a cidade introduziu um novo tipo de espaço: espaço público em propriedade privada, localizado ainda em propriedade privada, mas, diferentemente de *zonings*, pátios, tribunais e outros espaços abertos, fisicamente acessíveis ao público em geral.

O programa desenvolvido em 1961 permitiu o desenvolvimento privado de espaços de uso público por incorporadores, em troca de bônus de taxa de área útil (FAR²¹), fundamentados na justificativa de luz e ar para ruas cercadas por *tall buildings*²². De acordo com os dados de prédios comerciais e de escritório, no período entre 1966 e 1975, foram qualificados como ganho de bônus de zoneamento 67 prédios, ou 70% do total de praças disponibilizadas ao público. Na maioria dos casos, o bônus ficou próximo ou igual a 20%. O exemplo citado serve para demonstrar alguns casos específicos e os resultados obtidos.

1968/1973 - Novas categorias de POPS

O período de 1968 a 1973 foi marcado por vários casos em que a comunidade, satisfeita com os resultados, se tornou uma fonte criativa e gerou 5 novas categorias de espaço público a serem incentivadas pelo zoneamento vigente.

Verifica-se que o incentivo proporcionou uma nova fase de pujança para praças e arcadas, tanto em prédios residenciais quanto comerciais por toda a *Manhattan*, que havia validado o zoneamento de incentivos como um mecanismo poderoso para obter espaços privados de uso público.

Na prática, a concessão gerou novas regras e levou à Comissão uma análise detalhada, tanto da forma de obtenção do incentivo para novas cate-

¹⁹ Vista da rua.

²⁰ Segundo KAYDEN (2000, p. 7) a ideia apareceu pela primeira vez no rascunho de 1958 da *Voorhees*, que propôs a incorporadores importantes um bônus de área extra de zoneamento para uso em suas construções, se fosse construída uma praça pelos incorporadores.

²¹ *Floor area ratio*, que significa proporção de área útil. O resultado é obtido segundo cálculos específicos do terreno e do projeto do edifício, individualmente.

²² Afirma KAYDEN (2000, p.11) acerca do relatório que lógica foi proferida em duas frases: “Para trazer mais luz e ar às ruas cercadas por prédios altos, além de criar mais espaço aberto utilizável, um dispositivo de bônus foi estabelecido para incentivar a retirada de prédios da rua 55”. Ao justificar o uso de um bônus de área útil, o relatório acrescentou: “O ligeiro aumento no número máximo permitido de bônus de construção resulta no benefício de aumentar o espaço público.”

gorias de espaços públicos, quanto das formas de manter o processo de aprovação eficazmente adequado. Na prática, significa que já haviam sido lançadas as primeiras “sementes de dúvida sobre os referidos processos de aprovação”, destaca Kayden (2000, p. 12).

A suscitação da dúvida parece ter sido legítima, continua Kayden, pois, segundo nossos estudos, há apontamentos de que alguns dos projetos não foram construídos como aprovados, fato que gerou atualização dos procedimentos e aprovação detalhada pela Comissão (design, localização, projetos correlatos, *amenities* etc.). O aperfeiçoamento dos processos também gerou espaços destinados a aumentar a área de circulação de pedestres na cidade, áreas públicas em grandes empreendimentos, espaços aprovados como o do *Lincoln Center Square*, Universidades, Distrito dos Teatros, da Moda etc.

Destacam-se, nesta época, a proliferação de praça e arcadas, espaços para pedestres cobertos, praças submersas e saguões ao ar livres como espaços elegíveis para bônus. Somente seriam submetidos ao incentivo após uma revisão discricionária de sua qualidade de design e localização, a ser conduzida pela Comissão de Planejamento da Cidade. Podemos citar como exemplos a praça elevada, a criação do edifício catalisador (e todo o entorno) que poderia receber incentivos, como a da praça elevada localizada no 55 *Water Street*; um grande prédio de escritórios e edifícios residenciais proposto para um local do outro lado do rio *East*, dentre outros.

A reprodução de arcadas tipológicas do século XIX de Paris ou Londres e espaços fechados e comerciais passam a ser diligenciados pela Comissão de Planejamento da Cidade. E foram adicionados aos muitos dos POPS existentes por uma emenda de zoneamento, visando proporcionar ao pedestre espaço coberto e amenidades disponíveis para o público dentro do espaço, que serviria expressamente para melhorar as metas de circulação, dentre outros.

Por toda a cidade, encontramos locais inusitados, que são amplamente utilizados durante o dia pelos cidadãos e foram inseridos nessa época.

1967/1973 - Distritos privados em áreas de propósito especial geridas como espaços públicos

Durante o mesmo período em que a cidade in-

ventou cinco categorias genéricas de espaço público, também introduziu cinco distritos de zoneamento para fins especiais, que criaram seus próprios conjunto de espaços públicos de propriedade privada. Mapeamentos específicos em determinadas áreas geográficas foram realizados e justificados, pois a área possuía circunstâncias únicas, exigindo, assim, tratamentos distintos de zoneamento.

Reconhecidos como distritos especiais, cobriam zonas existentes e criaram um regime alternativo de incentivos e requisitos para espaço público. Datam desta época o Distrito Especial de Teatro (1967), o Distrito Especial de *Lincoln Square* (1969), o Distrito de Desenvolvimento de *Greenwich Street* especial e a *Fifth Avenue District* (1971) e o *Special Manhattan Landing District* (1973).

Lógico que nem tudo é perfeito e estático. A cidade, como um organismo vivo, passa por frequentes mutações e adaptações. Assim, a legislação efetua novos ajustes para manter-se atualizada e fazer frente às questões cotidianas.

1977/2000 - Ajuste Fino

Como um projeto que não acaba: assim é qualquer cidade. E também NY. Nesse projeto constante de ajustes, os POPS passam por nova formatação e sintonia. Em 1982, parte deste ajuste originou um novo *Special Midtown District*, rezoneando o *Midtown* de *Manhattan*, compreendido entre as ruas *38th to 60th Streets and from Third to Eight Avenues*.

Diante das dinâmicas cotidianas e com a requalificação de bairros e equipamentos em determinadas áreas ou distritos da cidade, novos espaços e usos são adicionados.

Destaca Kayden (p.19) que outra variedade de usos e alterações passam pela maneira como a cidade lida com seus próprios problemas sociais e econômicos, e até com a ocupação dos espaços públicos equivocadamente pelas pessoas sem teto (*homeless*). Citamos estacionamentos na rua, área para desembarque de passageiros, alteração no sentido e em direções de ruas, relocação de entradas de metrô e acessos, e até o aumento da ocupação de espaços públicos por *homeless* – a situação é tão complexa, que passam a ser gerenciados e autorizados o recolhimento noturno de pessoas em situação precária e o fechamento

das áreas em períodos noturnos.

Privately owned public spaces (POPS): período recente, perspectivas e exemplos

Esta é mais uma decisão difícil da cidade, pujante, dinâmica, enfrentando seus temores e insucessos e gerindo, da forma que lhe parece ser mais adequada, seus próprios problemas.

Como vimos, a cidade situada em uma ilha possui sua própria restrição espacial, onde, cada vez mais caro, o espaço transforma as áreas metropolitanas em verdadeiras joias urbanas, acessíveis a poucos.

Nos últimos anos, prédios conhecidos como *genderless* (por serem altos e estreitos) se proliferaram pela cidade. Há várias obras em andamento, que compram o direito aéreo dos vizinhos para ousar nas alturas. Esta falta de limites de altura estimulada pela cidade cria e proporciona ao *skyline* da cidade as torres recentes, que parecem alcançar o céu. Se, por um lado, parece não haver limite nas construções, por outro, os avanços da tecnologia têm possibilitado cada vez mais exceções no solo urbano da adensada cidade.

Outras questões que parecem crescer e atingir a todos, sem exceção são: (i) os grandes deslocamentos²³ da população que trabalha²⁴ na cidade; (ii) a impossibilidade de morar em NY pelos altos preços praticados; (iii) alta densidade da cidade. E, por mais paradoxal que possa ser, as pessoas que vivenciam este cotidiano são as que mais ocupam os POPS nos horários de almoço e

ao longo do dia, como veremos.

É possível verificar que há um contraditório paradoxal aqui imposto, cujos POPS, como espaços essenciais, destacam-se proporcionando um refúgio na cidade em que os prédios cada vez mais altos e estreitos abusam das vistas aéreas, aumentam a exclusão pelo preço e, como pontos de convivência, resgatam a maneira de ocupar a cidade. Uma questão particular que se abre é sobre a ocupação pelos cidadãos dos espaços privados de uso público, um dos exemplos positivos proporcionado pelo *zoning* da cidade, como é possível verificar.

O traçado de NY é conhecido pela grade ordenada da cidade. Em *West e East*, quando cortadas pela *Fifth Avenue*, as ruas numeradas facilitam o deslocamento. Neste traçado ordenado, existem desvios entre as linhas, como a área do *Midtown Arcades*²⁵, localizada na *6 ½ Avenue*²⁶. O espaço interessante conecta uma rua a outra através de um edifício e um mais um exemplo dos POPS. Outros famosos POPS, como o Parque *Zuccotti*²⁷, localizado em *Wall Street*, é local que merece destaque. Observem que, na cidade de NY, existem mais de 500 desses tipos de espaços, que podem ser facilmente reconhecidos.

Constatamos que a ocupação dos espaços de NY entre a *6ª e 7ª Avenues*²⁸, nos horários de almoço, gera um movimento expressivo de pessoas, que conversam, tomam sol e utilizam as fontes, bancos, jardins para lazer e almoços rápidos etc., priorizando a convivência social nesses locais

²³ Em 2015, visitando o escritório de Manhattan da Perkins + Will tivemos acesso à uma pesquisa que analisava e mapeava os locais onde os funcionários moravam e quanto tempo eles levavam diariamente nos deslocamentos. Verificou-se que grande parte morava em outros municípios, como por exemplo, Winchester (VA), contudo amplamente servido por rede de metrô e trens. Ainda assim, as pessoas passavam grande parte de seu dia na cidade, local onde consomem e vivenciam o cotidiano – indo e vindo de casa, mas preferindo morar em locais maiores e, sobretudo mais baratos do que a ilha. Resultado prático: grande perda de tempo em deslocamentos, embora a rede seja ampla e bem servida.

²⁴ Reportagens diversas trouxeram que nomes tradicionais como Fao Schwarz, Toys R Us, representantes de gerações, antes localizadas em endereços seletos tiveram suas portas fechadas após longos anos, por não conseguirem pagar o aluguel atualizado dos imóveis.

²⁵ *Untapped cities. Architecture*, 2013. *Midtown Arcades: 6 ½ Avenue and other POPS in NYC*. Acesso 30/08/2019.

²⁶ *6 ½ Avenue*, caracterizado como um espaço singular, destaca-se pela forma como a população usufrui dele, que nos permite identificar como o adensamento impulsiona a criação de novos espaços e forma de ocupação.

²⁷ É um local histórico conhecido até 2006 como *Liberty Park*. De propriedade da *Brookfield Office Properties*, após ter passado por um projeto de renovação de US \$8 milhões. Os regulamentos determinam que o público pode usar o parque ostensivamente 24 horas por dia, 7 dias por semana. Um destaque importante merece ser citado, devido ao status de POPS do parque, os manifestantes não podem ser removidos pela organização ou pela polícia. (Se o parque fosse público a polícia poderia recolher os ocupantes, como não é, o local é referência para vários tipos de manifestações).

²⁸ Visitas aos locais em 2016, 2017 e 2018.

próximos a grandes adensamentos. Os fios condutores desses espaços estão fundamentados na cessão do espaço privado para uso público, com regras definidas no *zoning* da cidade.

Enquanto a cidade cada vez mais adensada absorve usos diferenciados, a população que vive na ilha utiliza os espaços públicos de uso privado como alternativa, refúgio ou como uma espécie de quintal de seus diminutos apartamentos. A cidade, ao assumir uma mudança radical de escala, inspirada pelas tecnologias, alçou a necessidade de novas áreas coletivas. Nosso objetivo foi demonstrar que o incentivo público leva a população a ocupar de forma diferenciada espaços públicos.

A moldura legal das POPS

A lei básica que governa o *design* e a operação dos POPS em NY, bem como a lei que impõe a conformidade do espaço público com os padrões aplicáveis, foi aprovada em 1961, pelo Zoning, conforme promulgada originalmente, e alterada de tempos em tempos nos últimos 50 anos. Desde a promulgação, foram inseridos e definidos mais de 12 legais e distintos usos de POPS e espaços na cidade considerados zonas especiais de propósito específico ou distritos e áreas históricas ou, ainda, locais que mereçam renovação.

Considerada uma criação paradoxal, vejamos alguns aspectos: **(i) o espaço público não é propriedade pública** – não se iguala ao estacionamento localizado em parque público, biblioteca, rua ou praia, que são considerados bens públicos; **(ii) o espaço público em propriedade privada²⁹ não é convertido em espaço público**

– há regras privadas de uso, horários e condições definidas e aprovadas; **(iii) utilizada como política de incentivo³⁰**; **(iv) não há precedentes anteriores sobre os POPS**, fato que poderá causar alguma incompreensão. Vejamos alguns exemplos. É como se você fosse ao cinema, a uma loja de departamentos, um restaurante ou museu, nos quais você usa o espaço público dentro de certas regras. Fisicamente, a praça está localizada num espaço privado e, por isso, significa que precisa obedecer às regras do instituidor³¹.

Estabelecer os POPS não é algo simples, como é possível verificar. Centenas de documentos específicos e um processo legal e administrativo junto à prefeitura da cidade são necessários. Documentos como *Performance Bond do Owner*, declarações de restrição, horas de acesso e *amenities* disponíveis, dentre outros, são alguns dos itens inseridos. Afirmamos que o processo é bem mais complexo e estudado caso a caso, especialmente após períodos anteriores em que houve uma concessão indiscriminada de POPS.

Mais do que o aprendizado, importante ressaltar a flexibilidade com que os instrumentos interagem com governança, design, ocupação e hábitos citadinos. Tão flexíveis como arcadas, calçadas, praças urbanas, praças residenciais, *open air concourse*, alargamento de calçadas e espaços de circulação, inserção de passagens cobertas pela cidade, aberturas de praças elevadas ou afundadas (como a do *Lincoln Center*). O aperfeiçoamento do incentivo e o grande número de áreas gerou a criação, em 2002, da APOPS³², uma associação responsável por inúmeros projetos relacionados aos POPS, cuja expressividade aumenta a cada dia.

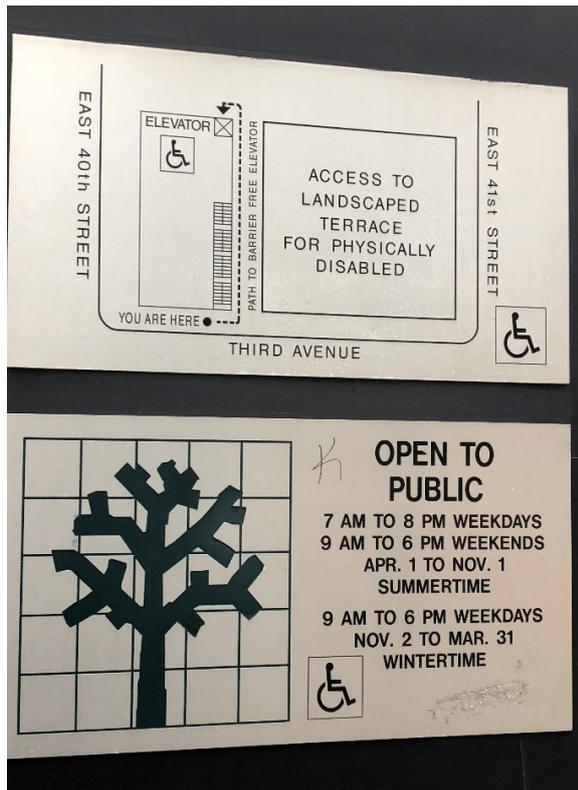
²⁹ Destacamos que não há poder conferido à prefeitura que possibilite o exercício do poder de domínio eminente. Lembrando de que se trata de uma propriedade privada.

³⁰ Assunto amplamente demonstrado acima.

³¹ Comparativamente, seria como se o instituidor do loteamento estabelecesse restrições de Loteador ao mesmo.

³² APOPS-Advocates for POPS, são conhecidos como defensores dos POPS. Definida como uma collab – espaço colaborativo que une colaboração da sociedade Municipal de arte de Nova York e, do autor e professor de Harvard Kayden, amplamente citado aqui, responsável pela organização defende o espaço público de propriedade privada. <https://apops.mas.org/about/mission/> acesso 01/09/2019, 22:15h.

Breves Conclusões



Se em alguns períodos históricos, as cidades de Paris ou Londres inspiraram a construção do grande parque público em que se transformou o Central Park, depois que NY entrou na lista das grandes metrópoles nada mais parou seu desenvolvimento e o progresso, seja pelos famosos *genderless* e a visão de constante renovação³³. Olhando para o céu descobrimos que a cidade não teria outra forma de abrigar as pessoas (pois está situada numa ilha). A verticalização não é um problema. Estudos comprovam que a hiperdensidade facilita a gestão da vida e resulta em menores gastos (em vários sentidos).

A política de incentivo de bônus de taxa de área útil (FAR), iniciada em 1916, teve um longo processo evolutivo. Seja pelo aperfeiçoamento da legislação, incremento da categoria de incentivos, inclusão de novos instrumentos, seja pelo aperfeiçoamento dos processos e procedimentos, o certo

é que a cidade ganhou como um todo.

Destacam-se, ainda, na legislação desde 1961, a criação de espaços públicos personalizados de propriedade privada, situações que, embora não provisionadas pelo espaço público, a partir de uma condição associada a uma ação legal, tomada pelo *board* da prefeitura ou pela Comissão de Planejamento da cidade, foram instituídos espaços públicos personalizados, devidamente analisados pelo Conselho, que escuta, analisa e aprova novos POPS.

Toda a dinâmica e o fundamento legal disponíveis aos cidadãos geraram na cidade uma harmonia urbanística e uma mescla possível entre privado e público, facilitada pela convivência, disponibilidade e o fornecimento de contrapartidas e de incentivos. Desta forma, verificamos que é possível, por todos os lugares na cidade de NY, num caminhar desprezioso, descobrir praças, recantos, locais bem cuidados para tomar um banho de sol, que transformam a convivência em algo simples e natural. A nosso ver, isto é vivenciar a cidade, e a verdadeira dinâmica esperada da cidade para pessoas.

É certo que há críticas sobre os POPS. Primeiro, acerca do *status legal*, que até recentemente era desconhecido do público em geral, ressaltando a constituição da APOPS, em 2002. Segundo, porque estudos de Jeremy Nemet (2011), apontando cerca de 163 POPS em NY, ressaltaram que as prioridades dos incorporadores visavam geralmente às questões fiscais, desvirtuando, por fim, o gerenciamento do espaço urbano³⁴.

Discordamos desse posicionamento. Acreditamos que há muito aprendizado a extrair desta prática, considerando que existem, na realidade, como alternativas que possam ser utilizadas numa espécie de fio condutor da parceria que envolve a Administração Pública e o setor privado. É certo que apontamos o alto preço da cidade e a ocupação como fatores que pesam no cotidiano, na vida das pessoas³⁵. Mas não podemos deixar de considerar

³³ Lembrando que não foi sempre assim, houve um período crítico na cidade onde a violência e criminalidade imperaram, mas houve um processo de reversão.

³⁴ *Untapped cities. Architecture, Espaços públicos de propriedade privada e os protestos de Wall Street*. Dez., 2011. Acesso 30/08/2019.

³⁵ Em 2015, visitando o escritório de Manhattan da Perkins + Will tivemos acesso à uma pesquisa que analisava e mapeava onde seus funcionários moravam e quanto tempo eles levavam diariamente nos deslocamentos. Verificou-se que uma grande parte morava em Winchester, outro município, que fica a --- km de Nova York, contudo amplamente servido por rede de metrô e trens. Ainda assim, as pessoas passavam grande parte de seu dia na cidade e consomem e vivenciam o cotidiano – indo e vindo de casa, mas preferindo morar em locais maiores e, sobretudo mais barato do que a ilha.

que os POPS funcionam como espaços de refúgio e luz na caótica Manhattan, como se pretendia inicialmente. Os locais tornam-se ilhas de descanso do permanente movimento que a cidade apressada impõe aos cidadãos.

Esperamos, com a exposição, ter propiciado um breve exemplo do que pode ser feito na ocupação da cidade para pessoas, vislumbrando uma política que possa acrescentar e fundamentar ideias para futuras legislações, absorvendo instrumentos existentes em outros países e flexibilizando-os às nossas necessidades.

Por esses motivos, entendemos que não poderíamos finalizar, senão de outra forma, sugerindo ao nosso amável e interessado leitor um passeio interessante, a ser realizado em sua próxima viagem à cidade. Observe essas áreas e desfrute, de preferência, próximo ao horário do almoço. Se tivermos de sugerir apenas um, que caminhe ao longo da *57th Street de West* em direção ao *East*³⁶, parando nos POPS disponíveis no decorrer do trajeto e interagindo. Nesse passeio, identificamos inclusive a **6 ½ Avenue**, que se destaca como um lugar especial (não se trata de uma avenida completa; só metade!).

A poética disto é que, somente numa cidade como NY, é possível desfrutar desta singularidade.

Referências Bibliográficas

KAYDEN, J.S., *Privately Owned Public Space:*

The New York City experience, The New York City Department of City Planning, The Municipal Art Society of New York, John Wiley & Sons, Inc., 2000.

LISBOA, F.P., **Lente imobiliária urbana: viver em menores espaços**, LARES, 2013. Acesso

LISBOA, F. P. **Lente imobiliária: revelando facetas de Washington e Nova York**, 1SIZE: São Paulo, 2013. A

MATROBUONO C.M.W e FRAGATA M.S. (organizadoras), **Parcerias Público-Privadas**. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, CEPGE – Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2014.

Envisioning Development, guide n° 2. What's is zoning? The Center of Urban Pedagogy, 2013.

SCOTT JOHNSON, *Performative Skyscraper Tall Building Design Now, Balcony Media, Inc.*, 2014.

SOMEKH, N. **A cidade vertical e o urbanismo modernizador**. São Paulo: FAPESP: Studio Nobel, 1997.

GODOY, A.S.M., **Direito econômico nos EUA dita regras de propriedade**, CONJUR, 2011. Acesso dia 30/08/2019 às 15:40h

Webgrafia

<https://apops.mas.org/about/mission/> acesso 01/09/2019, 22:15h.

³⁶ Se você for como eu, vai levar horas para atravessar a cidade e parar em vários POPS existentes.



EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO NA HIPÓTESE DE DEMORA NA PROPOSITURA DA AÇÃO DE DESPEJO PELO LOCADOR

HAMID BDINE E HAMID BDINE NETO

Nos contratos de locação, não são raras as vezes que o fiador é informado de que o locatário está inadimplente apenas quando o débito já tem valor elevado em função da decorrência de longo período em que os alugueis não foram pagos.

Não há previsão legal específica obrigando o locador a informar o fiador do inadimplemento do locatário, nem mesmo de que ele se exonere da obrigação de garantia nos casos em que o locador demorar meses ou anos para propor o despejo.

O exame destes casos à luz da boa-fé objetiva (art. 422 do CC) e do dever de mitigação do dano, demonstra a abusividade da conduta do locador que, ciente da boa condição financeira do fiador, não o informa do inadimplemento do locatário, nem propõe a ação de despejo.

Essa omissão implicará elevação significativa do valor da dívida, porque, sem o despejo, ou sem que o fiador se exonere da fiança, a dívida se elevará substancial e ininterruptamente.

Isto porque, se o fiador fosse informado do inadimplemento em prazo razoável, poderia tomar providências que reduziriam os efeitos de inadimplência em relação ele.

Poderia, em certos casos, exonerar-se da fiança, nos termos do art. 12, X, da Lei de Locação; poderia, ainda, optar por pagar o valor dos próximos alugueis diretamente, para evitar os acréscimos contratuais, ou convencer o locatário a providenciar a desocupação do imóvel.

Qualquer dessas providências alternativas disponíveis ao fiador é suficiente para demonstrar que a ignorância do inadimplemento dos alugueis pode lhe acarretar danos expressivos.

Vale lembrar que o fiador não tem a proteção da impenhorabilidade do bem de família nas locações não residenciais (Súmula 549 do STJ)¹, de modo que ele pode, até mesmo, perder sua moradia.

Como se vê, é dever do locador, em tempo razoável, comunicar o fiador do inadimplemento. Tal conduta, se não prevista expressamente no contrato de locação, decorre da imposição de uma conduta ética e confiável imposta aos contratantes pela boa-fé objetiva, que se expressa na exigência de um dever solidário nas relações negociais.

Do dever de boa-fé objetiva (o dever de comportar-se como homem de bem, correto, íntegro e leal) resultam os denominados deveres anexos, ou de contorno, que são aqueles que, não sendo expressos, se inserem na obrigação de respeitar a confiança despertada no outro contratante.

Uma das funções da boa-fé objetiva é a de “impedir o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas” (Schreiber, Anderson, *A Proibição do Comportamento Contraditório*, Renovar, 2005, p. 83).

Assim, é correto considerar que o locador deve manter em relação ao fiador uma mínima preocupação com sua responsabilidade patrimonial. Impedi-lo de se valer de medida que reduza seus prejuízos, omitindo o inadimplemento do locatário, não é compatível com a lealdade exigida do contratante.

A omissão do locador é comportamento infrigente desse dever de proteção da contraparte, tolhendo-lhe a tomada de providências acautelatórias de seu interesse.

¹ A Súmula não se aplica aos casos de locação não residencial, em que o STF reconhece a impenhorabilidade (RE 605.709).

E tal infração se agrava quando somada ao atraso abusivo do locador no exercício do direito de ação de despejo por falta de pagamento.

A propósito do atraso abusivo do exercício do direito de ação pelo locador, oportuna a citação de José Augusto Delgado, amparado pela doutrina de Alessandro Schirmer Segalla, para quem a demora do locador, equivalente a conduta negligente, na maior parte das vezes arruína o fiador, pois aquele, certo que satisfará seu crédito no patrimônio do fiador, pouco se preocupa com o inadimplemento do afiançado e, no final, anota este jurista, “o único prejudicado é o fiador, pois o locatário se utiliza do imóvel sem pagar, no aguardo de vir um dia a ser demandado, enquanto o locador não se preocupa em cobrá-lo pois sabe que o fiador pessoa solvente é quem irá responder pelos débitos em última instância” (Comentários ao Novo Código Civil, vol. XI, Tomo II, Forense, 2004, p. 256).

É o que basta para concluir que o fiador não pode ser responsabilizado por danos que surgiram pela demora na informação e na propositura do despejo. Não significa que a informação teria sido suficiente para eliminar os danos, mas certamente impede que o fiador aja para obter este resultado.

Como se acaba de afirmar, não é apenas a omissão na informação da pendência da dívida do locatário que poderá caracterizar a violação da boa-fé. Também a demora excessiva do locador na propositura da ação de despejo por falta de pagamento viola a boa-fé objetiva ao caracterizar o abuso de direito.

Ora, se a falta de pagamento de alugueis é prolongada é inequívoco que este fato acarreta prejuízo ao fiador. Evidente que quanto mais demora a retirada do locatário do imóvel maior o período de alugueis que será pago pelo fiador, que, como se sabe, em regra, só suporta ônus, sem vantagem alguma quando assumem a posição de garantidor.

Configura, portanto, abuso de direito retardar injustificadamente o exercício do direito de propor ação.

E o art. 187 do CC deixa claro que quem exerce o direito – na hipótese em exame, o direito de não demandar – não pode fazê-lo de modo a exceder manifestamente a sua finalidade econômica e social (Alexandre Guerra, Responsabilidade Civil por abuso do direito, Saraiva, 2011, p. 105).

Nestor Duarte complementa dizendo que, para a caracterização do abuso de direito, a lei não exige “o elemento subjetivo, ou a intenção de prejudicar”, sendo suficiente que o titular do di-

reito o desvirtue (Código Civil Comentado, 11ª ed., Manole, 2017, p. 118).

Assim sendo, o atraso na propositura da ação configura o ilícito de que trata o mencionado dispositivo, ainda que não possa caracterizar a moratória prevista no art. 834, I, do CC (Claudio Luiz Bueno de Godoy, Código Civil Comentado, 6ª ed., Manole, 2012, p. 858).

Reconhecido o mencionado ilícito a consequência inexorável é de que o fiador não permanecerá responsável pelos alugueis se a demora na propositura no despejo por falta de pagamento dos alugueis for excessiva.

Estabelecida tal conclusão, remanescem duas questões a serem enfrentadas. A primeira delas é saber se o fiador pode propor a ação de despejo por falta de pagamento; a segunda, se ele se exonera da condição de fiador de modo automático e após quanto tempo do atraso.

A propositura da ação de despejo pelo fiador merece resposta negativa. Ora, o fiador não faz parte do contrato de locação e aos terceiros não se pode conceder o direito de exigir o cumprimento de um contrato do qual não fazem parte.

O princípio da relatividade contratual justifica referida conclusão, pois, do contrário, o locador seria compelido por terceiro estranho a um negócio jurídico a desfazê-lo contra sua vontade. Somente quem integra o contrato pode optar por seu desfazimento. Solução diversa violaria a autonomia privada que assegura aos contratantes a liberdade de contratar (Art. 421 CC). O Tribunal de Justiça de São Paulo já teve oportunidade de consagrar este entendimento (TJSP Apl. Nº 1028427-81.2018.8.26.0576, Rel. Des. Eros Píceli, j. 11.7.19, 33ª Câmara de Direito Privado).

Não se poderia admitir que o locador fosse compelido a desfazer a locação que, querendo, poderá preservar. O que não se admite, porém, é que sua omissão decorrente desta opção cause danos ao fiador.

O clássico princípio contratual da relatividade significa impor os efeitos do contrato exclusivamente aos contratantes os efeitos dele decorrente.

Vale dizer: quem não é parte no contrato, não suporta as obrigações nele ajustadas, nem pode pretender encerrá-lo. O único titular do direito de despejar o inquilino é o locador, já que somente eles são parte do contrato de locação.

O fiador não integra este contrato, mas tão somente o de fiança, de natureza acessória.

Por isso é que não se lhe concede o direito de des-

pejar o locatário.

Mas a impossibilidade de o fiador ajuizar a ação de despejo não significa que a ilícita omissão do locador não tenha consequências. Do ilícito não podem decorrer efeitos prejudiciais a terceiros, de modo que a consequência gerada pela conduta do locador só pode ser a de exoneração do fiador pelo atraso na propositura da ação e imputável ao próprio locador.

Como fato social que é, o contrato não pode sacrificar direitos alheios injustificadamente.

Carlos Roberto Gonçalves ensina que o princípio da relatividade tem fundamento na ideia de que “os efeitos do contrato só se produzem em relação às partes, àqueles que manifestaram a sua vontade, vinculando-os ao seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio” (Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais – São Paulo: Saraiva 2004, pg. 26).

Assentada tal conclusão, não se pode ignorar que o despejo por falta de pagamento, em geral, não é proposto de imediato, logo após o primeiro ou segundo inadimplemento dos aluguéis. É usual e compreensível que, durante alguns meses, o

locador procure solução amigável diretamente com o locatário.

É pouco provável, portanto, que se possa considerar abusivo um atraso de até seis meses na propositura do despejo, o que leva a concluir que até o escoamento deste prazo não há omissão a reconhecer.

Tal prazo é compatível com o necessário para eventuais tentativas de recebimento espontâneo ou pacto de desocupação, afinando-se ao previsto para a manutenção das obrigações do fiador no caso de substituição pelo locador (Lei n. 8.245/91, art. 40, X).

Depois deste prazo, contudo, é hipótese de dispensar o fiador automaticamente.

Em conclusão, portanto, é possível afirmar que o atraso injustificado do locador em propor ação de despejo por falta de pagamento, assim como sua omissão em informar o fato ao fiador, poderá isentar o fiador da obrigação de pagamento dos aluguéis ao menos se for ultrapassado o prazo razoável de seis meses de tratativas antes do ajuizamento da ação.



LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA E A CLÁUSULA DE MULTA

JOÃO BAPTISTA DE MELLO E SOUZA NETO

Introdução

Embora o vínculo contratual devesse ser suficiente para garantir às partes que cada qual cumprirá com o avençado, a experiência mostra que nem sempre é assim. Em razão disso, a cultura jurídica produz novos elementos tendentes a estimular o cumprimento espontâneo do ajustado e/ou obter outras fontes patrimoniais para eventual ressarcimento de danos. Na linha da última figura temos as garantias (no caso da locação o seguro, a fiança etc.). Já quanto ao estímulo mencionado em primeiro lugar, surge a possibilidade de inserção de cláusulas que onerem o devedor em caso de inadimplemento e, portanto, sirvam como reforço da contratação originária, sendo que nos interessa para o presente trabalho a chamada “cláusula penal”, popularmente conhecida como “multa”.

Por definição, a cláusula penal é uma estipulação convencional (dependente, portanto, da vontade das partes, daí o nome “cláusula”) e acessória (vale dizer, só produz efeitos se o negócio principal também o produzir, tendo sua existência relacionada a ele). Deve ser escrita¹, porque não se admite a prova verbal de sua contratação. Tem como fonte legal principal de regência o Código Civil.

Cláusula penal moratória, compensatória e o Código Civil

Embora a legislação civil não se valha desta terminologia, a doutrina distingue a cláusula penal em *moratória* e *compensatória*. No primeiro caso, a finalidade da multa é punir o atraso ou a inadequação no cumprimento da prestação ajus-

tada. No segundo caso, o objetivo é prefixar o valor de perdas e danos pela quebra do contrato.

A principal consequência prática da distinção está no fato de que a penalidade moratória é cobrável conjuntamente com a prestação atrasada, enquanto que a compensatória é uma alternativa, à escolha do credor, em relação à exigência de cumprimento da prestação devida. Quando muito, no último caso, se contratado expressamente como segue, pode o credor cobrar prejuízos que ultrapassem o valor prefixado na cláusula de multa (art. 416, § único do Código Civil).

Não há um critério objetivo trazido pela lei para que se possa distinguir uma espécie da outra. Por si só a linguagem da cláusula pode não ser suficiente, cediço que muitas vezes redigida por pessoas sem *expertise* jurídica para tanto. Além do que o nome dado pelas partes a determinado negócio jurídico não é vinculativo de sua natureza, o conteúdo do negócio sim. Desse modo, a doutrina recomenda que se leve em consideração a quantidade da punição: se intensa, cláusula compensatória (nas locações imobiliárias, por exemplo, o costume é a fixação no equivalente ao valor de três alugueres); se de valor menor do que o devido, moratória (nas locações entre 10 e 20 por cento do valor do locativo).

Regra importante que merece ser lembrada é a seguinte: “A penalidade **deve** ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio” (art. 413 do Código Civil, grifei).

Portanto, em prol de uma justiça negocial, determina a lei que o juiz intervenha no conteúdo do

¹ “No que tange à multa moratória, por se cuidar de comando sancionatório, depende de expressa previsão em contrato. Entretanto, como o contrato juntado aos autos não está assinado (fls. 14/17), não é possível exigir-se tal consectário, mas tão somente juros de mora e correção monetária.” (TJSP, Apelação Cível nº 1005036-20.2016.8.26.0010).

quanto livremente pactuado entre os contratantes (mitigando o conhecido princípio liberal da autonomia da vontade) e diminua o valor da pena. Seja porque houve o cumprimento parcial da obrigação (por exemplo: contrato cumprido pela metade, multa devida pela metade), seja quando perceber que há abuso no valor fixado (caso em que o percentual de redução será arbitrado fundamentadamente pelo juiz).

Existem, na legislação específica que regulamenta a locação imobiliária urbana (Lei nº 8.245/1991), regras também disciplinadoras das multas.

Com efeito, estabelece-se, por exemplo, direito do locatário de quebrar o contrato a qualquer tempo (algo negado ao locador) mediante o pagamento de multa proporcional ao tempo cumprido de locação (art. 4º caput); ou, ainda, a dispensa, para o locatário, do pagamento da multa, se a causa do rompimento da locação for aquela contida no parágrafo único do mencionado artigo 4º (transferência de emprego).

Por força do caráter imperativo, de ordem pública, da legislação inquilinária, não é eficaz juridicamente (em verdade é mesmo nula) cláusula que negue tais direitos ao locatário.

O pagamento da multa, quando nela incorrer, é dever do locatário (art. 23, VII da Lei do Inquilinato) e a negativa em fazê-lo gera nova mora, com possibilidade de despejo por falta de pagamento.

Aliás, a purgação de mora em caso de despejo por falta de pagamento deve – consoante expressa determinação legal – abranger as multas sofridas pelo devedor.

Casuística jurisprudencial da cláusula penal nas locações imobiliárias

1) Cumulação das multas moratória e compensatória havendo atrasos no pagamento de aluguel – Tradicionalmente, a jurisprudência rejeita esta cumulação, ao argumento de que havendo, ainda, mera mora, não se chegou ao estágio do inadimplemento absoluto que justificaria a incidência da multa compensatória. A cumulação caracterizaria “bis in idem”. Confira-se: “Na verdade, a locadora não deu outro fundamento jurídico para a incidência da multa contratual ou cláusula penal, que não o fato do locatário ter atrasado o pagamento dos alugueres e demais encargos. Todavia, o mencionado atraso no pagamento já está sendo penalizado com a cominação da multa moratória, não se admitindo a incidência das duas penalida-

des, sob pena de “bis in idem”. (in Apelação Cível nº 0059412-42.2013.8.26.0506, TJSP).

2) Limite do Código de Defesa do Consumidor às multas nas locações imobiliárias – O Tribunal de Justiça de São Paulo tem negado a incidência do Código de Defesa do Consumidor às locações imobiliárias, razão pela qual não se há falar no limite de 2% do art. 52, § 1º, do CDC. Interessante julgado assim dispõe: “Que valor pode ser cobrado a título de multa moratória? Primeiramente, afastando-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às locações, resta claro que não se aplica o disposto no artigo 52, § 1º, desse diploma, que as fixou em 2% (dois por cento). Trata-se de demagogia barata do legislador, que desconhece a finalidade básica da cláusula penal, confundindo seu valor com estabilidade monetária. Acaso, nos países que debelaram a inflação, inexistente cláusula penal para a hipótese de inadimplemento das obrigações pactuadas? Estaria limitada a 10%, em face da Lei de Usura? Não, pois locação não é mútuo. Qual o valor limite admissível? Aceita-se 20%, tomando-se como parâmetro a Lei de Condomínio, relativamente às despesas condominiais. Mais que isso é inaceitável, pela manifesta abusividade.” (in APELAÇÃO C/ REVISÃO nº 629093-00 /3, do extinto II TAC/SP). No mesmo sentido e da mesma Corte, ver APELAÇÃO S/ REVISÃO nº 585239-00 /9. Mais recentemente, com citações a precedentes do STJ, do TJSP: Apelação Cível nº 1032541-75.2014.8.26.0100.

3) Adequação do percentual de 10% sobre o valor do débito como multa moratória - “O percentual de 10% (dez por cento) não é abusivo nem excessivo, sendo bastante comum nos contratos de locação, por praxe amplamente aceita em contratos de tal natureza, que se fixe a multa moratória nesse patamar.” (in Agravo de Instrumento nº 2026515-77.2019.8.26.0000, TJSP). No mesmo sentido: TJSP, Apelação Cível nº 1063907-30.2017.8.26.0100.

4) Impossibilidade de cumulação de duas multas compensatórias - “Na apuração do débito, porém, haveria e há de se considerar apenas a multa de três alugueis e na proporção do descumprimento do contrato (fls. 29/30, 112/113 e 120, item 10.2). Afinal, tal multa tem natureza compensatória, a de reparar perdas e danos e, por isso mesmo, não se cumula com outra multa a título de corretagem e “equivalente a um aluguel” (fls. 30, 113 e 120, item 11.2), que se revela redundante e abusiva, refletindo dupla penalidade para uma

única infração”. (TJSP, Apelação nº 0014740-06.2013.8.26.0002).

5) Responsabilidade do fiador pelo pagamento da multa compensatória: “A hipótese é de cobrança de multa compensatória, decorrente de infração contratual pelo /não cumprimento do prazo estipulado, vez que a inquilina entregou as chaves antecipadamente, em abril/97, quando o contrato previa o encerramento em 31 de dezembro de 1997. Desse modo, os fiadores não podiam fugir à coima pleiteada, e como expõe Lauro Laertes De Oliveira, “a responsabilidade do fiador pela multa contratual, além de ter assumido fiança pela locação ou constar a assunção por tal verba, deve ficar caracterizada por infração contratual ou legal do afiançado.” (apud Arnaldo Marmitt, Fiança Civil e Comercial, pág. 208, Aide Editora, 1ª ed.). Não lhes socorre, destarte, a alegação de que somente seriam responsáveis até a entrega das chaves, pois havendo o descumprimento de cláusula contratual tal princípio não tem aplicação. Nesse sentido, já se pronunciou este Egrégio Tribunal: “A partir da data da efetiva desocupação do imóvel pelo locatário, fica o fiador exonerado da obrigação; contudo, não se pode dizer o mesmo da multa pela entrega das chaves em momento inoportuno. “ (Ap. d Rev. 382.584 - 7ª Câm. - Rei. Juiz EMMANOEL FRANÇA - J. 24.5.94 - JTA (LEX) 152/512 (em)”. (APELAÇÃO C/ REVISÃO nº 551734-00 /O, do artigo II TAC). Do TJSP, mais recente e no mesmo sentido: APELAÇÃO S/ REVISÃO nº 832071 - 0/ 6.

6) Aplicação do art. 413 do Código Civil em locação de shopping center – “No entanto, a multa compensatória não é devida no valor estipulado em contrato, como pretende a ré. Isso porque não se pode admitir que a parte, para obter a resolução do negócio, esteja sujeita ao pagamento de uma multa no montante correspondente aos valores que deveria pagar caso o contrato estivesse sendo normalmente executado ou mesmo em percentual de 80% desses valores (fls. 299). Com efeito, a estipulação de cláusula penal é perfeitamente válida e eficaz, mas se sujeita ao controle jurisdicional na hipótese de se mostrar excessivo o valor da cominação imposta, conforme o artigo 413 do Código Civil. Desse modo, em obediência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, revela-se correta a redução equitativa da multa compensatória ao valor equivalente a três aluguéis, observando-se, para tanto, o último aluguel devido.” (in TJSP, Apelação Cível nº 1036751-93.2015.8.26.0114).

Conclusão

As cláusulas penais moratórias e/ou compensatórias podem ser interessantes instrumentos de reforço do vínculo obrigacional nos contratos de locação imobiliária, pese a necessidade de atenção para o regime jurídico próprio destas estipulações, evitando-se a criação de situações jurídicas que venham a embaraçar o desenvolvimento da locação e a eventual cobrança dos valores devidos em juízo.



O APOGEU DO CONDOMÍNIO:

VISÃO PANORÂMICA DAS MANIFESTAÇÕES CONDOMINIAIS PREVISTAS NO DIREITO BRASILEIRO NA ATUALIDADE

JOÃO PAULO ROSSI PASCHOAL

Introdução

O termo “condomínio” traduz a ideia de propriedade comunitária. Segundo Plácido e Silva, pode ser definido como a “palavra formada da preposição com e do substantivo domínio, do latim *dominium* (direito de propriedade), assinala a circunstância de ser a propriedade pertencente a mais de uma pessoa”.¹

Se a sua raiz diz respeito a propriedade em comum, sua aplicação prática em nosso direito deu origem a diferentes institutos jurídicos, com concepções e finalidades diversas, bem como tratamento normativo específico.

Assim, o corrente uso da palavra “condomínio” requer cuidado, pois o vocábulo se presta a representar variadas figuras jurídicas na atualidade, todas de grande relevância nos âmbitos social, econômico e jurídico.

A questionável existência do condomínio edilício no mundo antigo

É controvertida a existência da figura do condomínio edilício já no mundo antigo. Há autores que identificam sua possibilidade dada a construção de prédios com andares já entre os sumérios e os caldeus. Outros reservam aos romanos tal iniciativa², pioneiros na utilização do cimento pozolânico, oriundo de Pozzuoli, na cercania do vulcão Vesúvio, e que teriam admitido o conceito de propriedade horizontal nas suas práticas.³

Contudo, o mais aceito é que o fenômeno somente recebeu tratamento jurídico nas primeiras décadas do século XX, o que se explica pela ocorrência contemporânea de diferentes fatores, sem nenhum precedente anterior, a saber: crise habitacional, êxodo rural, explosão demográfica, industrialização crescente, duas grandes guerras mundiais, necessidade de o estado social (“*welfare state*”) dar habitação a todos, escassez das áreas disponíveis para construção, necessidade de se baratear o preço da propriedade, democratização do crédito, desenvolvimento das técnicas e dos materiais de construção, crise no mercado de locação, especulação imobiliária etc.

O Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 limitou-se a tratar do **condomínio tradicional** (artigos 623 a 641), do condomínio em paredes, cercas, muros e valas (artigos 642 a 645), bem como do **compásuco** (artigo 646).

O Código Civil de 2002

A primeira norma que regeu de modo específico o condomínio em edificações foi o Decreto nº 5.481/1928, revogado pela famosa Lei nº 4.591/1964, oriunda de anteprojeto redigido por **Caio Mario da Silva Pereira** e, posteriormente, alterada pela Lei nº 4.864/1965.

No Código Civil, em vigor desde 2003, nota-se

¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 31º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 526.

² “... sentimo-nos autorizados a afirmar, contrariamente às teses até agora defendidas, que, já no período clássico, parte da jurisprudência, capitaneada por Labeão, entendia admissível, em caráter excepcional e dentro de certos limites, a propriedade horizontal”. MARCHI, Eduardo C. Silveira. **A propriedade horizontal no direito romano**. São Paulo: Edusp, 1995, p. 89.

³ “Contudo, certo é que, embora se possa admitir, por hipótese, que em Roma não se desconhecia a superposição de habitações, de forma disciplinada, tal modalidade de propriedade é totalmente contrária ao *ius civile*”. LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Condomínio em edificações**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

a regência do **condomínio geral ou tradicional** (artigos 1.314 a 1.330) e do **condomínio edilício** (artigos 1.314 a 1.358).

O condomínio geral, vale observar, é dividido em voluntário (artigos 1.314 a 1.326) e necessário (artigos 1.327 a 1.330). A figura do compásco, prevista no artigo 646 do Código Civil de 1916, não foi repetida no diploma atualmente em vigor. Sob o nome “condomínio voluntário” albergam-se situações originadas de ajuste contratual (condomínio voluntário propriamente) e da sucessão hereditária. Por sua vez, o condomínio necessário ou forçado reúne as situações em que o condomínio é criado como decorrência do direito de vizinhança, sem a vontade dos condôminos envolvidos. Trata-se do condomínio por meação de paredes, cercas, muros e valas.

Após reger o condomínio geral, o Código Civil passa a tratar do condomínio edilício, instituto que, segundo corrente minoritária, ainda continua a receber influxos dos artigos 1º a 27 da Lei nº 4.591/1964, sendo prevalente, contudo, a opinião que a Lei nº 4.591/1964 continua em vigor apenas na parte concernente à incorporação imobiliária (artigos 28 e seguintes).

O Enunciado 89 da Jornada de Direito Civil

Atento ao amplo desenvolvimento do setor imobiliário⁴, o próprio Poder Judiciário indicou, por meio da aprovação do **Enunciado 89 da I Jornada de Direito Civil** (Conselho da Justiça Federal - 2003), a necessidade de um maior cuidado na regência dos temas condominiais correlatos:

“O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados,

multipropriedade imobiliária e clubes de campo”.

O Estatuto da Cidade e o condomínio especial

Também o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) veicula no seu artigo 10 (com redação alterada pela Lei nº 13.465/2017) uma figura condominial, a do **condomínio especial**, decorrente de usucapião coletivo de núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de 5 (cinco) anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

A Lei da REURB

Lei de grande impacto no setor imobiliário foi a Lei nº 13.465/2017, “Lei da Regularização Fundiária Urbana – REURB”.

Teve por origem a Medida Provisória nº 759/2016 e foi regulamentada pelo Decreto nº 9.310/2018.

O assunto principal que veicula é a regularização fundiária rural e urbana, como modo de atender o direito social à moradia (artigo 6º da Constituição Federal) e de prestígio ao direito de propriedade, tido como um dos direitos humanos.⁵

Com o fim de atender ao seu assunto macro (regularização), a Lei da REURB ensejou a criação de novos instrumentos jurídicos, com especial relevo para a titulação de novos direitos reais.

É clara a sua inspiração em teses como as defendidas pelo economista peruano **Hernando de Soto** na obra “O mistério do capital: por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo”⁶, sendo possível notar

⁴ “Estimulado pela expansão imobiliária das últimas décadas, novas formas condominiais afirmam-se na realidade social, demonstrando o extraordinário espectro de possibilidades econômicas oferecidas pelo condomínio”. TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: vol. III**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 691.

⁵ “É necessário pontificar que ao referirmos aos chamados direitos humanos, estes devem ser entendidos como o grupo de faculdades ou privilégios que são inerentes à natureza da pessoa; estes não podem ser restringidos por vontade dos particulares, posto que cabe ao Estado vigiar que a ele se preste uma eficaz proteção; em virtude de que se consideram indispensáveis para o integral desenvolvimento de todos os indivíduos que vivem e participam das sociedades. Ditas faculdades necessitam ser implementadas nas constituições e leis aplicáveis a ordem jurídica das nações; assim como aos diversos instrumentos internacionais que os reconhecem e que buscam garantir sua proteção”. IBARRA, Jorge Mario Magallón. **Derechos de propiedad**. México, D.F.: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 53, tradução livre do autor.

⁶ “O maior obstáculo para que o resto do mundo se beneficie do capitalismo é a sua incapacidade de gerar capital. O capital é a força que aumenta a produtividade do trabalho e gera a riqueza das nações... Os direitos de propriedade não são adequadamente documentados, esses ativos não podem se transformar de pronto em capital, não podem ser trocados fora dos estreitos círculos locais onde as pessoas se conhecem e confiam umas nas outras, nem servir como garantia a empréstimos e participação em investimentos”. SOTO, Hernando de. **O mistério do capital: Por que o capitalismo dá certo nos países desenvolvidos e fracassa no resto do mundo**. IDL - Institute for Liberty and Democracy, 2015. Disponível em: <<https://www.ild.org.pe/books/the-mystery-of-capital-versions/the-mystery-of-capital-all-versions/810-chapter-1-portuguese>>. Acesso em: 20/04/2019.

tal aspecto de trechos destacados da Exposição de motivos da Medida Provisória nº 759/2016.⁷

A Lei da REURB reconheceu a possibilidade de criação de **condomínio de lotes**, que encontra sustentação no artigo 1.348-A do Código Civil, bem como nos artigos 2º, § 7º, e 4º, § 4º, ambos da Lei nº 6.766/1979 (Lei do Parcelamento do Solo Urbano).

Ademais, no seu próprio corpo prevê a Lei da REURB a figura do **condomínio urbano simples**, nos artigos 61 a 63.

Ainda que não sejam figuras puramente condominiais, mas que se valem da ideia para sua existência e operação, disse a Lei da REURB sobre o **direito real de laje** (artigos 1.225, XIII e 1.510-A a 1.510-E do Código Civil), bem como sobre o **loteamento de acesso controlado** (artigo 2º, § 8º, da Lei nº 6.766/1979 e artigos 248, § 4º, e 252, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil).

A multipropriedade imobiliária

Por força da Lei nº 13.777/2018, o **condomínio em multipropriedade**⁸ passou a ter regência expressa.

A novidade legislativa deu nova redação ao artigo 1.358 do Código Civil (acréscimo dos artigos 1.358-B a 1.358-U), bem como aos artigos 176 e 178 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos).

Em vigor desde 4/2/2019, o novo instituto tem por finalidade a divisão do imóvel em frações de tempo oferecidas aos multiproprietários, como forma de dar maior aproveitamento econômico à

propriedade imobiliária, tornando-a mais acessível, bem como viabilizando a plena ocupação de unidades de investidores.

Sugestões “*de lege ferenda*”

Apesar das recentes modificações que alargaram as modalidades condominiais, ainda é possível vislumbrar dois temas que merecem futura e expressa regulação legal. O primeiro é o estabelecimento de regras específicas para os **condomínios de interesse social e popular**, no Brasil alcunhados de **habitações de interesse social**.

Vale a lembrança que há países que, na sua norma específica sobre condomínio edilício, regem tal pormenor, como é exemplo a Lei Mexicana (Lei de Propriedade em Condomínio de Imóveis para o Distrito Federal de 27/1/2011).

Outro assunto que merece maior atenção do legislador é a regência do **supercondomínio**, muitos dos quais suplantam em número de habitantes ou, ainda, população flutuante, grande parte das cidades brasileiras.

Apenas como exemplo, na Itália, o fenômeno é regido pelo Código Civil (artigos 1.117 e seguintes), com redação alterada pela Lei nº 220/2012.

Conclusões

O mundo torna-se cada vez mais urbano.⁹ Tal tendência é irreversível, pois somente as cidades podem dar as oportunidades de trabalho, estudo e entretenimento que o ser humano moderno deseja.

Dados do IBGE de 2010 dão conta que aproxima-

⁷ “Faltava, então, robustecer o terceiro suporte do tripé em que se apoia a questão urbana no País: o reconhecimento formal, pelo Poder Público, das ocupações clandestinas e irregulares identificadas nas cidades brasileiras – situação fática que não poderia permanecer alheia aos mecanismos jurídicos... É que o reconhecimento, pelo Poder Público, dos direitos reais titularizados por aqueles que informalmente ocupam imóveis urbanos, permite que estes imóveis sirvam de base para investimento do capital produtivo brasileiro, à medida que poderão ser oferecidos em garantia de operações financeiras, reduzindo custos de crédito, por exemplo... Também, a regularização fundiária urbana contribui para o aumento do patrimônio imobiliário do País e representa a inserção de capital na economia, à medida que agrega valor aos imóveis regularizados, os quais, inclusive, tornam-se alvo de tributação (IPTU, ITR, ITBI) ou de cobrança de preços públicos (foros e laudêmios)”. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 759, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2016, Exposição de Motivos, **Câmara dos Deputados**, 2016. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2016/medidaprovisoria-759-22-dezembro-2016-784124-exposicaoemotivos-151740-pe.html>>. Acesso em: 12/6/2019.

⁸ “... com o termo multipropriedade designa-se, genericamente, a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua”. TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. Editora Saraiva, São Paulo: 1993. p. 1.

⁹ “Desde 1980, a força de trabalho urbana em escala mundial se duplicou e a atual população urbana (3.200 milhões) é maior que a população total do planeta quando John F. Kennedy foi eleito presidente. Enquanto isto, a população rural alcançou sua cota máxima e começará a declinar a partir de 2020. O resultado será que as cidades absorverão todo o crescimento demográfico da população mundial, que se calcula, chegará aos 10.000 milhões de pessoas em 2050”. DAVIS, Mike. **Planeta de cidades miséria**. Madrid: Ediciones Akal S. A., 2007, 2014, p. 12, tradução livre do autor.

damente 85% da população brasileira é urbana, com clara tendência de alta.

A importância do instituto jurídico condominial não se restringe apenas à riqueza da sua utilização no espectro jurídico, sendo de importância econômica, urbanística e social.

Não se criou outra modalidade de manejo e uso de propriedade que sustente o adensamento e que

satisfaça novas exigências de uso do espaço geográfico. Não há outra forma técnica ou jurídica de se atender à necessidade de adensamento das cidades, de modo tão rápido, amplo e efetivo.

Portanto, de modo breve, são as figuras acima catalogadas as hipóteses que ilustram a flexibilidade do condomínio, bem como a sua utilidade e relevância, que acabam por demonstrar como o instituto atravessa sua fase de apogeu.



“DUE DILIGENCE” IMOBILIÁRIA

JOSÉ VICENTE AMARAL FILHO

RODRIGO PALÁCIO

1. Introdução

Ao tratarmos do tema da *due diligence* imobiliária faz-se necessário o esclarecimento preliminar de alguns princípios e institutos jurídicos. Dessa forma, iniciaremos este artigo abordando os princípios da responsabilidade patrimonial e da boa-fé, a fraude contra credores e a fraude à execução.

2. Princípios da Responsabilidade Patrimonial e da Boa-Fé

Para Yussef Said Cahali, considerando que os bens do devedor são a garantia do direito de seus credores, todos os valores que integram seu patrimônio respondem pelas obrigações que haja contraído.¹ Levando-se em conta que a noção de patrimônio é a coesão entre todos os seus elementos, pode-se inferir que referida coesão gera um direito de garantia generalizado que reconhece aos credores o direito de se fazer pagar atingindo todos os bens presentes e futuros do devedor.² Note-se que o Código de Processo Civil (CPC/15) em seu artigo 832 exclui os bens inalienáveis e não penhoráveis.³

O Código Civil (CC2002), em seu art. 113, in-

troduz a boa-fé no sentido de que os “negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”⁴ Para Alvino Lima, o princípio da boa-fé, influencia a solução dos conflitos de interesse na grande maioria dos casos, protegendo os que agem lealmente, com probidade, ou na ignorância escusável das situações antijurídicas; em contrapartida, a lei repele as pretensões dos que agem de má-fé, impondo-lhes penalidades, restringindo-lhes as faculdades e poderes, ou declarando a nulidade, anulação ou ineficácia dos atos jurídicos. Assim sendo, este princípio é regra essencial das relações humanas, inclusive em quaisquer atos que possam atingir interesses de terceiros.⁵ O próprio CC2002 demonstra a necessidade da boa-fé tanto “na conclusão do contrato, como em sua execução (...)” (art. 422).⁶

3. Breves Comentários sobre a Fraude Contra Credores e a Fraude de Execução

Conforme já mencionado, em nosso sistema jurídico, o devedor responde com seu patrimônio por suas obrigações não cumpridas. Referida máxima é abrangida pelo CC2002 (Artigos 391 [inadimplemento das obrigações]⁷, e 942 [obrigação

¹ CAHALI, Y. S. **Fraudes contra Credores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 23

² Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

³ Art. 832. Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.

⁴ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁵ LIMA, A. **A Fraude no Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 10

⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁷ Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

de indenizar]⁸), e também pelo CPC/15 (Artigo 789)⁹.

A Fraude contra credores e a fraude à execução são institutos de ramos distintos do direito, ou seja, a fraude contra credores é instituto de direito material (Art. 158 e seguintes do CC2002)¹⁰, enquanto a fraude à execução é instituto de direito processual (Art. 792, do CPC/15)¹¹.

Para Caio Mário, a fraude contra credores é, “segundo os princípios assentados em nosso direito, em consonância com as ideias mais certas, a manobra engendrada com o fito de prejudicar terceiro”.¹² Já para Silvio Rodrigues, a fraude contra credores ocorre “quando o devedor insolvente, ou na iminência de tornar-se tal, pratica atos suscetíveis de diminuir seu patrimônio, reduzindo, desse modo, a garantia que este representa, para resgate de suas dívidas”.¹³ Aqui o importante é aduzir que para o credor é indiferente se o vendedor simulou em conjunto com um comprador a venda de um imóvel, ou se o vendedor realmente efetuou a

alienação ou oneração de seus bens em favor de terceiro em fraude sem o conluio com o comprador. De ambas as formas o patrimônio do devedor se esvaiu, frustrando o cumprimento da obrigação do devedor para com o credor.

Quanto à fraude à execução, em entendimento do Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo (REsp nº 956.943/PR)¹⁴ referente aos requisitos necessários à sua caracterização envolvendo bens imóveis, aquela corte firmou orientação no sentido de que: (i) é indispensável a citação válida do devedor; (ii) o reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ)¹⁵; (iii) a boa-fé do adquirente é presumida, e a má-fé deve ser comprovada; (iv) inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência (Art. 844, CPC/15)¹⁶; e (v) presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de

⁸ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

⁹ Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

¹⁰ Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

¹¹ Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828; III - quando tiver sido averbada, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; V - nos demais casos expressos em lei.

¹² PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de Direito Civil**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1966. p. 316

¹³ RODRIGUES, S. **Direito Civil**, I, n.93, p. 200

¹⁴ (3ª Turma do STJ, REsp nº 956.943/PR, 01.12.2014. Rel. Min. Nancy Andrighi). “Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação:

1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de torna-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.

1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após averbação referida no dispositivo.”

¹⁵ Súmula nº 375, STJ. “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”

¹⁶ Art. 844. Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial.

bens realizada após averbação de certidão com-probatória do ajuizamento de execução nos termos do art. 828 Par. 4º, CPC/15.¹⁷

Dessa forma, podemos inferir que se tratam de institutos de características inconfundíveis, mostrando-se que o instituto da fraude à execução constitui uma “especialização” da fraude contra credores.¹⁸

4. Súmula 375 do STJ, Lei nº 13.097/2015 (Concentração dos Atos na Matrícula), e o Novo Código de Processo Civil

Em 30/3/2009, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 375 nos termos de que “o reconhecimento de fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. Referida súmula fortaleceu o entendimento do parágrafo 4º do artigo 659 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), atual artigo 844 do CPC/15.¹⁹

Com a promulgação da Lei nº 13.097/2015 a boa-fé do adquirente, que já vinha sendo privilegiada, foi fortalecida. Referida lei, em seu artigo 54 e parágrafo único²⁰, veda a discussão judicial da aquisição, sem que tenha havido prévio registro ou averbação de constrição na matrícula do imóvel, mesmo que as demandas judiciais tenham sido propostas anteriormente à venda do imóvel.

A ideia central de tal legislação, portanto, é que todos os fatos que possam prejudicar a livre disponibilidade do imóvel estejam presentes na matrícula.

Ocorre, porém, que o CPC/15 prevê no artigo 792 as hipóteses de fraude à execução, dentre elas, o inciso IV deixa claro que será considerada fraude à execução “quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência”²¹.

É importante notar que desde a promulgação da Súmula 375 do STJ, o ordenamento jurídico já vem se aperfeiçoando com relação à proteção do adquirente por meio da presunção de sua boa-fé, bem como, em relação às ferramentas à disposição dos credores para fazer valer seus direitos.

Podemos entender que o parágrafo único do artigo 54 da Lei nº 13.097/2015 privilegiou a boa-fé do terceiro adquirente, nos casos em que não haja averbação ou registro, na matrícula do imóvel, da existência de constrição à venda do mesmo, ou de existência de ações em nome do vendedor/devedor.

Veja-se, que tal legislação, embora inovadora, ainda não se encontra consolidada em nosso meio jurídico quanto à sua aplicação, pois certamente depende de providência do credor para que a notícia de litígio que possa diminuir a capacidade do credor em saldar suas dívidas, seja averbada ou

¹⁷ Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

(...) § 4º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

¹⁸ CAHALI, Y. S. **Fraudes contra Credores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pág. 62.

¹⁹ Art. 844. Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial.

²⁰ Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações: (Vigência)

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos artigos 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

²¹ Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

(...)IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência.

registrada junto à matrícula do imóvel. Porém, se houver mencionadas averbações ou registros, a má-fé do adquirente será presumida nos termos do parágrafo quarto do artigo 828 do CPC/15²². Voltando à questão da relatividade da presunção da boa-fé do adquirente, este não estará livre de quaisquer contestações sobre a aquisição do imóvel se não existirem averbações ou registros na matrícula, mas o que irá ocorrer neste caso é a inversão do ônus da prova da má-fé do adquirente para o credor ou pessoa prejudicada. E como o credor ou pessoa prejudicada irá conseguir comprovar a má-fé do adquirente? Simplesmente apresentando as certidões pessoais do vendedor referentes às Comarcas do imóvel e de domicílio do mesmo, para os fins do disposto no inciso IV do artigo 792 do CPC/15.

Assim, entendemos que a presunção da boa-fé do adquirente ainda será objeto de muita controvérsia, porém, é inegável que tanto o legislativo quanto o judiciário estão caminhando em direção à presunção absoluta da boa-fé do adquirente, na hipótese de inexistência de averbação ou registro de pendência judicial na matrícula do imóvel adquirido.

5. Due Diligence Imobiliária

Após um breve histórico sobre os institutos da boa-fé, fraude contra credores, e fraude à execução podemos então, abordar o tema das certidões recomendáveis para a necessária segurança na aquisição de um imóvel.

5.1. Certidões Referentes ao Imóvel e aos Vendedores

Certamente, embora a legislação esteja caminhando para uma análise simplificada quando da aquisição de imóveis, especialmente pela concentração dos atos na matrícula, é absolutamente recomendável que, antes da decisão pela aquisição, sejam examinadas as certidões relativas ao imóvel, aos vendedores e aos antecessores, para verificação de eventuais apontamentos que possam prejudicar a livre disponibilidade do imóvel e trazer prejuízos, por vezes irrecuperáveis, ao adquirente de boa-fé.

A certidão de propriedade do imóvel expedida pelo Oficial de Registro de Imóveis possibilitará a análise da descrição do imóvel, sua titularida-

de, bem como, a existência de ônus, ou mesmo de cláusula impeditiva de alienação (cláusula de inalienabilidade), e ainda outros atos eventualmente averbados ou registrados que deverão ser considerados para a viabilidade da aquisição.

Juntamente com a certidão de propriedade, há diversas outras certidões que deverão ser objeto de análise, para que a aquisição se faça de forma segura, como por exemplo, a verificação de débitos de impostos ou multas que onerem o imóvel.

Vale informar que as dívidas referentes a impostos incidentes sobre o imóvel são obrigações *propter rem*, ou seja, é o próprio imóvel que responde pela dívida e não o seu proprietário.

A depender da destinação do imóvel, por exemplo, se para incorporação imobiliária, a verificação deve tornar-se ainda mais cautelosa, procurando-se analisar, inclusive, eventuais declarações de tombamento do imóvel, que, por vezes, poderá impedir a realização do empreendimento imobiliário pretendido.

Analisadas então, as certidões relativas ao imóvel, o adquirente deve buscar as certidões relativas aos vendedores e aos antecessores, como forma de tornar segura a aquisição. Pela análise das certidões, o adquirente poderá decidir pela aquisição do imóvel ou, até mesmo, buscar soluções para que os eventuais apontamentos verificados nas certidões não venham a tornar a aquisição sujeita a contestações, com base nos institutos de fraude a credores e fraude à execução, conforme acima comentado.

É evidente que o fato de existirem apontamentos nas certidões não inviabiliza a aquisição, sendo certo que o problema existe se o vendedor for insolvente. Se o devedor tiver patrimônio imobiliário ou financeiro suficiente para arcar com todos os débitos apontados, não há que se falar em fraude contra credores ou à execução.

Essa análise de solvência deverá ser feita por advogados, que poderão, inclusive, buscar alternativas contratuais e legais para viabilizar a aquisição, de forma que o patrimônio do vendedor não sofra perdas com a alienação do imóvel, mas sim, uma substituição de ativos, a exemplo do que ocorre na permuta de imóveis. Certamente, cada caso será avaliado de acordo com as suas circunstâncias específicas.

²² Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade. (...)

[§] 4º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

5.2. Antecessores na Propriedade do Imóvel

Outra questão bastante presente na verificação da livre disponibilidade do bem diz respeito aos antecessores na propriedade do imóvel, e especialmente qual o lapso temporal que deverá ser estudado em relação a esses antecessores.

Para tanto, faz-se necessária uma abordagem básica sobre o instituto da prescrição. Conforme reza o artigo 189 do CC2002, o direito material violado dá início à pretensão, que se torna realidade quando formalizada em juízo por meio da ação. Se extinta a pretensão, não existe ação. Assim sendo, a prescrição extingue a pretensão, que, por conseguinte, extingue indiretamente a ação.²³

Durante a vigência do Código Civil de 1916 (CC1916), costumava-se solicitar aos vendedores as certidões de seus antecessores dos últimos 20 (vinte) anos na propriedade do imóvel. Isso se devia ao fato de que o CC1916 em seu artigo 177²⁴ fixava o prazo prescricional máximo de 20 (vinte) anos.

Já o artigo 205 do CC2002²⁵ substituiu o artigo 177 do CC1916 e instituiu o prazo máximo de prescrição para 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Diante disso, houve a necessidade de se instituir uma regra (“Regra de Transição”) para regular e adaptar os prazos prescricionais (“Prescrição”) dos casos cuja prescrição começou a correr durante a vigência do CC1916 mas iria terminar durante a vigência do CC2002. Referida Regra de Transição foi incluída no art. 2.028 do CC2002²⁶. Mencionado artigo reza que “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua

entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Entendemos que não existe mais a necessidade de solicitar certidões dos últimos 20 (vinte) anos, pois: (i) todos os casos cuja prescrição era de 20 (vinte) anos do CC1916 já prescreveram; e (ii) a prescrição máxima do CC2002 é de 10 (dez) anos.

6. Conclusão

Concluindo, este breve artigo procurou demonstrar que a boa-fé do adquirente do imóvel vem sendo privilegiada pela legislação brasileira, especialmente desde o advento do CC2002, mas procurou-se também demonstrar a necessidade de uma rigorosa análise documental, para que o adquirente possa formar a sua convicção a respeito da segurança e viabilidade da aquisição, evitando-se contestações quanto à higidez do negócio celebrado.

Referências Bibliográficas

CAHALI, Yussef Said. **Fraudes contra Credores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Alvino. **A Fraude no Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1965.

PEREIRA, Caio Mario Da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1966.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, Parecer. RT 447/44.

²³ Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206.

²⁴ Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

²⁵ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

²⁶ Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.



UM OLHAR SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO MERCADO IMOBILIÁRIO

KARINA ZUANAZI NEGRELI

Introdução

Segundo dados apurados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) em 2017, na pesquisa anual de serviços¹, existiam no Brasil 64.885 empresas ativas no segmento imobiliário, com 237.624 pessoas ocupadas nas mesmas. Já de acordo com dados da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), em 2017, o número de pessoas ocupadas no mesmo setor chegou a 142.827², o que autoriza a intuir que a diferença poderia corresponder ao trabalho informal ou por conta própria, resultando na existência de uma média de 2 a 3 empregos formais por empresa do segmento nesse período.

Considerando os dados cadastrais do Secovi-SP quanto ao número de empresas do setor em 2019, somente no Estado de São Paulo se falaria em algo em torno de 93 mil empresas, as quais, se mantido o mesmo parâmetro de empregos diretos gerados, poderiam alcançar em torno de 279 mil postos de trabalho espalhados na quase totalidade do Estado de São Paulo.

Abstraída alguma discrepância entre os números de referência, atribuível talvez aos critérios estatísticos ou de seleção de dados, ao decurso do tempo que separa a coleta dessas informações ou, quem sabe, à crescente abertura de empresas gerada pela migração daqueles que antes se ocupavam num modelo de vínculo empregatício típico para o mundo do empreendedorismo, ou ainda pela inatividade fática de parte das empresas, sem a devida baixa formal nos registros, se poderia perguntar:

Qual a importância do trabalho humano no setor imobiliário?

A legislação vem evoluindo para acompanhar as demandas e necessidades dessas empresas no que toca às relações de trabalho?

O cenário atual oferece condições para que o setor possa gerar mais postos de trabalho?

Nessas questões é que nos propomos a lançar um olhar sobre os atores das relações de trabalho no setor imobiliário, a evolução dessas relações do ponto de vista legislativo, jurídico e prático, sem qualquer pretensão de esgotamento do assunto ou do alcance de respostas taxativas, mas, sim, propondo-se uma breve reflexão sobre suas possibilidades e tendências.

Serviços imobiliários

É bastante frequente que as atividades econômicas desenvolvidas pelas empresas de compra, venda, locação e administração de imóveis, assim como do desenvolvimento urbano, da exploração de shopping centers e outras, serem designadas como “indústria imobiliária”, expressão que, em sentido lato, correspondente ao desenvolvimento de uma atividade ou ofício, tanto pode ser aplicada à atividade imobiliária como também à da agricultura e pecuária, da arte e cultura, entre tantas, mas sem alcançar o sentido de extração ou transformação presentes na fabricação ou manufatura que caracteriza a efetiva atividade da indústria em sentido estrito. Esse sentido estrito de indústria, refletido na Classificação Nacional das Atividades Empresariais (CNAE), elaborada pelo IBGE, que procura organizar e classificar os setores produtivos, visando a identificar as atividades empresariais até mesmo com o fim de padronização para efeito de administração tributária em

¹ Fonte: PAS (2017): <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/servicos/9028-pesquisa-anual-de-servicos.html?t=destaques>

² Fonte: RAIS (2017): <http://pdet.mte.gov.br/rais>

território nacional, parece não se amoldar perfeitamente à atividade imobiliária.

Sob enfoque da Classificação Nacional das Atividades Empresariais, as atividades imobiliárias compreendem *“as atividades de gestores de propriedade imobiliária como as de: proprietários de imóveis, agentes e corretores imobiliários que atuam nas atividades de compra, venda e aluguel de imóveis e outros **serviços** relacionados, como a avaliação de imóveis para qualquer finalidade. Esta seção compreende também as atividades de administração de condomínios, shopping centers e outros imóveis. As atividades compreendidas nesta seção podem ser desenvolvidas pelo proprietário do imóvel ou por terceiros, sob contrato ou corretagem³”* (grifamos).

Pois bem, na senda da prestação de serviços, o capital humano no contexto da atividade imobiliária ganha especial valor, na medida em que constitui linha de frente, contato direto que representa a empresa perante o cliente ou consumidor final dos serviços prestados, criando vínculos e fidelização em nome da empresa junto a seu público-alvo.

Enquanto em diversas atividades econômicas e empresariais com produção em escala, como, por exemplo, na indústria, o elemento humano assume posição de caráter estratégico e diretivo, alcançando-se frequentemente a produtividade e a lucratividade por processos automatizados e mecanizados, já na prestação de serviços, em geral, o elemento humano se faz presente no exercício da atividade econômica desde os níveis de direção e comando até os de caráter operacional, porém, com atributos de confiança, empatia, persuasão, fidelização de clientes e consumidores dificilmente alcançados em processos completamente mecanizados, virtuais ou digitais.

Ainda que estejamos na era da agilidade de um “click”, dos assistentes virtuais, do atendimento remoto e da prestação de contas na tela do celular, quantos de nós não se ressentem com atendimentos em centrais de relacionamento robotizadas em que não é possível acessar ou expressar nossas necessidades, ao sermos lançados em “loopings” intermináveis de menus pré-concebidos, ansioso que um “conciierge” nos resolva os problemas? Ou, ainda, sob a ótica do aumento da expectativa de vida da população com o envelhecimento dos consumidores de serviços, com suas demandas e linguagem próprias, quais os atributos desejáveis de uma boa prestação de serviços?

Na sociedade contemporânea, há variadas necessidades a serem supridas pelos serviços imobiliários, com soluções que atendam a todos os públicos e demandas, sendo que o desafio atual é equilibrar o custo da mão de obra, mantendo-se a lucratividade do negócio e a dignidade e sustentabilidade das relações de trabalho, como indutoras da qualidade dos serviços prestados, que fazem a roda girar.

Longe de se levantar inócua discussão como a que ocorreu entre aplicativos de transportes *versus* taxistas, há que se reconhecer que, como naquele mercado, no setor imobiliário, existe público consumidor tanto para a locação por temporada e para a hotelaria, como há para os aplicativos de ocupação de imóveis residenciais por curto período. Da mesma forma que há consumo de serviços típicos da administração de imóveis tradicional, mediante consultoria profissional, que embora prestados com o uso de ferramentas modernas para busca, seleção, filtros e detalhes de localização do imóvel, concretizam-se pela formalização ortodoxa de contratos com as garantias locatícias tradicionais; também há demanda por serviços prestados de forma totalmente remota, sem qualquer pessoalidade no atendimento e dispensando-se formalidades em demasia.

Num modelo ou outro de negócio, as relações de trabalho vêm se transformando e exigindo uma agenda de adequação do ordenamento jurídico, adequação que esteve reprimida por longo período, mantendo a prestação de serviços no setor restritas aos moldes celetistas da relação empregatícia típica, que cedeu ante à necessidade de reconhecer juridicidade a formas de contrato de trabalho distintas e diversificadas.

Evolução das relações de trabalho

Contemplemos a questão da **corretagem imobiliária** como exemplo da necessidade de modernização legislativa, face às novas formas de trabalho na intermediação na compra, venda e locação de imóveis.

Se a corretagem na mediação de negócios em geral constitui relação contratual de natureza civil, regulada no Código Civil nos artigos 722 a 729, os quais preveem e admitem a aplicação de legislação especial, que no caso da corretagem imobiliária, encontra regulamentação na Lei nº 6.530, de 1978, ambas as referências legais enfocam tal

³ https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=secao&tipo=cnae&versao_subclasse=10&versao_classe=7&secao=L

atividade sob o prisma de autonomia e independência desse profissional.

Tal pressuposto, entretanto, não afastou a alegação e o próprio reconhecimento da caracterização da relação de emprego entre corretor e empresa imobiliária, nos casos em que presentes os elementos caracterizadores do vínculo empregatício, constantes do artigo 2º da CLT, quais sejam, a pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação típicas da relação empregado/empregador.

Porém, as figuras do corretor autônomo em contraposição a do corretor empregado não atendiam a uma realidade praticada maciçamente no mercado imobiliário, qual seja, a da relação de parceria, de associação para a concretização de negócios em mútua colaboração, onde não se constatava a existência de subordinação empregatícia típica, nem de completa e irrestrita autonomia negocial, mas, por vezes, presente uma espécie de parassubordinação.

Deu-se então, em 2015, a alteração da lei que regulamentava a profissão da corretagem imobiliária, para reconhecer a existência da relação de associação entre corretor e imobiliária, indicando a celebração de um contrato típico, devidamente registrado perante o sindicato laboral, porém, não correspondente à relação de emprego típica, com todos os seus deveres e direitos do trabalho assalariado. A inadequação de tratamento jurídico da situação de fato aos modelos pré-existentes de exercício da corretagem de imóveis (autônoma ou mediante vinculação empregatícia) estaria aí solucionada pelo reconhecimento de um contrato típico para esse tipo de relação, o contrato de associação, previsto na Lei nº 13.507/2015, que vem atualizar a Lei nº 6.530/1978 pela validação de nova forma de relação de trabalho nessa atividade.

Situação semelhante ocorreu no setor de salões de beleza, que o advento da Lei nº 13.352/2016,

que ficou conhecida como lei do salão parceiro, que garantiu que o exercício das atividades desempenhadas segundo os usos e costumes pelos profissionais cabeleiros, manicures e outros no âmbito dos salões fossem reconhecidas e formalizadas também num contrato típico.

Num caso como em outro, tratando-se de contratos típicos, deve-se ter como pressuposto da contratação e do desenvolvimento da atividade a boa-fé objetiva, com a qual as partes contratantes devem pautar sua conduta, afastando-se qualquer simulação ou dissimulação de situação fática diversa da qual os contratos citados pretendem abarcar, para que que, ao cabo, seja alcançada a segurança jurídica na contratação sem qualquer reserva mental.

Outra forma de prestação de serviços bastante recorrente foi relegada por anos e anos a uma espécie de limbo normativo, qual seja: a prestação de serviços mediante contratação de empresas **terceirizadoras de mão de obra**, o que concedeu à Corte Superior em Matéria Trabalhista o poder atípico de suprir a lacuna por meio de Súmula de Jurisprudência⁴ que regulava tais relações trabalhistas, impingindo, por exemplo, ilegalidade à contratação de serviços terceirizados para o exercício da atividade-fim da empresa contratante. Como classificar de ilegal algo que a lei não veda? Estaria a Súmula de aplicação tão difundida ferindo o princípio constitucional da legalidade?

De forma tardia, diante de uma realidade fática que se impunha, a prestação de serviços mediante contratação de empresa de **terceirização de mão-de-obra** foi finalmente regulada pela Lei nº 13.429/2017, que, como que procurando mostrar a independência do Poder Legislativo, rompeu com os conceitos construídos com base na Jurisprudência e reconheceu a legalidade da terceirização ainda que na atividade-fim da empresa contratante.

⁴ **Súmula nº 331 do TST - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (31/5/2011)**

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Logo em seguida, a **Reforma Trabalhista**, introduzida no ordenamento pela Lei nº 13.467/2017, elevou a patamares de maior destaque a normatização não estatal por meio da autonomia coletiva dos particulares, garantindo às Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho a prevalência sobre a legislação posta, de modo a minimizar a tutela do Estado a essas relações, ratificando ao particular na sua atuação de caráter coletivo a capacidade de reger suas relações de trabalho.

Aliás, no que toca ao papel das negociações sindicais para adequação da norma à realidade de determinado setor produtivo, artigo publicado neste mesmo periódico já ressaltava que “os instrumentos de negociação coletiva, bem conduzidos pelo Sindicato Patronal, ganham especial relevância no equilíbrio da atividade econômica, cujo custo de mão de obra, não raro, representa grande parte da receita das empresas. A solução dessa equação tem sido um renovado desafio aos sindicatos patronais nos últimos anos, oferecendo de outra banda oportunidade para formas alternativas e adequadas a cada setor para o alcance de condições de trabalho sustentáveis.”⁵

A **Reforma Trabalhista**, objeto de calorosos debates sob alegações de precarização das relações de trabalho e inconstitucionalidade da norma em dezenas de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (não acolhidas pela Corte Constitucional, senão quanto aos dispositivos relacionados ao trabalho da gestante e lactante em local insalubre) e, de outra banda, de argumentos sustentados na necessidade de modernização e flexibilidade das mesmas com o objetivo de geração de emprego, renda e aquecimento da economia, sem dúvida, ofereceu aos atores das relações de trabalho alternativas quanto às formas de contratação do trabalho.

A previsão do contrato de trabalho como **autônomo exclusivo, trabalho intermitente e a criação da figura do trabalhador hipersuficiente** oferecem novas possibilidades de desenvolvimento das relações de trabalho no setor imobiliário, lançando fora as amarras das regulações que pressupunham hipossuficiência e subordinação clássicas como regra.

De fato, com a introdução do artigo 442-B à CLT, uma vez cumpridas as formalidades legais, mesmo em caso de prestação de serviços mediante condi-

ção de exclusividade e continuidade, a **contratação de autônomo** sem vinculação empregatícia encontra autorizativo legal explícito, situação que antes da Reforma Trabalhista induzia ao reconhecimento da relação de emprego. Essa figura parece também atender bem à contratação de corretores de imóveis como alternativa ao contrato de associação.

A legislação reformada cria ainda nova figura do contrato de **trabalho intermitente**, na qual o trabalhador, embora mantenha vínculo empregatício, alterna períodos de atividade e inatividade, pagando-se pelos serviços e demais verbas trabalhistas como férias, 13º salário e adicionais quando do final de cada período de atividade, devendo a avença ser celebrada obrigatoriamente por contrato escrito, como determina o artigo 452-A da CLT⁶. Esse tipo de contratação poderia ser indicado para o suporte administrativo na formalização de contratos por parte das imobiliárias em lançamentos, podendo os trabalhadores serem acionados quando da demanda.

Indo mais adiante, o legislador reformista rompeu com o conceito de hipossuficiência do empregado frente ao empregador, pressuposto sobre o qual esteve edificado o sistema jurídico celetista até o advento da Reforma, criando a figura do **trabalhador hipersuficiente**.

Tendo em conta esse rótulo de hipersuficiente, intuitivamente se entenderia como uma condição aplicável às contratações de empregados de altos cargos, com poder de direção que o eleva quase que ao patamar de igualdade com o empregador, capaz de determinar diretamente junto ao empregador suas próprias condições de trabalho em contrato individual, prevalecendo sobre a legislação trabalhista e sobre as Convenções e Acordos coletivos da categoria.

Ocorre, porém, que a definição do trabalhador hipersuficiente feita no parágrafo único introduzido ao artigo 444 da CLT, o descreve como aquele empregado de nível superior de ensino e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o teto dos benefícios da Previdência, o que hoje equivale ao salário de R\$ 11.678,90.

A ferramenta é, sem dúvida, interessante para disciplinar as relações de trabalho em situações específicas e pode viabilizar contratações, geran-

⁵ Karina Zuanazi Negreli e Helena Therezinha do Amaral Gomes – Opinião Jurídica 4 - A Representação Sindical Empresarial sua Relevância Social e Garantias na Constituição da República

⁶ Trabalho intermitente é objeto da ADI 5950 onde a inconstitucionalidade do dispositivo foi afastada

do oportunidades para empregados de perfil diferenciado em nível, técnico, diretivo e estratégico. Todavia, no Direito, como na vida, a moderação e o equilíbrio é que oferecerão os melhores resultados quanto à segurança jurídica do modelo, que dependendo das condições negociadas no contrato poderão ensejar a negociação ou renúncia de direitos na contratação, que num cenário de elevado índice de desemprego podem ter conotação de vício de consentimento.

Nesse sentido, essa modalidade de contrato deverá ser manejada com acurada assessoria jurídica trabalhista e preferencialmente em caráter excepcional, envolvendo perfis executivos e diretivos e atentando-se aos limites legalmente estabelecidos para essa negociação direta entre empregado e empregador contidos no art. 611-A da CLT e com a consciência de que o simples diploma universitário e o salário acima do valor de referência constituem, a nosso ver, presunção relativa de hipersuficiência, merecendo análise caso a caso.

Para além das formas especiais de contratação mencionadas, que vêm sendo introduzidas no ordenamento, a Reforma Trabalhista ofereceu como forma de modernização, agilidade e autonomia das partes da relação de trabalho mecanismos como a **arbitragem em matéria trabalhista**, desde que firmada a cláusula compromissória no contrato do hipersuficiente, conforme prevê o novo artigo 507-A da CLT; a homologação de acordos extrajudiciais (artigo 855-B da consolidação); a não obrigatoriedade de **homologações de rescisão** de contrato, assistência com pouco sentido para o caso de trabalhadores com nível de compreensão que dela prescindem; a **rescisão**

consensual do contrato de trabalho, prevista no artigo 484-A da CLT; a **quitação anual das obrigações trabalhistas do artigo 507-B da CLT**, entre outras alterações promovidas no ordenamento.

Essas comentadas são algumas das modificações na legislação trabalhista direcionadas à modernização e à simplificação das relações entre empresa e trabalhador, que devem continuar seu processo evolutivo até que o ajuste fino da prática diária, da jurisprudência e da maturação da aplicação da lei ofereça um patamar de dignidade, sustentabilidade e viabilidade econômica, condizentes com a necessidade de desenvolvimento econômico sustentável.

Conclusão

Ante as observações traçadas, pode-se concluir que o trabalho humano é essencial aos serviços imobiliários e que, sim, a legislação vem evoluindo para acompanhar as demandas dessas relações, oferecendo aos poucos os mecanismos que, se bem utilizados, poderão favorecer a geração de novos postos de trabalho com segurança jurídica para empresas e trabalhadores.

Longe de corresponder à fagulha milagrosa da geração do pleno emprego que se anunciou, haja vista os altos índices de desocupação ainda existentes hoje, a nova ordem jurídica trabalhista, aplicada de forma ponderada e de boa-fé, é instrumento indutor da evolução das relações de trabalho, capaz de fortalecer seus atores, elevando-os ao protagonismo que por muito tempo foi ocupado pela própria lei.



IMPLEMENTAÇÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA EMPRESARIAL E A EFETIVIDADE DO JUDICIÁRIO¹

LARISSA MILKIEWICZ

A busca por uma Justiça célere e eficiente é o maior desafio que o Poder Judiciário enfrenta em escala nacional. A Constituição Federal de 1988 resguarda como direitos e garantias fundamentais a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Os Tribunais do Comércio fazem parte da história do Brasil (de 1850 a 1875) e eram compostos pelos mais renomados homens de negócio, com habitual profissão comercial, localizados nos Distritos das respectivas Províncias. O resultado destes Tribunais foi o aumento da eficiência dos julgados à época, sendo que os processos instaurados, quase em sua totalidade, eram solucionados no mesmo ano.

Após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi pioneiro na instauração de Varas Empresariais, totalizando sete varas especializadas na matéria. Posteriormente, Belo Horizonte instalou duas varas especializadas, e o Distrito Federal, uma. Quanto à especialidade em segundo grau de jurisdição, apenas o Tribunal de São Paulo e o de Santa Catarina têm câmaras especializadas. Certamente, estas são tentativas interessantes, ainda que tímidas, de inovação na matéria.

Em 13 de fevereiro de 2018, o jornal “O Estado de S. Paulo” publicou uma reportagem sobre “**Varas empresariais, avanço para o Brasil**”. A referida reportagem explanou que o “Brasil tem-se notabilizado como um país de insegurança jurídica e, por consequência, como um ambiente hostil para atrair investimentos que não busquem especular² [...]”. Para compor o estudo reportado, participou da discussão sobre o tema o Presidente do Tribunal de Justiça do São Paulo, o Presidente do Instituto dos Advogados de São Paulo, o Presidente da Associação Brasileira de Jurimetria, e restou claro que “a especialização da Justiça é necessidade elementar para uma gestão eficiente, que pode ser traduzida pela alocação adequada de *experts* para as maiores e mais complexas demandas.”³

Em nível global, assiste-se a algumas experiências de sucesso, dignas de inspiração. O sucesso do Tribunal de Chancelaria de Delaware, por exemplo, é atribuído à vantagem competitiva do Judiciário, no qual os magistrados são altamente treinados para lidar com litígios empresariais, tendo como uma das consequências a melhor jurisprudência empresarial do país, servindo de referência aos demais Estados. Segundo informações da *Harvard Business Services*, 60% das empresas listadas na Fortune 500⁴ estão constituídas em Delaware⁵.

¹ Proposta premiada com o primeiro lugar no concurso estadual de artigos “Propostas para o aperfeiçoamento da Justiça do Paraná”, realizado pela Academia Paranaense de Letras Jurídicas (APLJ) em 2018.

² Por especular, entende-se buscar ganhos financeiros de curto prazo em detrimento do ato de investir e fomentar o crescimento da economia a longo prazo

³ BRASIL. O Estadão de São Paulo. **Varas empresariais, avanço para o Brasil**. A2. Espaço aberto. Terça-feira, 13 de fevereiro de 2018.

⁴ Fortune 500 é uma classificação das 500 maiores corporações do mundo, levando em consideração a respectiva receita.

⁵ HARVARD BUSINES SERVICES. **Una guía privilegiada**: toda lo que debe saber antes, durante y después de la constitución de una entidad comercial. Disponível em: <https://www.delawareinc.com/brochure/insiders_guide_spanish.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2019.

Advogados experientes do Estado de Delaware recomendam aos seus clientes que constituam empresas nesse local, justamente pela jurisprudência constituída, que se desenvolveu à luz da reputação nacional do Tribunal de Chancelaria.

Nesse sentido também é a inspiração do *Dubai International Financial Centre Court* (DIFC), que está localizado no meio do imponente centro financeiro da cidade de Dubai. Nesse caso, há uma primeira instância e um Tribunal de Apelação, formado por um total de oito magistrados, a maior parte estrangeiros, sendo o presidente oriundo de Singapura.

No DIFC, os julgamentos são rápidos e o Tribunal tem os mais avançados recursos tecnológicos do mundo. Dubai inovou com a instalação deste Tribunal e assegurou uma justiça célere e previsível e, como consequência, preservou na cidade os negócios já existentes, despertando também o interesse de outros empresários.

A partir das experiências de sucesso citadas, é possível pensar em soluções interessantes aos Estados brasileiros. A este respeito, vale lembrar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura, em seu artigo 99, a autonomia administrativa e financeira dos Tribunais dos Estados. Seria plenamente viável, portanto, a instauração de um Tribunal de Justiça Empresarial em um Estado visionário e inovador.

O Tribunal de Justiça Empresarial julgaria os processos de primeiro e de segundo grau na mesma unidade física, ou seja, no mesmo imóvel, com andar específico para cada grau da jurisdição, por mais que os processos sejam eletrônicos. Essa medida iria disseminar autenticidade e celeridade processual para o modelo adotado e, comumente, instalado no Poder Judiciário do Brasil.

Esta proposta visa manter a missão, a visão e os valores do Poder Judiciário. A instauração do modelo proposto sugere, porém, uma localização distinta da sede do Tribunal de Justiça do Estado, com o propósito de evidenciar a inovação almeja-

da para o Poder Judiciário.

Além disso, sugere-se que os assessores dos magistrados tenham a formação de bacharel em Direito, mas se recomenda que pelo menos dois dos assessores, efetivos ou comissionados, tenham formação e prática em ciências contábeis e administração, com a finalidade de proporcionar suporte técnico ao magistrado que irá proferir decisões, tal como acontece no Tribunal de Direito Ambiental de Santiago no Chile⁶.

Seguramente, o estabelecimento do Tribunal de Justiça Empresarial seria uma medida destacável no cenário nacional, uma vez que promoveria inovação, celeridade e efetividade ao Poder Judiciário. Além disso, esta proposta materializa incentivos empresariais para os Estados, propiciando o aumento da geração de empregos; maior arrecadação de tributos; redução da desigualdade; e utilização dos arranjos produtivos do ente estatal, particularmente em razão da justiça célere e especializada do Tribunal de Justiça Empresarial.

Assim, o Tribunal de Justiça Empresarial reduzirá o custo empresarial e fomentará novas empresas no território, pois haverá especialidade técnica, previsibilidade e celeridade nos julgamentos da matéria empresarial do Estado. Este interesse não é apenas do Poder Judiciário do ente estatal, mas também da Associação do Comércio, entidades privadas e profissionais. É similar ao caso do interesse coletivo de advogados, da sociedade e do Poder Judiciário, em prol da instalação de um Tribunal Regional Federal (TRF da 6ª região) com sede em Curitiba.

A globalização econômica é um fator inconteste da atualidade e “se caracteriza pela rapidez nas comunicações e por um grande desenvolvimento da infraestrutura (telefonia celular, televisão por satélite, transportes em larga escala etc.)”⁷, exigindo uma postura célere e eficaz do Poder Judiciário. O Tribunal de Justiça Empresarial caminha no mesmo sentido da globalização e se destaca no cenário nacional pela reno-

⁶ IBRAJUS: o Tribunal pertence ao Poder Judiciário? Como é a estruturação administrativa e de pessoal? R. Apesar dos Tribunais Ambientais serem especializados e autônomos, com personalidade jurídica própria, estão sujeitos à direção administrativa, correcional e econômica da Corte Suprema. A estrutura de pessoal de cada Tribunal contém um Secretário graduado em Direito, dois relatores, dois profissionais de áreas científicas e um pequeno número de funcionários administrativos. INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA JUDICIÁRIO. **Entrevista Ministro Jose Ignacio Marquez Vasquez**. Presidente do Segundo Tribunal Ambiental do Chile. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/entrevista.asp?idEntrevista=55>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

⁷ CONJUR. **Complexidade do comércio internacional pede a criação de varas empresariais**. Por Vladimir Passos de Freitas, 29 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-29/segunda-leitura-comercio-internacional-criacao-varas-empresariais>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

vação do Poder Judiciário do Estado inovador e visionário que implemente esta proposta.

Há necessidade de se adaptar a globalização econômica às necessidades atuais, caso contrá-

rio, a “sociedade sofrerá notório prejuízo econômico e os litigantes evitarão, até onde possível, o ingresso no Poder Judiciário, transformando este Poder em opção de solução apenas de pequenos conflitos.”⁸

⁸ CONJUR. **Complexidade do comércio internacional pede a criação de varas empresariais**. Por Vladimir Passos de Freitas, 29 de maio de 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-mai-29/segunda-leitura-comercio-internacional-criacao-varas-empresariais>>. Acesso em: 17 fev. 2019.



RATEIO DE DESPESAS EM LOTEAMENTOS DE ACESSO CONTROLADO:

INSCULPINDO E LAPIDANDO CRITÉRIOS PARA SUA CONFORMAÇÃO

MARCELO BARBARESCO

Introdução

As situações do mundo da vida nos impõem, diuturnamente, novas modalidades de pensar e de agir de maneira que nossos interesses venham a ser resguardados em uma sociedade que, talvez, agregue e congregue interesses e interessados em coisas idealmente comuns.

Neste sentido, surgem os loteamentos de acesso controlado que, a par de não serem condomínios edilícios em que, estruturalmente, há menos liberdade e, potencialmente, em uma mesma realidade, maior encargo a ser suportado pelos integrantes desta comunhão de interesses, os seus proprietários de lotes podem, com maior desenvoltura, exercer direitos decorrentes da propriedade.

Entretanto, ao lado da liberdade de com a propriedade dela fazer o que seus interesses – desde que legítimos – desejar, pretende também que, de alguma forma, haja a proteção de seus contornos, seja para lhe conferir maior sensação de segurança, seja para estabelecer amenidades que de alguma forma contribuam para a sua valorização enquanto coisa.

Por conta desta circunstância de interesses subjetivos surgem, então, questões relacionadas à organização do conjunto das propriedades individualmente titularizadas, de maneira que seja estabelecida uma formatação social que tenha o condão de conformar os interesses no entorno de uma comunhão que aproveite a todos. E, por conta disso, venha a resguardar desde interesses meramente patrimoniais até aqueles relacionados à mera sensação do sentir os sentidos.

A par do regime jurídico a ser adotado para a disciplina destes interesses – que comumente se realizam através da constituição de associações –, surgem questões variadas quando do estabelecimento das regras desta subjetiva comunhão no entorno das propriedades individuais. E estas

questões dependerão, inclusive, da qualidade do empreendimento que se deseja insculpir e manter ao logo dos anos; da quantidade de suas propriedades individuais; do nível que se deseja ter e manter como servil das específicas propriedades; das particularidades relacionadas ao nível da segurança, enfim, de um todo que somente pode ser avaliado quando do detalhado estudo de cada situação concretamente estudada e ponderada pela subjetividade e pelas circunstâncias.

Mas, não obstante esta avaliação de cada caso de maneira a se auferir a (des)conformidade de cada estrutura e de seus regramentos tendo em vista os interesses particularíssimos daquela comunidade, há certas premissas que deverão nortear o caminho daqueles que desejarem lapidar normas de um conviver perene, estável e o quanto possível indene a situações indesejáveis.

Neste sentido, a finalidade deste ensaio é buscar e, especialmente, quanto a definição de critérios objetivando o rateio das despesas geradas pela administração das coisas colocadas à disposição do interesse comum, elementos que possam de alguma forma contribuir para sua identificação, isto é, para a materialização do dividir e, após, o efetivar, ou seja, o contribuir financeiramente para a preservação do ideário insculpido pela vontade.

1. Premissas e sua inafastabilidade

A conformação das estruturas tendentes à administração dos interesses de uma determinada coletividade em comunhão de interesses patrimoniais e extrapatrimoniais deverá observar algumas premissas quando da idealização de suas normas estruturantes, notadamente, pelos empreendedores imobiliários.

E estas premissas mantêm relação com aquilo que os homens compreendem como sendo o razoável, o aceitável, aquilo que em face de determinadas

circunstâncias de um específico negócio jurídico imobiliário o interesse da maioria daqueles que dele participar estaria em conformidade. E se afirma pela maioria por conta do reconhecimento de que a unanimidade pode tender à impossibilidade da concreção de um todo.

Neste sentido, o que se enfatiza é que cada negócio jurídico imobiliário deverá ser avaliado em sua individualidade, em suas circunstâncias fáticas, em sua gênese de forma a se aplicar, em concreto, as premissas que serão a seguir abordadas. E, assim o sendo, apenas e tão somente através da avaliação de cada circunstância de um determinado negócio jurídico é que se poderá mensurar sua (in)adequação àquilo que o ordenamento jurídico estabelece como sendo o obrigatório, sob pena de consequências adversas e negativas, quais sejam, a nulidade ou a anulabilidade de uma determinada norma emanada da vontade.

1.1. Boa-fé objetiva: a lealdade em sua máxima potência

Muito se escreve acerca da assim chamada boa-fé objetiva. O que ela significa e representa em sua essência quando de sua aplicação aos negócios jurídicos imobiliários e, especialmente, acerca do critério de rateio das despesas?

Representa o comportamento leal, a transparência de critérios, a honestidade, a probidade, a ausência de reservas, enfim, a aceitação lastreada na confiança esperada de todos os agentes que contratam e assim o fazem creditando que as coisas foram estabelecidas sob a ótica do bem comum, isto é, de todos e de cada uma das partes¹. E, em assim sendo o comportamento, evitando-se contradições e que de alguma forma tenha, qualquer das partes, a finalidade de auferir vantagem indevida. Indevida? Isso. Pois nada há contra a vantagem combinada, ajustada, acertada, transparentemente conversada e, portanto, exteriorizada e aceita em uma relação de paridade, de igualdade, em que o bem comum e dos negócios jurídicos sejam preservados.

Em assim o sendo, quando do estabelecimento de um critério para o rateio de despesas deverão ser ponderadas e exteriorizadas as razões pelas quais

foi concebido, ou seja, as intenções fundantes do critério, de forma que, através de sua divulgação e, com isso, de sua transparência, possa qualquer interessado compreender o(s) argumento(s) que originou(aram) seu estabelecimento. E este(s) argumento(s) que conforma(m) a estrutura da divisão para posterior cobrança poderá(ão) ser inserido(s) sob a forma de anexos ao próprio instrumento que origina e estabelece o regime jurídico através do qual há a personificação de sua existência².

Ademais, a exteriorização e materialização das razões do estabelecimento do critério estão alinhadas com o que estabelece o Código Civil Brasileiro em seu artigo 112, ao dizer que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nela consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Disposição esta em linha com aquilo que Hobbes (2016) e, em 1651, preocupado com a interpretação de uma lei estabelecida pelo soberano, escreveu em sua clássica obra o *Leviatã*, ao colocar que “a interpretação de todas as leis depende da autoridade soberana, e os intérpretes de todas as leis serão aqueles a quem o soberano vier a designar”. E arremata dizendo: “se assim não for, a sagacidade do intérprete pode fazer que a lei adquira um sentido contrário ao determinado pelo soberano [...]. Assim, nenhuma lei escrita [...] pode ser bem compreendida sem que haja uma perfeita compreensão das causas finais para as quais foi feita [...]”.

Desta forma, a ideal maneira de defender e fazer prevalecer o estabelecido em determinado negócio jurídico é a exteriorização e materialização das motivações que consubstanciam e representam a intenção daquele que estipula algo e, do outro lado, daquele que tem a oportunidade de apreciar as razões fundantes antes de manifestar sua concordância com um determinado critério que simplesmente passa a representar as intenções precedentemente insculpidas pela arte da vontade.

Neste sentido, tome-se como exemplo um determinado critério de rateio que estabelece para específico e especial empreendimento imobiliário que a divisão possui um limitador de valor a um determinado percentual das despesas totais e que mantém relação não com a área total do lote, mas,

¹ E assim coloca Marques (1998): “Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.”

sim, com as acessões passíveis de edificação, assegurando-se um mínimo de valor a ser apurado e pago na periodicidade estabelecida. E, em sendo assim, este critério, por si só, transmite as intenções desejadas por aquele que estabeleceu a regra? Ele conforma e conforta aqueles que desejarem passar a integrar esta coletividade? Ele é suficiente e inteiro em si mesmo? Desta forma, pergunta-se mais uma vez: não conferiria maior segurança jurídica aos contratantes a transparência quanto às intenções e, por conta desta circunstância, a menor potencialidade de judicialização ou, então, acaso ocorra por inafastável, a oportunidade de uma melhor apreciação dos fatos jurídicos e da vontade pelos julgadores?

E elas, as intenções – sem concluir por sua validade ou invalidade jurídica por conta de outras premissas que abordaremos a seguir – poderiam estar compreendidas, dentre outras: (a) em conferir a todos tratamento igualitário de oportunidade de, com tranquilidade e observado determinado e razoável limite temporal, concluir as acessões; (b) em cada um pagar em conformidade com o aproveitamento do lote; (c) em estar baseada em potencial e esperada valorização do empreendimento imobiliário por conta da específica contribuição de determinado lote que, com a conformação de áreas não passíveis de ocupação, contribuirão, compulsoriamente, com o menor adensamento do empreendimento.

Alguns poderão dizer que a materialização das intenções em corpo escrito tenderá a dificultar eventual interpretação favorável a determinados interesses futuros e que, no momento da instituição do critério, não são passíveis de compreensão e apreensão todas as variáveis possíveis, de maneira a salvaguardar a reservada e não exteriorizada intenção. Àqueles que porventura venham a defender este ponto de vista importa responder que a boa-fé objetiva é algo que deve ser cultivado por todos os juriconsultos e, uma vez cristalizadas as intenções das partes, em muito facilitará acerca do entendimento das circunstâncias à época dos fatos pelos julgadores em caso de desavenças. E, em sendo assim e, apenas assim, se estará cultivando e enaltecendo aquilo que se costuma denominar de Segurança Jurídica.

Mas, em linha com a observância da boa-fé objetiva, há outra premissa que com ela se conforma

e se amalgama constituindo um todo indivisível. Trata-se do abuso do direito que a seguir será avaliado.

1.2. Abuso do Direito: o atuar com limites

Poderia, no mesmo exemplo anterior, estabelecer o tempo como sendo ele indeterminado e, com isso, resguardar potencial e quase que exclusivamente aqueles que assim poderiam ser denominados de investidores com especiais características? Seria possível, sob outra vertente, dizer que apenas aplicável aos lotes que indicar e a qualquer momento? Poderia dizer que se aplicaria apenas e tão somente a proprietários de lotes com determinadas características que em nada diferem e, enquanto humano, dos demais?

À primeira vista, através de uma observação rasa e sem a compreensão da totalidade das circunstâncias e, sempre, sobre a ótica de cada avaliador, a resposta tenderia a ser pela negativa. Neste ponto e, acerca da especificidade de cada olhar, importa transcrever o que Ortega y Gasset³, mencionado por Machado Neto (1957), coloca nos seguintes termos: “yo soy yo y mi circunstancia” e, portanto, afirmando inexistir uma verdade imutável e única mas, sim, verdades perspectivas na medida em que esta dependerá do ponto de vista de seu observador e que considerará, para o processo tendente às suas conclusões, de suas circunstâncias de vida. Dito de outra forma: de seu entorno e de suas experiências, de modo que, para cada ser individualmente considerado haverá um entendimento possível acerca de um mesmo fato. Isto, pois, como coloca Ortega y Gasset, cada um de nós somos nós e nossas circunstâncias.

Assim sendo e, retornando ao estudo da hipótese e, sempre embebido pelas minhas vivências, parece que uma possível resposta a estas questões demanda do juriconsulto a avaliação de cada circunstância concretamente considerada, sempre, conjugadamente, às premissas exteriorizadas e que conformaram a constituição do negócio jurídico. Premissas estas que, se bem estabelecidas, têm a função de iluminar e contribuir para a perenidade e a perpetuidade do estado da arte insculpido por aquele que a idealizou, planejou e a concretou em matéria.

Como informado alhures, em linhas gerais e para

³ Ortega y Gasset é o fundador da teoria do raciovitalismo jurídico e que confere a base filosófica aos estudos empreendidos por Luis Recasens Siches que foi o fundador da lógica do razoável. E a lógica do razoável empreende uma crítica quanto à extrema utilização da razão sem se considerar as circunstâncias de cada indivíduo. Tanto assim que todos os juriconsultos e, mesmo desconhecendo a origem costumam dizer: “isso não é razoável”. Esta sua origem: Ortega y Gasset e Recasens Siches.

fins do debate acadêmico acerca de uma hipótese, as suposições referidas em mencionadas premissas quando e se avaliadas de maneira destacada de um todo objeto de avaliação conduzirão ao entendimento de que se trata de disposições que, ao serem estabelecidas pelo proponente e estruturador deste negócio jurídico, incorrem em ilícito civil na medida em que, em princípio e em tese, se subsumem ao abuso do direito⁴.

E assim se pode concluir por conta do caráter potestativo e discricionário de mencionadas disposições de maneira que seu estabelecimento não observa critério que possa ser considerado, pela simplicidade com que realizada a estipulação, como razoável, equitativo e equilibrado. E assim se afirma por conta da pressuposição de que caberá, exclusivamente, a este estipulante e em conformidade com o seu exclusivo entendimento, estabelecer tratamento diferenciado que, em princípio, não se justificaria por conta dos fins econômicos, sociais e/ou pelos bons costumes de uma realidade genérica e possível aplicável àquele empreendimento imobiliário.

Desta forma e, para que se possa definir os contornos limítrofes dos caminhos interpretativos passíveis de apreensão pelo avaliador e/ou julgador da norma estabelecida, mais uma vez se torna relevante a consagração, em texto, das desde que boas intenções daquele que idealizou e concretizou as normas, especialmente, tendentes ao rateio das despesas. Pois, importa frisar uma vez mais que, por conta da ausência da declaração das intenções que conduziram ao seu estabelecimento, poderão ser interpretadas como um ilícito civil, notadamente, na acepção do abuso do direito que, como tive oportunidade de enfrentar em Barbaresco (2017), “representa um limite, portanto, [que] quando superado e, ao atingir a esfera jurídica de outros, se caracteriza como um abuso [...] e, exatamente, este abuso é que o direito objetiva reprimir”.

E ainda mais. Nos negócios jurídicos em geral e, iluminando especialmente aqueles de natureza imobiliária, importa destacar que a confiança

negocial constitui-se em elemento fundamentalmente relevante para o constante desenvolvimento das transações imobiliárias. A transparência quanto ao fundamento dos critérios que se conjugam e interagem com a gênese de um empreendimento imobiliário apenas reforçará aquilo que a prática do mundo da vida estabelece como sendo o aceitável, o esperado e o razoável, especialmente, para as transações de caráter econômico em que o esperado é o tratamento leal.

E esta lealdade representando a ausência de qualquer fator que possa de alguma maneira surpreender, negativamente, aquele que creditou sua boa-fé na consagração do negócio jurídico imobiliário, notadamente, naquelas relações de paridade⁵. Neste sentido, há a proibição do comportamento em desacordo ao esperado, isto é, em sentido contrário ao que a confiança – espelhada na crença – venha a conferir como um *standart* a ser observado.

Portanto, a exteriorização dos bons e respaldados fundamentos dos critérios estabelecidos, tendo em vista determinadas circunstâncias e que conformam o objeto que se fez arte inculpada, conjugado, à realidade negociada às claras e sem reservas – i.e. que possam de qualquer forma macular o que o direito preserva – acerca de um determinado empreendimento imobiliário contribuirá para a finitude das discussões que se observam nas relações de índole imobiliária.

Acrescente-se, por fim e mais uma vez, que a prevalência dos critérios inculpidos pela autonomia privada na conformação de normas relacionadas ao rateio de despesas em loteamentos de acesso controlado dependerá, em larga medida, da expressa declaração das particularidades que se pretendeu assegurar, isto é, da moldura e da pintura na qual se fez presente o empreendimento quando de sua concepção artística.

E assim se afirma, pois, cada empreendimento imobiliário poderá possuir características especialíssimas que fundamentam, validamente, situações que em outros não seriam consideradas aceitáveis em face de suas características. E as-

⁴ E assim se qualificaria por conta do Código Civil Brasileiro estabelecer em seu artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes.”

⁵ Entenda-se a paridade como sendo a possibilidade de as partes terem acesso à informação e discutirem de forma aberta e completa todas as suas circunstâncias para, somente ao final e, conscientes de sua conformação, aceitarem ou não pela integração ao empreendimento imobiliário sob determinadas regras de rateio de despesas. O foco de atenção reside no acesso à gênese da estrutura que idealiza a arte inculpada pelo empreendedor imobiliário e, portanto, não se pode desejar uma vez consciente de seu objeto e de sua estrutura - que lhe confere seus elementos essenciais e de potencial distinção - alterar a criatura idealizada por seu criador em boa fé objetiva e tendo por base o princípio da autonomia da vontade.

sim se pode exemplificar para algum diferenciado empreendimento imobiliário meticulosamente dirigido a pessoas com determinados hábitos e padrões socioeconômicos que, para o senso comum daquela específica comunidade, uma regra de pagamento diferenciada a uma determinada pessoa que agrega valor – não necessariamente financeiro – ao todo seria aceitável.

Desta forma e, com lealdade e boa-fé, há a possibilidade de o ordenamento jurídico não afastar a validade da mais inusitada, diversa e até então desconhecida ideia decorrente da subjetividade manifestada em concreção da liberdade de empreender e de criar. Pois, como coloca Diniz (2011), “a vida humana caracteriza-se por um fazer-se contínuo dentro de um mundo que lhe é dado, onde há sempre um campo de ação, não predeterminado, que possibilita a opção, com certa margem de liberdade, por um caminho”.

Conclusão

A essência que conforma e identifica determinado empreendimento imobiliário deve ser apreendida e veiculada sem restrições de qualquer espécie. A exteriorização dos fundamentos que conformar a arte insculpida por seu escultor contribuirá para a perenidade da manutenção do estado da arte, des-

de que, como diz Fernando Pessoa, sua alma não seja pequena.

Referências Bibliográficas

BARBARESCO, Marcelo. **Compropriedade e Sociedade: estrutura, segurança e limites da autonomia privada**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 185-187.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito. Introdução à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito**. 22ª. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad.: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2016, p. 220-221.

MACHADO NETO, Antônio Luis. **A filosofia da razão vital**. Progresso Editora: Salvador, 1957, p. 86.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 107.



O PRAZO DE ENTREGA DE UNIDADES INCORPORADAS, O EMBARGO JUDICIAL DE OBRAS E A SÚMULA Nº 161 DO TJ/SP

MARCELO TERRA

JOSÉ CARLOS BAPTISTA PUOLI

I. Introdução

Desde a aprovação do atual Código de Processo Civil, Lei Federal nº 13.105/2015, houve inequívoco reforço de viés que já vinha característico na nossa legislação, qual seja a ideia de valorizar a jurisprudência. Em vista disto, passa a ser fundamental que os aplicadores do Direito (advogados, promotores e juízes) tenham conhecimento não apenas do texto da lei, como também da jurisprudência dos tribunais, em especial quando ela já estiver sumulada. E, considerando que isto é recente em nosso contexto social, importante, ainda, que se tenha noção a respeito de quais os requisitos necessários para que a jurisprudência possa realmente afetar o julgamento de processos judiciais futuros.

Assim, e considerando o escopo desta publicação, qual seja o debate prático de temas jurídicos relevantes para a indústria imobiliária, especialmente incorporação e construção, analisaremos a questão do prazo de entrega de unidades objeto de incorporações imobiliárias, quando eventualmente tiver havido decisão judicial que implique no embargo da obra e, portanto, a suspensão provisória dos trabalhos e a postergação do prazo comprometido com os adquirentes. Tal exame será realizado não apenas à luz da lei, como também da Súmula nº 161 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Feitas estas considerações iniciais, fechamos esta introdução agradecendo, aos Drs. José Horácio Cintra Gonçalves Pereira e Jaques Bushatsky (que coordenam esta edição da Opinião Jurídica) pelo convite que nos formularam.

II. O regime legal aplicável a casos em que seja superado o prazo de entrega¹ de unidade objeto de incorporação imobiliária

No bojo da Lei Federal nº 4.591/1964, que regula

a atividade da incorporação imobiliária, o artigo 43, *caput* e inciso II, estipula que “quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preço certos...”, ele deverá “responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes... dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras...”. Esta diretriz replica no campo das incorporações imobiliárias verdadeiro princípio jurídico cristalizado no artigo 389 do Código Civil que, de seu lado, determina que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos...”. Ou seja, destas duas normas decorre que o descumprimento de qualquer obrigação acarreta o dever de indenizar, o que, no âmbito específico do setor da incorporação, faz com que se tenha de observar o prazo de entrega que tiver sido contratado de forma certa, sob pena de o incorporador dever indenizar pelas perdas e danos decorrentes da mora no cumprimento de tal obrigação.

Dito isto, importante salientar que a própria regra específica, do inciso II do artigo 43 acima transcrito, esclarece que o retardo, para dar ensejo ao direito à indenização, deve ser injustificado. Novamente, tem-se, aqui, uma reiteração do, no geral, estipulado pelo artigo 393, do Código Civil, esclarecedor de que o “devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior”. Logo em seguida, seu parágrafo único regra que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Do acima exposto, tem-se que, por lei, apenas responderá o incorporador por prejuízos decorrentes no atraso da entrega de unidade imobiliária se o atraso não encontrar justificativa jurídica que, por evidente, se terá por havida, em casos de eventos imprevisíveis e/ou inevitáveis que tenham retardado o momento de entrega da unidade imobiliária para além do prazo

¹ Incluído o prazo de tolerância.

combinado, aqui incluído o de tolerância.

No frigidar dos ovos, se tiver culpa pelo evento que acarretou o atraso na entrega da unidade, o incorporador responderá por perdas e danos. E não se deve alterar tal conclusão mesmo na hipótese em que a relação contratual puder ser enquadrada no âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990). Dizem, alguns (e com fundamento em errônea leitura da disposição dos artigos 12, 13 e 14), que a responsabilidade objetiva fixada pelo CDC faria com que o incorporador respondesse mesmo sem culpa, com base na teoria do risco do negócio. Acontece que nem mesmo o CDC dispensa a necessidade de que haja uma relação de causa e efeito (o elemento nexu causal) entre um ato do incorporador e o evento que leve ao retardo na entrega da unidade. Em outras palavras, se o evento fortuito tiver sido efetivamente estranho à atuação do empreendedor, que tiver realizado tudo que estava ao seu alcance para dar o devido cumprimento ao prazo de entrega da unidade, nem mesmo as regras do CDC poderão dar ensejo à responsabilização por algo que não se poderia evitar, nem tampouco prever.

Verificado, enfim, este contexto legal a respeito da situação em exame, passa-se a comentar o que consta da Súmula nº 161 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

III. A Súmula nº 161 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Como já referido na introdução, no atual contexto de nosso ordenamento jurídico não basta conhecer a lei. Para além dela, deve-se analisar a jurisprudência, notadamente quando esta estiver suficientemente pacificada a ponto do Tribunal editar súmula. No significado comum do termo, a súmula é um sumário, sendo que, no contexto jurídico, as súmulas são resumos daquilo que a jurisprudência (conjunto de decisões) de um tribunal entende, num dado momento, a respeito de uma específica situação objeto de processos ali julgados. Também já foi mencionada a crescente valorização que nossa lei vem dando à jurisprudência, num movimento que se fortaleceu com a edição do CPC de 2015 (Lei Federal nº 13.105/2015). Para tanto, entre outras regras, deve-se destacar que o artigo 926 estipula que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, o que vai reforçado pelos § 1º e 2º, os quais preceituam que, “segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”, sendo que, ao assim fazerem, os Tribunais devem “ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram” a criação

da súmula, impondo um severo rigor aos Tribunais na redação do texto sumulado, que, infelizmente, muitas vezes, não corresponde exatamente ao constante nos acórdãos apontados como fonte.

Enfim, na esteira do que já vinha sendo feito no âmbito do CPC de 1973, indispensável que haja maior atenção dos juízes com a jurisprudência que esteja uniformizada, de modo que, assim, se tenha ganhos de segurança jurídica, isonomia e até de gerenciamento dos processos. O ganho de segurança jurídica decorre da circunstância de, conhecida a súmula e o tipo de fatos que a ela tiver dado origem, poder se prever quais as consequências jurídicas de circunstâncias nas quais se repitam os mesmos fatos. Quanto à isonomia, será ela mais preservada na medida em que, editada a súmula, situações similares futuras passem a ser julgadas em conformidade com o entendimento sumulado, de forma que se evitem resultados díspares para casos iguais. Por fim, em termos de gerenciamento de processos, havendo súmula, os julgadores aos quais sejam submetidos novos processos judiciais passam a ter condição de, com maior agilidade, julgar estes novos casos em conformidade com um entendimento que, a respeito de fatos similares, já estiver firmado no Tribunal.

Feita rápida digressão a respeito do objetivo das súmulas e das características que, à vista do CPC, as devem revestir, chega-se ao tema central deste, qual seja a súmula nº 161 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tal súmula afirma que “*não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram ‘res inter alios acta’ em relação ao compromissário adquirente*”. Tal entendimento, depois de aprovado, foi objeto de publicação no Diário da Justiça Eletrônico, disponibilizado em 1º de fevereiro de 2016 (Caderno Administrativo, págs. 6/7).

Na esteira do acima mencionado, o TJ/SP, tendo analisado inúmeros casos em que adquirentes de unidades objeto de incorporações imobiliárias reclamavam indenização por atraso de entrega, decidiu listar eventos que, a despeito de comumente alegados nas defesas das empresas (devedoras da entrega do bem) não têm sido aceitos como justificativa jurídica que possa fazer com que não haja dever de pagar por perdas e danos decorrentes da demora. Muito resumidamente, pode-se dizer que o Tribunal entendeu que as chuvas, a falta de mão de obra, o aquecimento do mercado (e as respectivas carências que disto podem decorrer) e mesmo os entraves administrativos são eventos que podem ser previstos pelo empreendedor, de forma que, com a súmula, fica sinalizado, reiterese, a impossibilidade destes eventos serem aceitos

como escusas para o atraso.

O leitor atento, por certo, verificou que, da explicação contida no último parágrafo, não mencionamos a referência, que da súmula consta, a embargo do empreendimento. É que esta expressão precisa ser objeto de análise específica que, com o devido respeito, em muitos casos não tem sido feita no âmbito do Judiciário, de forma a permitir indevida aplicação da súmula nº 161 a casos em que os fatos havidos não permitiriam tal aplicação. Explica-se. É que a situação de embargo do empreendimento pode decorrer, a grosso modo, de duas situações. A primeira é aquela na qual, por inobservância de exigência legal, a obra não contar com todas as licenças exigíveis ou quando a construção, mesmo tendo todas as licenças, esteja sendo construída em desconformidade com o projeto aprovado. Na lição de Hely Lopes Meirelles, nestas condições, *“legitima-se o embargo, pela administração, quando o particular descumpra normas técnicas ou administrativas na construção licenciada, ou a realiza sem licença”*. Neste caso, considerando que o incorporador deve ter prévio conhecimento a respeito dos requisitos e exigências legais para bem realizar sua atividade. Deste modo, quando há um embargo, ou seja, a paralisação das obras por conta da negligência ou imperícia do incorporador, o retardo decorrente do embargo é injustificado e, assim, tem-se como plenamente cabível, aos olhos da lei e também da súmula nº 161, a imposição do dever de pagar pelas perdas e os danos causados ao comprador.

Situação diametralmente diversa ocorre, entretanto, quando o empreendedor/incorporador obteve todas as licenças cabíveis e, mesmo assim, vê a obra embargada com base em ordem judicial não definitiva (liminar, por exemplo), proferida em processo judicial no qual esteja sendo questionada a validade da autorização concedida pelo Poder Público. Neste outro contexto, tem-se que, pela força inerente a toda decisão judicial, enquanto não revogada/reformada a decisão, o destinatário da ordem tem de cumpri-la, sob risco até penal (crime de desobediência). Cumpre-se, assim, com o primeiro requisito legal para entender este evento como sendo suficiente para justificar não responsabilização por perdas e danos, eis que a necessidade de paralisação é inevitável. De outro lado, situação como esta é também imprevisível eis que, tendo sido obtidas todas as licenças exigíveis, não há como prever se e quando haverá questionamento judicial à validade das licenças, bem como para saber, de antemão, se os argumentos serão suficientemente robustos para a emissão de uma decisão de embargo.

Em outras palavras, diversamente do que ocorre com os demais eventos listados na súmula nº 161, o embargo judicial, concedido por decisão não

definitiva e decorrente de um questionamento à legalidade de uma aprovação, não pode ser equiparado a uma situação que possa ser prevista pelo incorporador. Assim, não se caracteriza esta situação como um fortuito interno que possa ser inserido na teoria do risco, de molde a permitir que, mesmo tendo obtido todas as licenças exigíveis, seja nesta circunstância obrigado a pagar indenização aos adquirentes.

Corroborando esta afirmativa, analisamos todos os sessenta acórdãos que no Diário Oficial, ao ensejo da publicação da súmula, foram mencionados como fonte do tipo de decisão e da hipótese fática a respeito da qual versaria a súmula (para conferência, registrar-se que são 59 acórdãos das Colendas Turmas da Seção de Direito Privado I do TJ/SP e 1 acórdão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o que causa evidentemente estranheza a importação de uma decisão isolada de outro Tribunal, ainda que seja o STJ), todos eles, contudo, tratam de eventos considerados previsíveis (notadamente, alegação de atraso por chuvas em excesso, falta de mão de obra e/ou materiais), enfim situações que deveriam ser objeto da prévia consideração pelo empreendedor. Quando muito, no bojo da decisão do STJ, há menção à falta de licença exigível o que, como já mencionado acima, também era de ser previamente prevista pelo incorporador.

Enfim, desta análise, caso a caso, dos precedentes referidos como fonte da súmula, a hipótese fática dos acórdãos realmente trata de fatores que não poderiam ser classificados como de força maior. Mas, contudo, a genérica referência a embargo do empreendimento está equivocada, eis que a base fática que motivou a referida súmula 161 não pode, s.m.j., abarcar casos em que, como acima mencionado, o empreendedor tiver obtido todas as licenças cabíveis. Cabe aqui reiterar que o artigo 926, §2º do CPC, apesar de mencionar apenas a edição de súmulas, contém regra que também é observância necessária quando da aplicação das mesmas, eis que não faria sentido exigir que criação das súmulas os Tribunais devessem *“ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”*, mas não exigir o mesmo em sua aplicação.

Inclusive, insta referir que, em vários julgados, tal incongruência já tem sido percebida. Refira-se, por exemplo, julgado da Nona Câmara de Direito Privado do TJ/SP, quando, em acórdão relatado pela Desembargadora Ângela Lopes, mencionou-se: *“constou que não há nestes autos prova da responsabilidade da ré pela não entrega das chaves. Pelo contrário, a liminar concedida pela Segunda Instância constituiu fator externo e, de fato, imprevisível, que impediu o prosseguimento do contrato pela ré no tocante à entrega da unidade”*. No mesmo julgamento, no voto vencedor do Desembargador Alexandre

Lazzarini constou: “... observa-se que, no caso concreto, a ré obteve todos os alvarás emitidos pela Municipalidade, ... sendo que a liminar concedida na ação civil pública, com o objeto de apurar eventual desrespeito às restrições urbanísticas-ambientais, constituiu fator externo e imprevisível, impedindo a entrega das chaves aos autores...”².

Assim, o embargo judicial em ação civil pública promovida pelo Ministério Público de São Paulo ou por qualquer outro legitimado é, sem dúvida, fortuito externo (força maior), em que o dano decorre de causa completamente estranha à conduta do agente³.

E mais, a livre iniciativa, que também fundamenta a ordem econômica (artigo 170, CF), não pode ser afetada sob alegação de uma ação civil pública integrar o risco da atividade do incorporador.

A análise da caracterização do fortuito externo e do interno não pode ser feita genericamente e sim em atenção às circunstâncias concretas

que caracterizam a atividade e a coerência de utilização de critério para definição de determinada situação como dotada de risco inerente e outras semelhantes⁴.

Ou seja, na esteira do acima comentado, os eventos nos quais o incorporador obteve todas licenças cabíveis, mas posteriormente enfrenta questionamento judicial à validade de algumas das licenças, não pode ser entendido como previsível, de forma que, verificado o exato contexto que pode ser encontrado nos 60 acórdãos que deram origem à súmula nº 161, há diferença fática, de forma que não se pode aplicar a este tipo de situação o que da referida súmula consta.

Assim concluímos: mesmo nas relações de consumo, um dos fundamentos do dever de indenizar é o nexo causal. O fortuito externo impede a existência do nexo causal. Sem nexo causal não há dever de indenizar.

É o que se põe para debate nesta Opinião Jurídica.

² No mesmo sentido do precedente citado no texto, confirmam-se mais estas decisões: - Apelação 0034836-34.2011.8.26.0577, 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Rel. MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO, j. 18/7/2013: “as suspensões das obras, determinadas por atos administrativos da municipalidade de São José dos Campos... não eram previsíveis..., tampouco decorrentes de falhas identificáveis na elaboração das unidades autônomas no edifício que seria construído, ou evitáveis por ela. Configuram... caso fortuito externo à atividade empresarial”; Apelação nº 0027780-47.2011.8.26.0577, 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Rel. NATAN ZELINSCHI DE ARRUDA, j. 26/4/2012: “a aprovação do projeto construtivo ocorreu em todos os entes públicos competentes e teve a publicidade pertinente na época do registro de incorporação no cartório de registro de imóveis respectivo, por conseguinte, houve fato novo que não pode ser imputado à ré.”; Apelação nº 0198446-62.2008.8.26.0100, 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Rel. LUIZ AMBRA, j. 30/1/2013: “tudo indicava que as obras podiam ser levadas adiante, a intervenção ulterior do Ministério Público não podendo razoavelmente ser prevista, nas condições não se afigurando previsível...”; Apelação nº 662.383-4/0-00, 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Rel. VITO GUGLIELMI, j. 20/8/2009: “A propositura da demanda civil pública pelo Ministério Público Federal e bem a obtenção da decisão liminar para embargo das obras mostrava-se não apenas imprevisível - consideradas as peculiaridades da conduta dos réus - como também de consequências inevitáveis, reveladas pelo subsequente - e demorado - litígio judicial conduzido pelos demandados para o desembargo da construção.”; Apelação nº 0151591-83.2012.8.26.0100, 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Rel. GRAVA BRAZIL, j. 5/2/2014: “... é necessário aferir igualmente se o embargo decorreu da inobservância de alguma formalidade ou por alguma irregularidade na obra ou projeto do empreendimento.... O laudo pericial confirmou que o projeto aprovado respeitava a faixa non aedificandi de 25m em relação aos lotes vizinhos. O acordo realizado na sequência não resultou do reconhecimento pela ré de qualquer irregularidade que pudesse justificar o embargo judicial.”; Apelação nº 0011477-56.2013.8.26.0554, 9ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Rel. GALDINO TOLEDO JÚNIOR, j. 28/7/2015: “o atraso na construção do empreendimento... decorreu de errôneo ato administrativo, fato não previsível, irresistível, extrínseco ao risco ordinário da atividade empresarial desenvolvida pelas rés, caracterizando-se, assim, como caso fortuito externo, apto a afastar a responsabilidade que poderia decorrer do adimplemento tardio de sua obrigação.”; Apelação nº 1113333-16.2014.8.26.0100, 3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Rel. MARIA SALETE CORREA DIAS, j. 24/7/2019: “... caracterizam sim caso fortuito ou força maior, já que não integram o risco do negócio e não podem ser considerados intrínsecos à própria atividade por elas desenvolvida, posto que absolutamente imprevisíveis.”

³ STJ. Resp 976.564-SP. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. DJe 23 de outubro de 2012.

⁴ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil. Responsabilidade civil*, p. 249. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASE DE CÁLCULO DO ITBI

MONICA MARIA RUSSO ZÍNGARO FERREIRA LIMA

Muito se discute sobre de base de cálculo do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, que tem como fato gerador a transmissão onerosa *inter vivos* de imóveis ou de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia.

A disciplina legal encontra-se prevista no Decreto nº 51.627/2010 e na Lei nº 11.154/1991, com redação dada pela Lei nº 14.256/2006:

Artigo 7º - Para fins de lançamento do Imposto, a base de cálculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, assim considerado o valor pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado.

§1º Não serão abatidas do valor venal quaisquer dívidas que onerem o imóvel transmitido.

§2º nas cessões de direitos à aquisição, o valor ainda não pago pelo cedente será deduzido da base de cálculo.

Artigo 7º A - a Secretaria Municipal de Finanças tornará públicos os valores venais atualizados dos imóveis inscritos no Cadastro Imobiliário Fiscal do Município de São Paulo.

Parágrafo único- A Secretaria Municipal de Finanças deverá estabelecer a forma de publicação dos valores venais a que se refere o “caput” deste artigo.

Artigo 7ºB - Caso não concorde com a base de cálculo do imposto divulgada pela Secretaria Municipal de Finanças, nos termos de regulamentação própria, o contribuinte poderá requerer avaliação especial do imóvel, apresentando os dados da transação e os fundamentos do pedido na forma prevista em portaria da Secretaria Municipal de Finanças, que poderá, inclusive, viabilizar a formulação do pedido por meio eletrônico.

ao invés de fazê-lo com base no valor da transação ou com base no valor venal do imóvel utilizado para cálculo do IPTU.

O Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0056693-19.2014.8.26.0000, reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 7º-A, 7º-B e 12, da Lei nº 11.154/1991. Assim, dispondo:

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - Artigo 7º da Lei n. 11.154 de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelas Leis 14.125, de 29 de dezembro de 2005 e 14.256, de 29 de dezembro de 2006, todas do Município de São Paulo, que estabelece o valor pelo qual o bem ou direito é negociado à vista, em condições normais de mercado, como a base de cálculo do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) - Acórdão que, a despeito de não manifestar de forma expressa, implicitamente também questionou as disposições dos artigos 7º-A, 7º-B e 12 da mesma legislação municipal - Valor venal atribuído ao imóvel para apuração do ITBI que não se confunde necessariamente com aquele utilizado para lançamento do IPTU - Precedentes do STJ - Previsão contida no aludido artigo 7º que, nessa linha, não representa afronta ao princípio da legalidade, haja vista que, como regra, a apuração do imposto deve ser feita com base no valor do negócio jurídico realizado, tendo em consideração as declarações prestadas pelo próprio contribuinte, o que, em princípio, espelhariam o “real valor de mercado do imóvel” - “ Valor venal de referência, todavia, que deve servir ao Município apenas como parâmetro de verificação da compatibilidade do preço declarado de venda, não podendo se prestar para a prévia fixação da base de cálculo do ITBI - Impossibilidade, outrossim, de se impor ao sujeito passivo do imposto, desde logo, a adoção da tabela realizada pelo Município - Imposto municipal em causa que está sujeito ao lançamento por homologação, cabendo ao próprio contribuinte antecipar o recolhimento - Arbitramento administrativo que é providência

Com base nos artigos supracitados, o Município de São Paulo passou a exigir a cobrança do ITBI com base no valor venal de referência do imóvel,

excepcional, da qual o Município só pode lançar mão na hipótese de ser constatada a incorreção ou falsidade na documentação comprobatória do negócio jurídico tributável - Providência que, de toda sorte, depende sempre da prévia instauração do pertinente procedimento administrativo, na forma do artigo 148 do Código tributário Nacional, sob pena de restar caracterizado o lançamento de ofício da exação, ao qual o ITBI não se submete - Artigos 7º-A e 7º-B que, nesse passo, subvertem o procedimento estabelecido na legislação complementar tributária, em afronta ao princípio da legalidade estrita, inserido no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal - Inadmissibilidade, ainda, de se exigir o recolhimento antecipado do tributo, nos moldes estabelecidos no artigo 12 da Lei Municipal nº 11.154/91, por representar violação ao preceito do artigo 156, inciso II, da Constituição Federal - 7º, da Constituição Federal, que nem tem lugar na espécie, haja vista que não se cuida de norma que autoriza Registro imobiliário que é constitutivo da propriedade, não tendo efeito meramente regularizador e publicitário, razão pela qual deve ser tomado como fato gerador do ITBI - Regime constitucional da substituição tributária, previsto no artigo 150, § a antecipação da exigibilidade do imposto de forma irrestrita - Arguição acolhida para o fim de pronunciar a inconstitucionalidade dos artigos 7º-A, 7º-B e 12, da Lei nº 11.154/91, do Município de São Paulo” (Des. Rel. Paulo Dimas Mascaretti, Órgão Especial, Data do julgamento: 25/3/2015)¹

Essa decisão ratificou o entendimento de que, embora os critérios de apuração de base de cálculo agora estejam fundados em lei, o fato é que as Leis municipais nº 14.125/2005 e nº 14.256/2006, que alteraram em parte a redação da Lei nº 11.154/1991, não definem critérios para a obtenção de valor venal, atribuindo tal valor a ato do Executivo que antecede o próprio negócio imobiliário, em afronta, novamente, à legalidade tributária, conforme se depreende nos artigos introduzidos pelo novel diploma legal (artigos 7º-A, 7º-B).

O que não veio a solucionar a questão. A discussão persistiu com a crise do mercado imobiliário dos últimos anos. Exemplificativamente, um imóvel com valor de mercado de R\$ 2.000.000,00 em 2009, sendo o mesmo valor venal de referência à época. Em 2019, o valor do imóvel negociado à R\$ 1.000.000,00, sendo que o valor venal de referência não acompanhou essa variação. Assim, o valor do ITBI teria se tornado muito maior, proporcionalmente, se comparado com o valor da transação efetivada.

O valor venal do bem corresponde ao preço de mercado. A Administração, todavia, adota valores

diversos para fins de IPTU e de ITBI, o que fere o princípio da segurança jurídica.

Ora, por vezes, o valor venal constante como base de cálculo do IPTU representa, efetivamente, o preço que o imóvel atinge no mercado, sendo, exatamente, esse valor que a legislação estipula como sendo a base de cálculo do ITBI.

O artigo 38, do Código Tributário Nacional estabelece que a base de cálculo do ITBI é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, e que o referido imposto e o IPTU têm a mesma base de cálculo.

Mostra-se clara a violação ao princípio da legalidade tributária, uma vez que a base de cálculo do ITBI não pode depender de mero ato do Poder Executivo, sem os critérios definidos em lei. Deve-se observar a Constituição Federal e, especificamente, o disposto no artigo 97, inciso II e § 1º Código Tributário Nacional:

“Artigo 97. Somente a lei pode estabelecer: (...)

II - a majoração de tributo, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; § 1º. Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.”

Por outro lado, vale ressaltar que a Lei municipal nº 14.256/2006 estabeleceu que o valor deveria corresponder àquele “...pelo qual o bem ou direito seria negociado à vista, em condições normais de mercado”, sem contudo fixar os critérios de avaliação das tais “condições normais de mercado”, o que contraria o princípio da legalidade estrita (artigos 37, caput, e 150, I, da Constituição Federal).

Recentemente, em 31/7/2019, foi publicado o acórdão de mérito do IRDR cadastrado sob o n.º 2243516-62.2017.8.26.0000 - Tema 19 do TJSP:

“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - ITBI - BASE DE CÁLCULO - Deve ser calculado sobre o valor do negócio jurídico realizado ou sobre o valor venal do imóvel para fins de IPTU, aquele que for maior, afastando o ‘valor de referência’. Ilegalidade da apuração do valor venal previsto em desacordo com o CTN - Ofensa ao princípio da legalidade tributária, artigo 150, inciso I da CF - Precedentes - IRDR provido para fixar a tese jurídica da BASE DE CÁLCULO DO ITBI, DEVENDO CORRESPONDER AO VALOR VENAL DO IMÓVEL OU AO VALOR DA TRANSAÇÃO, PREVALECENDO O QUE FOR MAIOR”.

¹ Arguição de Inconstitucionalidade nº 0056693-19.2014.8.26.0000 TJ/SP

Sem resolver a questão, o voto divergente suscita uma outra tese, que longe de colocar uma pá de cal na questão, continua com as discussões em nossos Tribunais. Assim dispôs o voto divergente:

“Não obstante, rendendo máximo respeito à douda maioria, não há como, salvo melhor juízo, utilizar o valor venal do IPTU para fim de incidência do ITBI com a discricionariade, inclusive, de se optar por aquele que se revelar maior, ou seja, o valor venal da transação ou do IPTU.

Isso porque, a base de cálculo de ITBI, conforme consta no artigo 38 do CTN, é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, ou seja, aquele pactuado pelas partes no instrumento de compra e venda, lavrado perante o Cartório de Notas e cujo pagamento deve ocorrer no ato do registro consoante entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o “o fato gerador do ITBI é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante registro do negócio jurídico no ofício competente (AREsp 1425219/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 1/3/2019)

Com isso, o valor venal do ITBI é aferido em razão do valor constante no pacto de compra e venda, enquanto o valor venal do IPTU é o constante na planta genérica de valores previamente estipulada pelo município.

Isso implica dizer que o Município está vinculado ao valor ajustado pelas partes, podendo, caso entenda que este valor não reflete a realidade, utilizar o devido processo legal para determinar a base de cálculo levando em consideração o valor de mercado, consoante autoriza o art. 148 do CTN, *in verbis*:

Artigo. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Nesse sentido, Hugo de Brito Machado leciona que:

A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos (CTN, art. 38). Não é o preço de venda, mas o valor venal. A diferença entre preço e valor é relevante. O preço é fixado pelas partes, que em princípio são livres para contratar. O valor dos bens é determinado pelas condições do mercado. Em princípio, pela lei da oferta e da procura.

Tratando-se de imposto que incide sobre a transmissão por ato oneroso, tem-se como ponto de partida para a determinação de sua base de cálculo na hipótese mais geral, que é a compra e venda, o preço. Este funciona, no caso, como uma declaração de valor feita pelo contribuinte, que pode ser aceita, ou não, pelo fisco, aplicando-se, na hipótese de divergência, a disposição do art. 148 do CTN²³.

Assim, não há que se confundir o valor venal do IPTU com o do ITBI, posto que o valor venal do IPTU é uma ficção jurídica atribuída pelo Município, já que os imóveis não estão à venda, já o valor venal do ITBI é uma realidade com dados fáticos, de modo que não é possível que se estabeleça uma relação entre um e outro, fixando por meio de acórdão a escolha do que for maior.

A este respeito, “ambas as Turmas integrantes da Seção de Direito Público do STJ consolidaram entendimento de que não há identidade entre as bases de cálculo do IPTU e do ITBI e suas respectivas formas de apuração, de modo que os valores lançados podem ser diversos” (AgInt no AgInt no AREsp 162.397/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 01/04/2019).

Face ao exposto, pelo meu voto, a tese fixada deveria consolidar a jurisprudência firmada pelo STJ, no sentido de que: “o valor da base de cálculo do ITBI é o valor real da venda do imóvel ou de mercado, sendo que nos casos de divergência quanto ao valor declarado pelo contribuinte pode-se arbitrar o valor do imposto, por meio de procedimento administrativo fiscal, com posterior lançamento de ofício, desde que atendidos os termos do art. 148 do CTN” (AgRg no REsp 1.550.035/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27/10/2015, DJe 05/11/2015). “

² MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 109.

³ Arguição de Inconstitucionalidade n. 0056693-19.2014.8.26.0000 TJ/SP.



QUÓRUM ESPECIAL PARA ALTERAÇÃO OU CRIAÇÃO DE USO E DESTINAÇÃO DE ÁREA COMUM EM CONDOMÍNIO E O ABUSO DE DIREITO DO CONDÔMINO MINORITÁRIO

OLIVAR VITALE

1. Introdução

O condomínio edilício é um instituto jurídico inicialmente previsto na Lei nº 4.591/1964, sob a denominação de “condomínio de unidades autônomas”, que recebeu essa denominação com a promulgação do Código Civil de 2002 e foi disciplinado em capítulo próprio, entre os artigos 1.331 e 1.356. Trata-se de conceito dominial próprio, complexo, composto de propriedade privativa, individual, e propriedade comum.

No condomínio edilício os titulares do direito de propriedade das respectivas frações ideais, além das limitações impostas pela lei, submetem-se às regras da convenção de condomínio e do regimento interno arquivados no Registro de Imóveis. Assim, o cumprimento dessas disposições se impõe como condição para a boa convivência entre os condôminos.

Com a expansão dos condomínios, em razão da concentração da população em centros urbanos, ocorre um aumento dessa nova realidade e a necessidade de cada vez mais fazer valer o interesse da coletividade para o bom exercício desse direito real sobre a propriedade.

A análise das necessidades e interesses do condomínio edilício, isto é, unidade dominial pertencente a diversos titulares (condôminos) à luz da função social da propriedade e do contrato (convenção de condomínio), é de fundamental importância para o regramento e a delimitação dos direitos e deveres autônomos com relação a cada fração ideal e às áreas comuns do condomínio. Nesse estudo, a análise está focada espe-

cialmente naquilo que diz respeito ao quórum de aprovação de assembleias para criação ou modificação de uso e/ou destinação de áreas comuns.

2. Interesse Social X Interesse Individual em Condomínios

O direito real de propriedade desempenhado pelo titular de unidade autônoma é constituído pelas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar de sua unidade conforme seu interesse.

Ressalte-se, contudo, que a vida em condomínio requer destaque para a percepção coletiva direcionada aos interesses sociais, haja vista sua característica primária de copropriedade.

No condomínio edilício a lei dispõe, no *caput* do artigo 1.331 e §§ 1º e 2º do Código Civil, que as edificações poderão ser em parte de propriedade exclusiva, ou seja, a área privativa, e noutra de propriedade comum dos condôminos, como por exemplo, o solo, a estrutura do prédio, a rede de distribuição de serviços, essenciais ou não, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público.

João Batista Lopes explica que “conquanto juridicamente independentes entre si, os condôminos são titulares de unidades que integram um complexo jurídico, sujeitando-se a obrigações impostas pela convivência”.¹

Assim, de um lado observa-se o direito pautado no interesse individual do titular de unidade autônoma, que poderá dela usar, fruir, dispor e reivindicar de forma independente, e de outro, o domínio sobre as partes comuns correspondentes

¹ LOPES, João Batista. Condomínio. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Pg. 72.

à fração ideal comum² que lhes cabe de forma compartilhada com os titulares das demais frações ideais em que o condomínio foi erigido.

No ambiente do exercício do direito de propriedade da coletividade de titulares, que detêm aquele domínio em conjunto no condomínio edilício, os direitos do individual e do coletivo voltados ao interesse social do condomínio devem coexistir harmonicamente, de modo a cumprir com a função social da propriedade e do contrato, desde que presentes os elementos da equidade e da proporcionalidade, bem como o repúdio de atos que caracterizem abuso por titular de direito de propriedade em detrimento de outro.

Assim, os atos relacionados ao direito de uso e gozo de coisas comuns do condomínio devem ser fundamentados no princípio da igualdade e reciprocidade de direitos e deveres, de modo a não impedir o exercício do direito do outro, igualmente interessado.

3. Função Social da Propriedade e do Contrato

O instituto da função social da propriedade, previsto constitucionalmente no artigo 5º, XXIII³, e no artigo 1.228, §§ 1º e 2º do Código Civil⁴, estabelece critérios para se admitir intervenções impulsionadoras e limitadoras, de modo a respeitar as finalidades econômicas e sociais, incluindo a preservação do meio ambiente e patrimônio imaterial, e reprimir atos prejudiciais a terceiros.

Quanto ao cumprimento da função social da propriedade, Rubens Carmo Elias Filho⁵ destaca que o exercício do direito real sobre a propriedade deve atender o interesse individual, mas direcionado ao interesse social e função social, em situações concretas, num contexto social, econômico, cultural e regional no tocante à “utilidade, funcionalidade ou finalidade, estabelecendo uma cláusula geral, de conteúdo genérico, capaz de impor obrigações de fazer e de não fazer ao proprietário”.

Em razão da função social, o direito de propriedade sofre restrições, seja externamente, por meio de normas legais administrativas, urbanísticas, civis e empresariais impostas pelo Poder Público, seja internamente, em detrimento dos demais interessados, pelas convenções coletivas, que regem o convívio, o uso e o gozo e a gestão e administração, e que regulam pontos de convergência de interesses privados e comuns no condomínio.

Nessa esteira, defende-se que o condomínio edilício em si é hipótese de incidência da função social da propriedade privada. Isto porque, a Lei nº 4.591/1964, ao tratar da utilização da edificação, dispõe sobre a relação dual entre o direito exclusivo e individual do condômino com relação ao uso e fruição de sua unidade autônoma, e o direito de uso das partes comuns, condicionando-os às normas da boa vizinhança e a fim de evitar causar prejuízo ou incômodo aos demais condôminos ou moradores, bem como obstáculo ou embaraço à boa utilização das mesmas partes pela coletividade⁶.

² Código Civil. “Art. 1.331. (...) § 3º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.”

³ Constituição Federal. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

⁴ Código Civil. Art. 1.228. “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

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

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

⁵ ELIAS FILHO, Rubens Carmo. Condomínio edilício: aspectos de direito material e processual. São Paulo: Atlas, 2015. Pg 40.

⁶ Lei nº 4.591/1964. “Art. 19. Cada condômino tem o direito de usar e fruir, com exclusividade, de sua unidade autônoma, segundo suas conveniências e interesses, condicionados, umas e outros às normas de boa vizinhança, e poderá usar as partes e coisas comuns de maneira a não causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores, nem obstáculo ou embaraço ao bom uso das mesmas partes por todos.”

Em complemento, o condômino, à luz da função social do contrato, tem liberdade de contratar devendo ser seu direito exercido nos limites da função social do contrato e em conformidade com os princípios da probidade e boa-fé⁷, evitando-se o abuso de direito⁸.

Partindo deste prisma, a convenção de condomínio disciplina as regras relacionadas à gestão e administração do condomínio, de modo a estabelecer a autonomia de vontade decorrente da relação contratual, em consonância com a preservação dos interesses sobre o uso e gozo das partes comuns.

A obediência quanto à função social do contrato é identificada se atendidos os interesses pactuados pelas partes, norteados por seu fim social e pelo princípio da boa-fé, cuidando para não permitir que a convenção de condomínio seja um instrumento para atividades abusivas.

Pois bem. A obediência da função social em um condomínio é observada pela relativização do exercício do direito individual do condômino para se adequar às regras legalmente impostas pela convenção de condomínio e pelo regulamento interno, para preservação da arquitetura e estética, em que a comunidade está inserta, tal qual o residente de imóvel não sujeito ao regime de condomínio, que deve obedecer às normas impostas pelo Poder Público, para o bom proveito de todos⁹.

No interesse da coletividade à luz de sua função social espera-se que os condôminos exerçam seus direitos baseados na equidade e na proporcionalidade, de maneira a repelir atos ilícitos, identificados no direito civil como manifestamente excessivos aos limites da boa-fé e dos

bons costumes, pelo seu fim social.

Não se pode olvidar que a convenção de condomínio rege o condomínio e deve ser elaborada ou ao menos corroborada pelos titulares das frações ideais, tornando-se obrigatória aos titulares de direito ou possuidores de unidade autônoma e será oponível contra terceiros quando registrada no Registro de Imóveis, nos termos do artigo 1.333, *caput* e parágrafo único, do Código Civil¹⁰.

Pode-se dizer então que, por seu caráter normativo, a convenção de condomínio é a regra interna que rege a vida do edifício e interfere nas situações que envolvem os condôminos e terceiros¹¹, alcançando todos os que ingressarem no universo do condomínio. De outra via, por seu caráter contratual, o regramento de direitos e deveres do condômino quanto às restrições por ela impostas atinge as relações mantidas entre os contratantes no universo condominial.

Adota-se, portanto, que a convenção de condomínio possui natureza mista e que as normas por ela previstas, elaboradas em prol do proveito comum, sem violar os direitos individuais de cada condômino e observados os limites impostos pela lei, serão eficazes e impostas contra todos.¹²

Seja como for, constituída a convenção de condomínio, sua alteração depende do consenso e aprovação nas assembleias gerais e registro em cartório das respectivas atas.

4. Quórum especial de aprovação em assembleia para criação ou alteração de uso e destinação de área comum

A convenção de condomínio determinará a competência das assembleias, forma de sua convoca-

⁷ Código Civil. “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

⁸ Código Civil. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁹ ELIAS FILHO, Rubens Carmo. Condomínio edilício: aspectos de direito material e processual. São Paulo: Atlas, 2015. Pg 55.

¹⁰ Código Civil. “Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.

Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.”

¹¹ LOPES, João Batista. Condomínio. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Pg. 75.

¹² ELIAS FILHO, Rubens Carmo. Condomínio edilício: aspectos de direito material e processual. São Paulo: Atlas, 2015. Pg 101.

ção e quórum exigido para as deliberações¹³.

A assembleia é o órgão máximo deliberativo do condomínio e suas deliberações são soberanas, obrigando a todos, mesmo os ausentes e dissidentes, uma vez respeitados os requisitos legais.

Quanto às deliberações em assembleia, o Código Civil, além de dispor em seus artigos 1.352 e 1.353 que serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, que representem pelo menos metade das frações ideais, salvo quando exigido quórum especial, estabelece, no decorrer dos artigos 1.333 e 1.351, algumas hipóteses de quórum específico exigido.

Suponhamos um condomínio edilício sem previsão de área destinada à implantação de painéis solares para captação de energia utilizada nas partes comuns da estrutura edilícia, por exemplo. Havendo o interesse da coletividade em determinar fim para o espaço comum, ora sem destinação, a realização de obras para sua criação, a fim de lhes facilitar ou aumentar sua utilização, dependerá de aprovação por deliberação do quórum específico de dois terços dos votos dos condôminos¹⁴.

No contexto das deliberações em assembleia, para alteração de destinação e/ou do uso de determinada área comum, o quórum específico exigido é a unanimidade dos condôminos¹⁵.

Nesse caso, imaginemos parte comum destinada ao salão de jogos em que se pretende convertê-la em salão de festas. O conceito de “modificação” da destinação de parte comum depende da preexistência de finalidade específica. Por conseguinte, nos termos do Código Civil e à frente da evidente omissão de quórum específico a respeito dessa questão na convenção, os condôminos devem consentir de forma unânime.

De cunho conceitual, pode-se dizer que em condomínio edilício não se está a adquirir o imóvel pura e simplesmente mas, sim, tudo quanto emer-

ge dele, especialmente os serviços que decorrem do exercício da área comum.

Nessa concepção de propriedade em condomínio, há interesse do adquirente não apenas sobre a área privativa correspondente à unidade autônoma, mas sobre facilidades e serviços especializados e customizados entregues ao morador. São *facilities* e serviços, por exemplo, tais como academia, aulas de esporte em quadras poliesportiva e de tênis, lavanderia, brinquedoteca, *coworking*, entre outros¹⁶.

Tratando-se de alteração de uso de parte comum com finalidade prévia específica, isto é, da forma de utilização de área comum para fins determinados, estar-se-á diante de situação em que se busca encerrar serviços comuns empreendidos naquele espaço, como é o caso da transformação de brinquedoteca ou da sala de internet (*lan house*) em academia. A alteração se dará em relação à destinação e ao uso de área comum. Nessa hipótese, a lei exige a unanimidade de votos, o que pode na prática estar deixando de observar a função social da propriedade e do contrato, bem como o interesse da coletividade.

A ideia primordial do legislador, merecedora de aplausos, é que cada condômino que adquiriu aquela unidade autônoma considerou não apenas as especificidades da propriedade privativa em si mas, também e por corolário, o exercício da área comum a ela inerente, com as peculiaridades inerentes àquele condomínio edilício.

Aos exemplos: empreendimento imobiliário repleto de área de lazer, ou absolutamente sem qualquer área para prática de esportes. Com um campo de golfe nele erigido ou sem salão de festas, área gourmet, quadras poliesportivas.

Natural que um cidadão que não preze socializar opte por adquirir unidade autônoma em condomínio edilício sem área comum com destinações específicas ao convívio social. Espera-se que um

¹³ Código Civil. “Art. 1.334. Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará: (...) III - a competência das assembleias, forma de sua convocação e quórum exigido para as deliberações;”

¹⁴ Código Civil. “Art. 1.342. A realização de obras, em partes comuns, em acréscimo às já existentes, a fim de lhes facilitar ou aumentar a utilização, depende da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos, não sendo permitidas construções, nas partes comuns, suscetíveis de prejudicar a utilização, por qualquer dos condôminos, das partes próprias, ou comuns.”

¹⁵ Código Civil. “Art. 1.351. Depende da aprovação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção; a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos.”

¹⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. “O quórum para aprovação de obras nos condomínios edilícios”. In: AMORIM, José Roberto Neves e ELIAS FILHO, Rubens Carmo (Coord). Estudos Avançados de Direito Imobiliário. São Paulo: Elsevier, 2014. Pg. 375.

esportista decida comprar um apartamento em condomínio edilício com academia e quadra poliesportiva.

Por tudo isso, o Código Civil prevê que qualquer alteração de destinação de área comum há que se decidir unanimemente pela sua nova finalidade.

Porém, como se verá adiante, para situações específicas, a função social da propriedade há que ser levada em conta em situações como as acima descritas, sob pena de estar configurado o abuso de direito de algum condômino isolado.

O saudoso Biasi Ruggiero (1997, p. 15 apud ELIAS, 2015, p. 180), por exemplo, menciona que “a jurisprudência, notadamente a do e. Superior Tribunal de Justiça, tem mitigado a exigência de quórum especial para área comum de pequena significância. Em um v. julgado também daquele tribunal, a construção de uma quadra de esporte em lugar do playground original foi considerada ato de simples administração, não devendo o judiciário intervir’ (RSTJ, 20: 151). Impossível, pois, ditar regra abrangendo todas as situações. Cada caso é um caso, com suas peculiaridades”.

Nessa linha, entendeu-se que não é legítimo que o condomínio se sujeite à unanimidade dos condôminos, porquanto isso representaria extrema dificuldade no relacionamento entre os condôminos, bastando uma vontade caprichosa relativa ao interesse individual para impedir objetivo conveniente aos interesses da imensa maioria.

Consoante o entendimento acima, acerca da não exigência de unanimidade de votos de condôminos, vêm decidindo os Tribunais de Justiça pela primazia da vontade da maioria sobre o interesse individual:

“Condomínio edilício - Demolição de guarita - Descabimento - Obra que não trouxe prejuízos ao autor, segundo prova pericial - Alteração da destinação da área comum em prol da segurança dos condôminos - Recurso improvido, prejudicado o agravo retido. O perito concluiu que a construção da guarita não desvalorizou o imóvel e que os ruídos gerados não ultrapassam os limites legais. Também apontou que não houve comprometimento da segurança, nem alteração da fachada. Ainda que se admita o argumento da diminuição da privacidade do autor, no juízo de ponderação, deve prevalecer a vontade da maioria dos condôminos, que deliberou em assembleia a construção de guarita em área comum, como medida de segurança, em prol da integridade física e patrimonial dos condôminos. Também não pode prevalecer a argumentação de que alteração da destinação da

área comum dependia de aprovação da unanimidade dos condôminos. Isso porque a construção da guarita na área destinada à parte do jardim trouxe benefícios ao condomínio, especialmente na questão da segurança, como destacado anteriormente. Trata-se de benfeitoria útil, quiçá necessária, nos dias atuais”. (TJ/SP, 3ª Câmara de Direito Privado, Apel. nº 9066572-72.2006.8.26.0000, Rel. Des. Jesus Lofrano. DJe 15/7/2011).

“Direito civil. Ação de nunciação de obra nova. Condomínio. Assembleia. Alteração de área comum. Quórum de unanimidade. Não aplicação. Quórum ordinário. Honorários contratuais. Reembolso. Indevido.

I - A ação de nunciação de obra nova tem por finalidade obstar o prosseguimento de empreitada em determinado imóvel, em razão do direito de terceiros que se mostrem prejudicados pela obra erigida no imóvel ou da necessária observância às regras de loteamento e ocupação do solo editadas pela Administração Pública. II - A previsão contida no art. 1.351 do Código Civil de que a mudança da destinação do edifício ou da unidade imobiliária depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos é limitada aos casos em que a alteração acarrete a transformação substancial do imóvel, possa atingir direitos subjetivos dos condôminos ou reduza a fração ideal de cada proprietário. III - Salvo quando exigido quórum especial, as deliberações da assembleia serão tomadas, em primeira convocação, por maioria de votos dos condôminos presentes que representem pelo menos metade das frações ideais. Em segunda convocação, a assembleia poderá deliberar por maioria dos votos dos presentes, salvo quando exigido quórum especial. IV - É incabível a condenação da parte adversa ao ressarcimento dos valores despendidos na contratação de advogado particular para ajuizar a presente demanda. V - Negou-se provimento ao recurso.” (TJ/DF, 6ª Sexta Turma Cível, Apel. nº 20130710370166, Rel. Des. José Divino, DJ. 30/8/2016).

Na mesma linha de raciocínio, coerente argumentar que, se de um lado o interesse do condômino minoritário pode criar óbices para alterar a destinação e o uso de áreas comuns, de maneira inversa, na hipótese não tão rara de um condômino ser titular de mais de 50% do total das frações ideais, não poderá este decidir sozinho pela maioria, sob pena de configuração de abuso de direito.

Assim, e o que se quer demonstrar e argumentar por esse arrazoado, o critério da unanimidade empregado pelo artigo 1.351 do Código Civil deverá

ser relativizado se levados em consideração os princípios da equidade, da proporcionalidade e o abuso de direito.

Miguel Reale aduz que a “realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessa somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade”¹⁷.

Nesse entendimento impõe-se a supressão do direito do condômino minoritário por ordem judicial em desvantagem da maioria. A exigência de unanimidade de votos para alterar a destinação e uso de áreas comuns é por demais severa e poderá incorrer em óbices causadoras de significativos danos ao condomínio¹⁸.

Obviamente não se está aqui defendendo que simplesmente onde se lê unanimidade no artigo 1.351 do Código Civil, leia-se 2/3 ou até mesmo maioria absoluta.

A questão é pontual e deve ser considerado o caso concreto. Utilize-se como modelo um empreendimento imobiliário que quando concebido era repleto de área comum destinada à prática esportiva de performance. Com o envelhecimento dos moradores e a natural ausência de jovens ali residindo, a imensa maioria dos condôminos pretende converter as áreas comuns para locais de

prática de atividades mais serenas, de convívio, como salas de cinema, de mesas de jogos de carta, biblioteca. Reunida a ampla maioria com tal intuito, decerto a negativa de um ou outro condômino não deve ser óbice à, no caso, mais adequada destinação das áreas comuns daquele condomínio edilício.

O interesse em prol da maioria dos condôminos deve prevalecer na medida em que, sem prejuízo de apuração de ocorrência de abuso de direito por parte de condômino minoritário, poderá se postular o suprimento judicial de tal condição.

5. Referências Bibliográficas

ELIAS FILHO, Rubens Carmo. Condomínio edilício: aspectos de direito material e processual. São Paulo: Atlas, 2015.

LOPES, João Batista. Condomínio. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. “O quórum para aprovação de obras nos condomínios edilícios”. In: AMORIM, José Roberto Neves e ELIAS FILHO, Rubens Carmo (Coord). Estudos Avançados de Direito Imobiliário. São Paulo: Elsevier, 2014.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 22.08.2019.

¹⁸ ELIAS FILHO, Rubens Carmo. Condomínio edilício: aspectos de direito material e processual. São Paulo: Atlas, 2015. pg. 178.



MULTIFAMILY – EMPREENDIMENTO RESIDENCIAL PARA LOCAÇÃO

RODRIGO CURY BICALHO

As transformações sociais e de costumes, que se tornam cada vez mais rápidas, já influenciam as maneiras tradicionais de lidar com a propriedade e com a aquisição de bens. Em diversos segmentos, é clara uma tendência voltada para a locação ou o compartilhamento de bens, e esse fenômeno começa a ocorrer no mercado imobiliário residencial, em que uma parte dos potenciais adquirentes de imóveis preferem alugar ao invés de adquirir um apartamento.

Essa percepção de mudança cultural fica clara quando se verifica que a intenção de morar em um apartamento alugado não está mais restrita à parcela dos consumidores que não têm condição financeira de adquirir a casa própria, mas sim abrange uma fatia cada vez maior do público que vê na locação uma opção preferível à aquisição.

Essa tendência é devida a fatores diversos, dentre eles situações mais óbvias, como o alto preço dos imóveis em face da renda média da população. Mas os fatores culturais também são relevantes, como a preferência dos jovens por não ficarem vinculados a financiamento de longo prazo, bem como poderem trocar de moradia com mais facilidade e menos custos quando se casam, têm filhos ou mudam de emprego.

Na medida em que essa demanda cresce, o mercado também se transforma para atendê-la, de forma que os empreendedores cada vez mais estruturam empreendimentos residenciais inteiramente destinados à locação e não à venda de unidades. Essa modalidade de negócio, comum nos grandes centros urbanos dos Estados Unidos e de alguns países da Europa, começa a ser desenvolvida no Brasil, impulsionada também pela redução das taxas de juros, que passa a tornar atrativos empreendimentos de renda de longo prazo, indexados por índice de inflação. Assim, vai se tornar cada vez mais frequente em nosso País esse tipo de negócio imobiliário, denominado *multifamily*, *rental housing* ou, em bom português, “empreendimento residencial para locação.”

A estruturação dessa modalidade de empreendimento traz algumas diferenças em relação ao edi-

fício residencial para venda. Uma das principais é que não é necessário o registro da incorporação imobiliária, com arquivamento da documentação prevista no artigo 32 da Lei 4.591/1964. A incorporação somente é exigida quando o incorporador pretende alienar a terceiros unidades autônomas a construir ou em construção, de forma que, se todos os apartamentos serão mantidos na titularidade do proprietário, para locação, a incorporação é dispensada.

Quando concluída a obra e obtido o auto de conclusão (“habite-se”), o proprietário pode promover ou não a instituição e especificação do condomínio, na forma do artigo 1332 do Código Civil. Como os apartamentos não serão destinados a venda, não precisam ser individualizados em unidades autônomas, com matrículas próprias, podendo ser feita a averbação da construção do edifício como um todo. Porém, embora não obrigatória, a instituição condominial dá mais flexibilidade ao proprietário, que passa a ser dono não de uma edificação única, mas de tantas unidades autônomas quantas forem os apartamentos do empreendimento. Com isso, em operações de crédito, pode dar parte das unidades em garantia, ao invés de onerar todo o prédio. Também lhe permite vender unidade por unidade, caso no futuro queira mudar o formato negocial e partir para a venda de apartamentos de forma pulverizada no mercado.

Com a instituição do condomínio, pode ser obtido número no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) de condomínio, facilitando assim a administração do edifício, a contratação de funcionários e a arrecadação de cotas condominiais. Com isso, as despesas de manutenção e operação do prédio são pagas em conta corrente do condomínio, evitando que haja questionamento sobre constituir ou não renda tributável, caso viessem a ser arrecadadas em conta corrente do proprietário.

A constituição de condomínio permite ainda que seja elaborada e registrada no Registro de Imóveis a Convenção de Condomínio, bem como elaborado o Regimento Interno, inclusive com previsão

de multas. Também é possível elaborar regras de convivência interna caso não tenha havido a instituição condominial, com arquivamento em Registro de Títulos e Documentos, mas, neste caso, a imposição de tais regras não terá o mesmo peso da jurisprudência em matéria condominial.

Deve-se considerar, também, que a abertura das matrículas para cada unidade levará a uma individualização dos contribuintes municipais. Por isso, convém que o empreendedor analise previamente as regras pertinentes à atribuição de valor de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) da respectiva cidade, para que possa checar sobre qual o IPTU total incidente no caso de mantido o prédio como uma propriedade única ou no caso de sua divisão em unidades autônomas. Como todos os apartamentos serão de um único proprietário, o custo total de IPTU é um fator importante no resultado do negócio, ainda que seu pagamento venha a ser atribuído aos locatários, pois o valor do aluguel a ser alcançado sofre impacto direto dos demais custos de ocupação, como IPTU e despesas condominiais.

No que se refere ao tipo de contrato a ser firmado com os usuários finais, trata-se de contrato de locação residencial, nos moldes tradicionais da Lei 8.245/1991. Convém que o contrato seja firmado com prazo de 30 (trinta) meses, para que o locador não perca os benefícios concedidos para contratos com tal prazo mínimo, incluído o direito à chamada denúncia vazia. Deve-se lembrar que, no caso de locação por período inferior, a denúncia vazia somente pode ser alegada pelo locador após decorridos 5 (cinco) anos de contrato.

Se a locação for de curta duração, pode ser adotado o regime da locação por temporada, de até 90 (noventa) dias, tratado no artigo 48 da lei locatícia. Uma das vantagens da locação por temporada é a possibilidade de recebimento de aluguel antecipado. Deve o locador evitar, entretanto, a prorrogação automática do contrato inicialmente fixado como por temporada, pois, do contrário, pode haver alegação de que não se trata mais de locação por temporada, mas sim de um contrato com prazo inferior a 30 (trinta) meses, não comportando mais denúncia vazia.

Não há que se falar, no caso sob análise, de contrato de hospedagem, pois não se trata de empreendimento hoteleiro ou assemelhado. Via de regra, o interesse do proprietário e do locatário é a permanência deste por períodos mais longos, visando mais a moradia do que o turismo. Cabe a ressalva de que, dependendo da legislação municipal, em empreendimentos em que o uso das unidades seja classificado como não residencial, como flats e apart-hotéis, a contratação como contrato de hospedagem pode ser indicada, mas, neste caso, trata-se de outro regime jurídico, voltado à prestação de serviços e não à locação, que

não é objeto deste artigo.

Os apartamentos podem ser oferecidos à locação com ou sem móveis e equipamentos, dependendo do modelo comercial almejado pelo proprietário. Imóveis mobiliados e equipados costumam ter o valor do aluguel superior e maior rapidez na contratação, mas, por outro lado, exigem maior investimento inicial, bem como manutenção constante. Caso os móveis e equipamentos pertençam ao titular do prédio, cabe ao locatário zelar pelo seu correto uso e responder por eventuais danos (exceto os decorrentes do desgaste natural), mas também pode o locatário exigir que estejam sempre funcionando, o que acarreta aumento no custo de manutenção e de reposição.

Usualmente, tais empreendimentos pretendem ofertar ao locatário comodidades que o atraia e que ele considere compensatórios em termos de custo/benefício. Assim, além de áreas de lazer bem dimensionadas, podem ser oferecidos serviços já inclusos ou que sejam pagos de acordo com o uso, tais como arrumação, limpeza, lavanderia. Na verdade, alguns projetos estão indo muito além, oferecendo carros e bicicletas compartilhados, cozinhas e ambiente gourmet comunitários e outros que podem ser reservados e pagos conforme o uso. Salões de jogos, *coffee shop*, bares e atividades de integração contribuem para criar laços entre os usuários e senso de comunidade, fazendo com que o locatário tenha interesse em permanecer no local por mais tempo.

Considerando que as facilidades e áreas comuns no prédio devem atender às demandas dos locatários e que tais demandas são rapidamente mutáveis, é muito importante que o empreendedor seja titular da totalidade do prédio (ao menos enquanto durar a intenção de locar as unidades do empreendimento). Caso haja outros proprietários de unidades, poderá haver dificuldades no atingimento do quórum necessário para aprovar mudanças no uso das áreas comuns, reformas e adaptações, impedindo o proprietário de implantar as atualizações pretendidas. Se não for possível ser proprietário de todas as unidades, é recomendável ao menos dois terços das, para lhe ser possível deliberar sobre mudança da convenção de condomínio. A existência de outros proprietários pode criar ainda uma concorrência dentro do próprio prédio, o que é indesejável do ponto de vista comercial.

Caso o negócio tenha maior vulto, pode ser até mesmo desenvolvido um sistema de reservas, que permita aos locatários locar os apartamentos com facilidade. Esse sistema pode ser próprio ou fazer parte de alguma plataforma já existente, caso em que deverá ser feita a devida contratação.

Outra questão importante nesse tipo de negócio é a escala. Quando se tem vários empreendimentos,

os custos diversos de planejamento, administração, marketing, jurídico, equipe de manutenção são diluídos. Além disso, na compra de mobília, decoração, equipamentos e realização de reformas se obtém considerável economia quando se contrata em maior escala. Igualmente, pode fazer sentido econômico, quando há certo vulto no negócio, investir em plataformas tecnológicas próprias, que tratam da reserva do apartamento, solicitação de reparos, contratação de serviços adicionais.

A garantia é sempre uma preocupação nos contratos locatícios. Para o locatário nem sempre é fácil apresentar uma garantia satisfatória e para o proprietário de um número vultoso de apartamentos, é caro e demorado analisar individualmente cada garantia. Nesse tipo negocial, entretanto, a escala também facilita soluções, pois pode haver um ajuste prévio com seguradoras que já tenham um seguro locatício ajustado até mesmo a uma plataforma digital dos empreendimentos, podendo ser preenchido com rapidez e sem burocracia, com um custo menor que o seguro buscado individualmente. Outra solução possível, que alguns proprietários praticam, é o aluguel sem garantia, que permite o despejo imediato com medida liminar, na hipótese de não pagamento do aluguel.

Os empreendimentos residenciais para locação permitem uma exploração negocial vasta, podendo ser desenvolvidos por empresas que detenham um ou mais edifícios, que por sua vez são tituladas por pessoas físicas ou jurídicas. Pode haver cessão dos recebíveis dos aluguéis por meio de operações de securitização, com emissão de certificados de recebíveis imobiliários (CRI), na forma da Lei 9.514/1997. Mas também podem ser explorados por meio de fundos de investimento imobiliário (FII), com cotas pulverizadas no mercado, de maneira que diversas pessoas tenham oportunidade de investir nesse tipo negocial, adquirindo quotas do FII em bolsa de valores.

O proprietário dos empreendimentos, seja uma empresa ou um FII, poderá manter o ativo em sua propriedade, recebendo a renda locatícia pereneamente, ou então, optar por vendê-lo no mercado. Para tanto, se o proprietário for uma sociedade empresarial, uma opção é alienar as ações ou quotas, de forma a transferir a terceiros a própria empresa. Pode ser também promovida a venda imobiliária de toda a edificação. Neste último caso, há

o direito de preferência dos locatários na aquisição, que não pode ser exercido individualmente, mas sim pelo todo imobiliário, conforme artigo 31, da Lei 8.245/1991. Em outras palavras, para exercer a preferência, o locatário deveria adquirir o prédio todo, pelo valor negociado. Isso dificilmente ocorreria na prática, mas há a obrigação de notificar cada locatário, sob pena de infração legal.

Outra forma de alienação é levar a mercado a venda individual de cada unidade autônoma, caso em que deverá haver alguns cuidados maiores a serem observados. Primeiro, é necessário que tenha sido instituído o condomínio edilício, como antes mencionado. Em cada venda de apartamento deve ser dado o direito de preferência ao respectivo locatário, na forma da lei. A oferta a mercado de venda das unidades do empreendimento e as relações contratuais serão regidas também pelas normas de proteção e defesa do consumidor.

Por fim, se o proprietário ofertar a venda das unidades de forma pulverizada, com a obrigatoriedade de que o adquirente submeta seu imóvel a um sistema integrado de administração das locações, com partilha de resultados (equivalente a um pool de locação obrigatório) pode ser necessário submeter tal oferta a registro na Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Isso porque, de acordo com o artigo 2º, IX da Lei 6.385/1976 e o entendimento da CVM, a oferta de bens destinados exclusivamente a investimento, com administração exclusiva de terceiros, pode ser considerada oferta de contrato de investimento coletivo, sujeito à tutela da legislação de mercado de capitais.

Procuramos, na forma sucinta deste artigo, trazer os principais aspectos jurídicos e negociais de empreendimentos construídos para serem destinados exclusivamente à locação residencial. Com a dinamização cultural, a criatividade do mercado, alterações econômicas, incremento de tecnologias e ampliação das formas de investimento, os produtos imobiliários surgem e se transformam rapidamente. A construção (ou compra) de um prédio inteiro para locação residencial era praticada no passado, quase de maneira informal, como negócios familiares de pouca envergadura e nunca chegou a se tornar um nicho empresarial. Agora, grandes empresas e fundos nacionais e estrangeiros passam a atuar neste mercado, formando um novo capítulo do desenvolvimento imobiliário.



CAUÇÃO LOCATÍCIA DE COISA IMÓVEL - DIREITO REAL DE GARANTIA?

DANILO DE BARROS CAMARGO

RODRIGO PAULETTI PEREIRA LIMA

RUBENS CARMO ELIAS FILHO

Introdução

É notório que a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/1991) foi, e ainda é, um marco legal extremamente relevante, por conta da enorme influência que exerce nas relações econômicas e comerciais regidas por seus dispositivos, sendo sempre interessante destacar que suas normas são aplicáveis nas locações mais simples e de reduzido locativo até aquelas de alta complexidade e valor.

O legislador, ao positivizar o artigo 37 do referido compilado normativo, inovou ao criar possibilidade de ofertar como garantia a prestação de caução de bens móveis e imóveis. A inovação legislativa seguiu, ainda, com a promulgação da Lei nº 11.196/2005 em que foi criada a possibilidade de apresentar a cessão fiduciária de quotas de fundos de investimento a título de garantia.

Apesar da existência deste rol de garantias, ainda hoje, as ofertas de garantias nos contratos de locação estão concentradas no fiador e no depósito garantia, como pode ser demonstrado com o levantamento realizado pelo Secovi-SP¹ em julho de 2019, em que 45,5% dos contratos de aluguel utilizam o fiador como garantia e 37,5% utilizam o depósito garantia.

A garantia na modalidade caução de bens imóveis é objeto do presente estudo, uma vez que, mesmo após 28 anos de vigência da referida Lei, muito ainda se discute sobre ela, dada sua similitude com o penhor e a hipoteca.

A caução de bem imóvel é importante instrumento jurídico e comercial e, portanto, deve seguir com a realização de alguns procedimentos a fim de ser constituída de maneira plena como a averbação da caução à margem da matrícula do imóvel ofertado, a fim de proporcionar a publicidade e o efeito *erga omnes*, o que inclusive poderá ser

realizado por qualquer dos interessados conforme o disposto na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973).

Nesses pequenos comentários, pretende-se analisar as peculiaridades que envolvem a prestação de caução locatícia imobiliária como modalidade de direito real de garantia, além das já conhecidas “hipoteca” e “penhor”, além da taxatividade dos direitos reais previstos no Código Civil.

1. Direitos Reais

Historicamente a sociedade clama pela prestação de garantias, para conferir maior segurança às relações comerciais. O direito existe basilamente para poder regular o fato social, ou seja, o fato se cria e o direito segue para se adaptar e regular as necessidades sociais.

As praxes comerciais evoluíram em ritmo acelerado, se nos primórdios executava-se o escambo atualmente se comercializam criptomoedas. E, por lógica, as garantias precisaram evoluir para assegurar e compatibilizar com segurança e eficácia as relações atuais. Se, na época da Lei das XII Tábuas, o homem respondia pelo incumprimento das obrigações com o próprio corpo, hoje responde com o seu patrimônio ou com seus direitos.

Diante desse contexto fático-jurídico que os direitos reais acabam por ganhar enorme evidência, emprestando lição de Daibert, os direitos reais de garantia podem ser conceituados, contemporaneamente, da seguinte maneira: “é o que vincula diretamente ao poder do credor determinada coisa do devedor, assegurando a satisfação de seu crédito se inadimplente o devedor”².

Ou seja, o direito real de garantia adere à coisa é oponível *erga omnes*, desde que respeitados os

¹ <https://www.secovi.com.br/downloads/pesquisas-e-indices/pml/2019/arquivos/210907-pml.pdf>

² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. Ed. Saraiva. 24ª Edição. pgs. 488

requisitos de publicidade e especialidade, além de ser provido do direito de sequela, após o aperfeiçoamento da tradição ou registro. Porém, trata-se também de uma relação de direito acessória diretamente vinculada a relação principal na qual foram estabelecidas as obrigações.

A garantia real, portanto, é importante instrumento legal para assegurar os negócios jurídicos, em especial no Brasil que historicamente cultua aquisição de propriedades e o sonho da casa própria.

Demonstrada a importância e a evolução dos direitos reais, necessário se faz levantar a bandeira empunhada pela doutrina contemporânea que defende a flexibilização das relações jurídicas reais, sobretudo pela mutabilidade e tipicidade que envolve o conceito do direito real em decorrência das alterações sociais e a necessidade social e constitucional de tutelar a moradia e a função social da propriedade.

Isso porque uma interpretação mais elástica da tipicidade proporcionaria o maior alcance dos direitos reais, o que possibilita acompanhar e subsidiar as constantes mutações sociais, ou seja, a par da taxatividade dos direitos reais, existe espaço interpretativo para construção de relações de direito privado, de caráter negocial, abarcadas pelos próprios direitos reais criados por lei³.

Além disso, é certo que o catálogo de direitos reais previsto no artigo 1.225 do Código Civil não é exauriente, já que existem outros criados por leis especiais como o compromisso de compra e venda dos imóveis loteados (Lei nº 6.766/1999), alienação fiduciária sobre bens imóveis (Lei nº 9.514/1997), entre outros.

Neste diapasão, a caução locatícia de bem imóvel pode ser considerada como nova modalidade, criada por lei e que lhe conferirá a oponibilidade *erga omnes* que ensejará em favor do credor o direito de sequela para que se satisfaça eventual crédito com o patrimônio onerado mesmo que esteja nas mãos de outrem (adquirente).

Outrossim, como ensina José de Oliveira Ascensão, ainda que não esteja perfeitamente criado pelo legislador, caberá ao intérprete qualificar os

direitos reais, pois este “é livre de integrar no conceito de direito real situações que o legislador não qualificou expressamente como tais, (...), mas a que atribuiu o regime jurídico correspondente aos direitos reais.”⁴

2. A Caução de bem imóvel prevista na Lei do Inquilinato

Verifica-se na caução locatícia grande similitude com o penhor e a hipoteca e, como o próprio texto legal dispõe, a caução locatícia deverá estar averbada à margem da matrícula do imóvel dado em garantia⁵, no Cartório de Registro de Imóveis, conferindo a publicidade necessária.

Desta forma, devidamente identificado no contrato e inscrito na serventia imobiliária competente, estar-se-á diante de direito real que permitirá ao credor, mesmo que o imóvel seja vendido a terceiros, buscar a satisfação de seus créditos (direito de sequela) nas mãos de quem o detenha, pois tomou conhecimento da garantia pela publicidade e não poderá alegar desconhecimento do débito.

Importante salientar, por exemplo, que tais considerações servem também para os bens móveis, levando-se em conta que a publicidade se dará por meio da anotação junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos, para veículos automotores⁶, bem como ações e títulos (art. 38, § 1º, da Lei nº 8.245/1991).

Nada obstante, como já salientado, há grande polêmica em torno do tema, havendo quem defenda que a caução de bem imóvel não seria uma modalidade autônoma de direito real.⁷

Acerca da divergência sobre a natureza jurídica da garantia denominada “caução de imóveis”, vale conferir interessante comentário de Alessandro S. Segalla sobre o tema em comentário:

[...] o objetivo da Lei do Inquilinato, ao ter previsto uma modalidade específica de garantia locatícia sob a denominação de caução, foi o de simplificar a estipulação de uma garantia real para permitir a sua efetiva contratação, que ficaria seriamente comprometida se as pessoas em geral, apesar de

³ LOUREIRO. Francisco Eduardo. Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência. 12ª Ed. Ed. Manole pgs. 1140.

⁴ A tipicidade dos direitos reais, pág. 121, 1968

⁵ A lei contemplou vetusta redação no sentido de que a caução seria averbada à margem da matrícula, o que não é compatível com a Lei 6.015/73. De toda maneira, é certo que a norma pretendeu conferir a devida publicidade ao ato, com a inscrição do folio registral imobiliário.

⁶ Com respeito à alienação fiduciária de bens móveis, a anotação perante os órgãos de trânsito confere a publicidade necessária (artigo 1361, §1º, do Código Civil), o que seria altamente recomendável para a caução locatícia de veículos automotores.

⁷ Scavone Junior, Luiz Antonio. Direito imobiliário – Teoria e prática. – 10ª ed. – rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. Pág. 1235.

poderem contratar a locação – contrato principal – por instrumento particular ou a até mesmo verbalmente, tivessem que estipular a caução em imóvel, à semelhança do que ocorre com a hipoteca, por instrumento público, ante a determinação do art.108 do Código Civil, invertendo a lógica do sistema porque a formalidade exigida para o contrato acessório de garantia seria maior daquela exigida do contrato principal de locação, o que não se afiguraria razoável, *data venia* das opiniões em sentido contrário.⁸

O comentário transcrito acima é muito pertinente, pois o objetivo da Lei do Inquilinato – até mesmo por sua função social de fomentar o mercado de locações, sejam elas residenciais ou comerciais em todas as classes sociais – foi exatamente criar uma garantia real “simplificada”, vale dizer, não tão rígida quanto a hipoteca.

Por sua vez, em raciocínio oposto, Sylvio Capanema de Souza defende que “exige a lei a forma pública, para sua constituição. Se o contrato de locação revestir-se da forma particular, como ocorre normalmente, a caução do imóvel exigirá instrumento à parte, solene.”⁹

Todavia, em que pesem abalizadas posições em sentido contrário, caso averbado o contrato de locação na matrícula do imóvel oferecido em garantia, estar-se-á presente a publicidade, garantindo os atributos dos direitos reais, decorrentes da oponibilidade *erga omnes*, ou seja o direito de seqüela e preferência.

Aliás, a este respeito, é certo que não verifica realmente grande técnica legislativa ao prescrever que determinado ato ou título se sujeitará à averbação ou registro¹⁰, sendo recomendável não se ater à própria terminologia, mas sim considerar a indispensabilidade da inscrição imobiliária, para se conferir a devida publicidade, capaz de atribuir oponibilidade *erga omnes*, atribuindo ao titular de direito real o direito de preferência e de seqüela.

Portanto, a caução de bem imóvel, a nosso ver, é uma nova modalidade de direito real de garantia, além da já conhecida “hipoteca”, porém mais simples que esta, atendendo os anseios da segurança nas relações jurídicas, difundindo com mais facilidade o direito à moradia, exigindo-se menos solenidades que poderiam encarecer a locação.

Ou seja, com relação à taxatividade, a caução lo-

catícia está plenamente criada pela Lei de Locação, ainda que não esteja disposto em Lei que se trata de direito real. Entrementes, caso a caução locatícia não fosse modalidade de direito real de garantia, qual outra seria a função de tal criação legal?¹¹

Como visto acima, as características dos direitos reais são: i) oponibilidade *erga omnes*; ii) direito de seqüela, e; iii) direito de preferência. Assim, ao se afastar a natureza de direito real, estaria completamente esvaziada a garantia denominada caução de bem imóvel, pois, sem essas as características, haverá graves óbices em eventual excussão da garantia para satisfação do débito. Logo, sem as características do direito real, sendo, portanto, garantia pessoal, limitada a um único bem, não haverá a oponibilidade *erga omnes*, tampouco o direito de preferência na excussão do imóvel dado em garantia.

A bem demonstrar, as consequências da não configuração da caução locatária como direito real, assim já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

A Lei de locações ao prever a caução como uma das garantias locatícias não criou um novo direito real, tampouco existe outro dispositivo legal que lhe atribua tal natureza. Caução é um termo genérico que significa garantia, podendo ser tanto real quanto fidejussória, a depender do caso. Para que o patrimônio do locatário ou de terceiro sirva de garantia para o cumprimento da obrigação locatícia, **a caução terá que ser prestada na forma de penhor, hipoteca ou anticrese. Caução sobre imóvel que só poderá ser formalizada mediante a constituição de hipoteca que exige para a sua validade a forma de escritura pública. Não formalizada a locação por instrumento público ou a hipoteca, em separado, o imóvel indicado como caução não responde diretamente pela dívida.**¹²

Por sua vez, em sentido oposto ao acórdão do Tribunal Fluminense, segue abaixo ementa de aresto do Tribunal Paulista no qual, por conceder natureza de direito real à caução de imóvel, entendeu pela constrição sobre o imóvel dado em garantia:

DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C. COBRANÇA - AÇÃO INTERPOSTA SOMENTE CONTRALOCATÁRIA - PENHORA DE IMÓVEL DADO EM CAUÇÃO LOCATÍCIA -

⁸ Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina e jurisprudência / Adriana Marchesini dos Reis... [et. Al.]; organização Luiz Svcavone Júnior, Tatiana Bonatti Peres. – 2. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 233

⁹ Souza, Sylvio Capanema de. A lei do inquilinato comentada – 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012. Pág. 167.

¹⁰ Artigo 167, da Lei 6.015/73

¹¹ É princípio basilar da hermenêutica jurídica que a lei não contém palavras inúteis.

¹² TJRJ, APELAÇÃO CÍVEL N. 0009319-15.2013.8.19.0007. Des. Rel. Rogerio de Oliveira Souza. J. 23/02/2016.

GARANTIA REAL PRESTADA POR TERCEIRO - INTEGRAÇÃO DO CAUCIONANTE NA LIDE - DESNECESSIDADE - RECURSO PROVIDO. A caução prestada em contrato de locação, quando devidamente registrada, nos termos dos artigos 37,1 e 38 da Lei 8.245/91, configura garantia real, motivo pelo qual **o imóvel caucionado responderá pelas obrigações não honradas pela locatária**, sem que se exija a integração do proprietário do imóvel no polo passivo da lide¹³

3. Natureza jurídica da caução imobiliária na jurisprudência

No que concerne à natureza jurídica da caução locatícia, em pesquisa realizada, tem prevalecido na jurisprudência o entendimento de que a caução de bem imóvel constitui direito real de garantia, como se observa na ementa de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, destacado abaixo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÃO DE IMÓVEL. DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C. COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO SOMENTE CONTRA O LOCATÁRIO. PENHORA DE IMÓVEL OFERTADO POR TERCEIRO. **CAUÇÃO. NATUREZA REAL DA GARANTIA.** INTIMAÇÃO. NECESSIDADE. **Tratando-se a caução dada como uma garantia real**, desnecessária a participação do caucionante na fase de conhecimento, devendo ser intimado pessoalmente da penhora para exercer seu direito de defesa, sendo de rigor a anulação dos atos processuais a partir de sua intimação infrutífera. Inteligência do art. 239, do CPC/73. Decisão reformada. Recurso provido.¹⁴

O julgado cuja ementa foi colacionada acima, de maneira muito pertinente, fundamentou a decisão com julgado de lavra do desembargador Gomes Varjão, que de maneira muito simples, porém precisa, destacou: **“Trata-se, portanto, de garantia real, que confere à locadora o direito de perseguir a coisa e reivindicá-la em poder de quem quer que esteja, para obter a satisfação do seu crédito”**¹⁵

Acerca do tema, a Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo, por meio do Parecer CG110/2005,

emitiu o seguinte parecer:

“(…), estando estabelecida na Lei de Locação a possibilidade de se prestar caução em bem imóvel, possibilitando o ingresso da garantia no folio real através da averbação, não resta dúvida quanto a ter o legislador criado uma garantia real anômala, mas simples e menos formal que as demais garantias reais estabelecidas na legislação brasileira até então.”¹⁶

Ou seja, tanto doutrina quanto jurisprudência têm ao longo do tempo construído conceitos concretos para a caução de bem imóvel, concedendo natureza de direito real.

4. Impenhorabilidade do Bem de Família

Como é sabido, a Lei nº 8009/1990, em seu artigo 3º, inciso VII, excepciona a impenhorabilidade do bem de família *por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação*.

É necessário se atentar que o bem imóvel dado em caução está protegido pela impenhorabilidade do bem de família, pois não se trata da modalidade de garantia de fiança, tampouco se confunde com a hipoteca, exceção contemplada pelo inciso V, do mesmo artigo susmencionado.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. CAUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. NORMA COGENTE. IMPROVIMENTO.

1. Esta Corte possui firme entendimento de que em se tratando de caução, em contratos de locação, não há que se falar na possibilidade de penhora do imóvel residencial familiar. 2. Agravo Regimental improvido.”¹⁷

Importante comentar, ainda que brevemente, sobre o importante julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) que, por meio de decisão proferida pela Primeira Turma, diferentemente do que havia sido pacificado em reiteradas decisões anteriores, foi conhecido e provido recurso extraordinário para julgar afastar a penhora de imó-

¹³ TJSP, AI n. 0290638-86.2009.8.26.0000, Rel. Clóvis Castelo, j. 30/11/09

¹⁴ TJSP, AI nº 2031095-24.2017.8.26.000, Rel. Des. Felipe Ferreira, j 08/06/2017.

¹⁵ TJSP, AI nº 2044044-22.2013.8.26.0000, Rel. Des. Gomes Varjão, J. 27/01/2014.

¹⁶ Publicado no DOE de 01.04.2005. Processo de Suscitação de Dúvida nº 000.04.003661-8, MM. Juiz Oscar Bittencourt Couto, j. em 17/06/1999.

¹⁷ STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp 1334693 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0148978-6, Rel. Sidnei Benetti. J. 25/06/2013

vel residencial de fiador em contrato de locação de imóvel comercial¹⁸. Da decisão mencionada acima, foram opostos embargos de divergência, pendente de julgamento do mérito pelo plenário do STF.

Destarte, na improvável hipótese de o STF decidir pela impenhorabilidade do bem imóvel de família decorrente de fiança em contratos de locação não residencial, é possível que a modalidade de garantia caução de bem imóvel ganhe ainda mais importância, pois assim ambos terão óbice da impenhorabilidade do bem de família, sendo talvez mais interessante ao locatário oferecer um imóvel em garantia, que não seja residencial ao invés de fiador que responde por todo o seu patrimônio.

Conclusão

Como defendido acima, a caução em bem imóvel, a nosso ver, é uma nova modalidade de direito real de garantia, além das já conhecidas “hipoteca” e “penhor”.

Respeitada a doutrina em sentido contrário, com relação à taxatividade dos Direitos Reais, a caução locatícia está plenamente criada pela Lei de Locação, por vontade do legislador.

Ainda, possivelmente, o objetivo da Lei do Inquilinato – até mesmo pela sua função social de fomento ao mercado locatício – foi exatamente criar uma garantia real “simplificada”, vale dizer, não tão rígida quanto a hipoteca, 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 (art. 5º, LINDB).

Há fortes precedentes jurisprudenciais que confirmam a caução de imóveis a natureza de Direito Real, com os inerentes direitos de sequela e pre-

ferência, decorrentes da oponibilidade *erga omnes*, conferida pela simples averbação no álbum imobiliário.

Assim se qualifica a caução locatícia, mais simplificada e dinâmica, pois, se assim não fosse, qual outra seria a função de tal criação legal? Quanto mais simples, sem prejuízo da segurança, melhor para fomentar o relevante direito constitucional à moradia e à atividade econômica, que congrega o mercado locatício.

Referências Bibliográficas

<https://www.secovi.com.br/downloads/pesquisas-e-indices/pml/2019/arquivos/210907-pml.pdf>

ASCENSÃO, José Oliveira, *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa, 1968.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. Ed. Saraiva. 24ª Edição. pgs. 488.

LOUREIRO. Francisco Eduardo. Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência. 12ª Ed. Ed. Manole pgs. 1140

SOUZA, Sylvio Capanema de. A lei do inquilinato comentada – 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SCAVONE, Junior, Luiz Antonio. Direito imobiliário – Teoria e prática. – 10ª ed. – rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCAVONE, Junior, Luiz Antonio. **BONATTI**, Tatiana. Lei do Inquilinato comentada artigo por artigo: visão atual na doutrina; organização Luiz Scavone Júnior, Tatiana Bonatti Peres. – 2. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 233

¹⁸ STF, RE nº605.709/SP, relator Ministro Presidente, Dias Toffoli.



LOCAÇÃO POR APLICATIVOS OU PLATAFORMAS DE INTERMEDIÇÃO

A COMPREENSÃO DA ATIVIDADE NOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS

JOSÉ HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA

JAQUES BUSHATSKY

1. Introdução

Com o término da Segunda Guerra Mundial verificou-se, por razões das mais diversas, um grande fluxo da população rural para a zona urbana e, em consequência, surgiu, no que interessa ao nosso tema, a necessidade da construção de moradias em razão de sensível aumento da demanda por habitação, entre outras e variadas exigências da sociedade.

Os cidadãos com condições financeiras foram atraídos por essa nova e forte exigência habitacional surgindo assim uma nova área para aplicação do seu capital com a possibilidade de certeza de ganhos. Essa circunstância – construção civil e ganhos com o respectivo arrendamento – passou a exigir a elaboração de leis específicas visando a proteger o capital e, ao mesmo tempo, proteger também o legítimo ocupante do imóvel.

Pois bem, no Brasil, desde 1921¹ foram editadas leis dispendo sobre as locações de imóveis que, ao mesmo tempo, tinham por objetivo primordial proteger tanto o investidor-locador quanto o cidadão-locatário, mas a legislação pendeu declaradamente em favor do contratante-locatário, nem sempre atingindo, de fato, o desiderato anunciado.

Ademais, essas leis foram ampliadas para alcançar também as novas relações locatícias, além das residenciais, com regras próprias e específicas v.g. (1) locação para temporada; (2) locações de imóveis utilizados por hospitais, unidades sani-

tárias oficiais, asilos, estabelecimentos de saúde e de ensino autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, bem como por entidades religiosas; (3) locações ajustadas entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecendo as condições livremente pactuadas e (4) contratos “*built-to-suit*”.

Todas essas locações são amparadas pela Lei nº 8.245, de 18/10/1991, desde que não excepcionadas a teor do seu artigo 1º, parágrafo único, alíneas a (ns. 1 a 4) e b, situações que se submetem ao Código Civil e às leis especiais.

Essa era, até há pouco tempo, a nossa realidade no tocante aos contratos das várias modalidades de locação, amparados e disciplinados pela nossa legislação, ou seja, sob a definição, segundo Clóvis Beviláqua, “de contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração paga pela outra, compromete-se a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, o uso e gozo de uma coisa infungível”².

Mais recentemente, no entanto, surgiu não uma nova³ forma de contrato de locação, uma vez que a locação para temporada vem prevista no art. 48 da Lei nº 8.245/1991, mas contratações efetivadas com a diferença particular e especial residente na utilização de aplicativos ou plataformas de intermediação para sua realização (v.g. AirBnb, inescapável a menção à mais famosa – hoje, ao menos, nesse velocíssimo ramo de atividades –

¹ Foi o caso do Decreto 4.403, de 22/12/1921, cinco anos após entrar em vigor o Código Civil de 1.916.

² APUD DINIZ, Maria Helena, Dicionário Jurídico, Saraiva, 1998, vol. 1, p. 852.

³ Certamente muito se exporá a respeito, mas desde já é preciso asseverar que não se confunde a locação com a sua intermediação ou seu anúncio, como pareceram fazer alguns projetos de lei, em boa hora abandonados.

das bandeiras⁴).

Essa nova⁵ modalidade de contratação tem provocado o surgimento de demandas entre os condôminos que pretendem adotá-la em suas respectivas unidades, por vezes enfrentando a resistência de condomínios, conforme veremos adiante, adiantando-se: foi o apego ao costume do debate que nos fez arriscar esses comentários conjuntos, com distintos pensares.

2. Locação contratada por meio de aplicativos ou plataformas de intermediação

O site mundial de compartilhamento, presente em vários países, possibilita que os proprietários aluguem cômodos ou imóveis na sua totalidade, via de regra a preços mais acessíveis que os praticados pelos hotéis. A prestação evoluiu para o atendimento de segmentos do mercado, comercialização do que se tem denominado “experiências” e assim por diante, progredindo como há de ocorrer em qualquer setor.

A repercussão social evidenciou-se. Em abril de 2018 já se noticiava: “dobra total de hóspedes do AIRBNB no Brasil”⁶. No mundo, em situações significativamente diversas das brasileiras (ao menos as atuais), a facilidade instaurada pelos aplicativos preocupou quanto à alta de alugueis (“Lisboa deve limitar oferta de alugueis por temporada”⁷), os anúncios ilegais, as fraudes fiscais, a modificação da paisagem dos bairros (“Paris entra na Justiça contra AIRBNB e pede multa de 12,5 milhões de euros”⁸), tendendo-se à edição de leis em todo o mundo (fartamente divulgadas as

situações de São Francisco, Chicago, Nova York, por exemplo).

Os temas enfrentados pelo mundo diziam e dizem respeito ao urbanismo, à ocupação de áreas metropolitanas, à tributação e à elisão fiscal, à concorrência com o setor hoteleiro⁹, à oscilação do valor dos aluguéis, raramente sendo trazida à baila questão pertinente à convivência condominial, certamente a mais frequente em nossas terras.

3. Breve Premissa. Agenciamento e contratação por meio eletrônico

Toma-se, por premissa necessária, a possibilidade do agenciamento e da celebração de contrato, eletrônicos: a promoção por tal via, apresentada como uma facilitadora da aproximação entre os locadores e os locatários não parece apresentar corolário diverso do que traziam os antigos e tradicionais anúncios em classificados, na mídia impressa.

E, se alguma consequência imediata advém, sob o viés da responsabilidade, parece recair exatamente sobre o intermediário, como já dispôs, aliás, decisão relatada pelo Desembargador Lino Machado:

“Ainda que o Airbnb não seja o efetivo anfitrião ou locador dos imóveis oferecidos, é dessa empresa que o consumidor busca a prestação do serviço que lhe garanta uma hospedagem tranquila, no local ali divulgado, pelo preço previamente ajustado, e com a garantia da empresa de que o consumidor não está sendo vítima de uma fraude ao aceitar se hospedar em um imóvel indicado na plataforma; logo, Airbnb responde, sim, por eventuais danos

⁴ Em “10 alternativas ao AIRBNB para quem, procura hospedagem nas férias”, por Brittany Nims, HuffPost US. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/03/09/10-alternativas-ao-airbnb-para-quem-procura-hospedagem-nas-ferias_a_23381007/>. Acesso em: 07/08/2019. São mencionados os serviços HOMEAWAY, VRBO, FLIPKEY, TRIPADVISOR, TURNKEY, WINDU, COUCHSURFING, BOOKING APARTMENTS, HOME EXCHANGE, INNCLUIVE. Por certo não são os únicos.

⁵ A plataforma AIRBNB (airbed and breakfast) foi criada em São Francisco somente em 2.008. Disponível em: <<https://www.airbnb.com.br/help/article/2503/o-que-%C3%A9-o-airbnb-e-como-ele-funciona>>. Acesso em: 07/08/2019.

⁶ CAPELAS, Bruno. Número de hóspedes do Airbnb no Brasil mais que dobra em 2017. O Estado de São Paulo. São Paulo, 19 de dez. de 2018. Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,numero-de-hospedes-do-airbnb-no-brasil-mais-que-dobra-em-2017,70002274322>>. Acesso em: 05/08/2019.

⁷ MIRANDA, Giuliana. Lisboa deve limitar oferta de Airbnb e de outros aluguéis turísticos. Folha de S. Paulo. São Paulo, 28 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/07/lisboa-vai-limitara-oferta-de-airbnb-e-de-outros-alugueis-turisticos.shtml>>. Acesso em: 05/08/2019.

⁸ Paris entra na Justiça contra AIRBNB e pede multa de 12,5 milhões de euros. Folha de S. Paulo. São Paulo, 10 de fev. de 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/02/paris-entra-na-justica-contrairbnb-e-pede-multa-de-125-milhoes-de-euros.shtml>>. Acesso em: 05/08/2019.

⁹ DORIA, Pedro. Os hotéis contra o Airbnb. O Estado de S. Paulo. São Paulo, 19.abr.2019. Disponível em: <<https://link.estadao.com.br/noticias/geral,os-hoteis-contrairbnb,70002796651>>. Acesso em: 07/08/2019.

causados aos consumidores, incumbindo a ela, querendo, e se for o caso, buscar eventual reparação de danos causados por atos praticados por terceiros - Se o consumidor enfrentou problemas durante a hospedagem, a empresa ré tinha a obrigação de tomar as medidas necessárias para verificar o que estava ocorrendo com o hóspede, o qual contactou diretamente o anfitrião porque a própria Airbnb lhe deu essa opção para que dificuldades fossem solucionadas, em tese, de maneira mais rápida, em razão das alegadas milhões de hospedagens que a plataforma administra - O dano moral é evidente se não houve razoável atendimento à consumidora na busca pela solução do problema que ela encontrou durante a estadia”¹⁰

E, a circunstância de ser eletrônico o contrato parece consistir óbice há muito superado por quantos¹¹ se debruçaram¹² sobre o tema, quiçá convindo recordar que o artigo 107, do Código Civil, somente impõe forma especial do contrato, quando a lei expressamente o exigir, inexistindo restrição até à celebração verbal de locação urbana, o que dizer da eletrônica, de resto por todos utilizada perenemente em ramos e atividades até mais suscetíveis a problemas, tais como as atividades bancárias ou de crédito.

4. A situação nos condomínios

A recente incidência desse serviço no Brasil tem gerado discussões em condomínios sob os mais variados argumentos.

Destaca-se dentre tantas suscitações decorrentes, a pertinente à possibilidade de ser ou não vedada a locação celebrada através desses aplicativos.

Pois bem. É possível a locação, celebrada de longe (aplicativos) por essas curtíssimas temporadas? Sim, afirmam de um lado, os proprietários, que tenham tal interesse, das unidades condominiais, porquanto em exercício o pleno do direito de propriedade¹³ e, de outro lado, respondem ne-

gativamente em aparente contraposição ao direito do condômino de “usar, fruir e livremente dispor das suas unidades”, insculpido no inciso I, do art. 1.335, do Código Civil, os condomínios residenciais e os vizinhos que apontam incômodos, ao sustentarem a necessidade de primordialmente se manter a segurança do próprio edifício e, principalmente, a segurança dos seus moradores, intento que se estende à obrigação de o condômino, quanto às suas partes, “não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores” (art. 1.336, inc. IV, do Código Civil). Esta parece ser atualmente a questão mais sensível no âmbito dos condomínios edilícios.

Assim, podemos ter algumas diferentes situações: a convenção de determinado condomínio, de forma expressa, prevê e autoriza a locação contratada por meio de aplicativos ou plataformas de intermediação, o que afasta, sem dúvida, eventuais controvérsias enquanto perdurar a aludida autorização. De outro lado, caso a convenção de condomínio diverso, também de forma expressa, proíba esse tipo de locação, o que resulta, mercê da natureza jurídica da convenção de condomínio, sem dúvida até aqui, na inadmissibilidade de eventual controvérsia a esse respeito.

O que tem permitido o surgimento de conflitos entre os proprietários de unidade condominial e os condomínios residenciais é a inexistência, nas respectivas convenções (notadamente de prédios antigos), de cláusula que faça qualquer referência a esse tipo de locação, ou seja, contemple especificamente a “*locação para temporada contratada por meio de aplicativos ou plataforma de intermediação*”.

Aliás, o que é mais comum na grande maioria das convenções dos condomínios residenciais é a omissão, até porque inexistentes ou desconhecidos sistemas, aplicativos, modalidades de contra-

¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (30ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1009888-93.2017.8.26.0320; Apelante: Airbnb Serviços Digitais Ltda. Apelada: Mareisa Lucas de Sá. Relator (a): Lino Machado. São Paulo, julgamento em 25/07/2018, publicação em 27/07/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11648551&cdForo=0>>. Acesso em: 07/08/2019.

¹¹ BUSHATSKY, Jaques. Contrato eletrônico de locação. O Estado de São Paulo. São Paulo, tiragem n. 184401, p. 14, 10 de dez. de 2017.

¹² TOLEDO, Moira Regina. A Locação e a Influência do Digital. Opinião jurídica 5: Direito Imobiliário. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti [et al.]; Secovi-SP (Ed.); Jaques Bushatsky, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira (Coords.). São Paulo: Secovi-SP, 2018. São Paulo. v.5, p. 47/50.

¹³ Inesquecível a definição estampada no Código Napoleônico: “o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”, que evoluiu no Brasil para o texto do artigo 524, do Código Civil revogado (Lei nº 3.071, de 1º/01/1916): “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

tação quando constituídos tais condomínios edilícios, que de resto sofrem, impossível deslembrar, pela costumeira repetição de textos convencionais, genéricos para que se habilitassem a servir a qualquer situação mas, exatamente por isso, nem sempre capazes de enfrentar a operação específica ou de olhar para o evidente futuro e dar ensanchas à contemplação de novas situações.

O problema é sério. Com efeito, não se pode negar o impacto positivo do avanço tecnológico, mas também não é razoável ignorar variáveis que acabam desvirtuando formas de usufruir da propriedade privada, principalmente quando interferem nos direitos de outros proprietários. E as Convenções não contém respostas na quase totalidade das situações!

Nesse caso, cabe indagar: qual a solução que deve ser adotada, isto é, a prevalência do direito de propriedade em toda sua extensão ou a supremacia do direito à segurança, ao razoável sossego (e à salubridade completando-se a lista de exigências legais) dos condôminos, uma vez que esses edifícios residenciais não estão aparelhados para essa recente forma de ajustar locações?

5. As tentativas de elaboração legal

Mesmo rapidamente, é necessário informar que no Senado Federal tramita o Projeto de Lei nº 2.474, de 2019, objetivando alterar a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, com acréscimo do art. 50-A, *in verbis*: “É vedada a locação para temporada contratada por meio de aplicativos ou plataformas de intermediação em condomínios edilícios de uso exclusivamente residencial, salvo se houver expressa previsão na convenção de condomínio prevista no art. 1.333 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”.

A aprovação do Projeto criaria imediatamente um problema evidente: pouquíssimos condomínios possuem convenção regulando o tema; trata-se de omissão por absoluto desconhecimento da questão, jamais decorrente de qualquer inteligência ou decisão.

Vai daí, abandonar-se-ia, singelamente, o contemporâneo meio de locar, à míngua de quórum em assembleias – ou alguém, em sã consciência, imagina possível reunir, mesmo, tantos condôminos?

Melhor faria, então, para não vedar a modernidade, mas continuar atribuindo à maioria con-

dominial a decisão, se a propositura legislativa invertesse a mão: admitir-se-ia o uso em tela, exceto se, aí sim, os condôminos votassem pela proibição. Outros Projetos por igual tentaram cuidar do tema, ora sob o viés fiscal, ora mesclando a atividade do aplicativo com o ato do locador e do locatário. Não se conhece, por ora, sucesso no âmbito da legislação.

6. O leque aberto pela jurisprudência

São claras as duas vertentes: de um lado, aqueles que não querem ver o condomínio residencial transformado em um espaço de locação rápida e variada, assemelhada sob a visão de alguns, à hospedagem, quiçá concorrente com os hotéis e pousadas.

É certo que não querem a elevação da rotatividade de pessoas que passam a circular pelo condomínio, o que afetaria, sem dúvida, a segurança dos demais moradores; tampouco querem ver desnaturada a essência de seu condomínio, ao menos teoricamente escolhido por suas condições específicas, dentre elas, por ilustração, a tranquilidade, a possível perenidade da vizinhança, a criação de costumes ou estilos naturalmente adquiridos ao longo do tempo em pequenas comunidades.

De outro lado estão aqueles que, baseados também no direito de usufruir de sua propriedade privada, querem dar a ela uma destinação com maior aproveitamento econômico, obter uma renda extra, ou mesmo, à semelhança de hábitos famosos internacionalmente, trocar residências por períodos determinados com oriundos de outras paragens.

Talvez – sem qualquer pretensão ou arroubo – re-presentando a divergência de interpretação, também os autores destes comentários, mesmo após muito debate¹⁴, se vêm diante de dilema sem dúvida de difícil solução, principalmente em face do momento que o nosso País atravessa, ou seja, em sintonia exclusiva com o tema deste artigo, tempos de manifesta insegurança e de manifesta dificuldade financeira.

Um de nós, por certo baseado em profícua experiência jurisdicional enfrentando diárias desavenças, sustenta que, na hipótese de condomínio exclusivamente residencial, conforme atesta sua respectiva convenção, não se pode permitir,

¹⁴ Debates esperados, obviamente: no fundo aqui se cuida de analisar quão aceitável seria a intervenção de terceiro (especificamente o Condomínio) no exercício do direito pelo condômino (locador) em sua relação com o locatário. É da proporcionalidade-adequação/ necessidade – que se trata. E aferir o que é proporcional – o que é razoável – é missão complicada.

sem afastar o argumento da insegurança ou de sassossego, a hospedagem de pessoas por meio de plataformas até porque esta alteraria (por suas características de amplitude, rapidez, quase impessoalidade) a natureza da locação, de residencial para não residencial, violando, dessa forma, a convenção que revela, em seu conteúdo, regras em prol do bem comum que supera, pelo seu alcance, normas de interesse individual.

Nesse sentido, aliás, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, origem de algumas decisões que decretaram que o uso da plataforma já indicaria por si só a extrapolação da destinação residencial, daí a proibição:

“Imóvel residencial que passou a ser oferecido para locação por meio do site airbnb.com.br. Situação que se assemelha à hotelaria e hospedaria. Característica não residencial. Observação da cláusula quarta, parágrafo único, da Convenção do Condomínio, e do artigo 1.336, IV, do Código Civil.”¹⁵

“Ao divulgar o imóvel para locação nas plataformas digitais, o locatário descaracterizou a finalidade residencial da locação, pois na linha do entendimento prevalente desse Tribunal a locação de imóvel em plataformas não tem caráter residencial. Os anúncios colacionados ao processo dão a entender que todo o imóvel era disponibilizado para locação, até para grupos relativamente grandes (15 pessoas), e por tempo indeterminado, o que revela não estar recebendo pessoas, esporádica e temporariamente, enquanto o locatário mantinha no imóvel sua morada habitual.”¹⁶

“Apelação Ação de Obrigação de Não Fazer Sentença de Procedência - Unidade Condominial que passou a ser locada por curta temporada através

de plataformas digitais - Situação que se assemelha a hotelaria e hospedaria - Característica não residencial - Convenção Condominial e Regimento Interno que preveem a finalidade estritamente residencial - Impossibilidade do tipo de locação pretendida pelo Autor – Sentença reformada - Recurso Provido.”¹⁷

Identificando que a curta temporada configuraria destinação assemelhada à comercial:

“Em que pese a lei do inquilinato não fixar prazo mínimo para locação por temporada, não é menos verdade que ao que parece o proprietário ao locar seu imóvel por poucos dias estava dando ao mesmo destinação quase comercial equiparada a hotel de alta rotatividade de pessoas, acarretando aos demais condôminos diversos transtornos e insegurança.”¹⁸

“Não há como se ignorar o fato de que novas modalidades de oferta de acomodações são disponibilizadas pelas vias digitais, dentro do exercício regular do direito de propriedade; ocorre, todavia, que tal direito encontra limitações nas hipóteses de propriedades em condomínio edilício, com áreas de uso comum e serviços que comportam regulamentação e disposição em prol da coletividade de coproprietários, sobrelevando o interesse individual, impondo sujeição a determinadas regras de conduta, sob pena de imposição de penalidade e multa no caso de violação.”¹⁹

“Condomínio. Ação Declaratória de Nulidade de Decisão Tomada em Assembleia Geral. Unidade condominial locada por curta temporada por meio de plataformas digitais. Situação que se assemelha a hotelaria e hospedaria. Característica não residencial. Convenção de Condomínio e Regimento Interno que estabelecem a finalidade estritamente

¹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (33ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1001165-97.2017.8.26.0510; Relator (a): Mario A. Silveira. São Paulo, julgamento em 27/08/2018, publicação em 31/08/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11774234&cdForo=0>>. Acesso em: 08/08/2019.

¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (30ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1001110-67.2017.8.26.0116; Relator (a): Lino Machado. São Paulo, julgamento em 05/12/2018, publicação em 06/12/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12067309&cdForo=0>>. Acesso em: 08/08/2019.

¹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (28ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1027326-50.2016.8.26.0100. Relator (a): Cesar Luiz de Almeida. São Paulo, julgamento em 15/10/2018, publicação em 15/10/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11907754&cdForo=0>>. Acesso em: 08/08/2019.

¹⁸ RIO DE JANEIRO. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro (12ª Câmara Cível). Apelação Cível nº 0232765-47.2014.8.19.0001. Relator (a): JAIME DIAS PINHEIRO FILHO. Rio de Janeiro, julgamento em 16/11/2017, publicação em 23/11/2017. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B1EB02AC85231BFC19163FA8E0528A9AC507202E3D2F&USER=>>>. Acesso em: 08/08/2019.

¹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (32ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1001199-30.2018.8.26.0642. Relator (a): LUIS FERNANDO NISHI. São Paulo, julgamento em 19/08/2019, publicação em 19/08/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12787306&cdForo=0>>. Acesso em: 08/08/2019.

De outra sorte, talvez enxergando sob o aspecto prático a necessidade de auferir renda – essencial às vezes para o suporte até das despesas condominiais – e sob o aspecto legal a homenagem ao direito das locações (que não veda contratos curtíssimos, notadamente de imóveis mobiliados); ao próprio direito de propriedade (porquanto não enxergado na espécie o abuso proibido nos parágrafos do artigo 1.228 do Código Civil) ou agressão aos direitos de outros condôminos (ou vizinhos); nem alteração da destinação do condomínio; pensa-se a favor da possibilidade de tais locações. Por evidente, os excessos, danos, abusos serão enfrentados na forma da legislação, já existente.

E há base jurisprudencial nesse diapasão:

“A locação por curto espaço de tempo não difere daquela temporalmente estendida. Em ambos os casos o locador auferir renda com seu imóvel, sem que isso desnature a utilização da unidade em si, que continua sendo destinada para fins residenciais. O fim comercial estaria configurado caso o locatário passasse a desenvolver atividade comercial no local, tal como um escritório, um ponto de vendas, uma loja, etc. Não sendo esse o caso, o fim residencial não se altera pelo fato de mais de um locatário utilizar da mesmíssima forma o local caso fosse ocupado por um único locatário.”²¹

Vinculando a proibição à convenção ou à alteração convencional definida em assembleia regular²², ou seja, prestigiando claramente o dispositivo convencional original ou construído com atenção às regras de alteração:

“O cerne da presente demanda é a discussão sobre a possibilidade de o condomínio restringir o direito do condômino de firmar contratos de locação por temporada e o quórum necessário para altera-

ção da convenção condominial neste sentido. No julgamento do agravo de instrumento interposto pelos autores contra a decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada, esta Eg. Câmara já manifestou o entendimento de que a locação da unidade autônoma, praticada pelos autores através de sites especializados (ex. Airbnb), seja por curtos períodos, dias ou finais de semanas, se assemelha à locação por temporada e, portanto, a ela se aplicam as normas da Lei de Locação. Ademais, manifestou também no sentido de que “as locações por temporada não se confundem com contratos de hospedagem, caracterizados pela locação, além da coisa, de serviços”. Sobre a possibilidade de o condomínio restringir o direito dos condôminos à locação temporária de suas unidades, tem-se entendido neste Eg. Tribunal que é necessária decisão por quórum qualificado de 2/3 dos condôminos aptos para votar, nos termos do art. 1.351 do CC, pois é necessária a alteração da convenção condominial para tanto. A proibição efetuada pelo condomínio de locação por temporada das unidades autônomas restringe os direitos dos condôminos, em especial o de gozar do imóvel e, para tanto, a convenção do condomínio exige aprovação em assembleia por unanimidade, nos termos do art. 12, §1º, alínea “b”, item “3”, o que não foi observado. Ainda que o art. 1351 do CC não exija unanimidade para alteração da convenção do condomínio, mas apenas quórum qualificado de 2/3, é lícito a convenção condominial estabelecer exigências mais rígidas, pois foi criada observando a vontade dos condôminos que, portanto, deve prevalecer.”²³

“AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÃO ASSEMBLEAR E DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. Assembleia condominial que, por maioria, deliberou proibir a locação por temporada. Restrição ao direito de propriedade. Matéria que deve ser versada na convenção do condomínio. Ocupação do imóvel por pessoas distintas, em espaços curtos de tempo (Airbnb) que não descaracteriza a destinação residencial do condomínio. Precedentes. Recurso desprovido.”²⁴

“Locação por temporada por meio do site airbnb que não desnatura a utilização da unidade condominial com destinação residencial - Restrição

²⁰ Apelação Cível nº 1046233-05.2018.8.26.0100. Relator (a): Gilberto Leme. São Paulo, julgamento SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (35ª Câmara de Direito Privado). em 03/06/2019, publicação em 03/06/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12557074&cdForo=0>>. Acesso em: 08/08/2019.

²¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (38ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1009601-48.2016.8.26.0100. Relator (a): Hugo Crepaldi. São Paulo, julgamento em 26/10/2017, publicação em 27/10/2017. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10924055&cdForo=0>>. Acesso em: 08/08/2019.

²² Provocando a lembrança do Projeto de Lei PLS nº 2.474/2019, já referido nestes comentários.

²³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (35ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1124567-87.2017.8.26.0100. Relator (a): Moraes Pucci. São Paulo, julgamento em 28/06/2019, publicação em 28/06/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12637696&cdForo=0>>. Acesso em: 08/08/2019.

²⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (35ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1065850-40.2017.8.26.0114. Relator (a): MILTON CARVALHO. São Paulo, julgamento em 12/07/2018, publicação em 12/07/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11613620&cdForo=0>>. Acesso em: 08/08/2019.

que, embora decidida em assembleia, não está prevista expressamente na convenção, o que invalida a aplicação de multa - Discussão acerca do cabimento da limitação e vícios da assembleia que ultrapassam a pretensão autoral.”²⁵

No acórdão, foi explanado que:

“O fato de a autora locar o imóvel por temporada, ainda que por locação diária através do site airbnb não desqualifica a natureza residencial da utilização do imóvel, admitida pelo artigo 48 da Lei de Locação. Em outras palavras, a utilização do imóvel para locação por curtíssimo espaço de tempo não implica descumprimento à destinação residencial imposta na convenção de condomínio. Ademais, ao disciplinar as locações por temporada, a Lei do Inquilinato limitou-se a fixar, para elas, um prazo máximo de 90 dias, como antes assinalado. Mas não aludiu ao prazo mínimo, até porque, na época em que foi promulgada, não se poderiam prever as profundas modificações que a tecnologia provocou no mercado locativo. Diante do silêncio da lei, não seria possível ao intérprete distinguir onde a lei não o faz. [A Lei do Inquilinato Comentada Artigo por Artigo, Sylvio Capanema, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, pág. 236.]²⁶

“A amplitude da duração do contrato, isoladamente considerada, é incapaz de desnaturar a destinação do imóvel. A locação por curto espaço de tempo não difere daquela temporalmente estendida. Em ambos os casos o locador auferirá renda com seu imóvel, sem que isso desnature a utilização da unidade em si, que continua sendo destinada para fins residenciais. Em síntese, a interpretação pretendida pelo requerido implicaria vedar qualquer tipo de locação do imóvel, seja ela por um ano ou por trinta meses, seja por um dia ou um feriado (...).”²⁷

Dessa forma, acreditamos fundamental a par de profundas e novas análises jurídicas²⁸, a contemplação prática desses novos costumes ou necessidades, presenciando, diga-se, estarem já há algum tempo as pessoas envolvidas agindo nesse sentido, seja estabelecendo²⁹ novas regras no condomínio, seja adequando³⁰ as respectivas administração e operação, seja construindo³¹ de novos jeitos e aceitando as novas necessidades dos condôminos.

²⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (25ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1117942-37.2017.8.26.0100. Relator (a): CLAUDIO HAMILTON. São Paulo, julgamento em 16/05/2019, publicação em 20/05/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12507749&cdForo=0>>. Acesso em: 08/08/2019.

²⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (25ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1117942-37.2017.8.26.0100. Relator (a): CLAUDIO HAMILTON. São Paulo, julgamento em 16/05/2019, publicação em 20/05/2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12507749&cdForo=0>>. Acesso em: 08/08/2019.

²⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (25ª Câmara de Direito Privado). Apelação Cível nº 1033138-05.2018.8.26.0100. Relator (a): HUGO CREPALDI. São Paulo, julgamento em 13/12/2018, publicação em 14/12/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12096065&cdForo=0>>. Acesso em: 08/08/2019.

²⁸ Nos dias que correm aguarda-se o julgamento, pela 4ª Turma do STJ, do REsp nº 1819075/RS, Relator (a): Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, que poderá trazer novas luzes à matéria.

²⁹ CORRÊA, Jéssica Díez. Locação por aplicativo leva condomínios a se ajustarem. O Estadão. São Paulo, 03 de fev. de 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/blogs/radar-imobiliario/locacao-por-aplicativo-leva-condominios-a-se-ajustarem/>>. Acesso em: 08/08/2019.

³⁰ MARQUES, Claudio. Airbnb entra em pauta nos condomínios. O Estadão. São Paulo, 26 de mar. de 2017. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/blogs/radar-imobiliario/airbnb-entra-em-pauta-nos-condominios/>>. Acesso em: 08/08/2019.

³¹ ALBUQUERQUE, Naiara. Incorporadoras miram Airbnb e lançam prédios de moradia temporária. O Estadão. São Paulo, 07 de jul. de 2019. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/blogs/radar-imobiliario/incorporadoras-miram-airbnb-lancam-predios-de-moradia-temporaria/>>. Acesso em: 08/08/2019.



NOSSOS ARTICULISTAS

ALEXANDRE LAIZO CLÁPIS

Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Registral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e em Direitos Reais pela Universidade de Coimbra. Foi substituto do 13º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo. Foi sócio do escritório Machado e Meyer Advogados. Sócio fundador do escritório Stocche Forbes Advogados. Presidente da Comissão de Notas e Registro do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Ibradim). Vice-presidente da Comissão de Direito Imobiliário do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro do Conselho Jurídico da vice-presidência de Incorporação do Secovi-SP. Tem experiência na área de Direito Privado, com ênfase em Direito Civil, Contratual e Imobiliário.

AMANDA SALIS GUAZZELLI

Sócia do escritório de advocacia Huck, Otranto, Camargo. É formada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), em 2009, e obteve título de mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (USP), em 2013. É membro da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI). Curso MBA Executivo em Economia e Gestão do Agronegócio na Fundação Getúlio Vargas (FGV), em 2018. Atuação focada no Direito Imobiliário, Agronegócio, Direito Ambiental, Planejamento Sucessório e Reorganização Patrimonial.

ARMANDO CLÁPIS

Oficial do 13º Cartório de Registro de Imóveis e bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP).

ARMANDO LUIZ ROVAI

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), professor de Direito Comercial da PUC-SP e do Mackenzie. Ex-presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo por 4 mandatos. Foi Secretário Nacional do Consumidor (Senacon/MJ).

BRUNO PALHARES BONTEMPO

Assessor jurídico da JFD Empreendimentos Imobiliários Ltda. e sócio do Vieira, Drigo e Vasconcellos Advogados.

CAROLINA FERREIRA

Advogada especialista em Direito Imobiliário e Empresarial. Master em Negócios Imobiliários pela ESPM. Titular no Conselho de Habitação de São Paulo. Membro do Conselho Jurídico da Presidência do Secovi SP e do Conselho Diretor da Fiabci-Brasil. Intercâmbio em Real Estate junto à Columbia University, em Nova Iorque. Professora na Universidade Secovi. Sócia do escritório i'BS Advogados, responsável pela área imobiliária.

CINIRA GOMES LIMA MELO

Advogada. Doutora em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora de Direito Empresarial da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Municipal de São Caetano do Sul.

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 da Universidade Presbiteriana Mackenzie e de Direito Processual Civil da Universidade Municipal de São Caetano do Sul.

DANILO DE BARROS CAMARGO

Advogado graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, em 2010. Pós-graduado em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 2016. Curso em Direito Imobiliário Empresarial pela Universidade Secovi-SP, em 2018. Professor convidado em curso de Formação de Gerente de Condomínio pela Associação das Administradoras de Bens Imóveis de São Paulo (Aabic), em parceria com Universidade Presbiteriana Mackenzie. Autor de artigos jurídicos sobre Direito Imobiliário. Associado Sênior de Nogueira, Elias, Laskowski e Matias Advogados.

EMERSON DRIGO DA SILVA

Professor da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Assessor jurídico da JFD Empreendimentos Imobiliários Ltda. e sócio do Vieira, Drigo e Vasconcellos Advogados.

ESTELA MARIA LEMOS MONTEIRO SOARES DE CAMARGO

Sócia fundadora do escritório de advocacia Huck, Otranto, Camargo. Formada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), em 1980. Diretora Presidente da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI), exercendo sua coordenação desde 1998. Presidente das Comissões do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Ibradim). Atuação ligada ao Direito Imobiliário e ao Direito Tributário, tendo representado o Brasil, com “National Reporter” no Congresso Internacional da IFA (International Fiscal Association) em Gênève, em 1996. Autora de livros e artigos. Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Estudos de Direito Tributário, com forte atuação na análise da tributação incidente na sucessão, inventários e partilhas.

FERNANDA PEREIRA LISBOA

Advogada imobiliária. Diretora de Property Management da 1SIZE Consulting. Mestre em Arquitetura e Urbanismo. CPM® (Certified Property Manager/IREM®). Presidente do Capítulo nº 111 de São Paulo do IREM (Institute of Real Estate Management). Pesquisadora e professora, autora de artigos e obras jurídicas a respeito de direito imobiliário. Especialista em Corporate Real Estate e Gestão para FII.

HAMID BDINE JÚNIOR

Advogado, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Doutor e Mestre em Direito Civil e Professor da Faculdade de Direito do Mackenzie.

HAMID BDINE NETO

Advogado, sócio do Carvalho e Silva & Bdine Advocacia, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura (EPM).

JAQUES BUSHATSKY

Advogado. Foi Procurador do Estado de São Paulo. Juiz do TIT/SP por dois mandatos e chefiou a Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. No Secovi-SP, é membro do Conselho Jurídico da Presidência, Diretor de Legislação da Locação, Coordenador do PQE e Pró Reitor da Universidade corporativa. É Coordenador de Locação, Shopping Centers e Compartilhamento de Espaços na OAB/SP; Coordenador da Comissão de Locação do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Ibradim). Fundador e diretor da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI).

JOÃO BAPTISTA DE MELLO E SOUZA NETO

Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI), Mestre em Direito (University of Illinois College of Law e PUC-SP), Tabela de Protesto de Letras e Títulos de Sorocaba).

JOÃO PAULO ROSSI PASCHOAL

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Especialista em Direito Civil pela Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (ESA-OAB). Especialista em Direito Imobiliário Empresarial pela Universidade Secovi. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP - subárea Direito Civil). Advogado; docente da Universidade Secovi e da Universidade Nove de Julho (Uninove). Membro da Coordenadoria de Direito Condominial da OAB-SP. Membro da Comissão de Direito Imobiliário e Urbanístico da Subseção Pinheiros da OAB-SP.

JOSÉ CARLOS PUOLI

Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela USP. Advogado. Sócio do Escritório Duarte Garcia, Serra Netto e Terra. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Conselho Jurídico do Sinduscon-SP.

JOSÉ HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA

Advogado, Desembargador Aposentado, vice-presidente e Presidente do extinto 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Professor Emérito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

JOSÉ RENATO NALINI

Reitor da Uniregstral, a Universidade Corporativa da Associação dos Registradores Imobiliários de São Paulo (Arisp). Foi Corregedor-geral de Justiça em São Paulo e presidiu o Tribunal de Justiça Paulista.

JOSÉ VICENTE AMARAL FILHO

Advogado especializado em Direito Imobiliário. Sócio fundador do escritório Amaral e Nicolau Advogados. Membro do Conselho Jurídico 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).

KARINA ZUANAZI NEGRELI

Advogada especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP), em Direito Sindical pela Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (ESA-OAB) e em Direito Imobiliário Empresarial pela Universidade Secovi-SP. Gerente do Departamento Jurídico do Secovi-SP. Instrutora da Universidade Secovi-SP.

LARISSA MILKIEWICZ

Doutoranda em Direito pela PUC/PR. Mestre (bolsista CAPES) em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Advogada atuante em Direito Imobiliário e Sustentabilidade.

MARCELO BARBARESCO

Doutorando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Político e Econômico, pós graduado em Direito Empresarial, em Direito do Mercado Financeiro e de Capitais, em Direito Processual Civil, em Direito do Consumidor e em Direito Imobiliário, com capacitação para Mediador. Integrante da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI), vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Ibradim) e Presidente de sua Comissão de Shopping Centers. Membro efetivo da Coordenadoria da Comissão de Locação, Shopping Center e Compartilhamento de Espaços da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional São Paulo. Advogado e professor na FGV Direito SP - FGV Law, no Insper, na Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP), nas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), na Faculdade Baiana de Direito, e em outras instituições. Autor de livro e artigos.

MARCELO TERRA

Sócio de Duarte Garcia, Serra Netto e Terra – Sociedade de Advogados, Membro do Conselho Jurídico do Secovi-SP. Fundador do curso de pós-graduação em Negócios Imobiliários da Universidade Secovi-SP. Idealizador do curso de especialização em Direito Imobiliário Empresarial (Universidade Secovi-SP). Vencedor do “Prêmio Master Imobiliário”, na categoria “Consultoria Jurídica”. Conselheiro Nato do Secovi-SP em reconhecimento aos relevantes serviços prestados à indústria imobiliária. Diretor-adjunto do Conselho Diretor da Fiabci-Brasil (biênio 2016/2018). Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), em 1978.

MONICA MARIA RUSSO ZÍNGARO FERREIRA LIMA

Advogada especializada em Direito Agrário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais até 1991, Procuradora do Estado de São Paulo, juíza do TIT/SP e secretária-geral da Associação dos Procuradores de São Paulo (APESP), pelo exercício de dois mandatos (biênios 2016/2017 e 2018/2019).

OLIVAR VITALE

Advogado. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Ibradim), Membro do Conselho de Gestão da Secretaria da Habitação do Estado de São Paulo, Conselheiro Jurídico do Secovi-SP e do Sinduscon-SP. Membro do Conselho Deliberativo do Instituto Brasileiro de Direito da Construção (IBDiC), Professor e Coordenador Pedagógico do Curso de Especialização em Direito Imobiliário Empresarial da Universidade Secovi. Professor e Coordenador do Curso de Pós-Graduação em “Gestão em Negócios Imobiliários” da ESPM-SP, Professor e Coordenador na disciplina “Aspectos Comerciais e Legislação na Construção Civil”, no curso de Especialização/MBA da POLI-USP. Professor da matéria “Direito Imobiliário” na pós graduação em Direito Empresarial da Escola Paulista de Direito (EPD), Professor na Faculdade Baiana de Direito, na Business School Saint Paul e na UBS. Diretor da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI).

PAULO SÉRGIO NOGUEIRA SALLES JÚNIOR

Advogado, mestrando em Direito Empresarial Internacional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

RODRIGO CURY BICALHO

Advogado especializado em Direito Imobiliário. Sócio de Bicalho e Mollica Advogados. Integrante do Conselho Jurídico do Secovi-SP e do Sinduscon-SP e do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Ibradim). Professor do MBA de Tecnologia e Gestão da Produção de Edifícios, da Escola Politécnica da USP.

RODRIGO PALÁCIO

Juris Doctor pela St. Thomas University School of Law, na Flórida, EUA (2017). Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade Secovi (2011). Formado em Direito pela Universidade Paulista (1999). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Ibradim) nas comissões de incorporação e de negócios imobiliários. Advogado no escritório Amaral e Nicolau Advogados.

RODRIGO PAULETTI PEREIRA LIMA

Advogado graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, em 2014, onde também obteve o título de especialista lato sensu em Processo Civil, em 2016. Pós-graduado em Direito Imobiliário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Associado Pleno do escritório Nogueira, Elias, Laskowski e Matias Advogados.

RUBENS CARMO ELIAS FILHO

Advogado com mais de 20 anos de experiência na área imobiliária. Sócio do escritório Nogueira, Elias, Laskowski e Matias Advogados. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde também obteve o título de especialista lato sensu em Direito Empresarial. Mestre e Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (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 instituições de ensino (PUC-SP, EPD, FGV e Insper). Presidente do Conselho da Associação das Administradoras de Bens Imóveis e Condomínios de São Paulo (Aabic). Membro da Comissão de Direito Urbanístico e Presidente da Comissão de Honorários Advocatícios da OAB-SP. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP) e Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Ibradim). Autor de obras e artigos jurídicos.

WILLIAM PAULA DA SILVA

Substituto do 13º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo.



Realização:

SECOVI SP
O SINDICATO DA HABITAÇÃO
Desde 1946

ISBN: 978-65-990573-0-4



TB