

RÍCARDO CHADI | NAYANE C. NASCIMENTO



ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS

DOS DIREITOS REAIS



 **EXPERT**
EDITORA DIGITAL

Esta coletânea apresenta discussões e análises de temas desafiadores e atuais acerca dos direitos reais, sob a ótica de profissionais atentos às transformações jurídicas diante do dinamismo social.

A possibilidade de produzir um livro sobre “Os aspectos contemporâneos dos Direitos Reais” nasceu em encontros com os autores, através da Pós Graduação em Direito Civil Aplicado, que trouxeram temáticas agregadoras para a atualidade, inclusive sobre o momento que estamos vivendo, a Pandemia causada pelo COVID-19.

Cuida-se de publicação de importância significativa. Esperamos que esta obra seja lida e discutida por todos os públicos afeitos ao tema, que a leitura seja um momento de pensamento e crítica, que reafirme a importância da discussão dessa temática do direito.

Ricardo Chadi (Org.)

Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade de Franca (2002) e Professor da Sociedade Mineira de Cultura. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil Aplicado no IEC- PUC Minas..

Nayane Costa Nascimento (Org.)

Mestra em Educação, Especialista em Direito Civil e Direito do Trabalho, Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Advogada.

AUTORES: Ana Paula Rodrigues Rossetto, Anderson Augusto Barbosa, André Avelar de Pinho Simões Rozensvaig, André Couto Guimarães Costa, Arthur Dias Duarte; Arthur Santos Silveira, Bárbara Gonçalves de Abreu, Carolina Rocha Neves, Cristina Gastaldi Bodevan, Daniela Maria Vieira Oliveira Danielle Gisto Rodrigues, Elias Augusto Moura Santos, Felipe Fagundes Garcia, Fernanda Malibu da Costa Pereira, Fernanda Toffanetto Gomes Lopes Filipe Moreira da Costa, Isabella Moreira da Costa Faria, Izabela Mendonça Acorroni, Josiane Pereira Costa, Julia Costa Senra, Júlia Martins da Costa Drumond, Larissa Vilela Figueiredo, Lucas Badaró Guimarães, Luís Gustavo Lage Guerra, Marcos Vinicius Prado Fagundes, Maria Aparecida Rodrigues dos Santos Marchetto, Mateus Pimenta de Aguiar Ferreira, Matheus Gomes Rocha, Paulo Henrique Carvalho Meira Passos, Rafael Pimenta Firmo, Sirlândia Aparecida Cordeiro de Oliveira Souza, Vinicius Alexandre de Oliveira Santana,

ISBN 978-65-992633-6-1



9 786599 263361 >





Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
<https://br.creativecommons.org/>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CHADI Ricardo, NASCIMENTO Nayane Costa (orgs)

Aspectos Contemporâneos dos Direitos Reais [livro eletrônico]

Ricardo Chadi, Nayane Costa Nascimento – Belo Horizonte – Editora Expert 2020

ISBN: 978-65-992633-6-1

1. Direito Civil - Brasil 2. Direito - Brasil

Título.

Índices para catálogo sistemático: CDD-342.1

1. Direito : Brasil 340

Disponível: <http://experteditora.com.br>



Coordenadores

RICARDO CHADI | NAYANE C. NASCIMENTO

ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS

DOS DIREITOS REAIS



AUTORES:

Ana Paula Rodrigues Rossetto
Anderson Augusto Barbosa
André Avelar de Pinho Simões Rozensvaig
André Couto Guimarães Costa
Arthur Dias Duarte
Arthur Santos Silveira
Bárbara Gonçalves de Abreu
Carolina Rocha Neves
Cristina Gastaldi Bodevan
Daniela Maria Vieira Oliveira
Danielle Gisto Rodrigues
Elias Augusto Moura Santos
Felipe Fagundes Garcia.
Fernanda Malibu da Costa Pereira,
Fernanda Toffanetto Gomes Lopes
Filipe Moreira da Costa -
Isabella Moreira da Costa Faria
Izabela Mendonça Acorroni
Josiane Pereira Costa
Julia Costa Senra
Júlia Martins da Costa Drumond
Larissa Vilela Figueiredo
Lucas Badaró Guimarães
Luís Gustavo Lage Guerra
Marcos Vinicius Prado Fagundes
Maria Aparecida Rodrigues dos Santos Marchetto
Mateus Pimenta de Aguilar Ferreira
Matheus Gomes Rocha
Paulo Henrique Carvalho Meira Passos
Rafael Pimenta Firmo
Sirlândia Aparecida Cordeiro de Oliveira Souza
Vinícius Alexandre de Oliveira Santana

PREFÁCIO

Esta coletânea apresenta discussões e análises de temas desafiadores e atuais acerca dos direitos reais, sob a ótica de profissionais atentos às transformações jurídicas diante do dinamismo social.

A possibilidade de produzir um livro sobre “Os aspectos contemporâneos dos Direitos Reais” nasceu em encontros com os autores, através da Pós Graduação em Direito Civil Aplicado, que trouxeram temáticas agregadoras para a atualidade, inclusive sobre o momento que estamos vivendo, a Pandemia causada pelo COVID-19.

Cuida-se de publicação de importância significativa. Esperamos que esta obra seja lida e discutida por todos os públicos afeitos ao tema, que a leitura seja um momento de pensamento e crítica, que reafirme a importância da discussão dessa temática do direito.

Ricardo Chadi

Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade de Franca (2002) e Professor da Sociedade Mineira de Cultura. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil Aplicado no IEC- PUC Minas.

Nayane Costa Nascimento

Mestra em Educação, Especialista em Direito Civil e Direito do Trabalho, Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Advogada.

Organizadores

Belo Horizonte, setembro de 2020.

CAPÍTULO 01

USUCAPIÃO DE DOMÍNIOS DE INTERNET	17
INTRODUÇÃO	17
2. DO DIREITO À PROPRIEDADE	18
2.1 AQUISIÇÃO OU CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE	20
3. RAMIFICAÇÕES DA PROPRIEDADE: DA PROPRIEDADE INTELECTUAL	21
4. DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO	26
4.1 CONCEITO	26
4.2 REQUISITOS	27
5. COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO COM A PROPRIEDADE DE DOMÍNIOS DE INTERNET	28
6. CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS	31

CAPÍTULO 02

TUTELA DO DIREITO DE PROPRIEDADE VIRTUAL	33
INTRODUÇÃO	33
2. DIREITO DE PROPRIEDADE	34
3. PROPRIEDADES INTELECTUAIS	35
4. PROPRIEDADE VIRTUAL OU BENS DIGITAIS	37
5. USUCAPIÃO DE DOMÍNIO DE INTERNET	38
6. CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	39

CAPÍTULO 03

O USO DAS ÁREAS COMUNS DO CONDOMÍNIO EM TEMPOS DE PANDEMIA	40
INTRODUÇÃO	40
2. O USO DE ÁREAS COMUNS	43
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	52

CAPÍTULO 04

USO ANORMAL DA PROPRIEDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS	54
INTRODUÇÃO.....	54
2. DO DIREITO DE VIZINHANÇA/FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	55
3. USO DA PROPRIEDADE	58
4. USO ANORMAL DA PROPRIEDADE	65
5. DAS CONSEQUÊNCIAS DO USO ANORMAL DA PROPRIEDADE	76
6. CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS:	80

CAPÍTULO 05

O DIREITO REAL DE LAJE E A POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO	83
INTRODUÇÃO.....	84
2. A LEGALIDADE DO DIREITO REAL DE LAJE.....	84
3. BARREIRAS PARA A REGULARIZAÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE	87
4. O DIREITO REAL DE LAJE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL	89
5. A DEFINIÇÃO LEGAL DE LAJE	91
6. POSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DO DIREITO REAL DE LAJE	92
7. DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O DIREITO REAL DE LAJE.....	98
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS	104

CAPÍTULO 06

A ADMINISTRAÇÃO CONDOMINIAL ALÉM DA PREVISÃO LEGAL E CONVENCIONAL..... 105

INTRODUÇÃO.....	106
2. AS FUNÇÕES GERAIS E LEGAIS DO SÍNDICO	108
4. DEVERES ANEXOS (ACESSÓRIOS) DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS	116
4.1 OS DEVERES ANEXOS NA ADMINISTRAÇÃO CONDOMINIAL	118
4.1.1 DEVER DE LIDERANÇA	118
4.1.2 DEVER DE DILIGÊNCIA	119
4.1.3 - DEVER DE MEDIAR CONFLITOS	120
5. CONCLUSÃO	121
REFERENCIAS	122

CAPÍTULO 07

A CONSTITUIÇÃO E OS DESDOBRAMENTOS DAS RELAÇÕES CONDOMINIAIS..... 124

INTRODUÇÃO.....	125
2. A ORGANIZAÇÃO DO CONDOMÍNIO, REGULARIZAÇÃO, SUA NATUREZA JURÍDICA E CONTABILIDADE	126
3. AS DIVISÕES DO CONDOMÍNIO E AS OBRIGAÇÕES IMINENTES AOS CONDÔMINOS	129
4. A POSSIBILIDADE DE UMA UNIDADE AUTÔNOMA USAR, GOZAR E FRUIR, EXCLUSIVAMENTE DE UMA ÁREA COMUM.....	132
5. CONCLUSÃO	136
REFERÊNCIAS	137

CAPÍTULO 08

USUCAPIÃO FAMILIAR: SEGURANÇA JURÍDICA NA CONTINUIDADE DAS RELAÇÕES DO CÔNJUGE/COMPANHEIRO ABANDONADO	139
INTRODUÇÃO	140
2. POSSE X PROPRIEDADE	141
3. DA USUCAPIÃO FAMILIAR	142
3.1 BREVE ANÁLISE DA ORIGEM DO DIREITO À USUCAPIÃO FAMILIAR.....	145
4. O RETORNO DA DISCUSSÃO DO ELEMENTO CULPA NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL?	148
4.1- O QUE PENSA A DOCTRINA?	151
6. CONCLUSÃO	159
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	161

CAPÍTULO 09

DAS INCONSTITUCIONALIDADES DA USUCAPIÃO FAMILIAR	164
INTRODUÇÃO.....	165
2. INSTITUTO DA USUCAPIÃO	166
3. USUCAPIÃO FAMILIAR	167
4. DAS AFRONTAS DO ARTIGO 1.240 – A DO CÓDIGO CIVIL (2002) AOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	171
5. DA AFRONTA À EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010	177
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	180
REFERÊNCIAS	181

CAPÍTULO 10

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO DE USUCAPIÃO FAMILIAR.....	184
2. USUCAPIÃO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	187
3. USUCAPIÃO FAMILIAR	192
3.1 ABANDONO DO LAR.....	195

3.2 COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR USUCAPIÃO FAMILIAR.....	197
4. CONCLUSÃO	204
REFERÊNCIAS	207

CAPÍTULO 11

LIMINARES DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE E DESPEJO NA PANDEMIA DE COVID-19	211
INTRODUÇÃO.....	212
1. A POSSO COMO DIREITOS REAIS.....	212
2 PROTEÇÃO POSSESSÓRIA.....	215
3. A RELAÇÃO DE INQUILINATO E AÇÕES DE DESPEJO.....	217
4. RESULTADOS	219
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	227
REFERÊNCIAS	228

CAPÍTULO 12

VARA DE CONFLITOS AGRÁRIOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS	233
INTRODUÇÃO.....	234
2. CONFLITOS AGRÁRIOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS	235
2.1 CONCEITO DE IMÓVEL RURAL	235
2.2 COMPETÊNCIA DA VARA DE CONFLITOS AGRÁRIOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS	237
2.3 MEDIAÇÃO DO CONFLITO AGRÁRIO	240
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS	249
REFERÊNCIAS	250

CAPÍTULO 13

INVERSÃO DA CAUSA DA POSSE COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE	252
INTRODUÇÃO.....	252
2. PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	254
3. POSSE E FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE.....	260
4. INVERSÃO DA CAUSA DA POSSE	268
5. CONCLUSÃO	272
REFERÊNCIAS:	275

CAPÍTULO 14

ARREMATACÃO EM HASTA PÚBLICA E ADJUDICAÇÃO COMO FORMAS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE PELOS DÉBITOS E ÔNUS PREEXISTENTES A PARTIR DE UM EXAME JURISPRUDENCIAL	277
INTRODUÇÃO.....	277
2. AS FORMAS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE	278
3. ARREMATACÃO EM HASTA PÚBLICA E ADJUDICAÇÃO: FORMAS DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIAS OU DERIVADAS DA PROPRIEDADE?	280
4. CONCLUSÃO	297
REFERÊNCIAS	298

CAPÍTULO 15

A POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA MISTA - RESP 1.777.404 TO/2018/0290399-1	300
INTRODUÇÃO.....	300
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	302
2.1- PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	302
2.3 DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA E O DIREITO DE	

PROPRIEDADE.....	305
3. USUCAPIÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	308
4. REQUISITOS BÁSICOS DA USUCAPIÃO	309
5. A POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA MISTA – RESP 1.777.404 TO/2018/0290399-1.....	310
6. CONCLUSÃO	316
REFERÊNCIAS	318

CAPÍTULO 16

A MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA SOB A ÉGIDE DA LEI

13.777 DE 2018.	320
INTRODUÇÃO.....	321
2. A MULTIPROPRIEDADE.....	322
3. A NATUREZA JURÍDICA DA MULTIPROPRIEDADE	324
4. ASPECTOS GERAIS DA MULTIPROPRIEDADE DECORRENTES DA LEI 13.777 DE 20 DE DEZEMBRO DE 2018.....	326
5. O DIREITO DE PREFERÊNCIA NA MULTIPROPRIEDADE.....	332
6. CONCLUSÃO	334
REFERÊNCIAS	335

CAPÍTULO 17

AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO INSTITUTO DA DESCOBERTA

.....	338
INTRODUÇÃO.....	339
2. OS INSTITUTOS DA DESCOBERTA E DA OCUPAÇÃO	340
3. DO PROCEDIMENTO DA DESCOBERTA	341
4. DO ACHÁDEGO E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL.....	345
5. A COISA PERDIDA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL	349
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	353
REFERÊNCIAS	354

CAPÍTULO 18

DIREITO REAL DE LAJE: CONSIDERAÇÕES ACERCA DESTE

NOVO INSTITUTO	358
INTRODUÇÃO.....	358
2. DIREITOS REAIS: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS.....	359
3. DO DIREITO REAL DE PROPRIEDADE.....	361
4. CONTEXTUALIZAÇÃO, PREVISÃO LEGAL E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE	363
4.1 DIVERGÊNCIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REAL DE LAJE E PARTICULARIDADES	363
4.2 DO DIREITO REAL DE LAJE VERTICAL E DA POSSIBILIDADE DO DIREITO DE LAJE HORIZONTAL.....	366
4.3 DO DIREITO REAL DE LAJE EM TERRENOS PÚBLICOS E DA POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO	368
4.4 DA EXISTÊNCIA DE NORMAS MUNICIPAIS URBANÍSTICAS E/OU EDILÍCIAS (MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE) QUE REGULAMENTAM O DIREITO REAL DE LAJE E DA SUA PRESCINDIBILIDADE OU NÃO PARA A INSTITUIÇÃO DO MENCIONADO DIREITO	370
5. RESULTADOS	371
6. CONCLUSÃO	372
REFERÊNCIAS	374

CAPÍTULO 19

DA TRANSFERÊNCIA - OU NÃO - DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE IPTU

INTRODUÇÃO.....	378
2. A TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE IPTU.....	379
3. DA AUTONOMIA E GARANTIA CONTRATUAL.....	384
4. CONCLUSÃO	386

REFERÊNCIAS	388
-------------------	-----

CAPÍTULO 20

A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS PARTICULARES.	391
INTRODUÇÃO.....	391
1.OS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.	392
2. A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS PARA USO PARTICULAR.	397
3. CONCLUSÃO	404
REFERENCIAS	405

USUCAPIÃO DE DOMÍNIOS DE INTERNET

Cristina Gastaldi Bodevan¹
Fernanda Malibu da Costa Pereira²

RESUMO: O presente artigo aborda os domínios de internet como bens móveis incorpóreos e a possibilidade de se usucapi-los como forma de aquisição originária de propriedade de bens imateriais, tendo em vista a importância desses bens no atual cenário de desenvolvimento tecnológico mundial.

Palavras-Chave: Usucapião. Domínio de internet. Propriedade Intelectual. Bens imateriais.

INTRODUÇÃO

O surgimento da internet se deu com o objetivo principal de manter a comunicação entre laboratórios científicos e militares em meados da Guerra Fria, e logo passou a ser utilizada no meio acadêmico em diversos países do mundo. Após sua popularização no campo acadêmico, e visando os benefícios que poderiam proporcionar, a internet começou a ser usada no meio comercial, surgindo, com isso, inúmeras situações de conflito, visto que pouco se tinha de regulamentação do seu uso na década de 80.

Como se sabe atualmente, para que seja possível navegar pela internet e usufruir de seus benefícios, é necessário que sejam criados os

1 Pós-Graduada em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Advogada. cbodevan@gmail.com

2 Pós-Graduada em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. fepereira1988@hotmail.com

domínios de internet, que nada mais são do que os próprios nomes dos sites (ex.: www.dominio.com.br), funcionando como um endereço a ser utilizado para navegar por um determinado site.

Levando em consideração que os domínios de internet se tratam de bens imateriais, surgem diversos questionamentos quanto à propriedade destes, bem como quanto às formas de aquisição de propriedade, tratando esse artigo mais especificamente sobre a possibilidade de manejo da ação de usucapião para aquisição de domínios de internet em sua forma primária.

2. DO DIREITO À PROPRIEDADE

Antes de adentrarmos ao direito de propriedade, necessário se faz localizarmos tal direito dentro da seara do Direito Civil. Pois bem, tem-se o direito das coisas, ramo do Direito Civil que regula relações jurídicas reais, sendo estas constituídas por aquelas em que há de um lado um titular de uma coisa e de outro a sociedade. Ou seja,

Assim, conclui-se que as relações jurídicas reais estabelecem-se entre o titular de direito sobre um bem e os não-titulares de direito sobre esse bem. Confrontam-se, portanto, titular e não titulares. Só há titular, por haver não-titulares. Só se pode falar, por exemplo, em dono, em confronto com “não-donos”. FIÚZA, 2011, pag.827.

E o ilustre doutrinador ainda continua:

Da oposição entre titular e não-titulares, surgem direito e deveres. Os deveres, também chamados de obrigações reais, traduzem-se na abstenção de qualquer ato prejudicial ao direito do titular. São deveres de

respeito ao direito do titular. Correspondendo a esses deveres, há os direitos do titular, direitos sobre o bem, sobre a coisa, daí o nome direitos reais. FIÚZA, 2011, pag.828.

Diante desse assento do direito de propriedade no âmbito do Direito Civil, mister se faz agora a conceituação desse instituto para futura análise do mesmo.

Tem-se que no imenso universo do Direito das Coisas, a propriedade pode ser conceituada como a situação jurídica que consiste em uma relação ativa e variada de uma pessoa sobre uma coisa, e a sociedade em geral, na qual é assegurado ao proprietário os direitos exclusivos de usar, fruir, dispor e reivindicar a coisa, sem se olvidar dos direitos da coletividade. Conceito este que se amolda perfeitamente ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Em termos legais, o direito à propriedade é garantido a todos, conforme disposição do art. 5º da Constituição da República, tanto no seu *caput* como também no inciso XXII, ou seja, o direito à propriedade é tido como um princípio e como um direito fundamental garantido aos indivíduos, por seu caráter assecuratório da dignidade da pessoa humana.

Como é cediço, o direito à propriedade é o direito de gozar, usar e dispor de bens da forma como quiser, ou seja, abrange a coisa em todos os aspectos, sujeitando-a ao indivíduo proprietário e sua vontade, conforme *caput* do art. 1.228 do Código Civil.

Importante frisar que o direito à propriedade não abrange somente os bens corpóreos, mas também os incorpóreos, chamada de propriedade virtual ou imaterial, como se estudará mais à frente.

Apesar de abranger diversos bens em seu conceito e de ser um direito fundamental, o direito à propriedade não é absoluto, existindo limitações a seu uso, sendo a mais comum a função social da propriedade, prevista no inciso XXIII do artigo 5º da Constituição da República. Assim, há a abertura para que o Estado intervenha neste direito caso não

cumprida a respectiva função social.

Pois bem, entendido que existe a referida limitação, resta caracterizar o que seria a função social de um bem. Como entende Carvalho Filho (2018), a função social da propriedade é um conceito jurídico aberto (ou indeterminado), abrangendo um interesse supra individual da propriedade, não perdendo, entretanto, seu caráter individual de expressão de liberdade de um indivíduo, porém o relativiza visando a igualdade social. É ligada essencialmente ao dever de boa-administração de um bem, visando o bem-estar da coletividade, não só do indivíduo detentor da propriedade, diferente do que antigamente entendia-se.

Desta forma, diante do exposto neste capítulo, verifica-se que o direito à propriedade não abrange somente bens corpóreos, como também os incorpóreos, e que, diferente da leitura do Código Civil de 1916, o entendimento consolidado de hoje é de que a propriedade não é absoluta, podendo sofrer diversas limitações, entre elas, a função social da propriedade, podendo haver intervenção do Estado quando não for devidamente observada.

2.1 AQUISIÇÃO OU CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE

Diante da explicação alhures verificou-se o conceito do que vem a ser a propriedade. Convém, pois, agora, explanar acerca do modo de aquisição da propriedade.

Nas palavras do doutrinador Fiuza (2011) “por aquisição da propriedade entende-se a incorporação dos direitos de dono à esfera do titular.”(CÉSAR FIÚZA, 2011, 15ª EDIÇÃO, p. 853).

Para a constituição ao direito de propriedade é necessário o preenchimento de elementos subjetivos, objetivos e formais, que serão delineados de acordo com o modo em que se dará a aquisição, seja ela de modo originário ou derivado.

O modo originário de aquisição da propriedade se verifica quando a coisa fora adquirida pela primeira vez, sem uma relação jurídica pretérita. Já o modo de aquisição derivado, pode ser verificado quando a propriedade já possui um dono, não sendo a primeira aquisição ocorrida sobre o bem em questão.

Dentre a inúmeras formas de aquisição de um bem, podemos destacar o instituto da usucapião, que será explorado em capítulo próprio. Que por hora convém apenas relatar tratar-se de um modo de aquisição originária de propriedade, haja vista que o direito da parte adquirente independente de qualquer relação jurídica com o proprietário anterior, não se apura aqui um vínculo causal entre o atual adquirente com o antigo proprietário da coisa.

3. RAMIFICAÇÕES DA PROPRIEDADE: DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Antigamente, entendia-se que a propriedade intelectual era simplesmente uma espécie de exploração de um produto intelectual, não se caracterizando como direito. Entretanto, tal entendimento foi superado com o passar dos anos e com a necessidade de regulamentação da utilização de produtos intelectuais para solução de conflitos.

Assim, a propriedade sobre coisas não mais resume o direito à propriedade em si, existindo ainda o direito a propriedades de coisas não corpóreas, que são, por sua vez, em sua maioria mais valiosas economicamente do que as corpóreas, tendo em vista a amplitude da utilização destas. Tal ramificação da propriedade clássica é chamada de propriedade imaterial ou intelectual.

Conforme Cerqueira (1982), o conjunto dos direitos resultantes das concepções da inteligência e do trabalho intelectual, vistos principalmente sob a perspectiva do proveito que deles pode resultar, costuma-se denominar genericamente como propriedade intelectual.

O objeto dos direitos de propriedade intelectual, conforme Nogueira da Gama (2011) “são bens imateriais, ou seja, que carecem de corporeidade, ainda que em vários casos possam vir a ser materializados para que tenham destinação econômica” (NOGUEIRA DA GAMA, 2011, v. 18, p. 73).

Entende-se atualmente que a propriedade intelectual se subdivide em dois tipos, quais sejam, a propriedade literária, artística e científica (direitos do autor) e a propriedade industrial (direito de marcas e patentes). Os direitos do autor ou direitos autorais são o conjunto de normas que regem a utilização de obras literárias, artísticas e científicas. Já os direitos das marcas e patentes, segundo Nogueira da Gama (2011) é o conjunto de normas que regem a utilização de bens imateriais utilizados ou aplicados às indústrias.

Desta forma, atenta às mudanças conceituais em razão das mudanças sociais, a Constituição da República dispôs em seu art. 5º, incisos XXIX e XXVII a necessidade de proteção aos bens imateriais, i.e., à marca, às criações industriais, aos nomes das empresas, aos signos distintivos, aos direitos autorais, entre outros, todos considerados imateriais, visando o desenvolvimento tecnológico do país e interesse social dos indivíduos.

No tocante aos domínios de internet, já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que se tratam de signos distintivos, sendo abarcados pelo inciso supramencionado, por entender ser o sinal designativo para identificar e localizar o endereço eletrônico na internet, conforme Resp 1466212/SP, abaixo anexado (g.n.).

RECURSO ESPECIAL. CONFLITO ENTRE NOME DE DOMÍNIO NA INTERNET E MARCA REGISTRADA EM CLASSE ESPECÍFICA. ALEGADA VIOLAÇÃO DO DIREITO DE UTILIZAÇÃO EXCLUSIVA DE NOME DE DOMÍNIO EQUIVALENTE À MARCA.

1. O nome de domínio (domain name) é o sinal

designativo utilizado para identificar e localizar o endereço eletrônico ou a home page de agentes que, de algum modo, exerçam atividade (econômica ou não) na internet. Apesar da divergência doutrinária sobre sua natureza jurídica (direito autônomo de propriedade ou direito derivado de outro incidente sobre bem imaterial), é certo que a Constituição da República de 1998 reconhece não só proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas, mas também a quaisquer outros signos distintivos (inciso XXIX do artigo 5º), expressão que abrange, por óbvio, o nome de domínio.

2. O artigo 1º da Resolução 1/98, do Comitê Gestor da Internet no Brasil, erigiu princípio fundamental denominado “First Come, First Served”, segundo o qual o direito ao nome de domínio será conferido ao primeiro requerente que satisfizer, quando do pedido, as exigências para o registro. Nesse contexto, a concessão do registro não dependeria de prévia apuração de eventual conflito com marcas ou nomes comerciais registrados em outros órgãos, atribuindo-se ao requerente a integral responsabilidade pela escolha do nome de domínio.

3. De acordo com o artigo 2º do Anexo I da referida resolução, o nome escolhido pelo requerente para registro não poderia tipificar nome não registrável, o qual compreendia signos que pudessem induzir terceiros em erro, “como no caso de nomes que representam marcas de alto renome ou notoriamente conhecidas, quando não requeridos pelo respectivo titular”. Atualmente, encontra-se em vigor a Resolução CGI.br 8/2008, que continua

a responsabilizar o requerente pela escolha de nome de domínio que induza terceiros em erro ou que viole direitos de outrem (artigo 1º).

4. Desse modo, nem todo registro de nome de domínio composto por signo distintivo equivalente à marca comercial de outrem configura violação do direito de propriedade industrial, mas apenas aquele capaz de gerar perplexidade ou confusão nos consumidores, desvio de clientela, aproveitamento parasitário, diluição de marca ou que revele o intuito oportunista de pirataria de domínio.

5. No caso concreto, não se evidencia qualquer uma das circunstâncias vedadas pelo ordenamento jurídico. Isso porque o nome de domínio escolhido pela sociedade empresária ré (“paixao.com.br”) não se revela capaz de causar confusão entre o serviço virtual a ser disponibilizado no site (destinado a aproximar pessoas para relacionamentos amorosos) e os produtos comercializados pelas autoras (cosméticos Paixão).

6. Ademais, o signo distintivo “paixão” não caracteriza marca de alto renome, a ser protegida em todos os ramos de atividade, o que poderia, em princípio, a depender do caso concreto, justificar a vedação de registro de nome de domínio equivalente. Tal condição deveria ter sido reconhecida, na via administrativa, pelo INPI (único órgão competente para tanto), o que não ocorreu, sobressaindo, ao revés, a existência (incontroversa) de vários registros da expressão “Paixão” como marcas de titulares pertencentes a segmentos mercadológicos diversos.

8. A incidência, portanto, do princípio da especialidade no registro da marca demonstra a possibilidade de

coexistência de nomes de domínio compostos pelo mesmo signo distintivo acrescido do ramo de atividade do titular. Assim, não há que se falar em violação do direito das autoras, que ainda podem proceder a registro de nome de domínio representativo da sua marca, a exemplo de “cosmeticospaixao.com.br” ou “paixaocosmeticos.com.br”.

9. A marca Paixão, outrossim, caracteriza marca evocativa (também chamada de sugestiva ou fraca), sinal distintivo que mantém relação mediata ou indireta com o produto comercializado, razão pela qual detém limitado campo de proteção. Nesse contexto, seus titulares devem suportar o ônus da convivência com outras semelhantes, exegese a ser transportada para os nomes de domínio, notadamente no caso em tela, por ser totalmente viável a coexistência sem implicar prejuízo aos agentes integrantes do mercado de consumo. Não se vislumbra, dessa forma, qualquer risco à integridade da marca das autoras, que sequer lograram demonstrar indício de má-fé do requerente da home page.

10. Recurso especial não provido.

(REsp 1466212/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 06/12/2016, DJe 03/03/2017)

Assim, os domínios de internet seriam abarcados pela concepção de propriedade industrial, ou seja, os direitos de marcas e patentes, pois assumem atualmente caráter semelhante ao do nome empresarial, que segundo o art. 1.155 do Código Civil é “a firma ou denominação adotada, [...], para o exercício de empresa” (BRASIL, 2002).

No mesmo sentido de proteger a utilização dos domínios de internet,

entende-se que são considerados como bens móveis, nos termos do art. 83, I do Código Civil, que prevê: “Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico.” (BRASIL, 2002). Assim, como já exposto, é clarividente o valor econômico dos domínios de internet, sendo equiparados às energias mencionadas no referido artigo, ou seja, considerados bens móveis.

Como o direito aos domínios de internet se trata de um direito à propriedade de um bem móvel imaterial, como os outros, é passível de aquisição através de usucapião. Tal entendimento era aplicado às linhas telefônicas – essencialmente imateriais – quando estas eram economicamente valorizadas, tendo sido inclusive editada a súmula 193 do STJ, reconhecendo a possibilidade de adquirir o direito ao uso de linhas telefônicas via usucapião, como será abordado adiante.

4. DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO

4.1 CONCEITO

Podemos conceituar o referido instituto da usucapião como sendo um mecanismo que gera a aquisição da propriedade pela posse continuada, no transcorrer de determinado fluxo de tempo, sendo, para tanto, imprescindível a observação de requisitos legais. Numa visão bem resumida do instituto, este consiste na autorização legal à aquisição da propriedade pela manutenção da posse por um período de tempo, uma vez que há a transformação de um fato, da posse para a propriedade.

A usucapião é uma forma de aquisição de propriedade através da posse do bem por meio de seu uso de forma ininterrupta por um determinado tempo. Etimologicamente, a origem dessa palavra vem da união de duas expressões do latim *usu* que significa algo parecido com “pelo uso”, e *capere* que significa tomar, capturar. Assim, tem-se a tomada do bem pelo seu uso no tempo.

4.2 REQUISITOS

Com o fito de se ver configurado o instituto da usucapião, podemos observar que o seu fundamento principal encontra-se assentado no princípio da utilidade social ou função social da propriedade, conforme já dito anteriormente. De forma geral, consiste no fato de uma propriedade implicar a todo detentor de bem a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a harmonização e equilíbrio de nossa sociedade.

Com isso, de um modo generalizado, podemos entender que os fundamentos da existência do instituto seria punir o antigo proprietário do bem pelo seu mau uso perante a sociedade; remunerar aquele possuidor que de fato cuida e dá destinação social ao bem e, por fim, harmonizar as relações sociais.

Além do fundamento do instituto, necessária a verificação de seus requisitos para ver consolidada a usucapião de qualquer bem em análise. Os requisitos se dividem em 3 (três), quais sejam: pessoais, reais e formais.

Os requisitos pessoais compreendem as exigências relativas às pessoas dos possuidores que pretendem adquirir a propriedade do bem pela usucapião. Quanto aos requisitos reais compõe-se das coisas e bens que podem ser usucapidos, posto que há bens que são dotados de imprescritibilidade e que por isso, não são passíveis de usucapião, por exemplo, bens públicos. Por fim, os requisitos formais são os que abarcam os elementos delineadores do instituto da usucapião, aqueles que atribuem a fisionomia característica da prescrição aquisitiva, demonstrada pelo transcurso do tempo exigido na legislação, sem que tenha havido uma reclamação da propriedade pelo antigo proprietário.

Contudo, convém ressaltar que independentemente da espécie de usucapião, é necessário a presença de duas características, a saber: a posse do bem e o lapso temporal.

Salienta-se que se pode usucapir bens móveis e imóveis. No artigo em questão nos interessar citar acerca da usucapião de bens móveis.

Há duas formas de usucapião de propriedade móvel, sendo a primeira a Usucapião Extraordinária, em que os requisitos são basicamente a posse da coisa móvel por um tempo de 5 (cinco) anos, consubstanciada no art.1261, Código Civil; e a segunda a Usucapião Ordinária, que exige a posse de 3 (três) anos, e existência de justo título e boa-fé do possuidor.

Assim, delimitado o conceito e os requisitos para a configuração do instituto da usucapião, resta entender a compatibilidade deste instituto com os domínios de internet.

5. COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DA USUCAPIÃO COM A PROPRIEDADE DE DOMÍNIOS DE INTERNET

Conforme já relatado acima, os domínios de internet consistem em bens móveis incorpóreos. Tais bens, diante do preenchimento dos requisitos legais podem ser adquiridos por meio da usucapião, uma das formas de aquisição originária de propriedade de bens.

Sabemos que caso o bem seja suscetível de apropriação e tiver alguma utilidade para seu proprietário, englobando o poderio econômico sobre o mesmo, será considerado bem objeto a ser regulado pelo direito real. Diante disso, poderá recair sobre ele todas as regulamentações abarcadas sobre o direito das coisas, seja, intitulação do bem como propriedade, seja as formas em que o mesmo possa ser adquirido, assim como os efeitos que tal coisa possa sofrer sobre seu domínio.

Importante ponto a ser destacado quanto ao domínio de internet é que por tratar-se de bem incorpóreo, torna-se imprescindível a especificação sobre a forma de transferência desse bem, a fim de instrumentalizar, tornar palpável a relação jurídica (posse/ propriedade) daquele bem incorpóreo. A transferência dos domínios de internet está prevista em lei, e por consequência, são direitos passíveis de apropriação, haja vista que a lei dispõe acerca de se modo de transferência, e assim atribuir-lhe-á contornos de propriedade.

Chegou-se a discutir acerca da impossibilidade de se ter a posse de um bem incorpóreo, todavia tal tese não merece prosperar, sendo rechaçada, pois embora careça de corporeidade, tais bens merecem proteção. Seja pela significativa relevância em variadas relações jurídicas, verificando ainda que alguns bens incorpóreos possuem relevante valor econômico.

A usucapião, como visto, é forma de aquisição de propriedade. Em se tratando de propriedade virtual vinculada ao Registro.br, será assim registrada perante todos para tornar-se pública e ter efeitos sobre a coletividade, podendo ser oponível à esta. Ao concretizar tal propriedade perante o registro, verifica-se plenamente possível adquiri-la por meio da usucapião, desde que atendidos os requisitos legais já demonstrados anteriormente.

Mostra-se evidente, pelos motivos alhures esposados, de que é plenamente possível a aplicação do instituto da usucapião sobre o bem incorpóreo do domínio de internet. Tal bem configura-se como propriedade e sendo passível de apropriação, o domínio de internet pode ser apropriado por meio da usucapião por aquele que possui o bem por determinado período de tempo estabelecido em lei, de forma contínua, com *animus domini*, usando-o de modo pacífico e tendo-o por justo título.

Corroborando com tal entendimento, podemos ostentar por analogia a Súm. 193, STJ que possibilita a aquisição de linha telefônica por meio da usucapião. Restou configurado por este tribunal superior que por tratar-se de um bem incorpóreo, podendo tornar-se propriedade de alguém, a referida propriedade pode ser usucapida. Pois bem, verifica-se que o domínio de internet se assemelha à linha telefônica, uma vez que ambos são bens incorpóreos imateriais, sendo assim, regidos pelo direito real. Diante dessa classificação, verifica-se, ainda, que ambos, apesar de ser bens incorpóreos tem a sua transferência regulada por lei, configurando uma propriedade, e por corolário, por configurarem como propriedade, podem como tal ser adquirida pelo instituto da usucapião, forma de aquisição originária da propriedade, como já exaustivamente

demonstrado alhures.

6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, em suma, verifica-se que o domínio da internet é considerado como bem incorpóreo imaterial, regido pelo direito real. Diante disso, pode tornar-se propriedade daquele que o adquire, para usar, fruir e gozar do mesmo. Tal propriedade é passível de ser adquirida por meio do instituto da usucapião.

É notório que se vislumbre a compatibilidade do instituto da usucapião com a propriedade sobre o domínio de internet, ou seja, poder-se-á usucapir bens móveis incorpóreos virtuais, em especial domínio de internet.

Além das características do domínio da internet, que o qualifica como bem imaterial, configurando-o como bem apropriável, tem-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial que corrobora a tese de que sendo considerado bem, poder-se ia adquirir sua propriedade por meio do instituto da usucapião.

Desta feita,

Nada há que possa impedir essa afirmação. E, por outro lado, albergar essa possibilidade é abrir os olhos para a realidade econômica dessa modalidade de propriedade que, conquanto virtual, é de extrema valia econômica. Com efeito, em algumas situações a propriedade imaterial mostra-se, inclusive, muito mais valiosa que a física. ALMEIDA JÚNIOR E PIMENTAL, A USUCAPIÃO DE DOMÍNIOS DE INTERNET.

Diante dessa compatibilidade cabalmente demonstrada, vê-se

respeitado o direito fundamental da propriedade constante em nossa Carta Magna, bem como o instituto da usucapião, proveniente do Direito Civil, que por tratar-se de uma forma de aquisição originária da propriedade, pode ser livremente utilizado para adquirir propriedade com contornos modernos, como o domínio de uso de internet, cada vez mais comum em nosso cotidiano.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de; PIMENTEL, Cassiano de Araújo. A usucapião de domínios de internet. Lexmagister. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25860824_A_USUCAPIAO_DE_DOMINIOS_DE_INTERNET.aspx. Acesso em: 19 de junho de 2020.

BRANT, Cássio Augusto Barros. Usucapião no espaço virtual. Direitonet, 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3537/Usucapiao-no-espaco-virtual>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 20. jun. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos (2018). Manual de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Atlas. 845.

CARVALHO, Victor. O que é usucapião. Politize, 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/usucapiao/>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da propriedade industrial. V. 1, 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

FIÚZA, César. Direito Civil: curso completo. 15ª edição revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte, v. único, Del Rey, 2011.

NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. Propriedade Intelectual. Revista Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 69-94, abr. 2011.

O INSTITUTO DA USUCAPIÃO. Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-instituto-da-usucapiao-breves-apontamentos/#:~:text=Resumo%3A%20O%20instituto%20civil%20da,quer%20seja%20de%20bens%20im%C3%B3veis.&text=Propriedade.,Esse%20conte%C3%BAdo%20ajudou>. Acesso em: 22 de junho de 2020.

RODRIGUES, Bruno Leandro Savelis. O instituto da usucapião e suas espécies. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://savelisrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/113780840/o-instituto-da-usucapiao-e-suas-especies>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1466212/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 03/03/2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271466212%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271466212%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271466212%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271466212%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 20 jun. 2020.

TUTELA DO DIREITO DE PROPRIEDADE VIRTUAL

*Matheus Gomes Rocha*³

RESUMO: O presente trabalho foi desenvolvido exclusivamente através de pesquisa bibliográfica e artigos postados na Internet. O objetivo do mesmo é fazer uma síntese do conceito de propriedade e suas características, bem como uma análise acerca da tutela do Direito de Propriedade Virtual.

Palavras-Chave: Direito de Propriedade. Direito Virtual. Tutela Virtual.

INTRODUÇÃO

Durante muitos anos foi aceita a ideia de que os bens apenas se enquadrariam nas categorias de móveis ou imóveis, ou seja, só existiam os bens dotados de existência física e materialidade.

Com a modernidade e a evolução da tecnologia, houve a necessidade de alteração do conceito de bens, tendo em vista a valoração econômica dos direitos intelectuais, que por vezes, são mais valiosos que os próprios bens corpóreos.

Diante da importância acerca da propriedade virtual ou imaterial, a Constituição Federal previu em seu artigo 5º, XXIX, que:

“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o

³ Matheus Gomes Rocha, Advogado, Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Email: matheusgr@msn.com

desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”

O legislador inclusive tipificou criminalmente a violação aos direitos de propriedade intelectual e direitos autorais. Por exemplo, no art. 184 do Código Penal, lançou-se a figura do crime de “violar direitos autorais e os que lhe são conexos”. (ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de e PIMENTEL, Cassiano de Araújo).

O presente artigo tem como objetivo trazer o conceito de Direito de Propriedade e de Propriedade Digital; situar o Direito Virtual dentro do Direito das Coisas e trazer exemplos práticos acerca da Tutela do Direito de Propriedade Virtual.

2. DIREITO DE PROPRIEDADE

O artigo 1228 do Código Civil não define a propriedade, mas tão somente, enuncia os poderes do proprietário.

Artigo 1.228 do Código Civil: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Segundo Gonçalves (2019 p. 208) o direito de propriedade é o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar, e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

Quando o proprietário reúne todos os poderes listados acima, diz-se que tem propriedade plena. O direito de propriedade recai tanto sobre coisas corpóreas como incorpóreas, ou seja, temos o direito de propriedade material ou imaterial.

Os bens corpóreos são os bens dotados de existência física, providos de materialidade, de corpo e que, por isso, ocupam espaço. Já os bens incorpóreos, ao contrário dos bens materiais, são direitos que existem apenas enquanto conceitos jurídicos e são regidos por leis esparsas e é estudado pelo direito autoral e comercial.

Os bens digitais, objeto de estudo do presente artigo, são bens incorpóreos, que um usuário insere de forma progressiva na internet informações de caráter pessoal que tenha alguma importância e utilidade para si, que contenha ou não conteúdo econômico, como por exemplo, textos, fotografias, ou base de dados (LACERDA, 2017).

3. PROPRIEDADES INTELECTUAIS

O Direito de Propriedade Intelectual é uma área do Direito que trata sobre bens incorpóreos de criação intelectual. Os direitos intelectuais, também conhecidos como direitos autorais, são modalidades de direitos da personalidade. Os direitos intelectuais, são aqueles disciplinadores da relação entre a pessoa e sua criação intelectual, de cunho pecuniário ou simplesmente moral (VENOSA, 2017). Acerca do tema, leciona Fabio Ulhoa Coelho:

Os bens intelectuais são da propriedade de uma pessoa, física ou jurídica. Essa é a fórmula encontrada pelos direitos de tradição românica para garantir ao autor da ideia valiosa — ou a quem criou as condições para que ela surgisse — a exclusividade na exploração econômica. Assim como o proprietário de bem corpóreo tem o direito de dele usar, gozar e dispor como quiser (observadas as limitações ditas pela função social), o titular da ideia valiosa também teria o mesmo direito sobre ela. Ninguém pode usar uma ideia protegida pela propriedade intelectual sem a autorização do seu titular, do mesmo modo que ninguém pode usar qualquer bem corpóreo sem que o seu dono deixe. Tanto é crime explorar economicamente, sem autorização, a propriedade intelectual alheia como subtrair coisa móvel de

outrem.

O conceito de uma propriedade referida a bens incorpóreos é relativamente recente no direito e não tem escapado a fortes contestações no plano doutrinário (cf. Cerqueira, 1946:70-147; Espínola, 1956:522). O paralelo entre os bens corpóreos e intelectuais por vezes não é imediatamente aceite. Desenvolve-se, então, um argumento em torno da imaterialidade dos bens intelectuais. Não se questiona que a subtração de coisa corpórea do património de alguém lhe traz prejuízo: desapossado da coisa, o proprietário não tem como usá-la. Há quem defenda, contudo, que a utilização de ideia alheia sem retribuição não causaria ao titular nenhuma perda, porque ele poderia continuar a usá-la igualmente.

(...)

De outro lado, a propriedade intelectual se desdobra no direito autoral, ramo que disciplina os direitos do autor de obra literária, artística ou científica, os direitos conexos e a proteção dos logiciários, isto é, dos programas de computador (softwares). Os principais diplomas legais em que se disciplinam os bens intelectuais dessa natureza são a Lei n. 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais — LDA) e a Lei n. 9.609/98 (Lei dos Programas de Computador — LPC). Esse ramo da propriedade intelectual é estudado pelo direito civil.

Conforme se extrai do texto acima, verifica-se que os bens digitais, ou seja, programas de computadores, se enquadram na categoria de bens intelectuais e portanto tutelados por todas legislações específicas.

4. PROPRIEDADE VIRTUAL OU BENS DIGITAIS

Os bens virtuais são os bens incorpóreos que surgiram com o advento da informática. “Os bens digitais, então, são uma espécie de software de computador que, como qualquer outro, é transmitido de uma máquina para outra na forma de fluxos de elétrons, denominados bits”. Santos (2014, p.11).

Isto é, bens digitais são informações armazenadas em linguagem binária, em aparelhos tecnológicos como smartphones, computadores, etc. Os bens digitais são instrumentos armazenados na internet, que possuem valor econômico seja de modo sentimental ou que possua realmente uma valoração econômica de valor comercial, no qual qualquer pessoa que tenha acesso ao mundo virtual detém a capacidade de formar esses tais bens.

Acerca do tema, Bruno Zampier Lacerda, conceitua os bens digitais e traz um rol exemplificativo:

Estes seriam aqueles bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico

[...]

Estes bens digitais podem se apresentar sob a forma de informações localizadas em um sítio de internet, tais como:

- a) em um correio eletrônico(todos os serviços de e-mail, tais como Yahoo, Gmail e Hotmail);
- b) numa rede social (Facebook, LinkedIn, Google+, MySpace Instagram, Orkut, etc);

- c) num site de compras ou pagamentos (eBay e PayPal);
- d) em um blog (Blogger e Wordpress)
- e) numa plataforma de compartilhamento de fotos ou vídeos (Flickr, Picasa ou Youtube)
- f) em contas para aquisição de musicas, filmes e livros digitais (iTunes, GooglePlay e Pandora)
- g) em contas para jogos online (como World of Warcraft ou Second Life) ou mesmo em contas para armazenamento de dados (serviços em nuvem, como Dropbox, iCloud ou OneDrive)

No mesmo sentido, é o conceito de bens jurídicos para Moisés Fagundes Lara, *in verbis*:

[...] bens digitais são instruções traduzidas em linguagem binária que podem ser processadas em dispositivos eletrônicos, tais como fotos, musicas, filmes, etc., ou seja, quaisquer informações que podem ser armazenadas em bytes nos diversos aparelhos como computadores, celulares e tablets.

Por todo exposto, tendo em vista que a natureza jurídica dos bens digitais é de Propriedade Imaterial, o seu proprietário tem a faculdade de usar, gozar, e dispor deles da forma que quiser, desde que respeite o princípio da função social. Logo, o bem digital é passível de ser alienado, usucapido ou até mesmo ser objeto de uma herança.

5. USUCAPIÃO DE DOMÍNIO DE INTERNET

Usucapião, ou prescrição aquisitiva, é modalidade de aquisição originária da propriedade, móvel ou imóvel, e de outros direitos reais.

O domínio de internet é o endereço do site, ou seja, um conjunto de caracteres passíveis de localizar e identificar um sítio eletrônico.

O referido instituto é semelhante ao instituto da marca, e inclusive é tutelado pela Lei de Propriedade Industrial.

A transferência dos domínios de internet, inclusive, estão previstos em lei, e por consequência são direitos apropriáveis, com cunho econômico, e desse modo, passível de posse (ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de e PIMENTEL, Cassiano de Araújo).

Logo, conclui-se que assim como todo ambiente virtual, o domínio da internet equivale-se aos bens móveis, razão pela qual é passível de ser adquirido através da prescrição aquisitiva, nos termos do artigo 1.260 do Código Civil.

6. CONCLUSÃO

Por todo exposto, conclui-se que o Direito deve acompanhar as evoluções tecnológicas, tendo em vista que os conflitos envolvendo bens digitais já estão “batendo na porta” do judiciário e a nossa doutrina, jurisprudência e legislação ainda são tímidas nesse assunto.

REFERÊNCIAS

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens Digitais. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017. LARA, Moisés Fagundes. Herança Digital. Porto Alegre: S.C.P. 2016.

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. DIREITO DAS COISAS. Saraiva Jur; Edição: 14, 2019

O USO DAS ÁREAS COMUNS DO CONDOMÍNIO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Carolina Rocha Neves⁴

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o uso das áreas comuns do condomínio em tempos de pandemia. Nesse sentido, será estudado a respeito do direito de propriedade dos condôminos sobre as áreas comuns do condomínio, bem como a possibilidade e legalidade da restrição do uso desses espaços em razão de uma pandemia.

Palavras-chave: Direito de propriedade. Covid-19. Condomínio edilício.

INTRODUÇÃO

O condomínio ocorre quando existe o direito de propriedade pertencente a duas ou mais pessoas, simultaneamente, sobre um determinado bem.

Nesse sentido define o Autor Carlos Roberto Gonçalves (2017):

Quando os direitos elementares do proprietário (CC, art. 1.228) pertencerem a mais de um titular, existirá o condomínio ou domínio comum de um bem. Configura-se este, portanto, quando determinado bem pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada

⁴ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Pós-graduanda em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: carolinarne@hotmail.com.

uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes. (GONÇALVES, p. 381, 2017).

Importante, ainda, conceituar condomínio edilício, espécie de condomínio que permitirá uma melhor análise sobre a legitimidade da restrição do uso das áreas comuns.

O condomínio edilício se caracteriza por um imóvel que une ambientes privados e ambientes de uso conjunto, ou seja, há a coexistência de partes comuns e partes exclusivas. Nessa hipótese, todos podem usar, com exclusividade, sua quota parte, possuindo direitos, ainda, sobre as partes comuns.

Segundo o Autor Rubens Carmo Elias Filho (2015), no condomínio edilício “cada uma das unidades autônomas poderá pertencer a um proprietário diferente, chamado de condômino, enquanto as demais áreas pertencerão necessariamente a todos...”.

Havendo propriedade simultânea, portanto, de um bem imóvel, os proprietários passam a ter direitos e deveres decorrentes da propriedade exclusiva, bem como das áreas comuns.

No que se refere às áreas comuns, os condôminos podem usar a coisa comum pessoalmente. O artigo 1.335, inciso II, do Código Civil dispõe que são direitos do condômino usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais possuidores.

O art. 1.331, § 2º, do Código Civil enumera as áreas comuns do condomínio:

Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 2º-O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade,

a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.

A plena utilização pelo condômino da área comum e seus pertences decorre muito claramente do direito de propriedade. Segundo o artigo 1228 do Código Civil, aquele que é proprietário pode usar, gozar, dispor do bem, tudo em consonância com as finalidades sociais e econômicas e sem prejudicar indevidamente quem quer que seja.

Dessa forma, o direito incidente sobre as partes comuns é inseparável do direito do proprietário sob a sua propriedade exclusiva, conforme previsão do art. 1.339 do Código Civil. Assim, tudo o que é propriedade comum é passível de utilização por qualquer ocupante da edificação.

Ocorre que, em tempos de pandemia, muito se discute se as áreas de uso comum dos condôminos podem ou não ser interditas pelo síndico do prédio.

Diversas medidas de combate ao avanço do corona vírus foram adotadas para restringir a circulação de pessoas, como a recomendação de reclusão em ambiente domiciliar. Em razão disso, as pessoas se encontram em isolamento social em suas unidades e as áreas comuns do condomínio passam a ser uma forma de diversificar o seu cotidiano e até mesmo diminuir a ansiedade que afligem muitos nesse momento.

O objetivo do isolamento é evitar o contato social a fim de conter a pandemia em seu momento mais crítico. Todas essas medidas provocam o aumento do número de pessoas em suas casas e as áreas de lazer, como academia, quadra esportiva, piscina e brinquedoteca passam a ser uma opção tentadora.

Contudo, é claro que o uso dessas áreas não pode ocorrer normalmente. Diante disso, poderia o condomínio, em situações bastante específicas, controlar o uso dessas áreas, até mesmo proibindo o uso das

mesmas?

A resposta a tal questionamento é o que iremos buscar no presente artigo, sendo importante salientar, de início, que o síndico pode ser taxado de autoritário, fechando todas as áreas comuns, mas também de negligente, caso não tome medidas restritivas.

Portanto, nessas situações, como sempre deve ocorrer na gestão condominial, o que precisa ser observado é uma combinação que envolve escuta da maioria e, é claro, o bem comum.

2. O USO DE ÁREAS COMUNS

Sobre o direito de propriedade, assim determina o artigo 5º, inciso XXII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

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:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

Já o Código Civil não oferece uma definição de propriedade, limitando-se a enunciar os poderes do proprietário, em seu artigo 1.228.

Sobre o tema assim discorre o Autor Carlos Roberto Gonçalves (2017):

O direito de propriedade é o mais importante e mais completo dos direitos reais, constituindo o título básico do Livro III do Código Civil. Confere ao seu titular os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, assim como de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (CC, art. 1.228). Quando todas essas prerrogativas acham-

se reunidas em uma só pessoa, diz-se que é ela titular da propriedade plena. (GONÇALVES, p. 220, 2017).

Importante considerar que, embora o direito de propriedade seja uma garantia fundamental, ele não é absoluto. Assim, apesar do direito de propriedade se constituir em direito real, oponível erga omnes (ou seja, é válido contra qualquer pessoa), em determinadas circunstâncias, ele passa a ser relativo, podendo sofrer limitações.

Nesse sentido, quando se trata de condomínio, como todos têm a propriedade sobre sua área privativa e uma parte proporcional sobre a área comum, a questão sobre o direito de propriedade é delicada, porque não se pode exercer o esse direito com prejuízo aos demais comunheiros. O direito de propriedade deverá, portanto, ser exercido em comum, sendo que os condôminos são, conjuntamente titulares de direito.

Sendo assim, a propriedade poderá ser limitada quando algum ou alguns dos poderes inerentes ao domínio se destacarem e se incorporarem ao patrimônio de outra pessoa.

Tal situação também se aplica ao direito dos condôminos sobre as áreas comuns do condomínio. O art. 19 da Lei nº 4.591/64 dispõe que cada condômino poderá “usar as partes e coisas comuns, de maneira a não causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores, nem obstáculos ou embaraço ao bom uso das mesmas partes por todos”.

Percebe-se, portanto, pela leitura do artigo acima mencionado que o direito dos condôminos sobre as áreas comuns é relativo, haja vista que eles podem usá-las, desde que não causem dano ou incômodo aos demais, nem obstáculos ou embaraço ao bom uso das mesmas. Ou seja, preza-se pelo bem de todos.

Nessa perspectiva, as convenções e regimentos internos dos condomínios podem contemplar restrições ao direito de uso, gozo e fruição dos condôminos, como forma de possibilitar o bom uso do bem comum, assegurando um equilíbrio entre direitos e deveres, não permitindo que o direito de propriedade de um se sobreponha ao direito dos demais.

Além disso, deve-se atentar a importância do síndico na tomada dessas decisões. O artigo 1.348 do Código Civil dispõe que “compete ao síndico diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns” do condomínio.

Sendo assim, diante do atual cenário vivenciado por todos, indaga-se se seria possível tomar medida a fim de restringir de forma drástica as áreas comuns do condomínio.

O que se deve notar, antes de aprofundar-se no estudo das restrições em razão de uma pandemia, é que mesmo antes dessa nova situação trazida pelo Covid-19, já existiam discussões a respeito da legalidade da restrição dos espaços comuns do condomínio.

Sobre o tema, assim se posiciona o Autor Rubens Carmo Elias Filho (2015):

Por outro lado, como é cediço no ambiente condominial e socialmente aceitável, não se verifica qualquer constrangimento ou violação ao direito de propriedade, ao impedir o uso de áreas comuns de finalidades específicas, as quais não prejudicam a utilidade ordinária da propriedade privada, até mesmo porque o inciso II do art. 1.335 do Código Civil dispõe que é direito do condômino “II – usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores.”

[...]

O direito de propriedade constitui norma constitucional de eficácia contida, na medida em que o legislador constitucional deixou margem à atuação restritiva por meio de leis especiais, sendo certo que a plenitude do direito de propriedade, especificamente, com respeito à oponibilidade erga omnes (obrigação passiva universal), ocorrerá nos limites legais, em observância à sua função

social e ao interesse público.(ELIAS FILHO, 2015, págs. 137 e 138).

Como se vê, o Autor entende ser perfeitamente possível a restrição, bem como o impedimento do uso de áreas comuns, sem que isso signifique violação ao direito de propriedade, em observância à função social e ao interesse público.

Importante analisar, ainda, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito a legalidade de restrição do uso das áreas comuns. No julgamento do REsp 1.699.022, a Corte Especial entendeu pela ilegalidade da regra do regulamento interno que impedia o uso das áreas comuns em razão de inadimplência das taxas:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. REGULAMENTO INTERNO. PROIBIÇÃO DE USO DE ÁREA COMUM, DESTINADA AO LAZER, POR CONDÔMINO INADIMPLENTE E SEUS FAMILIARES. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÕES PECUNIÁRIAS TAXATIVAMENTE PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL. 1. No condomínio edilício, o titular da unidade autônoma, cotitular das partes comuns, exerce todos os poderes inerentes ao domínio, mas, em contrapartida, sujeita-se à regulamentação do exercício destes mesmos direitos, em razão das necessidades impostas pela convivência em coletividade 2. O Código Civil, ao estabelecer um regramento mínimo sobre o condomínio edilício (arts. 1.332 e 1.334), determinou que a convenção deverá definir, entre outras cláusulas, “as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores” (art. 1.334, IV, do CC), tendo como contraponto,

para tal mister, os deveres destes. 3. Segundo a norma, é direito do condômino “usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores” (CC, art. 1.335, II). Portanto, além do direito a usufruir e gozar de sua unidade autônoma, têm os condôminos o direito de usar e gozar das partes comuns, já que a propriedade da unidade imobiliária abrange a correspondente fração ideal de todas as partes de uso comum. 4. É ilícita a prática de privar o condômino inadimplente do uso de áreas comuns do edifício, incorrendo em abuso de direito a disposição condominial que proíbe a utilização como medida coercitiva para obrigar o adimplemento das taxas condominiais. Em verdade, o próprio Código Civil estabeleceu meios legais específicos e rígidos para se alcançar tal desiderato, sem qualquer forma de constrangimento à dignidade do condômino e dos demais moradores. 5. O legislador, quando quis restringir ou condicionar o direito do condômino, em razão da ausência de pagamento, o fez expressamente (CC, art. 1.335). Ademais, por questão de hermenêutica jurídica, as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente, não comportando exegese ampliativa. 6. O Código Civil estabeleceu meios legais específicos e rígidos para se alcançar tal desiderato, sem qualquer forma de constrangimento à dignidade do condômino inadimplente: a) ficará automaticamente sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, ao de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito (§ 1º, art. 1.336); b) o

direito de participação e voto nas decisões referentes aos interesses condominiais poderá ser restringido (art. 1.335, III); c) é possível incidir a sanção do art. 1.337, caput, do CC, sendo obrigado a pagar multa em até o quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade da falta e a sua reiteração; d) poderá haver a perda do imóvel, por ser exceção expressa à impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009/90, art. 3º, IV). 7. Recurso especial provido.

Ocorre que, da leitura do acórdão, percebe-se que a o fato analisado pelo STJ, no julgamento do REsp, em nada se assemelha com a situação vivenciada por todos diante da pandemia.

Discutia-se sobre a existência de regra no regulamento interno de um condomínio que impedia o uso das áreas comuns por uma moradora em razão do não pagamento das taxas condominiais, sendo que a decisão do STJ se deu em razão de existirem meios legais específicos para a cobranças de dívidas dos condôminos inadimplentes.

No caso ora em análise, a saúde e a vida de todos estão em risco e medidas restritivas de uso de áreas comuns não possuem, nessa situação, o intuito de colocar um condômino em situação vexatória, mas sim garantir o direito à saúde dos condôminos, permitindo o uso seguro e adequado dos espaços por todos.

Não fosse isso, o Autor Marco Aurélio Viana pondera em sua obra que as restrições do uso das áreas comuns podem ocorrer somente mediante deliberação em assembleia geral pela unanimidade dos condôminos. Vejamos:

A alteração ou modificação do direito dos condôminos sobre as partes comuns reclama deliberação em assembleia geral pela unanimidade dos comunistas. A propriedade

é comum e ninguém pode ser constrangido a dispor do seu direito de propriedade. Tal direito não admite alteração compulsória. Haveria uma transferência de direitos, que ninguém pode ser compelido a praticar. Dentro dessa ótica, os direitos sobre as partes comuns, que estão no instrumento de instituição e na Convenção de Condomínio devem ser respeitados, desde que aprovados regularmente e pelo quórum adequado. VIANA, 2009, pág. 68).

Todavia, importante se atentar que a situação trazida pelo Covid-19 é nova. Isso porque trata-se de uma doença altamente contagiosa que pode trazer uma série de malefícios ao doente, podendo levar, inclusive à óbito, razão pela qual se faz necessário que as pessoas competentes tomem decisões rápidas, trazendo medidas adequadas e eficientes que possam evitar a propagação do vírus.

Por óbvio, o isolamento social e a consequente reclusão domiciliar das famílias podem trazer um problema para o condomínio que é o aumento da circulação das pessoas nas áreas comuns. O distanciamento social é uma das medidas contra o Covid-19 mais divulgadas pelas autoridades e tem-se mostrado efetiva contra o avanço do vírus.

Diante disso, o síndico deve adotar as cautelas necessárias para mitigar a circulação de pessoas no condomínio, sendo que a imposição de restrição do uso das áreas comuns é uma das cautelas necessárias.

Pelo estudo das legislações que tratam sobre o direito de propriedade e o uso das áreas comuns é possível concluir que os condomínios devem prezar sempre pelo bem comum.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, estabelece a saúde como direito social fundamental, o que atribui proteção jurídica diferenciada face outros direitos.

Medidas de restrição em condomínios, em virtude do Covid-19, visam propiciar a todos maior segurança, dando especial atenção ao direito à saúde da coletividade dos condôminos, sendo inconteste que

não se mostra mais possível o uso do bem comum da mesma forma que ocorria anteriormente sem que se coloque em perigo a saúde e cause dano aos demais.

Dessa forma, áreas comuns que não sejam essenciais, como academia, piscina, salão de festas, se mostra possível, e até mesmo razoável, que ocorra uma restrição de uso a fim de evitar aglomerações.

A princípio, seria de se considerar a fixação de horários, limitação de número de pessoas ou até mesmo condicionar o uso à prévia reserva como forma de buscar a menor circulação de pessoas em locais como a piscina e academias, por exemplo. Não se mostrando eficiente tais medidas, restrições mais severas, como o impedimento total de uso, poderão, também, serem consideradas.

Tal consideração, contudo, não poderá ocorrer no que diz respeito ao uso do salões de festa, haja vista ser um local que o uso atrairá, inevitavelmente, uma aglomeração de pessoas e aumentará a circulação dentro do condomínio, trazendo risco à saúde da coletividade, chocando-se, assim, com o bem comum.

Inclusive, à título de exemplo, o Decreto nº 17.351, de 04 de Maio de 2020, da Prefeitura de Belo Horizonte/MG, determinou a suspensão de festas em áreas comuns dos condomínios:

“Art. 8º-A. Os condomínios edilícios deverão suspender a realização de festas em áreas comuns de lazer ou de recreação e regulamentar a utilização destas áreas, bem como prever penalidades aos condôminos pelo descumprimento das regras.

Parágrafo único. O descumprimento do disposto no caput enseja a aplicação de multa ao condomínio no valor de vinte vezes o valor do condomínio.”.

De fato, há circunstâncias que extrapolam os limites e tornam impossível o exercício pleno do direito de propriedade dos condôminos em

relação às suas unidades, tais como impedir o direito de uso de garagem, dos elevadores ou até mesmo fazer cessar a entrega de correspondência e abertura de portões de acesso ao próprio edifício, mostrando-se impossível a tomada de medidas tão severas como forma de garantir o bem estar de todos.

Nenhum direito é absoluto, razão pela qual o fechamento de áreas comuns, visando o bem coletivo, e desde que não impeça o exercício do direito de propriedade dos condôminos sobre suas unidades, deve ser considerada como legal.

Contudo, assim como toda decisão que atinge a coletividade do condomínio, o ideal é que as restrições de acesso sejam informadas aos moradores por meio de circulares e quadros de aviso.

Além disso, apesar do síndico poder adotar medidas urgentes, é importante que seja convocada uma assembleia geral extraordinária, de caráter emergencial, para deliberar sobre quais medidas de proteção ao direito à saúde dos condôminos devem ser adotadas pelo condomínio, como forma de prevenção de contaminação do Covid-19.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora as áreas comuns dos condomínios possam ser usadas por todos os condôminos e a restrição de acessos às mesmas poder ser encarada como uma violação do direito de propriedade, é importante ter em mente que o direito à saúde também é uma garantia constitucional.

Não se mostra prudente, no momento atual, permitir aglomerações em qualquer lugar que seja. Nos condomínios, o direito de propriedade é relativizado em prol do interesse coletivo que se sobrepõe ao individual.

Obviamente, a eventual restrição ou proibição de áreas comuns deve ser para todos e não para aqueles diagnosticados com a Covid-19 ou profissionais da saúde, por exemplo.

Além disso, a utilização de áreas essenciais, como elevadores

e garagens, deve ocorrer sem embaraços, podendo haver, no entanto, sugestões de limite de usuários.

Verifica-se, portanto, que o síndico tem uma série de decisões para tomar, buscando formas de prevenção ao Covid-19, ele tem o poder de determinar medidas a serem adotadas por todos no condomínio em prol da saúde e bem estar de todos.

Aguardar leis e decretos para tomar decisões podem causar danos irreparáveis, o bem comum deve ser priorizado nessas situações. O momento é diferente para todos, vários acontecimentos e mudanças ao mesmo tempo, o que impõe decisões urgentes e rápidas, sendo o síndico peça chave nessa situação.

De todo modo, a participação de todos, ouvir outras opiniões podem diminuir inconvenientes e maus estares entre os condôminos. A assembleia pode criar limitações ao direito de propriedade condominial, principalmente para resguardar o direito à saúde dos demais condôminos.

Importante esclarecer que existem formas de se realizar assembleia condominial, atualmente, como por meio de videoconferências, sem que isso signifique a aglomeração de pessoas em um espaço físico.

Dessa forma, é preciso ponderar sobre as ações que serão tomadas frente à uma pandemia e ao mesmo tempo tomar decisões rápidas, formas de prevenção devem ser estudadas e levadas a sério por toda a sociedade. As pessoas precisam ter em sua casa, em seu condomínio, um lugar de segurança e, principalmente, que não coloque em risco a sua vida.

REFERÊNCIAS

BELO HORIZONTE. Decreto nº 17. 351, 4 de maio de 2020. Altera o Decreto nº 17.328, de 8 de abril de 2020, que suspende por tempo indeterminado os Alvarás de Localização e Funcionamento e autorizações emitidos para todas as atividades comerciais e dá outras providências. Belo horizonte: Prefeitura. 2020. Disponível em: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1228421>>.

Acesso em: 01 Julho 2020.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 Junho. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 Junho. 2020.

BRASIL. Lei n. 4.591, 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm>. Acesso em: 25 Junho. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.699.022 - SP (2017/0186823-3). Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1831726&num_registro=201701868233&data=20190701&formato=PDF>. Acesso em: 30 junho. 2020.

Elias Filho, Rubens Carmo. Condomínio edilício: aspectos de direito material e processual. - São Paulo : Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito das coisas - 12. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017

VIANA, MARCO AURÉLIO S. Manual do condomínio edilício (arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil) – Rio de Janeiro: Forense, 2009.

USO ANORMAL DA PROPRIEDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Autor: Arthur Dias Duarte⁵

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo se debruçar sobre o uso anormal da propriedade, analisando quando ocorre e quando não ocorre o uso anormal da propriedade. Também se presta a analisar as situações quando há uso anormal da propriedade e não há ilicitude. Apura, também as consequências do uso anormal, podendo ser obrigações de fazer e indenizações.

Palavras-Chaves: Uso anormal da propriedade, direito de vizinhança, direitos reais.

INTRODUÇÃO

Este trabalho se preza a analisar as limitações ao direito de propriedade, especificadamente no que atine ao seu uso, gozo e fruição seara do direito de vizinhança. Será analisado as qualificações e casos que são qualificados o uso anormal da propriedade. É dizer, será apurado, mediante análise de diversos casos quando ocorre quando não ocorre o uso da propriedade de modo diverso do que deveria ser utilizada.

Ademais, também será analisado quais casos, poderia o proprietário realizar ações para mitigar a interferência que é causada em imóveis vizinhos. Além disso, também será visto a natureza das condenações em obrigações de fazer/não fazer, bem como os patamares

⁵ Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; E-mail: arthurdiasduarte@gmail.com

de indenizações que tem sido estabelecido pelos Tribunais de Justiça.

2. DO DIREITO DE VIZINHANÇA/FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O proprietário do imóvel tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa. Contudo estes direitos não são absolutos e comportam limitações. É o que dispõe o art. 1.228 do Código Civil, que traz restrições ao uso da propriedade com fins de atender a função social da mesma, alguns exemplos são: a preservação da natureza, o patrimônio cultural e a desapropriação por interesse público.

Neste sentido de atendimento a função social da propriedade, andou bem o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. IMPROCEDÊNCIA. ANULAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE EMENDA. CERTIDÃO DO IMÓVEL.

A ação de usucapião deve estar instruída com a certidão do Cartório de Registro de Imóveis, indicando quem figura como proprietário no registro. Sendo a ação de usucapião criada com fulcro no princípio da função social da posse/propriedade, bem como com base no princípio da dignidade da pessoa humana, em especial, no direito social à moradia, deve ser anulada a sentença que julgou improcedente o pedido inicial, devendo ser determinada a emenda da inicial para que sejam cumpridas as diligências necessárias à instrução do feito. (TJMG - Apelação Cível 1.0134.13.015883-2/001, Relator(a): Des. (a) Pedro Bernardes, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento

em 10/03/2020, publicação da súmula em 20/03/2020)

No voto do julgado mencionado, o Desembargador relator Pedro Bernardes reconhece que o direito a propriedade está sujeito a limitações, neste caso concreto decorrente do direito a moradia, por meio da usucapião.

Há justificativas constitucionais que norteiam a garantia do direito de propriedade (art. 5, XXII, CF), tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), requisitos para uso da propriedade rural (art. 186, CF) e o interesse público (art. 5, XXIV, CF). Destaca-se que a expropriação da propriedade é a última medida e deve obedecer aos patamares legais, nesse sentido foi decidido na ADI 2213 MC do STF, vejamos trecho da ementa:

Não pode considerar, nem deve reconhecer, por isso mesmo, invasões ilegais da propriedade alheia ou atos de esbulho possessório como instrumentos de legitimação da expropriação estatal de bens particulares, cuja submissão, a qualquer programa de reforma agrária, supõe, para regularmente efetivar-se, o estrito cumprimento das formas e dos requisitos previstos nas leis e na Constituição da República. - As prescrições constantes da MP 2.027-38/2000, reeditada, pela última vez, como MP nº 2.183-56/2001, precisamente porque têm por finalidade neutralizar abusos e atos de violação possessória, praticados contra proprietários de imóveis rurais, não se mostram eivadas de inconstitucionalidade (ao menos em juízo de estrita delibação), pois visam, em última análise, a resguardar a integridade de valores protegidos pela própria Constituição da República.

O direito de vizinhança, que é a matéria que se debruça o presente

trabalho, também impõe em certas ocasiões, restrições ao seu uso, gozo e fruição do bem imóvel. Direito de vizinhança traduz-se em balizas sociais que são impostas para a manutenção da civilidade entre os vizinhos que possuem propriedades limítrofes ou próximas. Nessa baila, Washington Monteiro de Barros colaciona:

Os direitos de vizinhança constituem limitações impostas pela boa convivência social, que se inspira na lealdade e na boa-fé. A propriedade deve ser usada de tal maneira que torne possível a coexistência social. Se assim não se procedesse, se os proprietários pudessem invocar uns contra os outros seu direito absoluto e ilimitado, não poderiam praticar qualquer direito, pois as propriedades se aniquilariam no entrechoque de suas várias faculdades. (MONTEIRO, pg. 172, 2015)

Na mesma linha de pensamento é o posicionamento do Paulo Lôbo: “Os direitos de vizinhança compreendem o conjunto de normas de convivência entre os titulares de direito de propriedade ou de posse de imóveis localizados próximos uns aos outros” (LÔBO, pg. 207, 2018).

Procurando sanar a controvérsia de quando há a ocorrência do uso normal da propriedade, sob justificativa do interesse comum, que não produz obrigações de fazer e nem reparações e de quando há uso anormal da propriedade, com reverberações no mundo jurídico, é que a doutrina adotou classificações quanto ao uso da propriedade.

A primeira modalidade decorreria do uso normal e corriqueiro da propriedade, com incômodos pontuais dentro da esfera da normalidade que se espera da utilização da propriedade. A segunda modalidade é o uso anormal da propriedade, porém socialmente necessário e que pode gerar direito a indenização. A terceira modalidade é o uso anormal, sem a presença do caráter de interesse coletivo ou social, que se qualifica como ilícito civil, cabendo reparação integral.

3. USO DA PROPRIEDADE

O uso normal da propriedade não se caracteriza como um ilícito civil que geraria o dever de reparar terceiros ou vizinhos. Isso quer dizer que os possíveis incômodos que ocorram nesta esfera são provenientes do uso corriqueiro da propriedade, que devem ser minimamente suportados em uma sociedade proveniente. Carlos Roberto Gonçalves nos brinda com algumas balizas para apurar a natureza do caso concreto, vejamos:

Para se aferir a normalidade ou a anormalidade da utilização de um imóvel procura-se: a) verificar a extensão do dano ou do incômodo causado. Se, nas circunstâncias, este se contém no limite do tolerável, não há razão para reprimi-lo. Com efeito, a vida em sociedade impõe às pessoas a obrigação de suportar certos incômodos, desde que não ultrapassem os limites do razoável e do tolerável; b) examinar a zona onde ocorre o conflito, bem como os usos e costumes locais. (GONÇALVES, 2017 pg.143).

Daí se extrai que a verificação da normalidade ou anormalidade de referida prática não é algo subjetivo. Decorre, pois, de apurar a gravidade do incômodo sofrido, a tolerabilidade, o local do fato e os costumes da localidade. Esses patamares fazem todo o sentido, não seria razoável e proporcional, por exemplo, exigir-se que uma área zoneada para a indústria devesse respeitar o mesmo limite de emissão de decibéis como de uma área residencial. Também não seria adequado exigir que em uma capital, com vias movimentadas e com tráfego contínuo, também se obtivesse o mesmo nível de ruído de uma vila interiorana.

Nesse sentido, se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado de

Minas Gerais (TJMG), nos seguintes casos:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER - NULIDADE DA SENTENÇA - INOCORRÊNCIA - DIREITO DE VIZINHANÇA - INEXISTÊNCIA DE ABUSO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA. A sentença não é nula por ausência de fundamentação se o juiz singular indicou os motivos determinantes do seu convencimento. A violação ao direito de vizinhança com efetiva e substancial mácula ao sossego e tranquilidade de vizinhos causados pelo uso anormal da propriedade gera dano moral, suscetível de reparação. Não constitui abuso de direito a implementação de loteamento com a realização das obras de terraplenagem necessárias. A poeira resultante das obras por certo período constitui incômodo normal próprio da convivência em sociedade e, como tal, não configura abuso do direito de vizinhança a ensejar reparações civis. Recurso provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0105.14.031502-6/001, Relator(a): Des.(a) Manoel dos Reis Morais, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/10/2019, publicação da súmula em 08/11/2019 – grifo nosso)

DIREITOS DE VIZINHANÇA - DIREITO DE CONSTRUIR - REDUÇÃO DE LUZ E CLARIDADE - DESVALORIZAÇÃO - USO NORMAL DA PROPRIEDADE - AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA
- O direito de construir é uma extensão das faculdades de usar, gozar ou fruir por parte dos proprietários ou

possuidores, de seus respectivos prédios, impondo aos vizinhos que suportem incômodos normais em nome da convivência social. Ademais, o mesmo sacrifício cabe a todos que se avizinham, posto que as restrições são recíprocas, afetando-os igualmente - No caso dos autos, ainda que o edifício cause redução de luz e ventilação na residência confinante, não é cabível a indenização uma vez que a construção está dentro dos limites legais e há uso normal da propriedade. **Portanto, não há prática de ato ilícito que implique desvalorização do imóvel e justifique a pretensão indenizatória.** (TJMG - Apelação Cível 1.0702.09.617428-0/001, Relator(a): Des.(a) Mota e Silva, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/02/2013, publicação da súmula em 08/02/2013 – grifo nosso)

No mesmo entendimento, de que se deve apurar as circunstâncias do caso concreto, para se verificar se a prática do ato está dentro dos limites impostos pela boa convivência, é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), arrimou:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITOS DE VIZINHANÇA. AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE INFILTRAÇÕES CAUSADAS PELA PARTE RÉ E DE USO ANORMAL DA PROPRIEDADE QUANTO À BARULHO E CHEIRO CAUSADOS POR ANIMAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. I. As relações de vizinhança trazem ínsitas à sua essência um limite de tolerância, uma margem de incômodo imposta

a quem vive em sociedade. Contudo, o abuso do direito de propriedade, causando danos aos vizinhos, configura, em tese, violação a direito de vizinhança que importa em uso normal da propriedade, causador de dano anormal, e, portanto, a consequência por ventura existente é a reparação indenizatória. Solução extraída das regras constantes dos artigos 1.277 e 1.278 do Código Civil. II. No caso, os autores não comprovaram a contento qualquer ação ou omissão dos réus, gerador de infiltração, e também não provaram que a atividade empresária relacionada a agropecuária causaria intenso barulho e/ou odor. Manutenção do julgamento de improcedência do pedido inicial. RECURSO DESPROVIDO À UNANIMIDADE. (Apelação Cível, Nº 70081440166, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em: 13-06-2019)

Neste processo do Rio Grande do Sul, o réu, uma empresa de pet shop e de produtos agropecuários instalou na parede divisória do seu imóvel um local para banho dos animais. A parte autora requereu no feito que a parte ré fosse cominada a transferir o local de banho dos animais, porque supostamente estaria ocorrendo infiltração na parede em decorrência da atividade ali empreendida. Também alegou que fazia jus a danos morais por causa do ruído e mal cheiro dos bichos. Na cognição foram realizados oitiva de testemunhas, que comprovaram que a loja já existia anteriormente, que a obra foi realizada para a transferência da área de banho e tosa para área exterior da loja. Destaca-se também que o pet shop possuía as licenças necessárias para a sua operação. Por isso, o relator entendeu que o uso da propriedade estava dentro da normalidade, não havendo que se falar em obrigação de fazer.

Sobre a análise do zoneamento da área geográfica em que se

localiza o imóvel, bem como da natureza das atividades ali desenvolvidas, ponderou bem o TJRS, no julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITOS DE VIZINHANÇA. MAU USO DA PROPRIEDADE. INDENIZAÇÃO. FRIGORÍFICO DE ABATE DE SUÍNOS LOCALIZADO EM SANTA ROSA-RS. MAU CHEIRO. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. O Juiz é o destinatário da prova, incumbindo a ele, mediante a análise do quadro probatório existente nos autos, avaliar quais as provas são necessárias à instrução do processo e indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 do CPC/1973). No caso concreto, considerando as teses desenvolvidas pelas partes e os documentos anexados aos autos, resulta desnecessária a produção de prova pericial requerida. Outrossim, pelo princípio da sanabilidade, eventual nulidade não deve ser reconhecida se o julgamento de mérito favorecer à parte que a arguiu (art. 249, §2º, do CPC/73 - art. 282, §2º, do CPC/2015). Agravo retido desprovido. MAU USO DA PROPRIEDADE. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha [art. 1.277 do CC]. USO NORMAL DA PROPRIEDADE. INCÔMODO TOLERÁVEL. O uso anormal da propriedade deve ser analisado considerando as circunstâncias locais e a sensibilidade do homem médio. Os vizinhos devem suportar o incômodo se este não ultrapassa os limites

do razoável e do tolerável. CASO CONCRETO. Na hipótese dos autos, não se trata de questão pontual em que o mau uso da propriedade causa prejuízos a alguns vizinhos próximos. As atividades desenvolvidas pela ré repercutem em toda a região de Santa Rosa-RS. A demandada dedica-se ao abate de suínos e a produção de seus derivados e está localizada no mesmo local - zona industrial - há mais de sessenta anos. Ao seu entorno muitas casas foram construídas ao longo dos anos. O frigorífico gera considerável riqueza para a região, gerando milhares de empregos diretos e indiretos. O ajuizamento de milhares de ações por pessoas que se sintam prejudicadas, tudo indica, implicaria a falência da empresa, o que seria um prejuízo irreparável para todos os moradores a região, sofrendo este grande abalo econômico. É evidente que isso não pode gerar irresponsabilidade ambiental, mas a solução não passa por ações individualizadas. Os órgãos responsáveis, especialmente FEPAM e Ministério Público, vem fiscalizando e fazendo exigências à ré, a qual tem realizado muitos esforços no cumprimento das medidas, tudo indicando com êxito. No caso de eventual descumprimento das exigências e prejuízo ambiental decorrente, a solução deve ser coletiva mediante o ajuizamento de ação própria. Improcedência do pedido indenizatório. AGRADO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO DA RÉ PROVIDA. APELAÇÃO DOS AUTORES PREJUDICADA. (Apelação Cível, Nº 70066745720, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em: 09-03-2017 – grifo nosso)

Na decisão anterior o relator reconhece que o frigorífico é anterior as casas que foram surgindo em seu entorno. Também sopesou que a produção de produtos comestíveis é de relevante interesse social. Por isso, considerou que o incomodo gerado decorre da própria natureza das atividades praticadas e que, portanto, não cabe obrigação de fazer/ou deixar de fazer e tão pouco deve o frigorifico ser compelido a indenizar moralmente os vizinhos.

Ademais, andou bem o Tribunal do Estado de Santa Catarina (TJSC), ao entender que está dentro do âmbito normal empreendimento que possuam licença do Poder Público, vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL - PRÉDIO ANTIGO - ESTRUTURA DE MADEIRA DE EUCALIPTO - CONCESSÃO DE ALVARÁ PARA CONSTRUÇÃO DE PRÉDIO VIZINHO - NÍVEL DE LENÇOL FREÁTICO - FALTA DE PROVAS DO NEXO CAUSAL ENTRE A OBRA E OS DANOS - AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR **1 São interferências legais os atos que viabilizam o uso normal da propriedade, cuja atividade desenvolvida tenha sido autorizada por alvará expedido pelo poder público.** Sendo assim, não há que se falar em responsabilidade do Município pela simples expedição de alvará, pois referido ato apenas se perfectibiliza se observados os requisitos ensejadores da licença pretendida. **2** Os danos preexistentes e a vulnerabilidade da técnica de engenharia que condiciona o estado de conservação da fundação e estrutura de um prédio à manutenção do nível do lençol freático, afasta o nexo causal que poderia ensejar a responsabilidade do construtor de

obra em terreno vizinho. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.019713-5, de São José, rel. Des. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, j. 29-09-2009 – grifo nosso).

Nessa baila, nem todo incomodo ocasionado aos vizinhos será gerador de controvérsia capaz de gerar limitações no uso do imóvel e tão pouco criará o dever de indenizar. Critérios importantes que devem ser analisados são o zoneamento do local, se este está destinado para uso urbano, rural ou industrial, se a atividade realizada possui autorização das autoridades competentes para seu funcionamento e ainda mais, se o transtorno causado tem conexão com as atividades rotineiras praticadas. Também deve ser apurado a tolerabilidade do ato praticado, não se pode admitir que qualquer ruído ou distúrbio seja capaz de gerar dever de indenizar, admitir isso, seria legalizar o vedado enriquecimento ilícito.

4. USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

A utilização da propriedade de modo diverso ao que se destina se constitui em verdadeira irregularidade, passível de sofrer a repressão do poder jurisdicional do Estado. A matéria é disciplinada pelo Código Civil Brasileiro. Vejamos o texto legal:

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

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as

edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal.

Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis. (BRASIL, 2002)

Como se extrai da disposição do ordenamento jurídico, o uso anormal da propriedade são as práticas que afetam a segurança, a saúde ou sossego da vizinhança. Esta disposição é *numerus clausus*, portanto, é um rol taxativo de situações que não admite suas extensão ou flexibilização.

Destaca-se que o ato praticado tem que ter um grau de repercussão social, que atinja a coletividade. Desse modo, não é qualquer atividade que se enquadra como uso anormal da propriedade. Como exemplo, uma casa em uma zona residencial que rotineiramente não emite sons, pode em um certo dia, em uma celebração de aniversário, emitir sons, sem que isso, por si só, não gere distúrbio suficiente na vizinhança. Dessa forma, tem-se que os sons providos de uma festa pontual, que ocorre poucas vezes ao ano, está dentro dos parâmetros que se espera de uma vida em sociedade.

Sobre a conceituação do instituto, Paulo Lôbo, leciona:

O uso anormal da propriedade, ou da posse, é o que colide com os padrões comuns de conduta, adotado na comunidade onde ela se insere, ou com as normas legais cogentes. O parâmetro a ser observado nessa matéria é o da razoabilidade, ou da conduta razoável.

Conduta normal ou razoável é a que corresponde ao tipo médio de uso do imóvel, de acordo com o consenso da comunidade (cidade, bairro, vila, rua), que permite convivência harmônica, sem prejuízos ou incômodos evitáveis para o outro ou os outros. O conceito é indeterminado, a reclamar a análise de cada caso, mas segundo os parâmetros de razoabilidade. (LÔBO, pg. 209, 2018)

Nessa senda, o conceito dos atos que afetariam a saúde, segurança ou sossego da vizinhança são indetermináveis, ou seja, somente da análise do caso concreto e de suas peculiaridades é que se pode apurar se a violação dos preceitos ou não. Para depurar a análise, vários fatores devem ser observados, como os costumes locais, o zoneamento e a atividade e a localidade do imóvel. Já Orlando Gomes nos brinda com o conceito de vizinhança: *“A vizinhança é um fato que, em Direito, possui significado mais largo do que na linguagem comum. Consideram-se prédios vizinhos os que podem sofrer repercussão de atos propagados de prédios próximos ou que com estes possam ter vínculos jurídicos.”* (GOMES, pg. 204, 2012).

Nessa senda, é importante destacar que os imóveis vizinhos, para o conceito jurídico do uso anormal da propriedade não são e não se confundem com imóveis contíguos, ou seja, para ser considerado como propriedade vizinha, basta que a interferência ou atividade advinda de uma propriedade repercuta em outra. É nessa baila, que Silvio de Savio Venosa nos brinda, vejamos:

É importante perceber, de plano, que os chamados direitos de vizinhança são direitos de convivência decorrentes da proximidade ou interferência entre prédios, não necessariamente da contiguidade. Os edifícios e construções em geral servem de utilidade ao homem. Os danos e desassossegos ocasionados

por um prédio a outro decorrem, em última análise, de fatos ou atos jurídicos, na classificação estudada na Parte Geral. As regras de vizinhança têm por objetivo harmonizar a vida em sociedade e o bem-estar, sem deixar à margem as finalidades do direito de propriedade (VENOSA, pg. 314, 2019).

Verifica-se que também que as limitações ao uso, gozo e fruição decorre da própria coisa e não de seu proprietário. Por isso, são obrigações *propter rem*. Fato esse pacificado na doutrina, vejamos:

Por todos os conceitos, observa-se que as normas relativas aos direitos da vizinhança constituem claras limitações ao direito de propriedade, em prol do bem comum, da paz social. Continuando essa ideia, não se pode esquecer que as obrigações que surgem da matéria são obrigações ambulatorias ou *propter rem*, uma vez que acompanham a coisa onde quer que ela esteja. (TARTUCE, pg. 323, 2020)

Há que defenda que o uso anormal enquadrar-se-ia no instituto do abuso do direito, disposto no art. 187 do Código Civil: “*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*”.

O abuso de direito significa que houve a extrapolação dos limites que razoavelmente existem em determinada atividade, ou ainda, que tendo o agente atuado dentro do seu direito, realizou o ato de modo contraditório ou ardiloso, com culpa, e conseqüentemente, de forma consciente. Washington de Barros traz a baila reflexões sobre o instituto, exara:

Mas em que consiste o abuso do direito? É questão sobre a qual não existe uniformidade de vistas. Para uns, seu elemento caracterizador repousa na intenção de prejudicar. todas as vezes em que o titular exercite um direito movido por esse propósito subalterno, configurado estará o abuso do direito. (MONTEIRO, pg. 376, 2016).

Querer lançar-se no abuso de direito, na esfera do direito de vizinhança não nos parece a melhor estratégia ou uso do instituto. Há de se ter em mente que a responsabilidade no direito de vizinhança é objetiva, ou seja, decorre do próprio ato em si, não havendo que se apurar culpa ou índole do agente. Por seu turno, entende-se que o abuso de direito pressupõe a demonstração de culpa e excessos intencionalmente praticados, o que excede os requisitos necessários para a demonstração de violação a segurança, sossego ou saúde dos vizinhos.

Como exemplo da ineficácia do abuso de direito para o direito de vizinhança, pensemos em uma indústria química que despeja dejetos tratados em um rio que é utilizado para a coleta de água para a população local. Pois bem, em um certo dia, sem haver intenção da indústria, há um vazamento de toxinas no rio que prejudica o consumo de água. Ora, houve prejuízo a saúde. Não cabe aqui se debater sobre a não ocorrência de ilícito porque não houve a culpabilidade da indústria ou, ainda, se ela excedeu as atividades rotineiras que ali pratica. O liame causal está posto e deve bastar para esta situação.

Estando a conceituação e delimitação do uso anormal da propriedade realizados, passamos agora a se debruçar a análise de julgados dos Tribunais, que nos permitirá entender como e em quais ocasiões tem sido reconhecido o uso anormal da propriedade.

Sobre a emissão continua de ruídos, o TJRS argumentou:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITOS DE

VIZINHANÇA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. INAPLICABILIDADE. Nos termos do art. 17 do CDC, para fins de aferição de responsabilidade por fato do produto ou serviço equiparam-se a consumidores todas as vítimas do evento. Na hipótese dos autos, contudo, apesar da atividade exercida pelo réu, não se verifica acidente de consumo nos fatos narrados pela inicial, razão pela qual inaplicável o instituto do consumidor por equiparação e a conseqüente análise da questão sob o espectro consumerista. Afastada a aplicação do CDC. USO ANORMAL DA PROPRIEDADE. EXCESSO DE RUÍDOS. POLUIÇÃO SONORA. DANO MORAL. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Contudo, incumbe ao autor o ônus de provar a alegada perturbação do sossego (art. 333, I, do CPC/1973 - atual art. 373 do CPC/2015). Na hipótese dos autos, há prova suficiente acerca do excesso de ruídos ultrapassar os limites permitidos por período significativo, o que configura dano moral indenizável. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70072952518, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em: 05-10-2017 – grifo nosso)

Este caso em tela se trata de ruídos produzidos por geradores elétricos de uma rede atacadista, que não foram mitigados e continuaram a conturbar o sossego dos vizinhos. Por anos a vizinha reclamou dos ruídos produzidos, inclusive lavrando Boletim de Ocorrência, fato que demonstrou que a mesma estava com o sossego perturbado. O desembargador relator destacou em seu voto que: *“a avaliação obtida na frente da fonte geradora ultrapassou o limite de 55dB(A) estabelecido pela norma técnica. O empreendedor estava junto no momento da vistoria e ficou ciente de que ainda necessita alternativas para diminuir o ruído próximo à fonte geradora”*. Por isso, conclui-se que o que motivou a condenação do atacadista em danos morais no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) foi a emissão de ruído acima do permitido e a omissão em mitigar o mesmo.

Na mesma toada de reconhecimento do dever de indenizar por descumprimento ao sossego alheio, foi o entendimento do TJMG, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITO DE VIZINHANÇA. LESÃO AO SOSSEGO E À TRANQUILIDADE. USO ANORMAL DA PROPRIEDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO.

- A violação a direito de vizinhança com efetiva e substancial mácula ao sossego e tranquilidade dos vizinhos causados pelo uso anormal da propriedade gera dano moral, suscetível de reparação.

- Na fixação do valor do dano moral prevalecerá o prudente arbítrio do Julgador, levando-se em conta as circunstâncias do caso, evitando que a condenação se traduza em captação de vantagem indevida, mas também que seja fixada em valor irrisório. (TJMG - Apelação Cível 1.0400.16.002404-0/001, Relator(a): Des.(a) Pedro Bernardes, 9ª CÂMARA CÍVEL,

juízo em 03/03/2020, publicação da súmula em 13/03/2020)

Este caso em comento se trata de um sítio que era alugado, segundo o relator: “*os requeridos adquiriram um sítio no local, alugando para festas e eventos no período noturno, com música estridente, vandalismo, perturbação intensa, soltura de fogos de artifício, manifestações extremas e estranhas aos costumes da comunidade*”. Inclusive, constou no processo vários Boletins de Ocorrências devido ao som excessivo, também foi julgado procedente uma ação civil pública movida pelo Ministério Público pela emissão de sons acima do permitido. Pelo o incômodo suportado, a dona do sítio foi condenada ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Já sobre o excesso de animais em uma casa, o TJMG entendeu pela necessidade de intervenção jurisdicional no conflito, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA. AÇÃO COMINATÓRIA. CANIL CLANDESTINO. DIREITO DE VIZINHANÇA. VIOLAÇÃO. 1. Nos termos da norma estabelecida no caput do art. 300 do Código de Processo Civil, poderá ser liminarmente deferida a tutela de urgência quando “houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. 2. A relevância da argumentação veiculada nas razões recursais, aliada à possibilidade de a decisão causar lesão de difícil reparação ao recorrente, recomenda a concessão da medida requerida. 3. À luz das provas carreadas aos autos, verifica-se que a existência de canil na propriedade da requerida gera incômodo e perturbação ao sossego do requerente, que reside

em imóvel vizinho, o que impõe a intervenção do poder judiciário para que tal violação ao direito de vizinhança seja imediatamente encerrado. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0251.19.000832-5/001, Relator(a): Des.(a) Cláudia Maia, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/05/2020, publicação da súmula em 28/05/2020)

Este caso da comarca de Extrema trata-se de uma casa em área residencial, onde a proprietária mantinha mais de dez cães, que provocavam forte odor e ruídos. Foi pedido em tutela de urgência a retirada total dos cães ou subsidiariamente a retirada de oitenta por cento dos animais do local. Em primeira instância a liminar foi negada e em segunda instância, foi provida para que houvesse a retirada de todos os cães. No voto do relator foi destacado a realização de abaixo assinado dos animais em decorrência da lei do silêncio e houve lavratura do boletim de ocorrência.

No aspecto de segurança, em que as obras realizadas por um dos condôminos colocam em risco todo o edifício, decidiu bem o TJRS, vejamos:

DIREITO DE VIZINHANÇA. EDIFÍCIO EM CONDOMÍNIO. OBRAS NA COBERTURA. RISCOS DE RUÍNA. PROVA. ORDEM DE DESFAZIMENTO DAS OBRAS NOCIVAS. REGULARIDADE PROCEDIMENTAL. Não é de ser anulada sentença tão-somente porque não houve reedição da intimação para a apresentação dos memoriais, quando as partes foram devidamente intimadas da orientação fixada pelo magistrado, cerca de três meses antes da prolação de sentença, tendo as mesmas esgotado suas argumentações sobre a prova pericial, única a sustentar a decisão recorrida.

Provado pela perícia técnica o excesso de carga sobre a estrutura do prédio, com prejuízos já confirmados como rachaduras nos apartamentos inferiores e latente perigo de ruína, impõe-se o desfazimento das obras realizadas nas coberturas, aplicando-se, inclusive, o princípio da proporcionalidade entre os bens da vida postos em jogo. A iniciativa de uma das condôminas na demolição da obra que realizou em sua unidade habitacional, às vésperas do lançamento da sentença não é suficiente para afastar a procedência da ação. Verba honorária dos advogados e dos peritos adequadamente fixada. Liberação de prazo maior para a condômina remanescente atender o comando judicial. PRIMEIRA APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE E DESPROVIDA SEGUNDA APELAÇÃO. (Apelação Cível, Nº 70002653988, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em: 26-06-2001)

Neste caso, indiscutivelmente está se protegendo o direito a vida da coletividade, que se encontrava em risco por obra na cobertura superior a capacidade da estrutura do condomínio. Destaca-se o sopesamento feito pela relatora, *ipsis litteris*:

E mais, se a parte pretende por em risco não só o patrimônio alheio mas a vida das diversas pessoas que habitam aquela coletividade – risco comprovadamente presente – para manter as melhorias patrimoniais que alcançou, por certo não o será com o aval desta relatora. Trata-se tão-somente de aplicar o princípio da proporcionalidade entre os bens da vida em jogo, cuja balança não pende para o lado da apelante

No mesmo aspecto, sobre o risco a segurança de vizinhos, é o posicionamento do TJRJ, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. DIREITO DE VIZINHANÇA. CONSTRUÇÃO IRREGULAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ.

1- Laudo pericial conclusivo no sentido da irregularidade da obra, eis que o acréscimo resultou em uma edificação exageradamente próxima ao prédio do autor, com desnível de 75 cm entre as lajes de piso, comprometendo, em parte, a segurança e à privacidade.

2- Inteligência do art. 1.301 do CC.

3- Réu que não se desincumbiu do ônus de desconstituir as alegações autorais, nos termos do art. 373, II do CPC.

4- Sentença de procedência determinando a demolição da obra que se mantem.

5- Majoração dos honorários advocatícios em grau recursal.

6- RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(Apelação 0334183-96.2012.8.19.0001, Des. Relator João Batista Damasceno, vigésima sétima câmara cível, DJ 13/03/2020)

Nesse caso, o autor ajuizou ação de nunciação de obra nova, para impedir que seu vizinho construísse o segundo pavimento da casa, que impediria a circulação de ar e a privacidade na utilização de seu quintal. Ademais, alegou que haveria a tapagem de uma janela. Por isso, considerando-se a segurança e o sossego dentro do direito de vizinhança, o réu foi condenado na obrigação de desfazer a obra.

Como dirimido nos casos exposto, o direito de vizinhança estabelece os parâmetros básicos para a vida em sociedade, de modo a

evitar que um imóvel interfira negativamente sobre outro sob sua esfera de influência. As disposições do Código Civil são as que pautam as relações de vizinhança. Certamente grande discussão que paira sobre o tema é sobre quando há de fato violação ao sossego de alguém, isto é algo subjetivo, que deve pairar sobre as circunstâncias do caso concreto.

Há de se lembrar que sempre que haja desafio a segurança, saúde ou sossego dos vizinhos, pode os proprietários dos imóveis serem compelidos a arcar com obrigações de fazer e perdas e danos.

5. DAS CONSEQUÊNCIAS DO USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

O uso anormal da propriedade, ou seja, sua utilização de modo diverso para o qual se destina, gera repercussão no mundo jurídico. Sendo confirmado que o direito de vizinhança está sendo desrespeitado, há consequências para o proprietário do imóvel. Como bem ponderou Álvaro Villaça:

Se o uso for anormal e sem interesse social, deve cessar a atividade nociva; por exemplo, a instalação de uma fábrica de fogos de artifício na vizinhança, ou abertura de um depósito desse material perigoso em um prédio de apartamentos ou de um dancing que se instale num prédio com barulhos insuportáveis e incontornáveis. A atividade deve cessar. (AZEVEDO, pg. 108, 2018)

Desse modo, se for atividade nociva, sem a presença de interesse social estabelecido, que exclua a ilicitude da intervenção, medida que se impõe é a reparação do dano causado. O ato ilícito encontra-se disciplinado no art. 186 do Código Civil, enquanto que a extensão da indenização deve ser medida com base no art. 944 do mesmo diploma legal.

Para melhor compreensão do tema, melhor se faz trazer alguns casos concretos para discussão. Vejamos o seguinte julgado do Tribunal do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE VIZINHANÇA. INFILTRAÇÃO EM APARTAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAIS. SENTENÇA, AMPARADA EM LAUDO PERICIAL, QUE JULGOU PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS PELOS AUTORES. APELO DA RÉ BUSCANDO A REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS

- É certo que muitas vezes os aborrecimentos e entreveros entre vizinhos são inerentes à relação a que todos estamos sujeitos, e é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que o simples aborrecimento, sem prova de humilhação ou sofrimento exacerbado, não caracteriza dano moral indenizável.

- Contudo, na hipótese dos autos, constata-se que apesar de a ré, ao longo do tempo, reconhecer a sua responsabilidade pelas infiltrações causadas na casa dos autores, nunca promoveu obra que solucionasse, de vez, o problema, sujeitando os demandantes e seu filho a conviver, de forma recorrente, com os problemas de umidade, mofo e forte odor em sua residência.

- Dano moral caracterizado, cujo valor, entretanto, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e considerando as peculiaridades deste caso concreto,

merece ser reduzido.

-Recurso conhecido e desprovido.

(Apelação Cível 0160291-73.2017.8.19.0001, Relatora Desembargadora Maria Regina Nova, décima quinta câmara cível, TJRJ, DJ 13/04/2020)

Este caso trata-se de infiltração em imóvel vizinho, que apesar da infiltração contínua, o réu ficou omissivo, obrigando o autor a conviver, com mofo, odor e umidade em seu imóvel. Em segunda instância foi mantida a condenação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sendo R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos autores.

Outro julgado que vale a pena mencionar é um do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DIREITO DE VIZINHANÇA. OBRAS. DESESTABILIZAÇÃO NO IMÓVEL CONFRONTANTE. OCORRÊNCIA DE DESABAMENTO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPROVAÇÃO. Segundo dispõe o art. 1.311, do Código Civil, não é permitida a execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoronamento ou deslocação de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho, enquanto não realizadas obras acautelatórias. Havendo nexo de causalidade entre o evento danoso e os danos sofridos pela parte autora cabível indenização, por danos morais e materiais, efetivamente comprovados. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.12.030112-2/001, Relator(a): Des.(a) Newton Teixeira Carvalho, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/02/2019,

Este caso se trata de uma escola, a autora, que tinha como réu a construção de um imóvel vizinho. Ocorre que a obra apresentava sérios riscos a segurança, já que não estava atendendo os requisitos técnicos, tanto que a obra foi embargada pela Prefeitura. Contudo, mesmo com o embargo a obra procedeu em sua marcha, até que em um dia ocorreu o desabamento de três pavimentos, com escombros se espalhando na área da escola. Além do mais, após o desabamento do vizinho, a escola da autora foi interdita pela Defesa Civil para apurações. Sobre a fixação do dano moral, bem ponderou o Desembargador Relator Newton Teixeira Carvalho, em seu voto, vejamos trecho:

No que diz respeito à fixação do quantum indenizatório, segundo a melhor doutrina e reiterada jurisprudência, compete ao julgador levar em consideração a gravidade objetiva do dano e a situação socioeconômico financeira das partes. E mais, a fixação do valor indenizatório deve ser considerada como uma forma de amenizar a angústia e sofrimento experimentado pela parte ofendida.

Nessa toada, percebe-se que para a fixação do dano moral, é necessário o preenchimento dos requisitos para a caracterização da responsabilidade civil, é dizer, que estejam presentes o dano (prejuízo causado), nexa causal (que o fato ocorreu em decorrência da conduta praticada) e a culpa (que havia intenção ou ciência de que o evento danoso iria ser produzido).

Depois da caracterização do dano moral, é hora de sua fixação. Para isso, deve ser mensurado pelo Magistrado, diante do caso concreto, o grau de culpabilidade do agente, a capacidade econômica de ambas as partes envolvidas na lide e apurar se o montante fixado é capaz de gerar uma reparação, sem que haja enriquecimento ilícito ou condenação em

pequena monta que não seja capaz de inibir a prática ilícita.

6. CONCLUSÃO

Conforme se depreende da exposição ao longo do trabalho há várias situações em que ocorre o uso anormal da propriedade. Dependendo da modalidade de uso, pode ou não haver incidência de obrigações de fazer/não fazer, bem como da indenização em danos. A primeira modalidade é o uso normal da propriedade, com incômodos pontuais e esporádicos, que se encontra dentro do uso corriqueiro. A segunda modalidade é o uso anormal, contudo, com a presença do interesse social, que não gera obrigação de fazer, mas pode gerar indenização a depender do caso concreto. Já a terceira modalidade diz respeito ao uso anormal sem a presença do interesse social, ou que se reveste de ilicitude civil, cabendo a condenação em obrigações de fazer/não fazer, bem como a incidência de indenizações.

Desse modo, resta caracterizado de que o direito de propriedade não é algo absoluto, ou seja, este comporta certas limitações em decorrência do convívio em sociedade, que pressupõe alguns patamares mínimos de civilidade. Dentro da civilidade deve-se ressaltar a prevalência da segurança, saúde e sossego de todos, como bem ponderado pela norma civilista e pela jurisprudência dos Tribunais Estaduais.

REFERÊNCIAS:

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de Direito Civil, v. 5, Direito das Coisas. 2. São Paulo Saraiva 2018

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acessado em 29 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo: ADI 2213 MC. Ministro Relator: Celso de Mello.

GONÇALVES, Carlo Roberto. Direito Civil Direito das Coisas. 18. São Paulo Saraiva 2017

GOMES, Orlando. Direitos reais. 21. Rio de Janeiro Forense 2012

LÔBO, Paulo. Direito civil, v. 4 coisas. 4. São Paulo Saraiva 2018

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil 1 parte geral. 45. São Paulo Saraiva 2015

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Cível 1.0134.13.015883-2/001. Relator: Desembargador Pedro Bernardes.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Cível 1.0105.14.031502-6/001. Desembargador Relator: Manoel dos Reis Morais

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: 1.0702.09.617428-0/001. Desembargador Relator: Mota e Silva.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Cível 1.0400.16.002404-0/001. Desembargador Relator: Pedro Bernardes.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: Agravo de Instrumento-Cv 1.0251.19.000832-5/001. Desembargadora Relatora: Cláudia Maia.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Cível 1.0024.12.030112-2/001. Desembargador Relator: Newton Teixeira Carvalho

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Cível 70081440166. Desembargador Relator: Liege Puricelli Pires.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Cível 70066745720. Desembargador Relator: Marco Antonio Angelo

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Cível 70072952518. Desembargador Relator: Marco Antonio Angelo.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação

Cível 70002653988. Desembargadora Relatora: Elaine Harzheim Macedo.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação 0334183-96.2012.8.19.0001. Desembargador Relator: João Batista Damasceno.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Cível 0160291-73.2017.8.19.0001. Desembargadora Relatora: Maria Regina Nova.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Processo: Apelação Cível n. 2009.019713-5. Desembargador Relator: Luiz César Medeiros.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4 Direitos das Coisas, Rio de Janeiro Forense 2020

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil, v. 4 Direitos Reais. 19. Rio de Janeiro Atlas 2019

O DIREITO REAL DE LAJE E A POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO

Autora: Ana Paula Rodrigues Rossetto⁶

Autora: Sirlândia Aparecida Cordeiro de Oliveira Souza⁷

RESUMO: O presente trabalho analisará o direito real de laje acrescentado ao rol de direitos reais do art. 1225 do Código Civil Brasileiro de 2002 pela Lei 13.465/17. Para tanto, perquirirá os contornos do novo instituto do Direito Civil como direito real, como também a sua regulamentação através dos seus novos artigos 1.510 – A 1.510 - E. Para tanto, será estudado, inicialmente, a definição do direito de laje trazido pelo artigo 1.510 – A, *Caput*. Posteriormente, será abordada a problemática da efetivação do novo instituto frente a burocracia existente no Brasil. Prescreverá o direito real de laje como garantia constitucional, versando sobre o aspecto da função social da propriedade e o direito constitucional de moradia. Adotar-se-á na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos e obras que versem a respeito do tema e da correspondente legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras.

Palavras-chave:: Aquisição da Propriedade. Direito Real. Moradia. Aquisição Prescritiva.

6 Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; e-mail: anapaularrossetto@gmail.com

7 Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; e-mail: sirlandiasouza@ymail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar e explicar o direito real de laje introduzido no nosso direito civil a partir da Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017 e a sua possibilidade de usucapião.

Para o seu respaldo, o método utilizado é a análise da lei e das incipientes doutrina e jurisprudência nacional.

A importância da abordagem do tema é trazida pela escassez de estudos sobre ele, tendo em vista a sua inovação legal.

2. A LEGALIDADE DO DIREITO REAL DE LAJE

O Direito Real à Laje foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio, através da Medida Provisória 759/16, convertida na Lei 13.465/17; esta, que veio tratar, inclusive, da Regularização Fundiária Urbana e Rural no Brasil, acrescentando a Laje ao rol de direitos reais, o artigo 1.225, do Código Civil de 2002.

O artigo 1.225, do Código Civil atual elenca o rol dos direitos reais, que são aqueles direitos que, diferentemente dos direitos obrigacionais, liga o sujeito diretamente à coisa, sem a necessidade de participação de outrem. Direito real é, na lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2.017, p. 986) “o direito que traduz o poder jurídico direto de uma pessoa sobre uma coisa, submetendo-a em todos (propriedade) ou em alguns de seus aspectos (usufruto, servidão, superfície etc.). Para o seu exercício, portanto, prescinde-se de outro sujeito.

Cabe ressaltar que os direitos reais se caracterizam pela legalidade, ou seja, advêm somente da própria lei, não sendo, portanto, viável a sua constituição por mero acordo de vontades dos particulares, nos termos do art. 1.227 do CC/2002: “*Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.*”

Quanto a taxatividade do rol dos direitos reais, tem que não há como ser estendido pela vontade das partes. Nesse sentido, a doutrina do professor Adriano Stanley Rocha Souza:

“Por fim, a mais importante das diferenças entre os direitos reais e os direitos pessoais é que, no Brasil, em sede de Direitos Reais, vigora o princípio do *numerus clausus* (enumeração fechada; taxativa). Portanto, no Brasil, os direitos reais são somente aqueles institutos trabalhados taxativamente no artigo 1.225 do Código Civil, ao contrário dos direitos pessoais que são de livre convenção entre as partes.” (SOUZA, 2016, págs. 5 e 6.).

Além da legalidade e taxatividade, os direitos reais também se caracterizam por sua oponibilidade *erga omnes*, decorrendo daí os necessários atos da tradição e do registro. Para ratificar este entendimento, o posicionamento de Carlos Roberto Gonçalves: “*Foi a necessidade social de tornar pública a transferência dos direitos reais, que prevalecem erga omnes, que criou para os móveis a formalidade da tradição, e para os imóveis a exigência do registro.*” (GONÇALVES, 2016, pag. 222).

O direito real também se caracteriza por se vincular ou se aderir à coisa, perseguindo-a, do que decorre o direito de sequência. Sobre o direito de sequência dos direitos reais, se posicionam (Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona filho, 2.017, pag. 988.) “*o titular de um direito real poderá perseguir a coisa afetada, para buscá-la onde se encontre, e em mãos de quem quer que seja. É o aspecto privativo dos direitos reais, não tendo o direito de sequência o titular de direitos pessoais ou obrigacionais.*”

Como dissemos, quanto ao direito real de laje, este foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017, a qual alterou o art. 1.225 do Código Civil de 2002, introduzindo a este, em seu inciso XIII, o direito real sobre a laje passando este a dispor

que: “Art. 1.225. São direitos reais: (...) XIII - a laje.” tratando-se de, nos dizeres de Cristiano Chaves, Nelson Rosendal e Felipe Braga Neto (2019, p. 1.539) “instrumento normativo que explicita, com cores vibrantes, a função social da propriedade, por almejar a proteção avançada da pessoa humana.

Ainda em referência à laje, a referida Lei 13.465/2017 ainda acrescentou ao Código Civil os seguintes dispositivos:

“Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.

§ 1º O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base.

§ 2º O titular do direito real de laje responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre a sua unidade

§ 3º Os titulares da laje, unidade imobiliária autônoma constituída em matrícula própria, poderão dela usar, gozar e dispor

§ 4º A instituição do direito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas

§ 5º Os Municípios e o Distrito Federal poderão dispor sobre posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito real de laje.

§ 6º O titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real

de laje, desde que haja autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes

Art. 1.510-B. É expressamente vedado ao titular da laje prejudicar com obras novas ou com falta de reparação a segurança, a linha arquitetônica ou o arranjo estético do edifício, observadas as posturas previstas em legislação local.

Art. 1.510-C. Sem prejuízo, no que couber, das normas aplicáveis aos condomínios edilícios, para fins do direito real de laje, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes que sirvam a todo o edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum serão partilhadas entre o proprietário da construção-base e o titular da laje, na proporção que venha a ser estipulada em contrato.”

Isto posto, percebe-se que o direito real de laje passou a integrar, a partir da Lei n. 13.465/2017, o rol taxativo dos direitos reais e, assim, passou a ter prerrogativas singulares aos demais direitos.

3. BARREIRAS PARA A REGULARIZAÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE

Apesar da intenção do legislador de trazer regularização aos imóveis localizados em comunidades carentes ainda existem muitas barreiras a serem rompidas para que se efetive a lei. De acordo com FIUZA em consonância com a MP 756/2016 que deu origem à Lei n. 13.465/17:

“Pode-se extrair da exposição de motivos da MP 759/2016, convertida na Lei 13.465/17, que o principal motivo para a criação do novo direito real foi a “regularização fundiária de favelas”. Veja-se:

113. VI – SOBRE O DIREITO REAL DE LAJE. Em reforço ao propósito de adequação do Direito à realidade brasileira, marcada pela profusão de edificações sobrepostas, o texto prevê a criação do direito real de laje. 114. Por meio deste novo direito real, abre-se a possibilidade de se instituir unidade imobiliária autônoma, inclusive sob perspectiva registral, no espaço aéreo ou no subsolo de terrenos públicos ou privados, desde que esta apresente acesso exclusivo. Tudo para que não se confunda com as situações de condomínio. 115. O direito de laje não enseja a criação de co-domínio sobre o solo ou sobre as edificações já existentes. Trata-se de mecanismo eficiente para a regularização fundiária de favelas. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015_2018/2016/Exm/ExmMP%2075916.pdf. Acesso em: 03 jan. 2017.) Entretanto, o instituto não veio acompanhado de normas práticas que facilitem sua utilização fora do procedimento de regularização fundiária de interesse social.”

Segundo Fiuza, também seria necessário que se retirasse o excesso de burocracia para a averbação das construções nas lajes para que haja a concretização do direito. Neste enfoque explica FIUZA:

“Contudo, fora da esfera da regularização fundiária de interesse social, os trâmites para regularizar uma construção junto ao ente municipal, para obter a certidão de quitação previdenciária relativa à obra realizada e para averbar essa edificação no Registro de Imóveis é bastante complexo, demorado e custoso.

O resultado disso é a ausência de averbação de construção na grande maioria das matrículas.

Toda essa burocracia representa um entrave na concretização do que se poderia chamar de princípio da correspondência entre a situação fática e a matricial. Se o novo direito real visa, de fato, possibilitar a regularização da situação registral de pessoas que ocupem essas edificações sobrepostas, deveria facilitar o ingresso das construções na matrícula.”

Assim sendo, observa-se a deficiência legal para respaldar o direito real de laje e trazer efetividade à norma legal.

4. O DIREITO REAL DE LAJE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

A intenção do legislador ao consagra a laje como um direito real não foi outro senão o de trazer aos menos favorecidos a garantia constitucional à propriedade, vez que para a maioria dos indivíduos era negada a formalização de suas propriedades por estas estarem em aglomerações urbanas. Neste entendimento segue Nelson Rosevald ao que diz:

“Com a vigência da Lei n. 13.456/17 e, especialmente, a tipificação do direito de laje - com início no artigo 1.510-A do Código Civil -, abre-se um novo capítulo na constante ressignificação do direito de propriedade brasileiro, resultado da necessária tensão entre o “direito de propriedade” e o “direito à propriedade”. O direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF) como garantia institucional e direito fundamental individual,

fundado na liberdade do indivíduo de se apropriar de bens e de excluir terceiros (o clássico sujeito passivo universal). Lado outro, o direito à propriedade (art. 5º, ‘caput’, CF), como expressão do Estado Democrático de Direito pela via da universalização do acesso à propriedade. Trata-se de direito fundamental social, albergado no princípio da igualdade material, que defere a todo o ser humano o “vir a ter” e o direito de “não ser excluído” da condição de cidadão dotado de um piso patrimonial que materialize a sua dignidade e preserve a privacidade do núcleo familiar.

Nessa imanente adequação entre o direito de proteção da propriedade já consolidada (regras do jogo) e o direito promocional à propriedade como mínimo existencial (qualidade dos ‘players’), coloca-se o direito real de laje como instrumento de regularização fundiária urbana, sob medida para a realidade brasileira, na qual incontáveis famílias vivem em pavimentos distintos daquele originariamente construído sobre o solo, seja na condição de familiares do proprietário originário - em regra, um núcleo formado a partir de descendentes do titular -, ou mesmo desconhecidos, que informalmente contratam uma espécie de locação do “puxadinho” e assumem a condição de possuidores da laje (situação corrente em comunidades carentes). Em um ou outro caso, o mérito da nova legislação é de sinalizar que o acesso à propriedade da laje é significativamente superior à factualidade da posse. Enquanto a existência da posse demanda efetividade e aparência - o constante exercício e fruição -, o direito de propriedade é um signo cadastral, vínculo formal

de exclusividade entre o bem e a pessoa, deferindo-lhe a titularidade mesmo que eventualmente não exercite a posse. Mais do que uma simbologia, o registro do então fato social da laje como unidade autônoma, legaliza o gueto e converte o ‘outsider’ em membro da cidade formal. A universalização de titularidades transforma um capital morto (posse) em ativo circulável, seja pela regularização formal da laje para fins comerciais do próprio titular (o que a lei não exclui), seja pela via de hipotecas ou propriedades fiduciárias sobre a laje, permitindo que milhares de famílias finalmente tenham acesso a financiamentos bancários para a abertura de pequenos negócios.” (ROSENVALD, Nelson. O direito real de laje como nova manifestação de propriedade. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-lajecom-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>>. Acesso em: 30 jun. 2020.)

Então, como se nota, a doutrina apoia o legislador em dispensar ao direito civil a laje como direito real tendo em vista a Constituição Federal de 1988 trazer em seu corpo a garantia à moradia e à propriedade de modo a efetivar a dignidade das pessoas.

5. A DEFINIÇÃO LEGAL DE LAJE

Para dispensar à laje as prerrogativas de um direito real, o legislador, entendeu por necessário conceituar e definir o que é laje para no direito brasileiro. Assim sendo, nos termos da lei, a laje é o pavimento inferior ou superior da construção base, distinta e autônoma desta,

portanto, conforme dispõe o art. 1.510-A do CC/2002 “*O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo*”.

Então, para o legislador, a definição de laje é unidade autônoma e distinta da construção base e por isso é passível de ter registro próprio e, também, de ter proprietário diverso daquele da construção original.

Neste interim é possível apreender que a intenção do legislador é o aproveitamento da função social da propriedade, pois não a desvencilhou de sua constituição original, determinando que a sua fundação base é autônoma e distinta da laje a ser constituída em direito real. Isso significa que a laje passou a ser passível de aquisição real, porém desde que seja distinta do solo que a sustenta.

6. POSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DO DIREITO REAL DE LAJE

Em alusão ao tema é preciso compreender a dimensão da usucapião do bem imóvel no direito pátrio que permite ao possuidor deste a possibilidade de incorporar ao seu patrimônio particular a propriedade de bem ao qual antes era somente possuidor.

A usucapião de bem imóvel é tratada no Código Civil de 2002, sendo exigida para a sua declaração o atendimento de requisitos indispensáveis, quais sejam: coisa passível de ser usucapida, a posse da coisa e o decurso do tempo. Ainda é possível acrescentar a estes requisitos a boa-fé e o justo título afim de reforçar o direito sobre a coisa e com isso diminuir o tempo prazo de posse exigido para a usucapião do bem imóvel. No ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves:

“Os pressupostos da usucapião são: coisa hábil (*res habilis*) ou suscetível de usucapião, posse (*possessio*),

decurso do tempo (*tempus*), justo título (*titulus*) e boa-fé (*fides*). Os três primeiros são indispensáveis e exigidos em todas as espécies de usucapião. O justo título e a boa-fé somente são reclamados na usucapião ordinária.” (GONÇALVES, 2016, p. 274).

Em que pese a inexistência de previsão legal, quanto a possibilidade de usucapião do direito real de laje, e a escassez de julgados a respeito do tema, a questão já foi objeto de deliberação, em 2018, na Jornada de Direito Civil, quando restou aprovado o Enunciado 627.

“ENUNCIADO 627 – Art. 1.510: O direito real de laje é passível de usucapião.

Justificativa: Por se tratar a usucapião de modalidade originária de aquisição de domínio de bem imóvel privado pelo exercício da posse, incide igualmente sobre o direito real de laje (art. 1.510-A e parágrafos, CC) em suas espécies compatíveis, vale dizer, ordinária, extraordinária, especial urbana, coletiva ou extrajudicial. (<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>, acesso em 30 de julho de 2020).

No caso do direito real de laje, apesar deste ser novo no direito brasileiro, é suscetível de posse e assim também o é de ser usucapido, na lição de Cristiano Chaves De Farias, Martha El Debs E Wagner Inácio Dias: “*Considerando que o direito de laje é suscetível de posse (como, de resto, todos os bens corpóreos), infere-se, com tranquilidade e segurança, a possibilidade de usucapião da laje*”. (in *Direito de Laje. Do Puxadinho à Digna Moradia. 3ª ed rev. Atual. E ampl., Salvador: Ed JusPodivm,*

2019, pág. 127).

Ademais, para que seja declarada a usucapião do direito real de laje, é preciso que sejam preenchidos os requisitos indispensáveis para tanto conforme os autores citados indicam:

“(...) na usucapião do direito real de laje caberá ao usucapiente comprovar que possui a coisa, durante todo o lapso temporal, como se lajeário, efetivamente fosse. Deve demonstrar, por exemplo, que o imóvel sempre manteve acesso autônomo e independente, em relação ao imóvel originário e que sempre custeou as despesas geradas pela laje ou dividiu proporcionalmente com o titular do imóvel-base.

Ou seja, cabe ao usucapiente o ônus de prova de que a sua laje não era um mero acessório (benfeitoria ou acessão, por exemplo) da construção originária. Se o reconhecimento do direito de laje depende da autonomia e independência em relação ao imóvel originário, a posse do usucapiente precisa estar acobertada por essa mesma autonomia, sob pena de desvirtuar a finalidade do instituto.

(...)

A prova do ânimo de lajeário_ essencial para a usucapião da laje_ pode ser demonstrada por todo e qualquer meio lícito de prova disponibilizado pelo sistema processual”. (in *Direito de Laje. Do Puxadinho à Digna Moradia*. 3ª ed rev. Atual. E ampl., Salvador: Ed JusPodivm, 2019, págs. 129/130).

Não há impedimento para que o direito real de laje seja adquirido por meio da usucapião, como informa Pablo Stolze:

“Por fim, interessante serão os reflexos do novo regramento no Direito de Família, na medida em que não é incomum o titular da construção original ceder a unidade sobrelevada a um parente, que passa a exercer direito sobre a unidade autônoma.

Dependendo da circunstância, poderá, até mesmo, operar-se a aquisição do direito real de laje por usucapião, observados os requisitos legais da prescrição aquisitiva.” (in STOLZE, Pablo. Direito real de laje: primeiras impressões. Disponível em: <<<https://jus.com.br/artigos/54931>>>. Acesso em: 29 jun. 2020).

A propósito, vale destacar, também, a sempre enriquecedora doutrina de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Neto (2019, p. 1547):

“É de se supor que a transmissão inter vivos por contrato de cessão encontrará forte concorrente nas aquisições da laje por usucapião, vez que dezenas de milhares de edificações em tais condições devem encontrar nesta última uma alternativa concreta e direta, face às mais diferentes formas de transmissão, falecimentos e indisponibilidade dos proprietários para a promoção de medidas de consolidação da laje neste momento.”

Nesse sentido, enriquecedora passagem do artigo O Direito Real de Laje e a não efetividade da Lei 13.465 De 2017 frente aos desafios existentes na sociedade, de Felipe do Amorim Martins e Simone Oliveira Flores da Silva:

“De acordo com Cristiano Chaves de Farias⁹, a

constituição do direito de laje pode ser realizada por diversas formas, a saber: a) por meio de negócio jurídico; b) por intermédio de usucapião (usucapião à lajearia); c) através de Declaração Unilateral de Vontade; e, d) pela sobrelaje (laje de grau subsequente ou lajes sucessivas).

A constituição via negócio jurídico ocorre diante do fato de ser este o meio mais utilizado para a celebração dos direitos reais imobiliários, tendo como premissa a vontade das partes envolvidas, inclusive do titular da propriedade da construção da unidade base.

Neste sentido, seja pela doação ou compra e venda (negócio jurídico entre vivos) ou testamento, o titular de um imóvel pode transferir a sua laje em favor de um terceiro, gerando um direito real em favor dele, de modo independente da construção base.

Ademais, há a possibilidade de constituir o direito de laje por intermédio de usucapião. Isso porque o direito em tela, como via de regra, inclusive em relação aos demais bens corpóreos, é passível de posse, logo pode ser alvo de usucapião (usucapião à lajearia). Para tanto, deve-se ressaltar o preenchimento dos respectivos requisitos legais.

Por outro lado, ainda pode ser vislumbrada a aquisição do direito real de laje através de Declaração Unilateral de Vontade. Isso se deve à possibilidade do proprietário do imóvel base de declarar unilateralmente a sua vontade a fim de transmitir a sua laje para terceiros, de modo que surja efeitos constitutivos de direitos. Tal fato é plenamente possível, tendo em vista o Código Civil não é taxativo quando tipifica algumas situações jurídicas ensejadoras de declaração unilateral de

vontade presentes nos artigos 85410 e 88611 do diploma legal mencionado.

Outra hipótese consiste em constituir o direito de laje pela sobrelaje (laje de grau subsequente ou lajes sucessivas).

Por fim, além das possibilidades elencadas, o direito real de laje pode ser eventualmente constituído ou transferido por *causa mortis* aos herdeiros legítimos e testamentários.

Disponível em: < <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/5921>> consultado em 02 de julho de 2020.

Do mesmo modo afirma Fiuza e Couto apoiados na Lei Civil:

“O direito real de laje pode ser constituído e transferido por ato entre vivos ou causa mortis, aos herdeiros legítimos e testamentários. É também passível de ser adquirido por usucapião, tendo em vista o tempo e o animus possessório do ocupante da edificação existente. Admite-se a usucapião ordinária, com justo título e boa-fé, após 10 anos de posse mansa e contínua, com vontade de dono, podendo este prazo se reduzir a cinco anos, caso a instituição da laje haja sido onerosa, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que o possuidor houver estabelecido sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico (parágrafo único, art. 1.242, Código Civil). A usucapião poderá ser também extraordinária, caso não haja justo título ou boa-fé, após um lapso de quinze anos de posse mansa e ininterrupta, com vontade de dono. O prazo

será reduzido a dez anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (parágrafo único, art. 1.238, Código Civil).” (FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017. *Civilistica*. com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/ensaio-sobre-o-direito-real-de-laje/>>. Acesso em 29 jun. 2020).

Assim sendo chega-se ao entendimento de que o direito real de laje é passível de ser usucapido, mas é preciso atender às exigências legais para a declaração da usucapião e também observar a independência e autonomia da laje objeto de interesse da usucapião.

7. DECISÕES JUDICIAIS SOBRE O DIREITO REAL DE LAJE

Por ser um instituto novo no direito pátrio não existem, nos tribunais, muitas decisões sobre o assunto, contudo as incipientes decisões reforçam o entendimento favorável da doutrina pela possibilidade da usucapião do direito real de laje, como se pode verificar abaixo:

Cabe destacar a primeira sentença que reconheceu o direito de laje em ação de usucapião do juiz de direito da 26ª Vara Cível de Recife – PE, na qual foi reconhecido o direito de laje com o posterior registro perante o cartório de registro de imóveis:

“Com relação à segunda Ação, observo que a autora pugnou também pela declaração da Usucapião da parte que lhe foi cedida pelo seu genitor, casa 743-

A. tendo a Ação sido instruída como tal, inclusive com a citação das fazendas, confinantes, eventuais interessados, além da audiência de instrução para provar a regularidade da posse e o decurso do tempo. No entanto, observo que não faz jus a autora à declaração da prescrição aquisitiva. É sabido que o instituto da usucapião pressupõe aquisição originária da propriedade, o que não ocorreu no presente caso. Dos fatos narrados e documentados, verifico que a autora adquiriu a posse do imóvel do seu genitor, por meio de cessão, que à época da negociação já era proprietário da casa 743, uma vez que a sentença de usucapião é meramente declaratória. Nesse sentido, a referida posse é derivada, sendo evidente a relação negocial existente entre o cedente e a cessionária, de forma que a usucapião é via inadequada para regularizar a propriedade. Por outro lado, observo que a casa 743-A foi construída na superfície superior da casa 743, de modo que a pretensão de aquisição da propriedade mais se coaduna ao direito de laje, previsto no art. 1.510-A do Código Civil, que assim dispõe: Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo. dcm 5 Desta feita, tendo havido a cessão do Sr. José Carlos da Silva da casa 743-A em favor da sua filha, Ladyane, autora da segunda ação, devidamente registrada em cartório, há que ser reconhecido o seu direito de laje, devendo o bem possuir registro próprio e dele podendo a autora usar, gozar e dispor. Ante o exposto, atento ao que

mais dos autos consta e aos princípios de Direito aplicáveis à espécie, além de estar em conformidade com o art. 1.242 do Código Civil, julgo procedente o pedido formulado na Ação de Usucapião nº 0027691-84.2013.8.17.0001, para declarar a ocorrência da prescrição aquisitiva e, em decorrência, constituir o domínio da parte autora sobre o imóvel indicado na inicial, devendo esta sentença, juntamente com a sua certidão de trânsito em julgado, servir de título para a averbação ou registro (art. 172 da Lei de Registros Públicos) oportunamente, no Cartório de Registro de Imóveis competente, pagos os emolumentos e respeitadas as formalidades legais. Por outro lado, julgo improcedente o pedido de usucapião de formulado na Ação de Usucapião nº 0071376-44.2013.8.17.0001, ao tempo em que reconheço o Direito de Laje da casa 743-A à autora, nos termos do art. 1.510-A do Código Civil, devendo o imóvel referido ser registrado com matrícula própria, pagos os impostos e emolumentos e respeitadas as formalidades legais. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Custas satisfeitas. Sem honorários. Após o trânsito em julgado desta decisão, arquivem-se os autos. Recife, 14 de julho de 2017. Rafael de Menezes Juiz de Direito.” Disponível em: <<https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/direito-de-laje-e-reconhecido-em-acao-de-usucapiao-juiz-de-direito-de-pernambuco-prolata-a-primeira-sentenca-do-pais>> Acesso em: 30 de junho de 2020.

Ainda, seguindo este entendimento, tem-se a decisão abaixo citada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. LIMINAR INDEFERIDA NA ORIGEM. EMBARGANTES QUE PRETENDEM SUSTAR A ORDEM DE IMISSÃO NA POSSE EXPEDIDA EM FAVOR DOS RECORRIDOS, ALEGANDO QUE EXERCEM DIREITO SOBRE O IMÓVEL QUE SE ENCONTRA ACIMA DA CONSTRUÇÃO ORIGINAL. JUÍZO A *QUO* QUE AFASTOU A EXISTÊNCIA DO DIREITO REAL DE LAJE ANTE A AUSÊNCIA DE REGISTRO. FATO QUE, SÓ DE SI, NÃO OBSTA A PROTEÇÃO POSSESSÓRIA ALMEJADA. DIREITO DE LAJE PASSÍVEL DE RECONHECIMENTO PELA VIA DA USUCAPIÃO. NATUREZA DA POSSE QUE DEPENDE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ELEMENTOS DE PROVA QUE, NESTA FASE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA E NÃO EXAURIENTE, PERMITEM A CONCESSÃO DA LIMINAR ALMEJADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO. (TJ-SC-AGT: 40233288120198240000 Joinville 4023328-81.2019.8.24.0000, Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber, Data de Julgamento: 26/09/2019, Segunda Câmara de Direito Civil).

Pelas decisões acima é possível perceber, já na ementa, que o viés de entendimento dos tribunais é pelo cabimento da usucapião do direito real de laje, ainda que esta não esteja amparada pela formalidade do registro, ou seja, trata de apenas posse da laje, desde que sejam atendidos os requisitos exigidos para a usucapião em dilação probatória para este fim.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, se extrai que o direito real de laje é um instituto que, em que pese ter sido reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro apenas recentemente, na verdade não é algo que se possa dizer se tratar de uma novidade, eis que os ditos “puxadinhos” há muito já fazem parte da realidade brasileira.

A inexistência de políticas públicas que regulassem o crescimento populacional e a ampliação desordenada das cidades fizeram com que, de um lado, quem tinha condições econômicas mais favorecidas conseguia fixar moradia digna e regular, ao passo que aqueles que detinham poucos recursos financeiros, totalmente abandonados pelo Estado, viram-se obrigados a viverem aglomerados nos reduzidos e irregulares espaços periféricos das cidades que se convencionou denominar “favelas”.

Tais modelos de habitação ferem de forma gritante princípios caros a nossa ordem constitucional, sobretudo, princípios fundamentais como o de moradia digna. Não é crível que, em um país com dimensões continentais, não se consiga dar efetividade à função social da propriedade, de modo a concretizar o direito social da moradia para, assim, reverenciar aquele que é tido como o maior de todos os princípios, a dignidade humana.

Nesse cenário, após intensos debates, o legislador positivou o direito de laje no ordenamento jurídico brasileiro, introduzido pela Lei n. 13.465/17.

É perceptível a boa intenção do legislador que buscou formalizar a realidade de muitos imóveis que não têm registro a fim milhões de cidadãos possam ter a possibilidade de obterem o registro autônomo de seu imóvel e a partir daí obterem todos os direitos (e deveres) decorrente do registro, trazendo aos seus possuidores a dignidade e garantia à propriedade previstas na Constituição Federal de 1988.

Para tanto, o primeiro passo se fez, no entanto, existem muitos

empecilhos a serem superados para a concretização deste novo direito, posto que os indivíduos a serem atingidos por esta lei muitas vezes não terão condições jurídicas (e financeiras) para formalizarem seus imóveis.

Com efeito, a própria legislação criou entraves à efetivação do direito quando, por exemplo, exigiu registro do imóvel- base. Ora, nos ambientes da população de baixa renda, em favelas, principalmente, a maior parte desses imóveis base também não possuem registro. Além disso, o procedimento para a regulamentação é extremamente complexo, burocrático e oneroso para a população menos favorecida. Questões que se refletem diretamente na não efetividade do direito. Assim, além dos entraves gerados pela própria lei, ainda se verifica o escasso apoio estatal e social que não os permitem a concretização do direito de laje.

Assim, é patente que a deficiência legislativa é de fato um dos motivos não efetividade ao direito de laje, tendo em vista que a lei prevê o direito real de laje, amparado pela garantia à propriedade da própria Constituição Federal, mas não prevê meios para que este direito seja efetivado.

Apesar da inércia legal, os tribunais, com o amparo da melhor doutrina, caminham no sentido de reconhecer o direito de laje, permitindo a regularização da laje através da usucapião, o que denota a regularização e formalização da propriedade por meio indireto.

Contudo, para que os tribunais decidam pela proteção ao direito real de laje por via da usucapião é necessário que sejam atendidos os requisitos exigidos pelo Código Civil de 2002 para a sua configuração além de que sejam observados a autonomia e independência da laje a ser usucapida.

Concluimos que, sem, ao menos, haver uma alteração legislativa a permitir que o registro da laje seja realizado independentemente de o imóvel base estar regularizado, e, ainda, sem contar com a boa vontade do Estado no sentido de desburocratizar o procedimento e desonerar a população que necessita realmente da efetivação do seu direito, não será possível efetivar o novo direito real; e, dessa forma, a questão ficará a

mercê dos juízes para reconhecer a usucapião, que, como demonstramos, é plenamente possível na seara do direito de laje, o que acabaria por descaracterizar o instituto, e, por via oblíqua, impediria o pleno acesso à moradia digna, descumprindo os comandos constitucionais da função social da propriedade, do mínimo existencial e da dignidade da pessoa.

REFERÊNCIAS

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito de Laje** / Martha El Debs, Wagner Inácio Dias e Cristiano Chaves de Farias – 3. Ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019, págs. 127,129 e 130).

FIUZA, César Augusto de Castro; COUTO, Marcelo de Rezende Campos Marinho. Ensaio sobre o direito real de laje como previsto na Lei 13.465/2017. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/ensaio-sobre-o-direito-real-de-laje/>>. Acesso em 29 jun. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 5: Direito das coisas*, 11 ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2016.

ROSENVALD, Nelson. O direito real de laje como nova manifestação de propriedade. Disponível em:<<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/O-direito-real-de-lajecomo-novamanifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. *Direito das Coisas*, 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

STOLZE, Pablo. Direito real de laje: primeiras impressões. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4936, 5 jan. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54931>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

TJ-SC-AGT: 40233288120198240000 Joinville 4023328-81.2019.8.24.0000, Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber, Data de Julgamento: 26/09/2019, Segunda Câmara de Direito Civil). Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762528212/agravo-interno-agt-40233288120198240000-joinville-4023328-8120198240000/inteiro-teor-762528264>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

A ADMINISTRAÇÃO CONDOMINIAL ALÉM DA PREVISÃO LEGAL E CONVENCIONAL

*André Couto Guimarães Costa*⁸

RESUMO: O objetivo do presente artigo é tratar da importância do exercício da administração de um síndico condominial de forma a demonstrar que não basta a mera observância dos preceitos legais e/ou convencionais para que seja efetivo o exercício da sindicância. Questiona-se, portanto, se o síndico condominial se o síndico deve se preocupar em agir para além das previsões legais e convencionais. A princípio a hipótese é positiva, no sentido de que isto deve ser uma preocupação do síndico. Numa era em que a complexidade da vida humana, aliada ao surgimento constante de novas tecnologias e à chegada de novas modalidades de condomínios, a mera função de cuidar da comunidade condominial, de maneira simplória, já não se mostra mais suficiente. A pessoa que se propõe a esta nobre função precisa de habilidades administrativas, bons conhecimentos interdisciplinares, na busca da economia e valorização do patrimônio. Como mandatário de uma coletividade, e portanto sujeito de obrigações, o síndico possui deveres anexos (éticos) de conduta, que se traduzem, principalmente em liderança, diligência, e capacidade de mediar conflitos, pilares de uma boa administração condominial. Havendo a constatação de que, hoje, a administração condominial em geral ainda é, em maioria, amadora, a hipótese se confirma. A técnica de pesquisa será bibliográfica e o método utilizado será o dedutivo. Foi utilizada como marco teórico a Lei 4.591/64.

Palavras-chave:: Responsabilidade do síndico. Administração Condominial. Deveres anexos de conduta.

⁸ Pós-graduando no Curso de Direito Civil Aplicado pelo IEC - PUC MINAS. Graduado em Direito pela Universidade FUMEC. Advogado. email: andre@guimaraes-costa.com

INTRODUÇÃO

O engrandecimento das cidades decorrente do crescimento populacional nos centros urbanos, sobretudo após o período do pós-guerra, aliado à diminuição de espaços em locais adequados à concentração de pessoas, demandou que a sociedade se organizasse de forma adequada dentro de um mesmo espaço. Essa realidade trouxe a solução de verticalização dos imóveis, que já tinha raízes muito antigas, mas que ganhou contornos de grande importância até por ostentar um caráter de definitividade. Com o desenvolvimento vertical das cidades, e a conseqüente multiplicação de prédios, surgiu a necessidade de se regulamentar essa “nova” relação jurídica, esse novo modo de comunhão de vidas, que combina propriedade comum e propriedade exclusiva.

Neste contexto, foi publicada, em 1964, a Lei 4.591, trazendo disposições sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias.⁹ Em seu texto, regulamentou a estrutura do condomínio em edifícios, como por exemplo as partes comuns e as partes exclusivas, fração ideal, a convenção de condomínio, os direitos e deveres dos condôminos, as despesas do condomínio, a administração, a assembleia geral, dentre outras previsões.

Em 2002, com a entrada em vigor do novo Código Civil, apareceram disposições similares às já existentes na Lei 4.591/64, como por exemplo as atinentes às disposições gerais do condomínio edilício (art. 1.331 a 1.346), administração do condomínio (art. art. 1.347 a 1.356), formas de extinção do condomínio (arts. 1.357 a 1.358-A), além de inovações, como por exemplo, o conceito de “condomínio edilício” do art. 1.331, estabelecendo que “pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos”, além de outros como possibilidade aplicação de penalidade por descumprimento reiterado de deveres (art. 1.337, *caput*), possibilidade de aplicação de multa de até o quántuplo do valor da cota

⁹ Lei 4.591/64 - Dispõe sôbre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

condominial (art. 1.337, parágrafo único), dentre vários outros.

Como relação jurídica complexa que se tornou, e vem se tornando cada vez mais, o condomínio, ambiente onde existem direitos e deveres, patrimônio, relações jurídicas contratuais, relações trabalhistas, interesses antagônicos, direito de propriedade, relações locatícias, enfim, uma gama imensa de relações diversas, fez com que a função do síndico passasse a ser cada vez mais fundamental, exigindo-se dele uma habilidade gerencial que transcende ao simples mandato.

Um dos fatores que mais contribuiu para essa mudança de realidade foi a transformação da rotina humana, que reflete diretamente na concepção de administração dos condomínios. A falta de tempo das pessoas, aliada à exigência de morar em um ambiente cada vez mais seguro e ordeiro, passou a exigir do síndico-administrador habilidades e aptidões para lidar com a tarefa de possibilitar uma convivência harmônica, não somente entre os personagens do complexo condominial, mas também a harmonia entre os interesses econômicos da propriedade individual e os interesses difusos (meio ambiente e as relações de consumo).¹⁰

Além disto, hoje existem diversas modalidades complexas de condomínios, dentre as quais se destacam os condomínios multimodal, multifuncional, condomínios-*resorts*, os quais, por sua natureza, demandam uma administração profissionalizada, capaz de lidar com toda a sua complexidade, não havendo mais espaço para uma administração amadora. Por isto, o síndico precisa ter noções e habilidades voltadas ao exercício de um cargo de liderança, como mediação de conflitos e diligência.

Portanto, o síndico, hoje, não pode mais ser um mero cumpridor de mandato dentro de condomínio. Ele precisa ter competências de um bom administrador, de modo a traçar as prioridades, promover a mediação de conflitos, estimular a participação dos condôminos e moradores, definir os objetivos, promover a sustentabilidade, segurança, além de buscar

10 FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. Propriedade horizontal e vertical. 2. Ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

economia, e tudo o que trouxer os melhores benefícios para coletividade condominial.

2. AS FUNÇÕES GERAIS E LEGAIS DO SÍNDICO

A primeira lei que se dedicou a uma regulamentação mais detalhada do condomínio, visto este como um novo fato jurídico, uma nova realidade social, foi a Lei 4.591/64, concebida pelo renomado jurista brasileiro Caio Mário da Silva Pereira, época em que o regramento de condomínios em edifícios era ainda incipiente. O projeto dessa lei respondia a uma necessidade do setor imobiliário, que não dispunha ainda de uma legislação adequada a essa nova realidade. O crescimento dos investimentos no setor imobiliário dependia de uma urgente regulação jurídica, que deveria consolidar um novo sistema de proteção ao adquirente, trazendo um cenário de segurança para o mercado imobiliário, fazendo com que a diversidade de situações internas dos prédios tivesse o seu próprio regramento. Essa lei trouxe regras para os então chamados “condomínios em edificações”, estabelecendo, em seu artigo 22, algumas competências do síndico:

- a) representar ativa e passivamente, o condomínio, em juízo ou fora dele, e praticar os atos de defesa dos interesses comuns, nos limites das atribuições conferidas por esta Lei ou pela Convenção;
- b) exercer a administração interna da edificação ou do conjunto de edificações, no que respeita à sua vigência, moralidade e segurança, bem como aos serviços que interessam a todos os moradores;
- c) praticar os atos que lhe atribuírem as leis a Convenção e o Regimento Interno;
- d) impor as multas estabelecidas na Lei, na Convenção

- ou no Regimento Interno;
- e) cumprir e fazer cumprir a Convenção e o Regimento Interno, bem como executar e fazer executar as deliberações da assembleia;
- f) prestar contas à assembleia dos condôminos.
- g) manter guardada durante o prazo de cinco anos para eventuais necessidades de verificação contábil, toda a documentação relativa ao condomínio.

Posteriormente, praticamente quatro décadas depois, a Lei 10.406/02 (o Código Civil), mantendo a ideia básica da configuração do condomínio, trazendo em seu bojo algumas mudanças pontuais, denominando-o “condomínio edilício”, consolidando de vez o instituto do condomínio em edificações, que já se apresentava como uma realidade jurídica e portanto recebeu ali sua regulamentação que até hoje se encontra vigente.

No que tange às funções do síndico, os artigos 1347 e 1.348, estabelecem o seguinte:

Art. 1.347. A assembleia escolherá um síndico, que poderá não ser condômino, para administrar o condomínio, por prazo não superior a dois anos, o qual poderá renovar-se.

Art. 1.348. Compete ao síndico:

I - convocar a assembleia dos condôminos;

II - representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns;

III - dar imediato conhecimento à assembleia da existência de procedimento judicial ou administrativo, de interesse do condomínio;

IV - cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia;

V - diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores;

VI - elaborar o orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano;

VII - cobrar dos condôminos as suas contribuições, bem como impor e cobrar as multas devidas;

VIII - prestar contas à assembleia, anualmente e quando exigidas;

IX - realizar o seguro da edificação.

§ 1º Poderá a assembleia investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação.

§ 2º O síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembleia, salvo disposição em contrário da convenção.[...]

Art. 1.350. Convocará o síndico, anualmente, reunião da assembleia dos condôminos, na forma prevista na convenção, a fim de aprovar o orçamento das despesas, as contribuições dos condôminos e a prestação de contas, e eventualmente eleger-lhe o substituto e alterar o regimento interno.

§ 1º Se o síndico não convocar a assembleia, um quarto dos condôminos poderá fazê-lo.

§ 2º Se a assembleia não se reunir, o juiz decidirá, a requerimento de qualquer condômino.

Como se vê, as duas legislações apresentam um caráter de complementaridade, embora alguns dispositivos tenham sido repetidos com o advento do Código Civil. De todo modo, em análise sistemática, é possível afirmar que a lei, no geral, confere ao síndico duas atribuições genéricas, quais sejam, a de representar o condomínio e a de exercer a sua

administração interna.

A representação do condomínio é ativa e passiva, seja ela judicial ou extrajudicial, para atuação em nome do condomínio, considerado este como a coletividade de condôminos. Não se trata representação que envolva interesses particulares de condôminos, como por exemplo, desapropriação de unidades autônomas ou de partes comuns, hipótese em que seria obrigatória a citação de todos os coproprietários interessados.

Já as funções administrativas, objeto da presente análise, são aquelas dizem respeito a uma posição de liderança e de gestão, na atuação do síndico como mandatário do condomínio. E é aí que reside a importância de uma boa compreensão do que é administrar, pois se trata de uma atuação que transcende à mera delimitação legal das atribuições.

A intenção do legislador foi prever uma atuação do mandatário com propósito de promover uma gestão genérica do bem comum e para o bem comum, vez que o síndico tem os seus deveres básicos, previstos em lei. No geral, esses deveres básicos consistem em: resolver as situações que exijam alguma tomada de providências, como a convocação de assembleias, cobrança de inadimplências, contratação de fornecedores, colocação de circulares e avisos, intervenção em situações internas de risco, zelar pelos bens ou áreas comuns, dentre tantas outras atribuições, imposição de multas, zelar pela moralidade, de fazer cumprir a convenção e os atos determinados em assembleia, prestar contas à assembleia, dentre tantas outras, consistem em atos básicos para a manutenção da ordem dentro da comunidade condominial.

Todavia, especialmente nos dias atuais, esses deveres e responsabilidades do mandatário condominial não se mostram mais suficientes. Como os condomínios vêm ganhando novas feições, as responsabilidades para a função de síndico se multiplicaram¹¹. Essa multiplicação, entretanto, não decorre, de novas atribuições legais.

A cada dia, surgem novas modalidades de condomínios, com

11 <https://centraldecondominios.com.br/sindico-profissional-e-sua-importancia>. Acessado em 27/06/2020

novas estruturas internas, tais como clubes de recreação, academias de esportes, centros de convenção, dentre outras que, há não tanto tempo, eram raras e hoje são encontrados com frequência. Grande parte deles hoje se equiparam a verdadeiras empresas de pequeno e médio porte; contrai obrigações, tais como recolhimento de INSS, de FGTS, PIS, COFINS, firma contratos, contrata empregados, fatura compras, preenche livros fiscais, dentre outras atribuições que empresas estão obrigadas. Não por outro motivo, a própria Receita Federal reconhece como tal e determina a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas. O artigo 4º da Instrução Normativa 1863, da RFB, de 2018, assim estabelece:

Art. 4º São também obrigados a se inscrever no CNPJ:

(...)

II - condomínios edilícios, conceituados nos termos do art. 1.332 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e os setores condominiais na condição de filiais, desde que estes tenham sido instituídos por convenção de condomínio;

Além dos exemplos práticos acima citados, o condomínio pode, por exemplo, comprar unidade autônoma quando há leilão; na incorporação, quando se dá por administração, condôminos podem se reunir para adquirirem o apartamento do inadimplente quando ocorre o leilão. Ou seja, o condomínio, o tempo inteiro, realiza negócios jurídicos.

Um outro fato fundamental justifica a necessidade de evolução da ideia de administração condominial: a mudança da rotina humana verificada das últimas décadas. Hoje, as pessoas dedicam bem mais tempo aos seus trabalhos do que antes, fato que é justificado pela chegada das tecnologias que agilizam a comunicação. Por isto, a jornada de trabalho está cada vez mais distante da regra de limitação, embora ainda vigente.

Essa revolução social e tecnológica, inclusive, tem justificado

a atuação do chamado “síndico profissional” que já existe em muitos condomínios, tanto nos residenciais quanto nos não-residenciais. E a tendência é que a atuação destes, no futuro, seja regra. No entanto, não constitui uma profissão regulamentada (ainda) e, portanto, hoje a sindicância ainda é feita pela pessoa eleita em assembleia de condôminos.

É fundamental, portanto, compreender que não é a evolução das estruturas condominiais, por si só, que justifica a necessidade de uma administração mais adequada e profissional. A revolução cultural urbana vem demandando do síndico o conhecimento de rotinas operacionais, administrativas e de gestão de pessoas, o que implica numa posição de imparcialidade. Assim, mesmo os condomínios convencionais, que teoricamente possuem uma rotina administrativa mais simples, não devem desprezar essa nova realidade. Portanto, a eficiência no desempenho da função do síndico, mesmo em estruturas mais simples, traz inúmeros benefícios, destacando-se a valorização do patrimônio.

3. CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO E SUA APLICAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO CONDOMINIAL

A palavra administração deriva do latim (*ad*, direção para, tendência; *minister*, comparativo de inferioridade; o sufixo *ter* significa subordinação ou obediência, isto é, aquele que realiza uma função abaixo do comando de outrem, aquele que presta um serviço a outro) e significa subordinação e serviço. Em sua origem, a palavra administração denota a função que se desenvolve sob o comando de outro ou, ainda, uma atividade que se recebe por delegação de outrem¹².

Conforme leciona Idalberto Chiavenato, a administração, embora vista por quase todos os autores de uma maneira simplista e reducionista, como um processo cíclico e repetitivo de decisões e ações, constitui um sistema complexo, ou seja, uma conjugação de inúmeras variáveis

12 CHIAVENATO, I. Introdução à Teoria da Administração. 7. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2004

convergiendo sempre para o alcance final de objetivos e resultados.¹³

Os autores da doutrina administrativa atribuem, cada um ao seu modo, um conceito distinto ao vocábulo “administração”. Apesar das diferentes definições, a maioria está de acordo que a administração procura fazer alguma coisa com e por meio de pessoas. Dois conceitos, em especial, são destacados por Adelphino Teixeira da Silva¹⁴:

Conceito de HAROLD KOONTZ: “Administração é a arte de realizar coisas com e por meio de pessoas em grupos formalmente organizados.

Conceito de WILLIAN H. NEWMAN: “Administração consiste em orientar, dirigir e controlar os esforços de um grupo de indivíduos para um objetivo comum.”

Os conceitos acima apresentados são voltados, essencialmente, à administração de empresas, entendendo-se estas como atividades econômicas voltadas para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Por isto mesmo, a doutrina administrativista afirma que o administrador deve desempenhar suas funções por meio de quatro processos administrativos: planejamento, organização, direção e controle.

Nesta linha de raciocínio, a administração dos condomínios, da forma como hoje concebido, compreende, como oportunamente aqui citado, o exercício dos poderes de representação dos condôminos e de gestão da propriedade comum, ou seja, das áreas do edifício ou do conjunto de casas considerados, pela respectiva convenção de condomínio, como de propriedade coletiva¹⁵. Isto porque o síndico, como mandatário da coletividade de condôminos, está subordinado às decisões da assembleia geral de condôminos. Afinal, como vimos, administrar denota a função que se desenvolve sob o comando de outro ou, ainda, uma atividade que se recebe por delegação de outrem. Compreender, portanto, que os fundamentos da Administração são indispensáveis para atuação dos

13 CHIAVENATO, I. Administração para não administradores. A gestão de negócio ao alcance de todos. 2. Ed. Barueri, SP: Manole, 2011.

14 SILVA, Adelphino Teixeira da. Administração básica. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

15 FIGUEIREDO, Ivanildo. Direito Imobiliário. São Paulo: Atlas, 2010.

administradores e gestores, é primordial.

Para a teoria clássica do direito, a expressão “administração” significa a atividade daquele que não é senhor absoluto da coisa. No caso do síndico, é o agir conforme os interesses dos proprietários, que são os titulares de prerrogativas e dos poderes derivados da relação de domínio sobre o imóvel dividido em unidades autônomas.¹⁶

É interessante destacar a observação do renomado jurista Arnaldo Rizzardo, se referindo ao papel do síndico, ao afirmar que “o significado de “administrador” transcende à simples execução das atividades de administração, abrangendo uma dimensão maior, significativa de direção e representação”.¹⁷ Tal afirmação merece todos os elogios, pois perfeitamente alinhada com a ideia atual de administração condominial.

Embora não seja o síndico um empresário, é fundamental que ele possua habilidades empreendedoras, aja proativamente, direcionando sua atividade ao atingimento de metas que buscam os melhores resultados para o condomínio. Por isto, suas funções devem envolver o planejamento, a organização, a direção e o controle. Afinal o condomínio vive uma rotina de relações jurídicas, conforme já comentado neste trabalho.

Exemplos gestão qualificada seriam o zelo pela boa convivência entre os moradores, manutenção dos orçamentos em dia, redução de custos, modernização do elementos do prédio, investimento em segurança, habilidade de gerenciar crises, mediar conflitos, estabelecer objetivos dentro do condomínio, contratar os fornecedores que melhor atendam aos anseios dos condôminos. Além disso, uma excelente administração condominial demanda que o síndico esteja sempre disponível aos condôminos, estabelecendo uma comunicação de qualidade, com transparência, distribuição de funções.

Enfim, atitudes proativas, com diligência, prestatividade, interesse e cuidado na realização de tarefas, são características que agregam valor ao exercício da gestão e, conseqüentemente, ao patrimônio.

16 FIGUEIREDO, Ivanildo. Direito Imobiliário. São Paulo: Atlas, 2010

17 RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária. 6ª Ed. 2017

4. DEVERES ANEXOS (ACESSÓRIOS) DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS

Conforme orientação clássica e tradicional do Direito, o cumprimento de uma prestação contratual se esgotava no dever de prestar e no correlato direito de se exigir ou pretender a prestação.¹⁸ Entretanto, a ciência jurídica evoluiu no sentido contrário. Hoje, a compreensão dos deveres de conduta é a de que a relação jurídica deve ser prestada de forma total, integral, na qual o devedor e o credor da obrigação precisam se enxergar mutuamente como sujeitos colaboradores da relação, e não mais como antagonistas. O objetivo deve ser sempre uma postura que tenha como finalidade o adimplemento e o bem comum.

A relação jurídica obrigacional consiste em contrato sinalagmático através do qual uma das partes contratantes, designada prestadora, se compromete a prestar serviços ou mão de obra, que a outra, denominada beneficiária ou recebedora, se compromete a remunerar. Na definição, destacam-se os seguintes caracteres: a) bilateralidade, pois origina o contrato obrigações para ambas as partes, isto é, a prestação da atividade para o prestador de serviços e a remuneração para o que toma ou se utiliza da atividade; b) onerosidade, o que decorre da própria bilateralidade, ou seja, origina obrigações e benefícios para um e outro, não se concebendo que só um dos contratantes seja beneficiado; c) consensualidade, já que se considera perfeito o ato com o simples acordo de vontades, independentemente de forma externa, ou escrita; d) comutatividade, no sentido de impor a equivalência entre as prestações e as vantagens mútuas.¹⁹

O objeto (conteúdo) da relação é fruto da vontade das partes, e sempre deverá ser integrado pela boa-fé. O negócio jurídico consiste em

18 FARIAS, Cristiano Chaves de. Manual de Direito Civil-Volume Único / Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

19 RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária. 6ª Ed. 2017

obrigação de dar, fazer ou não fazer, e decorre da vontade das partes.

Todavia, há outros deveres que se impõem na relação jurídica obrigacional, desvinculados da vontade de seus sujeitos. É o que Cristiano Chaves de Farias chama de *diretrizes éticas do sistema jurídico*²⁰. Trata-se dos deveres de conduta, que também são conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres colaterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela.

Como consequência do princípio da boa-fé, esses deveres anexos destinam-se a resguardar o processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Consistem nos deveres de informação, respeito, fidelidade, confiança, como formas de facilitar a conclusão do adimplemento. O art. 422 do Código Civil dispõe o seguinte: *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé*. Como se vê, a própria lei já coloca explicitamente o princípio da probidade como balizador de toda relação obrigacional. Combinado com o parágrafo único o art. 2.035 do Código Civil, tem-se a boa-fé como norma de ordem pública e, portanto, sua aplicação é necessária em qualquer relação obrigacional.

O próprio conceito de inadimplemento, com base na abstração e na generalidade do princípio da boa-fé, ganha uma compreensão mais abrangente, na medida em que a inobservância dos deveres anexos acarretam em uma violação positiva da obrigação. Nesse ponto, o Conselho da Justiça Federal, por meio do Enunciado 24, editou o seguinte: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do Código Civil, a violação de deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa.”

Partindo-se da premissa de que síndico e condôminos estão vinculados por uma relação jurídica obrigacional, nela também serão observados os deveres anexos de conduta, conforme será demonstrado no

20 FARIAS, Cristiano Chaves de. Manual de Direito Civil-Volume Único / Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

próximo capítulo.

4.1 OS DEVERES ANEXOS NA ADMINISTRAÇÃO CONDOMINIAL

A relação que existe entre o síndico e o condomínio, como demonstrado, é uma relação obrigacional estatutária e, portanto, gera direitos obrigações recíprocos. E dentro da perspectiva de que a compreensão dos deveres éticos de conduta molda as relações jurídicas obrigacionais, insere-se aí o vínculo entre condomínio e síndico. Ambos, na qualidade de sujeitos da relação, possuem o dever de cumprir, suas obrigações, balizados na boa-fé.

As partes, portanto, são credoras recíprocas de obrigações. E como relação obrigacional, não cabe mais às partes exigir a prestação por si só. Os deveres colaterais fazem parte do perfeito adimplemento das obrigações, de modo que o condomínio, compreendido como a coletividade de condôminos, deverá cumprir integralmente suas obrigações, e o síndico, como mandatário, deverá também cumprir as suas.

Quanto aos deveres colaterais do síndico, alguns podem ser enumerados e destacados, sobretudo aqueles que se apresentam de modo mais latente, que são os deveres de liderança, diligência e o de mediar/administrar conflitos, conforme os próximos tópicos.

4.1.1 DEVER DE LIDERANÇA

Assumir responsabilidade de ser líder significa assumir as responsabilidades, ônus e bônus da função. O síndico, seja ele profissional ou não, necessita conduzir a gestão do condomínio, atendendo as legislações e exigências de sua função, mas jamais esquecendo que ele foi escolhido para gerir um patrimônio de dezenas de famílias, e que somados, podem ultrapassar o valor de uma empresa, ou seja a manutenção do

valor, valorização ou depreciação está atrelada a sua liderança e gestão.²¹

Ser síndico é atuar sob constante pressão, mas sua função exige que ele defina as melhores soluções de maneira rápida e espontânea. E para que tome as melhores decisões é necessária a conjugação de uma série de fatores, como por exemplo a montagem de uma boa equipe para delegar funções, determinar com convicção a ação a ser adotada por ele e por cada um da equipe em cada situação. Não se entenda equipe como o corpo administrativo somente, mas também as comissões de condôminos eventualmente formadas para determinada situação, permanente ou temporária.

As situações imprevistas estão intrinsecamente ligadas à função. Deve ele estar preparado e, por isto, o acúmulo de experiências adquiridas com circunstâncias cotidianas se mostra fundamental.

Os líderes, por fim, precisam tomar decisões e ter conhecimento. O síndico que age passivamente, sem prever problemas futuros, agindo sem amparo técnico, poderá ver enormes prejuízos e passivos jurídicos no futuro. E esse prejuízo não será somente dele, mas de todos os condôminos. Por isto, uma postura de liderança é fundamental hoje para o trabalho do síndico.

4.1.2 DEVER DE DILIGÊNCIA

O dever de diligência não se apresenta somente como dever de conduta. O síndico, como mandatário, tem obrigação expressa, conforme estabelecido no art. 667 do Código Civil:

Art. 667. O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização,

²¹ Disponível em <https://www.condominioemordem.com.br/sindico-de-sucesso-carreita/>. Acessado em 27/06/2020

poderes que devia exercer pessoalmente.

O já mencionado artigo 1.348, V, enumerando as competências do síndico, também ressalta o dever de diligência:

V - diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores;

O Dicionário Aurélio assim define a palavra “diligência”: *“Zelo, cuidado e aplicação na realização de algo”*; *Presteza, velocidade no modo de fazer algo.*

A diligência, portanto, está ligada a um dever de zelo, cuidado, presteza. O síndico precisa observar normas, antecipar problemas, cumprir as determinações de assembleias. Assim, por exemplo, caso ocorra um incêndio ou destruição da edificação e o síndico não tenha contratado o seguro exigido por lei, poderá o seu patrimônio pessoal responder pelos prejuízos causados aos condôminos, sem prejuízo das outras esferas de responsabilidade. Outro exemplo de falta de diligência seria a ausência de prestação das contas ou a ausência de aprovação das contas do período em que geriu o condomínio, o que também pode trazer graves consequências ao síndico.

Pode-se afirmar que a diligência está intimamente ligada ao dever de liderança, embora com ele não se confunda.

4.1.3 - DEVER DE MEDIAR CONFLITOS

Como lugar em que há uma coletividade de pessoas, é natural que existam conflitos de toda natureza em condomínios, desde um barulho incômodo até brigas por vagas de garagem. Historicamente, no Brasil, a justiça foi o destino de infindáveis desavenças que, muitas vezes só aumentou o problema, pois a demora da tramitação faz o litígio se tornar

desgastante.

Contudo, a mediação e conciliação, como métodos alternativos de resolução de conflitos, tem se mostrado cada vez mais efetivo na solução de controvérsias diversas em condomínios, vez que se mostra mais rápido, econômico e prático.

O síndico se depara diariamente com conflitos de diversas naturezas, seja entre condôminos, seja entre locatários e condôminos, seja entre morador e funcionário, enfim, várias são as ocorrências. Diante dessa realidade, o síndico deve ser capacitado para mediar conflitos, seja de forma preventiva ou para solucionar uma questão já posta.

É perfeitamente possível concluir que a mediação de conflitos esteja ligada ao dever de diligência, pois pressupõe o zelo e a presteza, como deveres de antecipar problemas, resolvendo-o antes que se torne algo grave.

5. CONCLUSÃO

O alcance da responsabilidade do síndico é algo que hoje se mostra mais conhecido pelas pessoas, o que faz com que a grande maioria não se interesse em assumir esse complexo encargo. A responsabilidade não se limita à esfera civil, mas também administrativa, ambiental, criminal. Embora as informações sobre as responsabilidades e os deveres “ingratos” do síndico estejam mais disponíveis, ainda hoje se tem notícias de que boa parte dos condomínios não possuem sequer o seguro contra incêndio da edificação. Este exemplo denota que, de um modo geral, os síndicos “convencionais” não possuem um preparo mínimo para o exercício dessa função.

Muitas convenções de condomínio determinam que deve haver um rodízio entre moradores na administração daquele prédio. Ora, nem todas as pessoas possuem qualificação, capacidade ou mesmo disponibilidade suficiente para este complexo trabalho.

Hoje, a vida na cidade é totalmente diferente do que era nos anos 60, 70, 80, 90. A tecnologia revolucionou profundamente o modo de se viver. As pessoas hoje se ocupam com seu trabalho praticamente a tempo integral.

Até quem tem tempo para se dedicar à função de síndico, podendo tomar como exemplo uma pessoa aposentada, não deseja assumir uma responsabilidade que lhe custe tempo excessivo, estresse e carga excessiva de responsabilidade.

Destarte, a chegada uma realidade muito diferente do que era há tempos atrás, demanda uma nova concepção de administração condominial, mais profissional, mais qualificada, que exige do síndico infinitamente mais do que um mero cumprimento de mandato.

Foi visto que o desenvolvimento das cidades resultou, ao longo de décadas, no aprimoramento da concepção do condomínio em edificações, sobretudo no aprimoramento da sua regulamentação, evoluindo a compreensão do alcance da responsabilidade do síndico, especialmente no que tange à sua capacidade técnica de administrar uma estrutura condominial, que hoje exige uma gestão muito mais efetiva. Portanto, concluiu-se pela confirmação da hipótese de que o síndico deve se preocupar em agir para além das previsões legais e convencionais.

REFERENCIAS

FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. Propriedade horizontal e vertical. 2. Ed. Leme: J. H. Mizuno, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária. 6ª Ed. 2017

CHIAVENATO, I. Introdução à Teoria da Administração. 7. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2004.

CHIAVENATO, I. Administração para não administradores. A gestão de negócio ao alcance de todos. 2. Ed. Barueri, SP: Manole, 2011.

SILVA, Adelphino Teixeira da. Administração básica. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Manual de Direito Civil-Volume Único / Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosendal – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

A CONSTITUIÇÃO E OS DESDOBRAMENTOS DAS RELAÇÕES CONDOMINIAIS

*Elias Augusto Moura Santos*²²

*Julia Costa Senra*²³

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar as características gerais relacionadas ao condomínio edilício, abordando a sua natureza jurídica, sua organização, administração, alguns direitos e obrigações, bem como especificadamente no que contende ao uso exclusivo de uma área comum, visto que é um assunto bastante polêmico e debatido nos âmbitos internos e em processos judiciais vinculados a condomínios. Em tal modalidade, estipulada através da Convenção de Condomínio (autorização formal) gera-se a possibilidade de se conferir a uma unidade o direito de usar, gozar e fruir exclusivamente de uma área comum do edifício, sendo que também é possível garantir tal utilização através de autorização verbal, bem como através de uma anuência tácita ao longo do tempo. De tal forma, nota-se que não incorrendo com nenhum tipo de vício, prejuízo ou erro na estipulação, essa passa a se garantir virtude das disposições do art. 1.331 do Código Civil, bem como amparado pelo art. 1.340 da mesma legislação, conferindo uma utilização privada de um espaço comum. Por fim, necessário se faz ponderar sobre o princípio da “pacta sunt servanda”, também conhecido como princípio da obrigatoriedade da convenção, que estipula que todos os acordos entre os proprietários precisam ser mantidos após sua celebração e formalização, o que dificulta as alterações arbitrárias e injustas nos âmbito dos condomínios.

Palavras-Chave: Condomínio; área comum; direitos reais;

22 Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; e-mail: iasbhz@yahoo.com.br

23 Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; e-mail: juliacsenra_2@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Nos dispositivos legais que regem as normas cíveis brasileiras, quando um determinado bem pertence a mais de um indivíduo, sendo que todos possuem posse ou direito quanto à fração que lhe é cabida, bem como sobre o todo, tem-se o chamado “condomínio”. Neste contexto, é expresso que o condomínio trata-se de uma ideia de direitos e obrigações exercidos por mais de uma pessoa sobre o mesmo objeto.

Assim, no direito atual, o condomínio é nada mais que uma comunhão de direitos e deveres, onde comungam todos aqueles com interesse sobre um determinado bem, que possuem posse ou o direito simultâneo.

O surgimento de tal instituto tem relatos históricos que datam da Grécia antiga, porém após a primeira guerra mundial, verifica-se que a noção geral de condomínio se aproximou do que se observa hoje. Com o fim da guerra no ano de 1918, e o início da segunda fase da revolução industrial, a Europa se viu diante de uma crise habitacional em suas principais cidades. A razão é o grande número de camponeses que, buscando melhores condições de vida, migraram para os pólos industriais. O êxodo rural superlotou as capitais, gerando uma necessidade de que em um espaço limitado, diversas pessoas residissem.

Assim, foram criados os condomínios nos edifícios, fornecendo habitação a um custo barato e mais acessível, visto a possibilidade da subdivisão de despesas comuns. É sabido que esse modelo de utilização de espaço pode ser usufruído em diversas conjunturas, como apartamentos para uso residencial, salas comerciais, casas, espaços mistos, e atualmente uma nova modalidade denominada “coworking”, que é a comunhão entre varias pessoas de um espaço que já fazia parte de um condomínio, seja por aluguel de pequenas salas, cabines ou mesas.

Com a evolução histórica do instituto, também foi necessário a criação da profissão de síndico, sendo este responsável pela administração

e representatividade dos interesses referente ao local como um todo, bem como uma criação de convenção de condomínio para dirimir sobre as regras e limites individuais e coletivos exclusivamente de cada condomínio, e posteriormente uma legislação voltada para regulamentar as relações pertinentes no âmbito geral, comum a todos.

De tal forma, com uma convenção de condomínio robusta e bem elaborada, fica possível dirimir sobre os direitos e deveres de cada unidade bem como do coletivo como um todo, sendo que algumas exceções a regra podem ser permitidas.

2. A ORGANIZAÇÃO DO CONDOMÍNIO, REGULARIZAÇÃO, SUA NATUREZA JURÍDICA E CONTABILIDADE

Necessário pontuar que para melhor dirimir sobre a organização de um condomínio edilício, ainda que a figura do síndico e uma convenção completa possa parecer ser suficiente para administração, é muito comum que empresas especializadas auxiliem na rotina e na gerência, com o intuito de ajudar o síndico em seus afazeres, oferecendo suporte para os condôminos sobre as atividades permitidas e vetadas naquele espaço comum.

Nota-se que para a constituição e formação de um condomínio, tanto residencial quanto comercial, é necessária a existência de propriedades simultâneas que possuam mais de um proprietário, dono de espaços privativos pertencentes as áreas comuns. E, para configurar tal modalidade, é mais do que essencial que o condomínio possua uma legislação própria, denominada convenção de condomínio, bem como tenha um representante legal para se posicionar a frente da garantia das obrigações e direitos de cada unidade autônoma. Mas quando e como isso se dá?

Tanto a convenção quanto a designação de um representante ocorrem durante a fase de regularização do condomínio.

Além de favorecer a eficácia da gestão e garantir proteção aos condôminos residentes nas unidades, a regularização do condomínio edilício coloca a edificação em consonância com as normas vigentes no Brasil.

É de responsabilidade da construtora/incorporadora a realização do primeiro passo. Trata-se do pedido de “habite-se” na prefeitura do município em que o condomínio está localizado. A ocupação das unidades só poderá ocorrer após a expedição do documento.

Outra medida necessária para que se regularize a copropriedade é o registro da escritura de cada unidade no Cartório de Registro de Imóveis competente. Após o devido registro, deve-se elaborar a convenção do condomínio, contando para tanto com a assinatura dos proprietários. O total de proprietários que assinarem o documento deve constituir no mínimo 2/3 das frações ideais da copropriedade.

Devido a necessidades administrativas, convoca-se então assembleia para que se eleja um síndico, que poderá ou não ser remunerado pela função, além de também constituir-se um conselho consultivo. Em sequência, deve-se requisitar a prefeitura para que o recolhimento do IPTU se dê por unidade autônoma, proporcionalmente à fração ideal correspondente.

Ultrapassadas todas etapas, deve-se realizar o registro da convenção do condomínio no Cartório de Registro de Imóveis. Por fim, é necessária a inscrição do condomínio no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ). Quanto ao tema, observa-se que sem a devida inscrição, ainda que a entidade condominial exista perante os moradores, vez que há áreas comuns, áreas privativas e rotina de um condomínio, esta não possuirá meios de se relacionar juridicamente frente a terceiros, não podendo então manter relações com pessoas naturais, físicas ou jurídicas.

Tal inscrição se dará em caráter obrigatório nos casos em que ocorra incidência, apuração ou recolhimento de tributos de responsabilidade da

Receita Federal. Nesse sentido, a Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil 748/2007, em seu artigo 11 aduz que: “Com efeito, qualquer condomínio que contratar empregados é obrigado a possuir registro no CNPJ, pois a folha de pagamento de salários é sujeita à incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF). Igualmente, para se efetuar o recolhimento do PIS, é necessário o lançamento do CNPJ do condomínio”.

Mas não é apenas a contratação de funcionários que enseja a necessidade da inscrição do condomínio no CNPJ. A contratação de prestação de serviços, a compra de produtos e até mesmo a simples abertura de uma conta em banco exigem o cadastro. Dá mesma forma que a pessoa física necessita CPF e RG para estar devidamente registrada perante os órgãos públicos e então gozar livremente de sua capacidade civil, o condomínio necessita do CNPJ para tanto.

Entretanto, ressalta-se que tanto a ausência de inscrição no CNPJ, quanto a falta das demais medidas para regularização de um condomínio, não afasta a possibilidade de cobrança das taxas condominiais, que independem dessas medidas.

Desta forma se posicionou o Des. Marcos Lincoln do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais na AC. de número 1.0145.07.427723-0/001 ao aduzir que: “A obrigação do apelante não advém da regularidade do condomínio, mas sim do fato de que ao adquirir o imóvel estava plenamente ciente de que no local existe um condomínio de fato constituído há mais de duas décadas, o que inclusive é causa motivadora para a valorização dos imóveis no local.”

Ressalta-se que, mesmo inscrito no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, os condomínios não possuem a natureza de pessoas jurídicas, sendo consideradas entidades despersonalizadas. Uma vez constituído, o condomínio necessita também de uma gestão efetiva e transparente. Posto isso, a contabilidade é de vital importância para a administração condominial, não devendo ser realizada por pessoa não perita na área contábil.

Sem a contabilidade, existirá a chance de esquecimento de

cobranças de taxas atrasadas, falta de controle sobre aquisições de equipamentos de segurança, materiais, mobílias, etc. Qualquer gasto resultante da gestão condominial será registrado como simples saída de dinheiro, não havendo descrições detalhadas, de forma que facilitará o desvio da finalidade dos recursos do condomínio. Da mesma forma, sem a contabilidade, não haverá gerência sobre as obrigações do condomínio. Faltarão transparência sobre as dívidas (passivo) e os condôminos não terão as informações pertinentes sobre o que se deixou de pagar.

Desta forma, destaca-se a importância da contabilidade para manter controle de todos os direitos, obrigações e ativos relativos ao condomínio, bem como pela transparência que dá à prestação de contas por parte do síndico e demais condôminos.

3. AS DIVISÕES DO CONDOMÍNIO E AS OBRIGAÇÕES IMINENTES AOS CONDÔMINOS

Via de regra, os condomínios se dividem em dois grupos, um denominado como geral e outro como específico. Chama-se de condomínio comum, quando para a propriedade se aplica a regra geral prevista nos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil, caracterizada pela coisa (móvel e imóvel) em que exista posse partilhada, ou seja, mais de um dono, sem individualizações.

Existe também o chamado condomínio edilício, presentes nos artigos 1.314 a 1.330 do Código Civil, diferenciando-se do primeiro na medida em que são edifícios (residenciais ou comerciais) possuindo partes tanto comuns entre os condôminos quanto partes de uso exclusivo.

Para Maria Helena Diniz: “É uma combinação de propriedade individual e condomínio, caracterizando-se juridicamente pela justaposição de propriedades distintas e exclusivas ao lado do condomínio de partes do edifício forçosamente comuns, como o solo em que está construído o prédio, suas fundações, pilastras, área de lazer, vestíbulos, pórticos, escadas, elevadores, corredores, pátios, jardim, porão, aquecimento

central, morada do zelador, etc.”. (DINIZ, 2008).

Ou seja, nota-se que aqueles que comungam da posse conjunta sobre o determinado bem possuirão uma fração ideal do condomínio. Essa fração irá representar a parte que o condômino possui no determinado edifício, como por exemplo, o apartamento e a vaga na garagem.

No que tange à fração ideal, aplica-se também a taxa condominial, que é uma disposição que possui o objetivo de definir as obrigações pecuniárias destinadas a cada proprietário, que automaticamente será vinculada para todas as despesas e benfeitorias que porventura possam ser necessárias ao condomínio. Importante ressaltar que tais valores, por serem literalmente uma taxa, são destinados a disponibilidade de serviços e para a conservação do bem comum, como por exemplo de água, luz, gás, disponibilidade de portaria e profissionais da limpeza, atuação do síndico e empresa especializada em administração condominial, manutenções periódicas nos elevadores e equipamentos de segurança, fundo de reserva para possíveis eventualidades, seguros, bem como qualquer atividade que seja vinculada ao bem estar e a segurança de todos os proprietários.

Sobre o tema, observa-se a redação do artigo 1.331 do Código Civil:

“Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 1º. As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio. (Redação dada pela Lei nº 12.607, de 2012)

§ 2º. O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 4º. Nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público.

§ 5º. O terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio”.

Possuindo então uma fração autônoma, cada proprietário poderá ganhar o direito também ao uso das partes comuns, atendendo sua destinação e sem ferir direito alheio. Ou seja, sem prejudicar a comunhão. O condomínio poderá dispor através da convenção condominial (autorização formal), autorização verbal, bem como o simples fato da permissão da utilização por um período considerável (anuência tácita), que alguma unidade autônoma utilize exclusivamente uma área comum ao condomínio.

4. A POSSIBILIDADE DE UMA UNIDADE AUTÔNOMA USAR, GOZAR E FRUIR, EXCLUSIVAMENTE DE UMA ÁREA COMUM.

Sobre tal estipulação, é possível verificar nos ensinamentos pacificados na doutrina e nos entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais, que existe a possibilidade de um dos condôminos utilizarem de forma exclusiva área comum, alterando a destinação legal conferida à mesma, mas mantendo-se dentro da legalidade sobre este aspecto.

Assim dispõe o enunciado aprovado pela III Jornada de Direito Civil, do STJ, 247:”Jornada III STJ 247 Art. 1.331: No condomínio edilício é possível a utilização exclusiva de área “comum” que, pelas próprias características da edificação, não se preste ao “uso comum” dos demais condôminos”.

Conclui-se que o STJ já reconheceu o uso exclusivo de área comum, quando o espaço não for necessário para todos os demais moradores.

Um exemplo consoante com o disposto na jornada citada é o uso exclusivo de área comum sem edificação (quintal) pelo proprietário do apartamento térreo, que passa a ser responsável pelos gastos de sua manutenção, na exata quantidade de sua fração ideal. Ademais, nota-se que para se adentrar nessa área específica, automaticamente os demais condôminos precisariam ultrapassar uma propriedade privada, o que já inviabilizaria a utilização de todos daquele espaço, pois iria lesar a privacidade daquele dono.

Por isso, a questão do pagamento referente à fração ideal vinculados aos gastos de manutenção, bem como a possibilidade de utilização da área de uso comum estão dispostas no artigo 1.340 do Código Civil, conforme se observa:

“Art. 1.340. As despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de um condômino, ou de alguns deles, incumbem a quem delas se serve.”

De tal forma, esse uso exclusivo decorre principalmente da autorização formal na convenção condominial ou no memorial da assembleia geral do condomínio. Ademais, também é possível garantir a autorização verbal nesse sentido, desde que não haja resistência dos demais condôminos e no caso de uma ocupação por longo período de tempo, bem como caso não gere prejuízo aos demais proprietários do condomínio, como já supramencionado.

Tal ocupação deve ser analisada sob a perspectiva da boa-fé constante no artigo 422 do Código Civil, e devem ser dispostas também na convenção condominial para que seus efeitos se estendam aos interessados.

Os doutrinadores Carlos Alberto Dabus Maluf e Márcio Antero Motta Ramos Marques dispõem sobre o tema, afirmando que a jurisprudência tem entendido e determinado que o uso privativo de área comum ao condomínio por condôminos específicos, por um determinado espaço de tempo (sendo eles os únicos com acesso ao local), e com autorização de assembleia de condomínio, estariam garantidos em relação à caracterização do espaço como propriedade comum de uso exclusivo.

Assim, observa-se que a convenção do condomínio assume papel de vital importância sobre a temática, pois ela irá subjugar todos a obedecerem às normas de convivência social e especificar a destinação e utilização das áreas comuns, visto que quando da sua elaboração, é totalmente permitido definir sobre como serão usufruídos os espaços comuns, sendo permitido que na formulação seja concedido a uma ou mais unidades o direito exclusivo de utilizar, gozar e fluir de determinado espaço.

Não basta, portanto, a simples anuência em Assembleia Condominial para que se aliene ou utilize área comum. Para tanto, deve-se constar na convenção condominial. Só assim os efeitos pretendidos sob a área poderão vincular os demais condôminos, seus sucessores e quem mais se interessar.

De tal forma e tendo em vista a importância da Convenção do Condomínio, para alterar tal disposição, é necessário um quórum específico, que nos termos da Lei 4.591/64, em seu art. 9º, §2º, é correspondente a assinaturas dos titulares de direito que representem no mínimo 2/3 das frações ideais. Veja:

Art. 9º Os proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas, em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas, elaborarão, por escrito, a Convenção de condomínio, e deverão, também, por contrato ou por deliberação em assembléia, aprovar o Regimento Interno da edificação ou conjunto de edificações.

§ 2º Considera-se aprovada, e obrigatória para os proprietários de unidades, promitentes compradores, cessionários e promitentes cessionários, atuais e futuros, como para qualquer ocupante, a Convenção que reúna as assinaturas de titulares de direitos que representem, no mínimo, 2/3 das frações ideais que compõem o condomínio.

Ademais, importante observar o caso concreto sob a ótica do princípio da “pacta sunt servanda”, que também é conhecido como Princípio da Obrigatoriedade da Convenção, que determina que todos os acordos devem ser mantidos após devidamente celebrados, não merecendo prosperar o inconformismo de um condômino para alterar as disposições que se perduram ao longo do tempo, desde que seja observado o princípio da boa fé, o interesse social das relações jurídicas, a lealdade e o cumprimento de todos os deveres.

Ainda, em conformidade com todo o exposto, nos termos da mesma lei, o art. 9º, §3º, “c”, é possível confirmar que a elaboração

da convenção do condomínio, nada impede que se determine sobre o direito exclusivo de uso de determinado espaço, desde que as unidades beneficiadas arquem com as despesas de manutenção do espaço, nos termos do art. 1.340 do Código Civil.

O informativo de jurisprudência nº 0629 de 17 de agosto de 2018 é expresso:

Do referido julgamento foi elaborado o informativo de jurisprudência 0629, publicado em 17 de agosto de 2018:

“Cinge-se a controvérsia a definir se a convenção de condomínio pode atribuir direito de uso exclusivo de áreas comuns a um ou mais condôminos. Inicialmente, destaca-se que no que tange ao condomínio voluntário, cada condômino adquire uma fração ou percentual do todo, assumindo direitos e vantagens proporcionalmente à sua quota-parte. Porém, as circunstâncias peculiares e a natureza jurídica dos shopping centers, tanto com relação à forma de constituição, quanto aos objetivos econômicos traçados pelos empreendedores, os distinguem do condomínio edilício comum. Nada impede que, quando da constituição do empreendimento, em decisão assemblear ou por meio de cláusulas de convenção de condomínio e demais normas gerais complementares, seja limitada à propriedade adquirida pelos lojistas ao espaço interno, ou parte da edificação, sem contribuição ou participação nas coisas de uso comum, desde que respeitado o respectivo quorum de votação, em razão do princípio da autonomia da vontade. Assim, a cláusula prevista em convenção de condomínio de shopping center, que permite a alguns condôminos (lojistas) o uso, gozo e fruição de áreas comuns, não é, em regra, absolutamente nula, pois aqueles exercem, apenas relativamente, os direitos assegurados em geral pelo art. 1.335 do Código Civil.”

Assim, constata-se que o uso exclusivo de área comum, mesmo sendo pautado pela legalidade, é uma estipulação que é a exceção. Assim, para fixar tal possibilidade, necessário se faz verificar e analisar todos os parâmetros restritivos de interpretação, vez que a regra geral aponta o compartilhamento do uso das áreas comuns por todos, justamente por se

tratar de um condomínio, onde todos possuem direitos e deveres sobre o todo, nos termos da sua fração ideal.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo apresentou uma reflexão sobre as características gerais que envolvem as relações condominiais, desde a sua necessidade de criação, pormenorizando as suas variadas formas de estrutura física como em relação à sua administração, organização, posicionamento em relação à natureza jurídica e quanto aos direitos e obrigações dos condôminos. Observaram-se os requisitos que devem ser cumpridos para a regularização da copropriedade, desde a expedição do habite-se até o registro no CNPJ.

Lado outro, o presente artigo demonstrou a possibilidade de que, através do princípio da obrigatoriedade da convenção, ficasse estipulada para algumas unidades autônomas a possibilidade de usar, gozar e fruir, exclusivamente, de uma área comum a todos os condôminos, sem que isso prejudique os demais proprietários. (Importante deixar claro que não há nenhuma vedação para tal estipulação).

Tal utilização privativa de área comum, sendo uma prática usual e pautada pela legalidade (estipulada através da convenção de condomínio, atrelado a anuência verbal e tácita dos demais proprietários), faz com que o condômino precise arcar com a taxa condominial na proporção das suas frações ideais conferidas.

É importante, porém, frisar a importância de se observar a temática referente ao uso exclusivo de área comum como exceção, sendo analisada a partir de uma interpretação restritiva, uma vez que em situação típica as áreas de uso comum de todos são compartilhadas entre os condôminos.

Por fim, cumpre mencionar a importância de se aprofundar os estudos no tópico, uma vez que existem diversos conflitos judiciais sobre o tema, principalmente no tocante à convenção condominial, que será o

instrumento que vai vincular condôminos e terceiros, obrigando a todos a respeitar as normas de convívio social estipuladas. Para resolução de conflitos referentes ao tema é sempre necessária a consulta a um advogado especializado na área, vez que essa possui diversas variações que tornam cada caso único. Deve ainda ser realizado um estudo aprofundado sobre o caso concreto, esclarecendo as dúvidas pertinentes quanto à legislação condominial (lei 4.591/64) fazendo também uma análise conjunta da norma com a convenção do condomínio.

Uma vez que se busca um profissional para dirimir barreiras encontradas no curso da administração da com posse, faz-se necessário o assessoramento nos atos de gestão do condomínio, protegendo assim o direito do condômino ou do síndico que contratou o profissional, além deste mediar às relações entre as partes para realização de acordos extrajudiciais.

REFERÊNCIAS

ANGELICO, Américo Isidoro. CONDOMÍNIO NO NOVO CÓDIGO CIVIL. São Paulo: 2003; Editora Juarez de Oliveira.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. III Jornada de Direito Civil, enunciado 247, Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

COURA, Bernardo César. A necessidade de regularização dos condomínios. Disponível em: jusbrasil.com.br/artigos/a-necessidade-de-regularizacao-dos-condominios “2015. Acesso em 27/07/2020, 18:10.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 4: direito das coisas. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. Condomínio Edifício, São Paulo, Saraiva, 2009, pág 51.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça - AC 10145074295110001

1MG1.0145.07.429411 - Relator: Hilda Teixeira da COSTA, 10/09/2009.

VELMOVITSKY, Arnon - Uso exclusivo de área comum de condomínio é exceção - Revista Consultor Jurídico, 13 de novembro de 2013

USUCAPIÃO FAMILIAR: SEGURANÇA JURÍDICA NA CONTINUIDADE DAS RELAÇÕES DO CÔNJUGE/COMPANHEIRO ABANDONADO

Fernanda Toffanetto Gomes Lopes²⁴

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo geral a análise do instituto da usucapião familiar previsto no Código Civil brasileiro. Ademais, o objetivo principal é responder a indagação se mencionado direito não teria novamente trazido à discussão do elemento culpa na dissolução da sociedade conjugal, além de demonstrar a importância desse direito para a continuidade das relações do cônjuge abandonado. A metodologia usada para tanto foi o estudo da legislação que aborda sobre a temática, além de enunciados do Conselho da Justiça Federal. A análise do posicionamento doutrinário pátrio acerca do objeto de estudo também será utilizada para responder tais indagações. Com a presente pesquisa constatou-se que a usucapião familiar é de extrema importância para a preservação da segurança jurídica na continuidade da vida daquele que fora abandonado. Ademais, se um dos conviventes desejar sair do imóvel do casal e não tenha de fato abandonado o lar, o mais seguro é a realização do divórcio com a devida partilha dos bens do casal.

Palavras-chave: Usucapião familiar. Segurança Jurídica. Culpa. Abandono do lar.

24 Advogada. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC (2017). Pós-Graduada em Direito Civil Aplicado pelo IEC - PUC Minas.

INTRODUÇÃO

O Direito e o ordenamento jurídico como um todo deve trazer segurança jurídica para as relações sociais. Ao falar da usucapião de bens imóveis prevista no Código Civil (CC) alguns pensamentos negativos quanto ao instituto podem surgir, uma vez que o usucapiente não é o proprietário do imóvel, tendo apenas a posse de fato deste. Porém, a ideia de que o direito de propriedade é absoluto não é de total veracidade, possuindo tal direito exceções.

Para mais, algumas vezes aquilo que se encontra escrito em um documento não é uma prova cabal do direito de alguém. É o que ocorre na usucapião de bens imóveis. Aqui o fato é mais importante, ou seja, aquele que realmente esteja exercendo a posse do imóvel dando a sua devida destinação, e não apenas aquele que consta como sendo proprietário do imóvel.

Cabe destacar que a lei impõe requisitos para a o reconhecimento da usucapião de um imóvel, além de prever inúmeras espécies. Assim, este artigo pretende analisar exclusivamente o instituto da usucapião familiar. Por meio desse direito o bem imóvel de um casal é usucapido por um destes devido ao abandono do lar de uma das partes.

Ocorre que, o requisito “abandono do lar” pode trazer dúvidas quanto à sua configuração devido à sua subjetividade. Além do mais, questiona-se se referido instituto não teria trazido à tona novamente a discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal, sendo, portanto inconstitucional, já que a EC n. 66/10 tornou o divórcio um direito inquestionável de quaisquer das partes.

Além dos objetos de pesquisa acima mencionados, questiona-se se: o cônjuge ou o companheiro abandonado não possui o direito de seguir a sua vida com a devida segurança jurídica que mencionado instituto poderá trazer?

Para responder a tais questionamentos, o presente artigo baseou-se na análise da legislação pátria, além do posicionamento doutrinário acerca da temática. Por fim, importante se torna o estudo do tema, uma vez que a subjetividade presente no instituto pode configurar um direito ao cônjuge abandonado sem que realmente tenha havido o “abandono do lar” pelo outro nubente. Na via oposta, a não existência desse direito poderia acarretar na insegurança jurídica por parte daquele que foi abandonado.

2. POSSE X PROPRIEDADE

Antes se adentrar especificamente no instituto da usucapião familiar, importante se torna uma breve abordagem acerca da posse e da propriedade no âmbito da usucapião de modo geral.

Na usucapião pode-se perceber que posse e propriedade não são institutos sinônimos. O usucapiante possui a posse de fato do imóvel, porém não possui a propriedade. Nesse via, quem possui a propriedade é aquele que está sendo usucapido.

Segundo o art. 1.196 do Código Civil “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”²⁵ Dessa forma, afirma Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald que “[...] pela letra do legislador, o possuidor é quem, em seu próprio nome, exterioriza alguma das faculdades da propriedade, seja ele proprietário ou não”.²⁶

Nesse contexto quais seriam as faculdades da propriedade? Antes de responder a tal indagação, importante se dá o seu conceito. Paulo Lôbo define propriedade como sendo “[...] o conjunto de direitos e deveres atribuídos a uma pessoa em relação a uma coisa, com oponibilidade às

25 BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

26 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. V 5. Reais*. 16. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 67.

demais pessoas.”²⁷ Assim, dispõe o art. 1.228 do Código Civil que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”²⁸ Dessa forma, as faculdades da propriedade estão resumidas no artigo anterior, sendo estas: usar, gozar, dispor e reivindicar.

Tendo em vista o exposto, outra indagação a ser feita é se o direito à propriedade não seria absoluto? Para responder a tal indagação o autor Paulo Lôbo nos lembra que: “A concepção contemporânea da propriedade como direito absoluto não significa poder absoluto e ilimitado sobre a coisa. Diz-se absoluto o direito com oponibilidade a todos e não a sujeito determinado.[...]”²⁹

Nessa via de que a propriedade não é um direito absoluto sobre a coisa surge à usucapião. Presente estudo se limitará a análise da usucapião familiar, bem como de suas repercussões jurídicas. Porém, de modo geral, a usucapião demonstra que o direito à propriedade pode ser relativizado.

Por fim, sem mais delongas, parte-se para a análise específica da usucapião familiar, bem como algumas de suas problemáticas jurídicas.

3. DA USUCAPIÃO FAMILIAR

O instituto jurídico da usucapião previsto a partir do art. 1238 do Código Civil consiste na aquisição da propriedade imóvel pela detenção da posse de fato do usuário. Nos dizeres de Cristiano Chaves, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald:

27 LÔBO, Paulo. *Coisas*. Coleção Direito civil volume 4-5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 95.

28 BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

29 LÔBO, Paulo. *Coisas*. Coleção Direito civil volume 4-5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 98.

A usucapião é modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais pela posse prolongada da coisa, acrescida de demais requisitos legais. O art. 1.238 do Código Civil reafirma a usucapião como modo de aquisição de propriedade imobiliária. Seja qual for o gênero adotado, o termo *usucapião* é oriundo do latim *usu capio*, ou seja, tomar a coisa pelo uso.³⁰ (Grifos no original).

Existem atualmente no ordenamento jurídico brasileiro inúmeras modalidades de usucapião, como por exemplo: a usucapião extraordinária (art. 1238 do CC), usucapião ordinária (art. 1242 do CC), usucapião especial urbana (art. 183 da CF) e rural (art. 191 da CF), entre outras espécies.

Diante das tantas formas de se usucapir um imóvel previstas no Código Civil e na Constituição Federal, este artigo dará destaque à chamada usucapião familiar prevista no art. 1240-A do CC. Essa forma de aquisição originária da propriedade, chamada por Cristiano Chaves, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald de usucapião pró-familiar³¹, consiste na aquisição da propriedade imóvel do casal pelo cônjuge/companheiro abandonado, ou seja seu domínio integral, uma vez que um dos nubentes abandonou o lar da família por um prazo de 2 anos ininterruptos sem trazer nenhuma oposição. Conforme Maria Berenice Dias: “[...] Finda a união por ter um do par abandonado o lar, quem permanece na posse do imóvel comum, por mais de dois anos, passa a ser o dono exclusivo [...]”.³²

Segundo o dispositivo acima mencionado além do prazo e da não oposição, alguns requisitos importantes devem ser observados para que o cônjuge abandonado possa adquirir a propriedade do imóvel comum do

30 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 1468.

31 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 1490.

32 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 352.

casal, sendo estes: o imóvel urbano deve possuir a metragem de até 250m²; a propriedade objeto de usucapião deve ser de titularidade de ambos os nubentes; utilização do imóvel para moradia do cônjuge abandonado ou de sua família; o cônjuge abandonado não pode ser proprietário de algum outro imóvel seja ele urbano ou rural.³³

Importante destacar que esta modalidade de se usucapir um imóvel não se restringe a união constituída apenas pelo matrimônio. A própria redação do art. 1240-A traz os termos ex-cônjuge ou ex-companheiro, abarcando dessa forma também a união estável.

Para mais, conforme o enunciado de nº 500 do Conselho da Justiça Federal (CJF) “a modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas.”³⁴ Fato é que diante da pluralidade de entidades familiares,

na contemporaneidade se torna ultrapassado o entendimento de que família é aquela constituída por um homem e uma mulher e sua *prole*. Atualmente o Direito das Famílias tem como um de seus alicerces o princípio do pluralismo das entidades familiares.

Por fim, o ordenamento civil ainda traz mais um requisito para a configuração da usucapião familiar, qual seja: o direito em tela só poderá ser garantido uma única vez para o mesmo possuidor, conforme dispõe o art. 1240-A, §2º.³⁵ Portanto, caso o cônjuge abandonado já tenha se valido da usucapião familiar no passado não poderá utilizar dessa modalidade de usucapião novamente.

Frente a esta modalidade de usucapião alguns questionamentos

33 BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

34 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 500*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/569>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

35 BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

importantes devem ser feitos. O “abandono do lar” não estaria evocando a análise da culpa na dissolução da sociedade conjugal, sendo, portanto essa modalidade de usucapião inconstitucional? Para responder tais indagações deve-se analisar primeiramente à origem desse direito e o motivo do seu surgimento, o que será feito no subtópico seguinte.

3.1 BREVE ANÁLISE DA ORIGEM DO DIREITO À USUCAPIÃO FAMILIAR

O direito à usucapião familiar disposto no Código Civil foi acrescentado no referido diploma legal pela lei nº 12.424 de 16 de junho de 2011 que “altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida [...]”³⁶, além de dar outras providências. Dessa forma, o direito à usucapião pelo cônjuge abandonado se origina dentro de uma lei que abordava principalmente sobre alterações no Programa Minha Casa, Minha Vida.

Diante desse contexto indaga-se a relação entre o Programa Minha Casa, Minha Vida e a usucapião pró-família. Segundo Maria Celeste Pinto de Castro Jatahy:

Como é cediço, trata-se de um programa de governo que, segundo a própria legislação, tem por finalidade criar mecanismo de incentivo à produção e aquisição de novas habitações para famílias de pouca renda. *Assim, a inclusão dessa nova modalidade de usucapião na aludida legislação surpreendeu a todos, uma vez que não guarda relação com a matéria abordada. A usucapião familiar, como a seguir será demonstrado,*

36 BRASIL. Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 jun. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm>. Acesso em: 29 jun. 2020.

não se destina somente a pessoas de baixa renda e não se trata de aquisição de nova habitação.³⁷ (Grifo nosso)

Fato é que a codificação civil não inclui como requisito ao reconhecimento da usucapião familiar ao cônjuge abandonado o fator baixa renda. A propriedade objeto de usucapião já pertence ao casal, sendo que aquele que fora abandonado passará a ter o direito integral sobre o imóvel.

Para mais, o direito à usucapião familiar não constava no texto originário da Medida Provisória (MP) 514/2010 que foi transformada em lei ordinária posteriormente, ou seja, transformada na lei 12.424/2011. O direito do art. 1.240-A do CC foi incluído enquanto era discutida a referida MP na Câmara dos Deputados.³⁸ Assim, de acordo com a Agência Senado:

Na Câmara, a MP foi relatada pelo deputado André Vargas (PT-PR). Ao contrário dos advogados que acusam a novidade de “retrocesso jurídico”, ele considera o usucapião familiar uma revolução. Na época da aprovação da MP, argumentou que o Programa Minha Casa, Minha Vida tem como prioridade proteger as mulheres. “Vamos possibilitar a assinatura de convênio pelas mulheres, é o chamado usucapião pró-familiar, que pode ser usado quando o cônjuge não estiver mais no lar, possibilitando a resolução da posse”, disse o deputado.³⁹

37 JATAHY, Maria Celeste Pinto de Castro. *A Nova Usucapião*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 16. Direitos Reais, p. 88. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_87.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020.

38 MATURANA, Márcio. *Legislação que tira propriedade de imóvel de cônjuge que abandona lar cria polêmica*. 18 de setembro de 2012. Agência Senado. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/09/18/legislacao-que-tira-propriedade-de-imovel-de-conjuge-que-abandona-lar-cria-polemica>>. Acesso em 28 jun. 2020.

39 MATURANA, Márcio. *Legislação que tira propriedade de imóvel de cônjuge que abandona*

Nesse contexto de inserção de um direito cujo objeto se diverge completamente dos objetos principais que nortearam a criação da referida lei ordinária, se discute a inconstitucionalidade desse dispositivo. Conforme Gilson Ferreira:

A inovação legislativa vem estampada num texto normativo setorializado, isto é, num produto legislativo destinado a revitalizar um programa social de habitação popular, destinado a uma parcela específica da população, definida pela Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011. *A primeira questão, portanto, que emerge da criação dessa nova modalidade de usucapião é o fato de ela contrariar o comando constante do art. 7º, incisos I e II, da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 2008, no ponto em que determina que a lei não poderá tratar de vários objetos e nem de matéria estranha a seu objeto ou de disciplinar matéria que não esteja vinculada por afinidade, pertinência ou conexão com o objeto de que trata a lei.*⁴⁰ (Grifo nosso)

Importante dizer que o presente artigo não pretende analisar de forma pormenorizada essa inconstitucionalidade do dispositivo advinda pela falta de conexão do direito à usucapião familiar e os objetos principais da lei que o criou. Aqui se pretende apenas demonstrar como

lar cria polêmica. 18 de setembro de 2012. Agência Senado. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/09/18/legislacao-que-tira-propriedade-de-imovel-de-conjuge-que-abandona-lar-cria-polemica>>. Acesso em 28 jun. 2020.

40 FERREIRA, Gilson. *Usucapião no Código Civil Brasileiro*: da ancestralidade romana como modo de aquisição da propriedade imobiliária à contemporânea proteção da entidade familiar – uma análise crítica. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo. v. 112. p. 97. jan./dez. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-USP_112.03.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020.

a origem de um direito pode interferir sobremaneira nas polêmicas que o envolverão no futuro. O fato desse direito em análise não ter sido discutido com o devido cuidado trouxe algumas problemáticas relevantes, como por exemplo, a expressão “abandono do lar” trazida pela redação do dispositivo do Código Civil que também gera dúvidas acerca da sua constitucionalidade, além da subjetividade contida nesse termo.

Dessa forma, no tópico a seguir será analisado o elemento “abandono do lar” como uma possível caracterização da culpa no que tange a dissolução da sociedade conjugal. Para tanto, importante se faz o detalhamento da repercussão da Emenda Constitucional 66/10 que foi de extrema importância para o rompimento do elemento culpa na dissolução do matrimônio.

4. O RETORNO DA DISCUSSÃO DO ELEMENTO CULPA NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL?

A EC 66/10 trouxe um importantíssimo avanço para o ordenamento jurídico brasileiro. Segundo referida emenda “o § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”⁴¹ Assim, diante da instituição do divórcio direto no Brasil não a que se perquirir a presença de algum culpado pelo rompimento matrimonial, sendo, portanto, um direito potestativo que fortaleceu a autonomia privada dos indivíduos no que tange ao seu projeto de vida.

Nessa seara, nas palavras de Cristiano Chaves, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald:

De acordo com o princípio constitucional norteador

41 BRASIL. Emenda constitucional nº 66. 13 de julho de 2010. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 29 jun. 2020.

da matéria, que é a facilitação da obtenção da dissolução do casamento, em especial após o advento da Emenda Constitucional n. 66/10, o divórcio está submetido a um requisito único: *a vontade de uma pessoa casada, independentemente de qualquer prazo, de casamento ou de separação fática*. Dessa maneira, o objeto cognitivo da ação de divórcio é bastante *restrito*, afastando-se indagações procrastinatórias, tais como a discussão sobre a culpa pela ruptura da conjugalidade. Essa facilitação do divórcio, submetendo-o a um requisito único, permite aos interessados uma tramitação mais célere e efetiva, aliada, ainda, à inteira preservação da intimidade do casal. (Grifos no original)⁴²

Para mais, nas palavras de Mário Luis Delgado:

A facilidade atual de dissolução dos vínculos conjugais, antes de enfraquecê-los, garante o seu vigor, tornando a conjugalidade mais hígida em substância, marcada agora por uma intensidade plena de afetos, que substitui uma longevidade forçada e vazia.⁴³

Antes da instituição do divórcio direto, o divórcio já fazia parte do ordenamento jurídico pátrio, porém com diferenças substanciais. Primeiramente o instituto foi regulamentado pela lei 6.515/77 conhecida como lei do divórcio. Nessa época o casal deveria preencher um requisito

42 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 1799.

43 DELGADO, Mário Luis. *40 anos do divórcio no Brasil: uma história de casamentos e florestas*. 22 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-22/processo-familiar-40-anos-divorcio-brasil-historia-casamentos-florestas>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

temporal para dissolver a sociedade conjugal, sento este: antecedência de separação judicial de 5 (cinco) anos, além de restringir o pedido de divórcio a uma única vez.⁴⁴

Após a constituição de 1988 o cenário do divórcio foi modificado novamente. O prazo de separação judicial para a conversão em divórcio passou a ser de 1 (um) ano. Ademais, uma nova modalidade de dissolução da sociedade conjugal foi instituída, sendo esta denominada como divórcio direto. Aqui para a dissolução matrimonial haveria que se ter preenchido o requisito temporal de separação de fato por dois anos.⁴⁵

Posteriormente, a lei n. 7.841/89 pôs fim à restrição de um único pedido de divórcio pelo requerente. Com a lei n. 11.441/07, foi instituído o divórcio consensual através de escritura pública.⁴⁶

Diante desse longo cenário de modificação legislativa no qual o divórcio foi submetido, a simplicidade atual desse instituto trouxe com sigio uma grande carga de respeito à vontade dos nubentes de não permanecerem mais casados, deixando de lado aquele viés extremamente religioso que o instituto carregou por anos. Ora, não cabe ao Estado intervir no amor ou na falta dele e muito menos impor que duas pessoas permaneçam juntas para o resto da vida.

Assim, em um contexto de extinção da discussão do elemento culpa na dissolução da sociedade conjugal, indaga-se se o elemento “abandono do lar” para a caracterização da usucapião familiar não teria trazido novamente a discussão da culpa de um dos nubentes pelo rompimento matrimonial nesse caso.

Dessa forma, para entender melhor sobre essa possível inconstitucionalidade do instituto, deve ser analisado o posicionamento doutrinário brasileiro acerca da temática, o que será feito a seguir.

44 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 1797.

45 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 1797-1798.

46 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 1798.

4.1- O QUE PENSA A DOUTRINA?

O requisito “abandono do lar” para o reconhecimento da usucapião familiar trouxe a discussão se não se estaria novamente discutindo o elemento culpa no que tange o fim do matrimônio ou da união estável.

De acordo com Maria Berenice Dias:

A alteração provocou uma série de questionamentos, principalmente por ter ressuscitado a identificação da causa pelo fim do relacionamento, sepultada, em boa hora, pela EC 66/10. Reinsere a discussão da culpa, dando relevo ao abandono do lar conjugal, sobretudo “punindo” aquele que sai e “premiando” o que fica, pode redundar em grave injustiça, e reforçar a arraigada ideia de que aquele que sai perde todos os seus direitos.⁴⁷

Nesse contexto, sendo a decretação da usucapião familiar uma forma de punição daquele que abandonou o lar do casal pode-se indagar se tal direito não seria inconstitucional.

Segundo Cristiano Chaves, Felipe Braga Netto e Nelson Rosendal:

[...] o abandono do lar por parte de um dos conviventes – certamente esse é o requisito mais polêmico da usucapião pró-família. Afinal, a EC no 66/10 revogou todas as disposições contidas em normas infraconstitucionais alusivas à separação e às causas de separação, caracterizadores da impossibilidade de comunhão de vida o “abandono voluntário do lar conjugal” (inciso IV). Com a nova redação conferida ao art. 226, § 6º, da CF – “O casamento civil pode ser

47 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 352.

dissolvido pelo divórcio”-, não apenas são superados os prazos estabelecidos para o divórcio, como é acolhido o princípio da ruptura em substituição ao princípio da culpa, preservando-se a vida privada do casal. [...]⁴⁸

Para mais, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴⁹ entendem que o requisito “abandono do lar” disposto na norma deve ser visto como uma omissão no que tange o dever à convivência familiar previsto no art. 227⁵⁰ da Constituição Federal. Nos dizeres dos referidos autores:

[...] Se as normas anteriores à EC nº 66/10 não mais são recepcionadas pelo ordenamento, certamente as posteriores – como a que ora se discute - podem ser reputadas como ineficazes perante a ordem constitucional. Mais coerente com uma visão constitucional, será interpretar a exigência do abandono, como uma omissão do dever fundamental de convivência familiar (art. 227, CF) por parte daquele genitor que se ausentou do lar.⁵¹

Ainda nesse viés, Suzana Oliveira Marques Brêtas também coaduna do entendimento da rediscussão do elemento culpa na usucapião

48 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de direito civil*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 1491.

49 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. V 5. Reais*. 16. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 508.

50 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 02 ago. 2020. Art. 227. *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Grifo nosso)

51 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. V 5. Reais*. 16. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 508.

familiar, afirmando que:

A norma do art. 1.240-A, do Código Civil, que engendrou a usucapião familiar, prevê e reascende discussão sobre culpa no ordenamento jurídico brasileiro [...]. Não há dúvida que a expressão “*abandono do lar*” sugere a discussão sobre a culpa pelo abandono. (Grifo no original)⁵²

Suzana Brêtas vai além da inconstitucionalidade pela rediscussão de culpa na dissolução matrimonial. Tal autora ainda traz a violação da expectativa do direito fundamental à herança. Assim, o direito violado seria aquele previsto no art. 5º, XXX, da Constituição Federal. Tal violação estaria inserida no âmbito do instituto da ausência, previsto a partir do art. 22⁵³ do Código Civil.⁵⁴ Nessa linha, segundo mencionada autora:

[...] em se tratando de ausência, haverá nomeação de curador e arrecadação de seus bens, conforme artigo 24, do Código Civil e, posteriormente, será realizada a sucessão provisória, conforme norma do artigo 26, do Código Civil; após, ocorrerá a sucessão definitiva, nos termos da norma do artigo 37, do Código Civil. Nas consideradas situações, os herdeiros, no caso, os filhos, terão a expectativa ao direito fundamental à herança, artigo 5º., XXX, da Constituição Federal, respeitado e concretizado. Assim, *a norma do artigo*

52 BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. *Inconstitucionalidade da usucapião familiar*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 276.

53 BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020. Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

54 BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. *Inconstitucionalidade da usucapião familiar*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 233.

*1.240-A, desconhecendo a figura jurídica da ausência, está privando os descendentes de primeiro grau de receberem a herança, na situação em que configurada a ausência do cônjuge ou companheiro que deixou o lar.*⁵⁵ (Grifo nosso)

Para mais, Suzana Brêtas ainda crítica à alegação da proteção do direito à moradia do cônjuge abandonado pela usucapião familiar. Entende a autora que o direito à usucapião familiar estabelece que aquele que abandonou o lar familiar perderá a propriedade do bem imóvel do casal para aquele que fora abandonado. Assim, afirma a autora que o direito à moradia se diverge do direito de propriedade. Dispõe Suzana Brêtas que:

Moradia está relacionada à existência digna, o que não implica em ter propriedade. A moradia vai ser concretizada, na grande maioria das vezes, por meio de leis e políticas públicas que permitam ao povo local para morar. [...] O Estado brasileiro não pode transferir ao particular (o povo), por meio de inserção da figura jurídica da usucapião familiar no Código Civil, na norma do artigo 1.240-A, o ônus de concretizar o direito fundamental e social à moradia.⁵⁶

Ademais, Suzana Brêtas traz uma alternativa ao direito da usucapião familiar, sendo esta o direito real de habitação também previsto no Código Civil, porém no art. 1831.⁵⁷

Em sentido oposto a rediscussão do elemento culpa na dissolução da sociedade conjugal diante da decretação da usucapião familiar, Paulo

55 BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. *Inconstitucionalidade da usucapião familiar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 233-234

56 BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. *Inconstitucionalidade da usucapião familiar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 275.

57 BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. *Inconstitucionalidade da usucapião familiar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 280.

Lôbo afirma que o requisito “abandono do lar” previsto na norma é situação de fato e que tal direito não possui um caráter punitivo.⁵⁸ Entende o autor que:

O sentido de “abandono do lar”, para os efeitos da usucapião especial, é situação de fato, que independe de comprovação de motivação ou de culpa. Basta o afastamento físico do outro cônjuge ou companheiro, deixando de arcar com os deveres de manutenção da família. A finalidade da norma legal é a proteção do núcleo familiar remanescente, mediante a segurança da moradia.⁵⁹

Dessa forma, ao exigir o abandono do lar à norma não está preocupada com quem foi o culpado por tal situação ter ocorrido, ou seja, se o abandono foi fruto de algo feito pelo cônjuge que ficou no lar ou pelo cônjuge que o abandonou. Não se perquire aqui os motivos do abandono. A norma prevê como requisito apenas o abandono e ponto final.

Nesse sentido, dispõe Paulo Lôbo que:

Não importa que o cônjuge ou companheiro usucapiente tenha dado causa ao abandono. A norma não tem propósito punitivo; não visa a punir o cônjuge ou o companheiro com a perda da propriedade, em virtude do abandono do lar. Para os fins da usucapião especial, abandono do lar corresponde à separação de fato, não se exigindo que tenha havido divórcio ou dissolução formal da união estável. Assim é que se compreendem os termos “ex-cônjuge” ou “ex-companheiro” utilizados pela lei.⁶⁰

58 LÔBO, Paulo. *Coisas*. Coleção Direito civil volume 4-5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 152.

59 LÔBO, Paulo. *Coisas*. Coleção Direito civil volume 4-5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 152.

60 LÔBO, Paulo. *Coisas*. Coleção Direito civil volume 4-5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 152.

Tendo em vista o exposto, pode-se perceber que o direito à usucapião familiar está rodeado de questionamentos quanto a sua inconstitucionalidade. Não é unânime na doutrina brasileira que esse direito estaria trazendo a rediscussão do elemento culpa para a dissolução da sociedade conjugal. O requisito “abandono do lar” diante a sua subjetividade traz consigo essa discussão da volta do elemento culpa no fim do relacionamento.

Por fim, diante o cenário pandêmico atual causado pela COVID-19 seria imprudente não mencionar a sua repercussão diante o instituto em estudo. Dessa forma, tal análise será feita no tópico a seguir.

5. O REQUISITO “ABANDONO DO LAR” E O CENÁRIO PANDÊMICO CAUSADO PELA COVID-19

O ano de 2020 está sendo marcado de forma extremamente negativa pelo cenário pandêmico causado pelo vírus denominado de Coronavírus - COVID- 19. Iniciado na cidade de Wuhan – China, rapidamente se espalhou para outros países do mundo. No Brasil além das inúmeras mortes a economia também está sendo afetada de forma negativa.

Fato é que na falta de um medicamento específico para o tratamento ou de uma vacina as pessoas estão tendo que ficar em casa, pois o isolamento social por enquanto é a única alternativa eficaz contra o aumento do número de casos e o conseqüente colapso da rede pública e privada de saúde. Nesse contexto, questiona-se a relação entre o requisito “abandono do lar” previsto pela Codificação Civil para a caracterização da usucapião familiar e a pandemia atual.

Ora, com o isolamento social os casais estão tendo que conviver dentro de suas residências por horas juntos, o que pode acarretar brigas, desentendimentos e até mesmo a saída de algum destes do lar.

Assim, diante o cenário acima exposto foi editada a lei de n. 14.010/20 que “dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19).”⁶¹ Referida lei traz em seu art. 10 dispositivo que suspende o prazo da usucapião tanto imobiliária quanto mobiliária, com a seguinte redação: “Suspendem-se os prazos de aquisição para a propriedade imobiliária ou mobiliária, nas diversas espécies de usucapião, a partir da entrada em vigor desta Lei até 30 de outubro de 2020.”⁶²

José Fernando Simão, para a Assessoria de Comunicação do IBDFAM, traz um exemplo prático de como essa norma do art. 10 da lei 14.010/20 afetar a usucapião familiar:

Para exemplificar a questão, ele supõe a situação de um companheiro, que tenha saído do lar (imóvel urbano com até 250 m²) em 12 de maio, deixando de exercer qualquer ato de propriedade sobre o imóvel comum, com clara intenção de não mais exercer o direito de propriedade, e permanecendo sua companheira residindo ali com os filhos do casal. Tendo decorrido o prazo de 30 dias em 12 de junho para fins de usucapião familiar (art. 1.240-A do CC), o 31º dia será em 31 de outubro de 2020.

“Todos os prazos para usucapião que teriam começado a partir de 12 de junho de 2020 não se iniciaram, estão impedidos de correr e seu primeiro dia será 31 de outubro de 2020. Assim, se no mesmo exemplo, o companheiro deixa o lar conjugal em 12 de junho de 2020, o primeiro dia do prazo da usucapião será 31 de outubro de 2020”,

61 BRASIL. Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jun. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 01 jul. 2020.

62 BRASIL. Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jun. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 01 jul. 2020.

explica Simão.⁶³

Para mais, importante dizer que o fato de o cônjuge sair do lar devido a uma medida protetiva imposta judicialmente não acarreta a configuração do requisito abandono da morada do casal.

De acordo com o enunciado de n. 595 do Conselho da Justiça Federal:

O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapi—ão familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável. Revogado o Enunciado 499.⁶⁴

A justificativa para a edição desse enunciado se encontra no fato de:

[...] esclarecer a interpretação do art. 1.240-A, facilitando a sua aplicação. Afasta-se, com a redação adotada, a investigação da culpa na dissolução do vínculo convencial e marital, objetivo este também buscado pelo legislador constitucional com a Emenda Constitucional 66/10. Não há razão para introduzir na usucapião um requisito que diz respeito ao direito de família, sendo certo que a doutrina especializada no direito de família também tem procurado afastar tal análise.⁶⁵

63 *IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. Usucapião familiar: saiba mais sobre o tema e descubra o que mudou com o regime jurídico emergencial. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/>*

64 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 595*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/853>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

65 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 595*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/853>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

Ocorre que referida norma trata-se de um enunciado, não possuindo força de lei. Dessa forma, a subjetividade contida nesse termo “abandono” pode trazer controvérsias na análise do caso concreto.

Maria Berenice Dias traz uma solução para que não seja configurada a usucapião familiar no caso da saída de um dos nubentes/companheiros do lar, qual seja:

Por cautela podem cônjuges e companheiros firmar um documento reconhecendo não ter havido abandono do lar. O pedido de separação de corpos para o retirante se afastar do lar não basta. Pode mascarar o abandono. Mas a solução mais segura é aquele que se retirou do lar proceda à partilha de bens antes do decurso do prazo de dois anos.⁶⁶

Por fim, o mais seguro para ambas as partes é a instauração do divórcio, seja ele consensual ou litigioso, e a devida partilha do patrimônio do casal de acordo com o regime de bens escolhido por estes. Isso também vale para a união estável, ou seja, o pedido de reconhecimento desta (se for o caso), de sua dissolução e a consequente partilha dos bens. Dessa forma, se alcançaria uma maior segurança jurídica para aquele que não está mais no lar do casal.

6. CONCLUSÃO

Quando uma lei é criada o debate profundo torna-se de extrema importância para que no futuro quando da vigência da norma não apareçam dúvidas quanto a sua aplicação e interpretação no caso concreto. Fato é que o direito a usucapião familiar merecia um debate mais detalhado, porém, não se pode negar que a proteção das relações futuras do cônjuge abandonado mereça destaque.

66 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 353.

O Direito como um todo deve sempre buscar a segurança jurídica nas relações de uma sociedade. Ora, é exatamente isso que o Código Civil trouxe com a inserção da usucapião familiar, uma vez que esse mesmo ordenamento traz em outros dispositivos o divórcio e a partilha de bens. Assim, não se pode analisar uma norma de forma individual. O ordenamento jurídico é um complexo de normas que devem ser analisadas em conjunto.

Nesse viés, aquele convivente que deseja sair do lar do casal deve posteriormente fazer o pedido de divórcio e a devida partilha dos bens do casal de acordo com o regime de bens escolhido por estes. Caso contrário, não se pode retirar daquele que permanece na residência do casal o direito à segurança jurídica nas relações sociais, além do direito de continuar o seu projeto de vida.

Continuação do projeto de vida do cônjuge abandonado, esse é o maior direito protegido pela usucapião familiar. Independente dos motivos do abandono, se aquele que saiu do lar não foi atrás dos seus direitos advindos do regime de bens pactuado pelas partes não há que se colocar esse fardo nas costas daquele que permaneceu no lar.

A autonomia privada no que tange a continuidade das relações do cônjuge abandonado sempre será freada por aquele que saiu do lar sem sequer dar um fim ao matrimônio segundo as normas estabelecidas para tanto. Deve-se ter em mente que um dos nossos maiores bens é a liberdade de escolha de como uma pessoa irá seguir com a sua vidas, claro que essa liberdade deve estar respalda no respeito a norma.

Com relação ao retorno da discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal entende-se que tal alegação não merece prosperar. O reconhecimento da usucapião familiar exige o abandono do lar por parte de um dos conviventes, o que não significa que se está perquirindo culpa por parte deste pela dissolução conjugal. Aqui se está apenas garantindo a aquele que ficou o direito constitucional à moradia. O que o Direito não pode é deixar que esse cônjuge abandonado ficasse por anos sem poder exercer os seus direitos perante o imóvel que vive, como por exemplo, o

direito de vender sua residência, mudar de localidade e etc.

Por fim, importante dizer que apesar da defesa desse direito à usucapião familiar, o requisito “abandono do lar” deveria ser mais bem explicitado pela norma. Não se pode negar que tal direito deveria ter sido melhor discutido na sua origem. Dessa forma, se evitaria a subjetividade que esse requisito possui, além de evitar alguma fraude para a obtenção desse direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil (2002). Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. Emenda constitucional nº 66. 13 de julho de 2010. Diário Oficial da União, Brasília, 13 jul. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jun. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques. Inconstitucionalidade da usucapião familiar. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 500. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/569>>. Acesso em: 24 jun. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado 595. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/853>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

DELGADO, Mário Luis. 40 anos do divórcio no Brasil: uma história de casamentos e florestas. 22 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-22/processo-familiar-40-anos-divorcio-brasil-historia-casamentos-florestas>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. Manual de direito civil. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. V 5. Reais. 16. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERREIRA, Gilson. Usucapião no Código Civil Brasileiro: da ancestralidade romana como modo de aquisição da propriedade imobiliária à contemporânea proteção da entidade familiar – uma análise crítica. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo. v. 112. p. 97. jan./dez. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-USP_112.03.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. Usucapião familiar: saiba mais sobre o tema e descubra o que mudou com o regime jurídico emergencial. 25 jun. 2020. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/7416/i%C3%A3o+familiar%3A+saiba+mais+sobre+o+tema+e+descubra+o+que+mudou+com+o+regime+jur%C3%ADdico+emergencial>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

IBDFAM. Enunciado põe fim à discussão sobre abandono do lar na Usucapião Familiar. 07 out. 2015. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/noticias/5801/p%C3%B5e+fim+%C3%A0+discuss%C3%A3o+sobre>>

+abandono+do+lar+na+usucapi%C3%A3o+familiar#:~:text=%E2%80%9CO%20requisito%20do%20'abandono%20do,do%20casamento%20ou%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel.>. Acesso em: 01 jul. 2020.

JATAHY, Maria Celeste Pinto de Castro. A Nova Usucapição. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 16. Direitos Reais, p. 88. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_87.pd>. Acesso em: 28 jun. 2020.

LIMA, Edson Oliveira da Silva e Gislene Cremaschi. Construção do instituto da usucapição familiar: Questões controversas. IBDFAM. 10 fev. 2020. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1380/u%C3%A7%C3%A3o+do+instituto+da+usucapi%C3%A3o+familiar%3A+Quest%C3%B5es+controversas>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

LÔBO, Paulo. Coisas. Coleção Direito civil volume 4-5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MATURANA, Márcio. Legislação que tira propriedade de imóvel de cônjuge que abandona lar cria polêmica. 18 de setembro de 2012. Agência Senado. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/09/18/legislacao-que-tira-propriedade-de-imovel-de-conjuge-que-abandona-lar-cria-polemica>>. Acesso em 28 jun. 2020.

DAS INCONSTITUCIONALIDADES DA USUCAPIÃO FAMILIAR

*Luís Gustavo Lage Guerra*⁶⁷

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar possíveis inconstitucionalidades do texto legal disposto no artigo 1.240 – A do Código Civil Brasileiro (2002), que disciplina a usucapião familiar. Percebe-se que tal dispositivo afronta os princípios do devido processo legal e da liberdade ao atribuir o abandono do lar como uma de suas condições para deferimento da usucapião, limitando a liberdade de decisão dos ex-cônjuges, seja em relação ao regime de casamento, seja no direito de ir e vir. Nota-se que tal modalidade exclui da possibilidade de usucapião os imóveis rurais, o que caracteriza uma afronta ao princípio da igualdade. É possível perceber, ainda, que o artigo objeto do presente estudo reinsere o elemento culpa e sua análise, de acordo com o texto legal, faz-se necessária para deferimento e atribuição de responsabilidades na espécie de usucapião mencionada, representando um retrocesso e completa incompatibilidade com a Emenda Constitucional 66 de 2010.

Palavras-chave: Usucapião familiar. Inconstitucionalidade. Artigo 1.240 – A do Código Civil (2002).

67 (Es.) Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Un. Praça da Liberdade. Artigo apresentado como pré-requisito à titulação de Especialista pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Civil aplicado, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Un. Praça da Liberdade. E-mail: luisgustavolageguerra@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a inconstitucionalidade do artigo 1.240 – A do Código Civil (2002), que introduziu em nosso ordenamento jurídico a usucapião especial urbana, também denominada de usucapião familiar. No referido artigo existem diversos pontos que apresentam afrontas à princípios da Constituição Federal e retrocessos doutrinários, dentre eles, limitações ao princípio da liberdade, vez que impõe consequências desfavoráveis ao cônjuge que abandona o lar, reinsere o elemento culpa quando do fim do casamento ou união estável e faz com que este seja um dos elementos necessários para a configuração desta espécie de Usucapião, além de ferir o princípio da igualdade ao não prever situação semelhante para imóveis rurais.

Neste contexto, este trabalho buscou estruturar-se com base na metodologia de pesquisa explicativa de forma a promover a análise do cenário da inconstitucionalidade do referido artigo em seu contexto histórico e como a evolução da sociedade impactou na definição do direito e moradia, bem como na forma de tutela jurisprudencial pelo Estado.

Assim, o primeiro capítulo do trabalho buscou construir o referencial teórico, conceituando o instituto da usucapião à luz da principal doutrina, para proporcionar ao leitor o devido entendimento sobre o tema em debate. Após, aprofundando no cerne conceitual, analisou a definição de usucapião familiar em conformidade com o entendimento legislativo e principais doutrinadores e estudiosos do assunto, com o fulcro de propiciar ao leitor embasamento para a imersão no cerne da discussão *a posteriori*, qual seja, a inconstitucionalidade do artigo 1.240 – A do Código Civil (2002).

No segundo capítulo foram apresentados os principais princípios constitucionais do processo que regem o ordenamento jurídico pátrio, com o objetivo de prover o devido entendimento sobre a processualidade democrática que repousa sobre a Constituição da República de 1988.

Contudo, antes de dissertar sobre os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, faz-se mister a compreensão da construção lógica-principiológica que o disciplina e embasa em sua generalidade e após, os princípios do devido processo legal, da liberdade e da igualdade, que são o núcleo da discussão proposta.

A posteriori, serão debatidas as latentes inconstitucionalidades e afrontas que o instituto do artigo 1.240 – A do Código Civil (2002) trouxe para o ordenamento jurídico pátrio, afrontando a Emenda Constitucional 66/2010, bem como os princípios do devido processo legal, da liberdade e da igualdade, proporcionando o entendimento quanto à conclusão pela inconstitucionalidade do referido artigo.

2. INSTITUTO DA USUCAPIÃO

O instituto da usucapião é tratado no ordenamento jurídico pelo ramo dos Direitos Reais. Nas palavras de Dilvanir José da Costa (1999) “o que mais caracteriza o direito real é o *jus in re* ou poder direto do titular sobre a coisa” (p.71). Na clássica definição de Modestino apud Silva Filho (2018), “usucapião é o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante um certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos em lei” (p. 2). Clóvis Beviláqua apud Silva Filho (2018) define usucapião como sendo “a aquisição do domínio pela posse prolongada” (p.2). Já segundo o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira apud Silva Filho (2018) “[...] usucapião é a aquisição da propriedade ou outro direito real pelo decurso do tempo estabelecido e com a observância dos requisitos instituídos em lei” (p.3).

Como regra geral, os doutrinadores analisaram basicamente três pontos para análise da usucapião, quais sejam: a existência de uma propriedade, seu uso contínuo e o tempo da posse.

Fábio Ulhoa Coelho (2012), no que se refere à posse para caracterização

da usucapião entende que “em todas as espécies de usucapião, há três elementos comuns à posse: continuidade, inexistência de oposição e a intenção de dono do possuidor” (p. 204). E continua seu raciocínio afirmando que “são os elementos que, aliados aos requisitos de cada espécie, caracterizam a posse que dá ensejo à aquisição do imóvel por usucapião; a chamada posse *ad usucapionem*.” (COELHO, 2012, p.205).

A jurisprudência também consolidou este entendimento que “Aquele que adquire pela usucapião não sucede juridicamente o proprietário primitivo, pois a aquisição decorre do fato da posse, fato independente, sem vinculação com o anterior proprietário” (RT 599/234 e 623/58).

Desta forma, nota-se que para ocorrência da usucapião imperiosa a necessidade da existência de uma propriedade, da posse ininterrupta por determinado lapso temporal, bem como da intenção de dono do possuidor⁶⁸.

3. USUCAPIÃO FAMILIAR

Com o advento da Lei 12.424/2011, determinou-se a inserção do artigo 1.240 – A no Código Civil (2002), restando assim redigido:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§1º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao

68 Arts. 43, 47, 496 do CC 2002 (LGL\2002\400).

mesmo possuidor mais de uma vez.

VOLTOLNI (2012), em um artigo elaborado para a assessoria de comunicação pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – BDFAM, a usucapião familiar teria como objetivos assegurar o direito à moradia e proteger a familiar que teria sido abandonada pelo cônjuge que deixou o lar, foi conceituada da seguinte forma:

A usucapião familiar é uma espécie de aquisição da propriedade que foi criada no Brasil pela Lei nº 12.424/2011, ao incluir o artigo 1.240-A no Código Civil (2002), prevendo que aquele que exercer por dois anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano próprio de até duzentos e cinquenta metros quadrados, cuja propriedade dividia com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, terá adquirido o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural (VOLTOLINI, 2012, s.p).

Tal modalidade de usucapião é conhecida como Usucapião Especial Urbana e dentre suas particularidades destaca-se o novo prazo mínimo de 02 anos, o menor em todas as modalidades de usucapião, a necessidade da ocorrência do abandono do imóvel por um dos ex-conjuges ou ex-companheiros e um imóvel de propriedade mútua. Em crítica positiva à alteração legislativa, alguns autores como Flávio Tartuce (2012) remontam a finalidade da modificação em contraponto à peculiaridade da temática, que abrange.

Deve ficar claro que a tendência pós-moderna é

justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo exige e possibilita a tomada de decisões com maior rapidez [...]O comando pode atingir cônjuges ou companheiros, inclusive homoafetivos, diante do amplo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável. Fica claro que o instituto tem incidência restrita entre os componentes da entidade familiar, sendo esse o seu âmbito inicial de aplicação. A nova categoria merece elogios, por tentar resolver inúmeras situações que surgem na prática (TARTUCE, 2012, s.p).

Contudo, para além do ponto positivo, pela leitura do texto legal, nota-se a dispensa de elementos presentes em várias hipóteses de usucapião, quais sejam, boa-fé e justo título, além da redução do prazo para usucapir para 02 anos, como já dito, sendo o menor em todas as modalidades de usucapião.

Desta forma, para ocorrência da usucapião familiar, ou usucapião especial urbana, todos os requisitos legalmente exigidos devem, necessariamente, estar presentes para aquisição da totalidade da propriedade pelo ex-cônjuge que foi abandonado e permaneceu no imóvel, sendo eles, além do lapso temporal de 02 anos, a posse mansa pacífica e ininterrupta com *animus domini*, ou seja intenção de ser dono do imóvel, que o imóvel contenha área urbana de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), não podendo ser a parte autora proprietária de outro imóvel, seja ele rural ou urbano, conforme é o entendimento, inclusive, jurisprudencial:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL
- USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO -
INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.240 DO C.C E

183 DA C.F. - REQUISITOS DEMONSTRADOS - MORADIA NO IMÓVEL. A aquisição da propriedade imóvel por usucapião, na modalidade especial urbano, requer 'animus domini' e posse pacífica e ininterrupta de área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, desde que seja destinada à sua moradia ou de sua família e não seja proprietário de outro imóvel (Relator(a): Des.(a) Alberto Henrique

Data de Julgamento: 19/11/2015. Data da publicação da súmula: 27/11/2015).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANO - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - REQUISITOS LEGAIS - ART. 193 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - OBSERVÂNCIA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Para o reconhecimento da usucapião com fundamento no artigo 183 da Constituição Federal exige-se: a posse da coisa como sua; imóvel cuja área interna seja menor de 250,00 m²; que a posse seja mansa, pacífica, exercida ininterruptamente e sem oposição, por cinco anos; a destinação do imóvel para moradia própria do requerente ou de sua família e não ser o requerente proprietário de outro imóvel (urbano ou rural). Demonstrados, nos autos, a presença dos requisitos legais, cabível a prescrição aquisitiva pretendida (Relator(a): Des.(a) Arnaldo Maciel

Data de Julgamento: 10/11/2015. Data da publicação da súmula: 17/11/2015).

Para além da crítica ao referido artigo tratado neste trabalho,

tratando-se tão somente da inovação legislativa, é necessário considerar que o referido artigo está consagrado na lei, o que remete à justa necessidade de estudos e interpretações e aplicações *in casu*, pois remetem às consequências patrimoniais, sendo esta a motivação do presente estudo.

4. DAS AFRONTAS DO ARTIGO 1.240 – A DO CÓDIGO CIVIL (2002) AOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Antes de dissertar sobre os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, faz-se mister a compreensão da construção lógica-principiológica que disciplina e embasa o ordenamento jurídico em sua generalidade. Segundo Souza (2005), os princípios constitucionais assumem papel fundamental, na medida em que, por métodos interpretativos, viabilizam ao aplicador do direito prestar a tutela jurisdicional, conferindo sentido unitário à vontade da Constituição (p.02).

Segundo o professor Rosemiro Leal, a legitimidade de uma decisão por princípio de livre escolha do intérprete-aplicador da lei só se confirmaria pela observação do devido processo constitucional na construção procedimental encaminhadora da decisão judicante (LEAL, 2018, p. 88).

Ora, o §6º do artigo 226 da Constituição Federal extinguiu a separação judicial a culpa dos ex-consortes. Por sua vez, o artigo nº 1.240-A do Código Civil fez renascer a necessidade da discussão da culpa e a prova do efetivo abandono do lar, reacendendo o medo e a insegurança que norteiam o fim de qualquer relacionamento amoroso, colocando em evidência sentimentos e discussões ultrapassadas pelo direito de família moderno (OKASAKO apud VOLTOLINI, 2012, s.p).

É de suma importância compreender que o ordenamento jurídico rege-se não apenas pela dogmática normativa legalista, mas de igual forma pelos Princípios que norteiam a aplicabilidade das normas

estritas, fazendo com que estas aproximem-se mais da discussão *in casu* litigada. Não apenas a lei infraconstitucional, como a própria Constituição determina a relevância dos princípios, a se ver que no capítulo dos direitos e garantias fundamentais ela atribui aos princípios aplicação imediata (SOUZA, 2005). Assim, inviável seria um modelo legalista restrito em um estado democrático de direito que preconiza pela igualdade e isonomia, a se pensar que a lei estrita atenderia com máxima excelência apenas determinada situação (SOUZA, 2005).

Desta forma, pode-se dizer que os princípios surgiram como uma técnica hermenêutica por meio da qual supre-se a omissão da lei, justificando-se tal pela impossibilidade do legislador prever todas as condutas humanas relevantes para o Direito, face à completude que se espera do sistema jurídico no tratamento dos conflitos decorrentes da vida em sociedade, conforme dito anteriormente, não pode-se ignorar que o Direito de Ação é uma conquista democrática (KLAINPAUL, 2013).

Não se pode atualmente extrair uma teoria do processo de um conjunto de valores culturais indeterminados e pela afirmação de que “a teoria do processo tem como seu instituto fundamental a jurisdição”, porque as diversas sistemáticas processuais vigentes, por via da crescente atuação neoinstitucionalizante do processo, já filtraram e selecionaram, ao longo dos séculos, o que deveria integrar a principiologia do processo em nível de fundamentalidade de direito democratizante pós-moderno (LEAL, 2018, p. 97).

É cabível ressaltar que Lênio Streck (2009), já apontara que o ativismo judicial pode ser extremamente prejudicial à democracia na medida em que, quando o aplicador da Lei não concorda com o que está expresso na Constituição, ele pode utilizar-se dos princípios para caminhar

por onde deseja, chamando este fenômeno de panprincipiologismo (p. 517).

Quando cotejado com alguns princípios constitucionais, nota-se que o texto do artigo 1.240-A do Código Civil (2002) apresenta afrontas a alguns deles.

Inicialmente, merece destaque a afronta ao princípio da igualdade previsto no preâmbulo da Constituição Federal, conforme texto abaixo destacado:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

Pela análise do texto legal do artigo 1.240 – A do Código Civil (2002), nota-se que este abarca tão somente imóveis urbanos, ignorando completamente os imóveis localizados na zona rural, o que como já dito, caracteriza-se como afronta ao princípio da igualdade em detrimento aos moradores da zona rural, sobretudo quando analisamos a dimensão e a quantidade de brasileiros que vivem em áreas consideradas de zona rural em nosso país.

Nesse sentido, Vilardo apud Madeira e Godoy (2012):

No tocante à aplicação exclusiva ao imóvel urbano

há notória discriminação com aqueles que vivem em área rural. Em um país com a dimensão do nosso as questões familiares nas áreas rurais são muitas. Não faz sentido aplicar-se instituto dessa natureza apenas na cidade e vedar sua aplicação na área rural [...] (p.103).

O referido artigo apresenta ainda outra afronta à Constituição Federal quando limita o direito à liberdade dos cônjuges, ao apresentar como um dos requisitos o abandono do lar para configuração da usucapião familiar.

Desta forma, o Estado interfere na tomada de decisão do ex-cônjuge que pretende deixar o lar, impondo-lhe uma sanção, o que definitivamente caracteriza-se como uma afronta ao princípio da liberdade. Com o fim do casamento ou da união estável, pela leitura da lei, não há alternativa àquele que não pretende viver mais sob o mesmo teto de seu ex-conjuge ou ex-companheiro, tendo em vista que ao deixar o lar, restaria caracterizado o abandono e com o decurso do prazo, a perda em favor daquele que permaneceu no imóvel. Assim, devidamente caracterizado, portanto, que o requisito “abandono do lar” afronta o princípio da liberdade previsto no *caput* do artigo 5^a da Constituição Federal impondo uma sanção patrimonial aquele que abandonou o imóvel familiar.

Importante destacar que o abandono do lar não necessariamente deve ser enfrentado como uma conduta negativa daquele que o fez, tendo em vista que em diversas situações da vida de um casal, ainda mais quando possuem filhos, a distância entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros pode ser a melhor opção para evitar brigas, desgastes e desentendimentos. Tal limitação legal ora atacada acaba por conturbar a vida familiar, inviabilizando eventuais reconciliações ao manter duas pessoas juntas apenas com o escopo de não perder seu patrimônio.

Outra afronta do artigo 1240-A aos princípios constitucionais refere-se à inobservância do devido processo legal, que assim como os

demais, trata-se de uma garantia fundamental.

A origem histórica da expressão Devido Processo Legal decorre da expressão *due process of law*, que significa o devido processo em relação ao modo de julgamento colegiado, onde haveria uma relação de paridade econômica (e não situação processual) entre o acusado e o juiz. Assim, segundo o professor Rosemiro Leal, a expressão devida processo legal quer significar o modo (processo) imposto (devido) pela lei natural de igualdade entre iguais revelada pelo rei (LEAL, 2018, p. 83).

Neste sentido, se a Constituição abarcou o processo em seu texto normativo, é por clara a existência de um processo devido constitucionalizado, sendo o Devido Processo Legal um conjunto de procedimentos e atos procedimentais legiferativamente criados e regidos pelo devido processo para operar, fiscalizar e assegurar direitos e deveres contidos no discurso coinstitucional (LEAL, 2018, p. 61). É devido por ser um dever-ser imposto pelas democracias que impõe a realização dos princípios constitucionais do Processo. Ainda nos ditames do professor Rosemiro, o Devido Processo Legal é o prolongamento do processo constitucional e de suas expansividades procedimentais, e não pelo *imperium* de uma justiça interdita em moldes corretivos ou reconstrutivos do direito vigente ou externa ao direito pela clarividência (inteligência axiomática) do aplicador da lei (LEAL, 2018, p. 94).

Assim, este princípio impõe o exercício constitucionalizado da função jurisdicional atrelado ao Estado Democrático de Direito, sendo que o devido processo legal deve ser compreendido como enquanto estrutura normativa que envolve uma série de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 385).

Como direito-garantia constitucional, rompe com o conceito privatístico de direito subjetivo pela fidejussão (confiança recíproca) em que o Estado-juiz é o depositário público da confiança da sociedade civil para resolver litígios e garantir uma suposta paz social (LEAL, 2018, p. 87). Assim, “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o Devido Processo Legal”.

Em suma e pela importância do tema, o Devido Processo Legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2006, p. 88). Tal princípio constitucionalmente consagrado é, por óbvio, assegurado pelo Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INC. LV DO ROL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. EXAME. LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o Devido Processo Legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese no sentido de que a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e do Devido Processo Legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. (STF. RE 170.463/DF. Ministro Marco Aurélio, DJ 20.03.1998, p. 20).

Neste sentido, a modalidade de usucapião ora estudada apresenta-se como uma punição patrimonial àquele que abandonou o lar, simplesmente ignorando os motivos que levaram o ex-conjuge ou ex-

companheiro a fazê-lo, além de latente afronta às cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana e da igualdade e justo processo que o princípio do devido processo legal preza, à luz do art 1º, III e do art. 5º, I, X e LIV da Constituição Federal.

Dessa forma, a perda de sua cota parte no bem como sanção imposta pelo Estado simplesmente ignora uma opção familiar, que pode, inclusive, como já exposto, ser benéfica para a família e além do mais, afronta o regime de comunhão escolhido pelo casal quando do casamento, se for o caso, apresentando-se como afronta ao princípio constitucionalmente previsto, do devido processo legal, impondo sanções patrimoniais em detrimento de um direito de família.

5. DA AFRONTA À EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Para além da afronta aos princípios constitucionais expostos, as afrontas do artigo 1240 – A, o referido artigo mostra-se em dissonância à Emenda Constitucional 66/2010.

Para melhor entendimento, Emenda Constitucional visa permitir alterações na carta magna com o fito de adequá-la às necessidades, anseios e alterações da sociedade ao longo dos anos, sempre em observância ao que impõe o texto do artigo 60 da própria Constituição Federal. Comprova-se, portanto, a dissonância da Lei 12.424/2011, que inseriu o artigo 1.240 – A no Código Civil (2002) e a emenda Constitucional 66/2010, tendo em vista que as emendas fazem parte do texto constitucional e são hierarquicamente superiores à legislação federal.

Pelo exposto, um dos requisitos necessários para configuração da usucapião familiar é o abandono do lar. Tal requisito é interpretado como a configuração do elemento culpa pelo ex-conjuge ou ex-companheiro que saiu do domicílio familiar e teria colocado fim ao relacionamento afetivo do casal, abandonando a família.

Ocorre que, a referida emenda constitucional, quando de sua

entrada em vigor, já havia retirado o elemento culpa quando da análise da extinção das relações familiares. Tal emenda objetivava extinguir a separação judicial e por fim à necessidade do prazo para o fim do matrimônio, passando a não existir mais a necessidade de separação para ou qualquer tipo de prazo para o divórcio.

Nesse sentido, acerca dos benefícios do divórcio, Paulo Luiz Netto Lobo (2008):

A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resultava em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. A superação do dualismo legal repercutiu os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstraram que a grande maioria dos processos de separação litigiosa era concluída amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido (p.54).

Desta forma, deve-se concluir que a referida emenda constitucional além de acabar com a necessidade de observância de prazo legalmente até então necessário para o fim do casamento, pôs fim à necessidade prévia de separação, bem como à necessidade de análise de eventual culpa de um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros para o divórcio. A inovação trazida pela emenda constitucional mostra-se mais adequada à realidade

vivida pela nossa sociedade, pois visa assegurar a intimidade do ex-casal e retirar empecilhos até então existentes para o fim de um matrimônio indesejado.

Ocorre que, a inserção do artigo 1.240 – A no Código Civil (2002), configurou-se um retrocesso, tendo em vista que a culpa novamente passa a ser um requisito para a ocorrência da referida modalidade de usucapião. Pela análise do referido texto legal, nota-se que o mencionado artigo impõe a necessidade de verificação da responsabilidade do ex-cojuge ou ex-companheiro em relação ao fim da sociedade conjugal, o que acaba por levar para o judiciário a intimidade do casal, o que tende a tornar o processo mais conturbado e tumultuado, tendo em vista que expõe o relacionamento de uma forma completamente desnecessária e acaba envolvendo ainda mais sentimentos passionais em um tipo de processo, que por suas próprias particularidades, já é bastante conturbado.

Corroborando com o exposto, Paulo Luiz Netto Lobo (2008):

Quando o Poder Judiciário, mobilizado pelo cônjuge que se apresentava como abandonado e ofendido pelo outro, investigava a ocorrência ou não da causa alegada e da culpa do indigitado ofensor, ingressava na intimidade e na vida privada da sociedade conjugal e da entidade familiar. A Constituição (art. 5º, X) estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, sem qualquer exceção ou restrição. Ora, nada é mais íntimo e privado que as relações entretidas na convivência familiar. Sob esse importante ângulo, não poderia a lei ordinária excepcionar, de modo tão amplo, a garantia constitucional da inviolabilidade, justamente no espaço privado e existencial onde ela mais se realiza (p. 48).

O enunciado 595 do Conselho da Justiça Federal, CJF, que é um órgão autônomo cuja missão é integrar e aprimorar as decisões da Justiça Federal, nos parece mais atualizado e em consonância com a realidade da sociedade. Pela leitura do enunciado, percebe-se que não faz sentido inserir em uma ação de usucapião um instituto vindo de outro ramo do direito, neste caso, do direito das famílias e que não apresenta mais qualquer relevância atualmente.

Dessa forma, a averiguação de culpa pelo fim do casamento ou da união estável não deve ser analisado como um requisito para a usucapião familiar e sim de responsabilidades familiares, como o dever de cuidados dos pais em relação aos filhos dependentes, por exemplo, Nos termos do referido enunciado: “Enunciado 595: O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável (CJF)

Nota-se portanto, as afrontas que o artigo 1.240 – A, que dispõe sobre a usucapião familiar inserido pela Lei 12.424/2011, no Código Civil (2002), possui quando analisado sob a ótica dos princípios constantes na Constituição Federal. Tal artigo não observa os princípios da igualdade, do devido processo legal, da liberdade e afronta ainda, a emenda constitucional 66/2010.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto no decorrer da análise, a usucapião familiar, inserida em nosso ordenamento jurídico pela Lei 12.424/2011, que resultou na inserção do artigo 1.240 – A no Código Civil (2002), apresenta afrontas a princípios constitucionais e à Emenda Constitucional 66/2010.

A priori, foi possível concluir que há latente incoerência na

aplicação da modalidade de usucapião familiar e o princípio da igualdade regido pela Constituição Federal ao não prever tal possibilidade aos imóveis estabelecidos nas zonas rurais.

Para além, a nova modalidade de usucapião familiar não é igualitária quanto ao tratamento dos cônjuges, retirando de um deles direito de imóvel adquirido por ambos. Ressalta-se que, para além, ao ferir o princípio da igualdade entre os cônjuges, fere também outros princípios constitucionais, como direito à moradia e a propriedade, quando impõe uma punição patrimonial ao ex-cônjuge ou ex-companheiro que decide deixar o imóvel familiar e afronta o princípio do devido processo legal quando impõe perda patrimonial quando do abandono do lar.

Desta forma, conclui-se, ainda, que a usucapião familiar apresenta afronta à emenda constitucional 66/2010, ao reinserir a análise do elemento culpa quando do abandono do lar pelo ex-cônjuge para deferimento do pedido de usucapião do cônjuge abandonado, tema este que sequer é objeto da legislação contemporânea.

Certo de que este tema remete à um arcabouço legislativo que está em constante mutação, vez que as relações interpessoais de cônjuges e companheiros restam voláteis pelas nuances da sociedade contemporânea, tem-se que esta pesquisa e discussões posteriores sobre o gênero se mostram necessárias para o devido entendimento e enfrentamento das incoerências legislativas ocasionadas em contraponto à Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 13 de maio de 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 853. Disponível

em < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/853>>. Acesso em 10 de junho de 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: direito das coisas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Dilvanir José. O Conceito de Direito Real. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/531/r144-04.f?sequence=4>>. Acesso em 01 de julho de 2020.

MADEIRA, Joice Raine; GODOY, Sandro Franco de. Aspectos Polêmicos da Usucapião Familiar. In: Revista Aporia Jurídica (on-line). Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. 10ª. Vol. I (jun/dez), p. 97-112.

VOLTOLINI, Gabriela C. Buzzi. IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. A nova forma de aquisição de propriedade: a usucapião familiar, 2012. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/838/de+aquisi%C3%A7%C3%A3o+de+propriedade%3A+a+usucapi%C3%A3o+familiar>>. Acesso em 17 de junho de 2020.

GAZZI, Fábio. Aquisição derivada e aquisição originária de propriedade. Disponível em < <https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/aquisicao-derivada-e-aquisicao-originaria-de-propriedade-entenda-a-diferenca>>. Acesso em 01 de julho de 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 70-90.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito civil: famílias, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEDROTTI, Victoriana Três. Usucapião por abandono do lar conjugal: a repercussão no ordenamento jurídico brasileiro. 2013. 121 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais). Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Usucapião Familiar: o que é preciso para caracterizá-la? Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro:

Forense, 2003Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/>>. Acesso em 01 de julho de 2020.

SILVA FILHO, Artur Marques. A usucapião na atual constituição. Revista dos Tribunais | vol. art. 47 do CC (LGL\2002\400) 989/2018 | p. 465 - 483 | Mar / 2018 DTR\2018\10328.

SIMÃO, José Fernando. Usucapião familiar: problema ou solução? Disponível em: < <http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/usucapiao-familiar-problema-ou-solucao/598/>>. Acessado em: 02 dez. 2011.

SOUZA, Marlene M. A Importância dos Princípios Constitucionais no Processo. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Entrevista concedida a Aline Pinheiro, chefe de redação da revista Consultor Jurídico, em 15.03.2009. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-riogrande-sul>>. Acesso em 16 de junho de 2020.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família. Revista Síntese Direito de Família, 2012.

TARTUCE, Flávio. A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Tartuce.pdf>. Acesso em 30 de janeiro de 2020.

VILARDO, M.A.T., Usucapião Especial e Abandono de Lar – Usucapião entre excasal. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. IBDFAM, Belo Horizonte, ano XIV, n. 27,p. 46-60, 2012.

COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO DE USUCAPIÃO FAMILIAR

*Josiane Pereira Costa*¹

*Isabella Moreira da Costa Faria*²

RESUMO: O instituto da usucapião familiar surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 12.424/2011, que introduziu o artigo 1240-A no Código Civil. O presente trabalho realiza uma análise desta modalidade de usucapião, especialmente a discussão sobre a extensão do requisito “abandono do lar” por um dos cônjuges ou companheiro para aquisição da propriedade. Por conseguinte, ao inserir o “abandono do lar” dentre os requisitos da usucapião, resgatou-se a discussão da culpa pelo fim do relacionamento, temática que já havia sido abolida pela Emenda Constitucional nº 66/2010. Em sequência, adentra-se na controvérsia existente em relação ao juízo competente para processar e julgar as Ações de Usucapião Familiar. Especialmente porque se trata de modalidade de usucapião e, portanto, forma de aquisição de propriedade afeta aos direitos reais, ao mesmo tempo em que elenca requisito relacionado ao direito de família, não há posicionamento único sobre o tema. Ao final, passando-se por entendimentos doutrinários e jurisprudenciais conflitantes, foi possível sugerir qual entendimento acredita-se mais coerente na fixação do foro competente.

Palavras-chave: Usucapião Familiar. Abandono do lar. Competência.

¹Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais;

²Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica

INTRODUÇÃO

Ao buscar a prestação jurisdicional na tentativa de solucionar um litígio, necessário verificar qual juízo é competente para decidir sobre aquela pretensão. Sendo a jurisdição “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”. (THEODORO, p.22). Nessa perspectiva, quando se busca a jurisdição, busca-se a imparcialidade para resolver a lide, cabe, pois, ao juiz decidir sem qualquer viés ideológico ou emocional, deve-se afastar a parcialidade.

Diante deste cenário, surge o Princípio do Juiz Natural, norteador da jurisdição, uma vez que se encontra enraizado na Constituição Federal, sobre o assunto Humberto Theodoro leciona:

Só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna. Nem mesmo os órgãos hierárquicos superiores podem, em princípio, suprimir a competência do juiz natural.

Em defesa do julgamento imparcial feito por um juiz competente, e diante da impossibilidade de criar juízes ou tribunais de exceção, a competência para julgar e processar as demandas, não estão definidas em um único lugar, dispõe o artigo 4º do Novo Código de Processo Civil: “Obedecidos os limites estabelecidos pela Constituição Federal, a

competência é determinada pelas normas previstas neste Código ou em legislação especial, pelas normas de organização judiciária e, ainda, no que couber, pelas constituições dos Estados”.

Não se pode olvidar, que dentro do ordenamento jurídico estão estabelecidas as competências para processar e julgar as diversas demandas. No entanto, não pode o legislador criar exceções para julgamentos, utilizando-se da figura do juiz natural, pois toda criação deverá partir de previsão Constitucional.

Posto isto, sendo a jurisdição una, “seu exercício, na prática, exige o concurso de vários órgãos do Poder Público. A competência é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição”. (THEODORO. P196). A partir daí tem-se de um modo amplo, o que se chama de competência, sendo ela interna ou internacional. A competência internacional vem elencada nos artigos 21 a 25 do CPC e dispõe da competência da justiça brasileira em face dos Tribunais estrangeiros. Sobretudo, ao que se refere a competência interna, esta é dividida entre os vários órgãos da Justiça Nacional. O que irá definir a competência para processar uma demanda é natureza jurídica envolvida no litígio entre as partes.

Precipuaente nas ações que envolvem Direito Civil, estas estão sujeitas a serem processadas e julgadas na jurisdição civil, observando seu caráter residual. Há que se destacar que a jurisdição civil também é responsável por julgamentos de causas que envolvem outros ramos do direito, “dessa forma, para efeito de administração da Justiça, a jurisdição civil abrange, na verdade, assuntos não só pertinentes ao Direito Civil, mas também a outros ramos jurídicos, como o Direito Constitucional, Administrativo, Comercial etc. (THEODORO. p.210).

Dito isto, não restam dúvidas que a jurisdição civil é a competente para julgar as ações que envolvem direitos reais, especificamente a Ação de Usucapião que é uma das formas de aquisição de propriedade, elencada nos artigos 1238 a 1244 do Código Civil, que será tratada neste artigo.

2. USUCAPIÃO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Tem-se sua origem na Lei das XXII tábuas, época na qual o cidadão romano poderia pleitear a aquisição das propriedades que não estavam sendo aproveitadas pelos seus proprietários. Os prazos eram diferentes dos atuais, bastavam 1(um) ano para bens móveis e 2 (dois) anos para bens imóveis. “A usucapião restou consagrada na Lei da Doze Tábuas, datada de 55 antes de Cristo, como forma de aquisição de coisas móveis e imóveis pela posse continuada por um ou dois anos” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 342).

Ainda sobre a Lei das XII tábuas, ensina Silvio de Salvo Venosa:

Usucapião deriva de *capere* (tomar) e de *usu* (uso). Tomar pelo uso. Seu significado original era de posse. A lei das XII estabeleceu que quem possuísse por dois anos um imóvel ou por um ano móvel tornar-se-ia proprietário. Era modalidade de aquisição do *ius civile*, portanto apenas destinada aos cidadãos romanos. (VENOSA, 2014, P. 206).

Conforme Adriano Stanley a usucapião chegou ao ordenamento civil brasileiro por meio das Ordenações do Reino, e em apenas duas formas: usucapião ordinária e usucapião extraordinária” (STANLEY, 2017, p.95).

No código civil brasileiro de 1916 a usucapião foi disciplinada conservando as duas modalidades, no entanto, os prazos eram diferentes, enquanto na usucapião extraordinária exigia 20 anos de posse, na usucapião ordinária exigia 10 anos entre ausentes e 10 anos entre presentes, além de outros requisitos como posse mansa, pacífica e ininterrupta.

Além das duas modalidades já citadas, a Constituição de 1934

trouxe a modalidade de usucapião constitucional, Adriano Stanley define:

A primeira modalidade de usucapião constitucional: a usucapião constitucional rural ou pró-labore, que tinha por finalidade fixar o homem no campo, conferindo a propriedade de áreas rurais a todo aquele que a utilizasse como seu sustento, por força de seu trabalho e tivesse bela a sua moradia. (STANLEY, 2017, p.96)

Outra novidade veio consagrada na Constituição de 1988, que introduziu uma nova modalidade de usucapião constitucional, passando a tratar também da usucapião constitucional urbana.

Por fim, a usucapião foi inserida no Código Civil de 2002, no Capítulo II, como uma das formas de aquisição da propriedade. A palavra usucapião tem origem latina, o nome do instituto é *usucapio*, razão pela qual na codificação de 1916 não se falava a usucapião e sim, o usucapião. “Quanto à grafia, é interessante notar que no Código Civil de 2002 utiliza o gênero feminino (a usucapião), enquanto o Código Civil de 1916 a previa de forma masculina (o usucapião)” (TARTUCE, 2018, p.193).

Diante da evolução histórica do instituto, nos dias atuais entende-se por usucapião uma das formas de aquisição da propriedade, através da posse prolongada. Nesse sentido ensina Maria Helena Diniz:

A usucapião é modo de aquisição originária de bens móveis. O fundamento que se baseia a usucapião de bens móveis é o mesmo que inspira o dos imóveis, ou seja, a necessidade de dar juridicamente a situações de fato que se alongaram no tempo; por isso seus conceitos são idênticos, exceto no que se refere aos prazos que, em relação às coisas móveis, são mais curtos, ante a dificuldade de sua individualização e

facilidade de sua circulação. (DINIZ, 2012, p.343).

O Código Civil de 2002 recepcionou as modalidades de usucapião, sendo elas extraordinária e ordinária, constitucionais urbana e rural. O que diferencia a modalidade de usucapião extraordinária, disciplinada no artigo 1238 do Código Civil, e ordinária, disciplinada no artigo 1242, é basicamente o lapso temporal, bem como se o possuidor possui o justo título ou não. Entende-se por justo título documento que comprova que aquele possuidor poderia transmitir o domínio e a posse, se não houvesse algum vício impeditivo, razão pela qual, quando o possuidor tem o justo título o prazo exigido para aquisição da propriedade imóvel é de 10 (dez) anos (usucapião ordinária).

Segundo Adriano Stanley, justo título é todo documento potencialmente hábil a transferir a propriedade, ou seja: todo documento que, seguindo o procedimento natural de uma negociação culminaria em transferir a propriedade, mas não o faz por defeito. (STANLEY, 2017, p. 101).

Ao que se refere a usucapião na modalidade constitucional, tem-se a rural, prevista no artigo 191 da Constituição da República e no artigo 1239 do Código Civil, e exige que o possuidor exerça posse por mais de 5 (cinco) anos, em uma área rural produtiva para o sustento familiar, com até 50 (cinquenta) hectares. No que tange a usucapião constitucional urbana, disciplinada no artigo 1240, regulada pela Lei 10.257, prevê que, caso o proprietário de imóvel urbano não exerça a função social, perdendo para aquele que, de fato, exerce função social e destina o imóvel de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) para sua moradia e da família, basta comprovar que não é proprietário de outro imóvel urbano ou rural e que exerce posse por mais de 5 (cinco) anos, possuindo assim os requisitos para pleitear a propriedade.

Pois bem, o advento da Lei 12.424, publicada no dia 16 de junho de 2011, trouxe uma nova modalidade de usucapião, introduzindo

no Código Civil o artigo 1240-A, que se trata da usucapião familiar. O referido artigo traz de forma clara e expressa os requisitos a serem preenchidos. Vejamos:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011).

Para melhorar elucidar o instituto, Carlos Roberto Gonçalves leciona:

Trata-se, como mencionado, de nova modalidade de usucapião especial urbana, instituída em favor de pessoas de baixa renda, que não tem imóvel próprio, seja urbano ou rural. A lei em apreço disciplina o novo instituto nos mesmos moldes previstos no art. 183 da Constituição Federal. Tanto no caso da usucapião especial urbana, como no caso da usucapião familiar, é necessário que o usucapiente não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural e exerça posse mansa, pacífica e ininterrupta sobre imóvel urbano de até 250 metros quadrados para fins de sua moradia ou se sua família, não sendo permitida a concessão da medida mais de uma vez em favor da mesma pessoa. (GONÇALVES, 2012, p.27).

Ao observar os requisitos da usucapião familiar verifica-se

semelhança com a modalidade de usucapião urbana, já que os requisitos possuem elementos compatíveis entre si. Tal fato leva a crer que a competência para julgar esta nova modalidade de usucapião familiar também é da Vara Cível, tendo em vista que a lei 12.424 de 2011 foi silente neste sentido. No entanto, ao exigir como requisito que o ex-cônjuge ou ex-companheiro tenha abandonado o lar, adentra-se em uma relação totalmente familiar, o que causa controvérsias em relação a competência para processar e julgar esta modalidade de usucapião.

Isto posto, quando um dos requisitos a serem preenchidos esbarra no abandono do lar, atribui-se ao cônjuge que supostamente abandonou o lar uma culpa, o que foi excluído do nosso ordenamento jurídico com o advento da emenda constitucional 66 de 2010, que extinguiu a separação judicial, colocou o divórcio como direito potestativo, não discutindo mais o instituto

de culpa como subterfúgio para o fim do enlace matrimonial. Corroborando com o mesmo entendimento, Carlos Roberto Gonçalves:

A principal crítica que se tem feito à nova espécie é que ela ressuscita a discussão sobre a causa do término do relacionamento afetivo, uma vez que o abandono do lar deve ser voluntário, isto é, culposo, numa época em que se prega a extinção da discussão sobre culpa dissolução do casamento e da união estável. (GONÇALVES, 2012, p.274).

Com a inserção desta modalidade de usucapião pela Lei 12.424/2011, e por existir termos imprecisos e brechas na referida lei, foi ponto de partida para questionamento a discussão do elemento culpa outrora excluído do nosso ordenamento. Outro ponto é que o instituto usucapião está inserido nos direitos reais, fazendo com que a competência para processar e julgar a usucapião seja da Vara Cível.

Lado outro, o pedido de usucapião familiar pode ser feito

juntamente com o pedido de divórcio, logo, se existem pedidos conexos entre si pode-se pensar que seria um retrocesso o juiz da Vara de Família julgar o divórcio e remeter a usucapião para ser julgada em uma das Varas Cíveis.

É imprescindível muita análise e discussão sobre o tema pois, não se pode olvidar, que o abandono do lar é somente um dos requisitos, o que não pode admitir que, por si só, chame a competência da Vara de Família para julgar estas demandas, mesmo sendo pedidos conexos em uma demanda de divórcio e mesmo não sendo vinculada ao divórcio.

3. USUCAPIÃO FAMILIAR

Embora seja um instituto inserido no Código Civil em 2011, a lei 12.424 dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida, bem como a regularização Fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, tem como fundamento assegurar uma moradia digna e justa para o cônjuge ou companheiro que fora abandonado, com amparo na norma constitucional, respaldado no princípio da dignidade da pessoa humana.

O instituto usucapião familiar tem como objetivo proteger a moradia daquele cônjuge que foi abandonado. Percebe-se que o requisito abandono de lar apesar de parecer reviver a culpa, refere-se ao abandono do imóvel, razão pela qual abre brechas para discussões a que se refere a competência para processar e julgar a demanda de usucapião familiar.

Os requisitos são os referendados no artigo 1240-A, necessário que o cônjuge exerça de forma exclusiva, mansa, pacífica e ininterrupta e sem oposição pelo prazo de 2 (dois) anos posse em imóvel urbano com metragem de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), ressalvando que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O imóvel a ser usucapido, os cônjuges são necessariamente

coproprietários e compossuidores. Sobre o tema leciona Caetano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

Existência de único imóvel urbano comum – os cônjuges ou companheiros são coproprietários e compossuidores de um bem de raiz e aquele que exerce a pretensão não ostenta a titularidade de qualquer outro em território nacional, sendo despidendo aferir tal circunstâncias no patrimônio do ex-convivente. O fracionamento da propriedade pode tanto derivar do casamento pela comunhão universal de bens, como pela aquisição onerosa por um dos cônjuges, após o matrimônio pelo regime da comunhão parcial, ou mesmo pela evidencia do esforço comum no regime e separação obrigatória. Quanto à união estável, imprescindível o requisito da coabitação, que pressupõe a vida comum. A luz do artigo 1.725 do Código Civil, salvo contrato escrito, “aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.403).

Vale lembrar que a usucapião familiar não está atrelada a decretação do divórcio, embora no artigo são usados os termos “ex-cônjuge” e “ex-companheiro”, não é requisito a preexistência de divórcio ou separação, ou seja, “não é necessário a sentença do divórcio para que se pleiteie a usucapião familiar.” (STANLEY, 2017).

Ademais, sendo a usucapião um direito real, na qual concede ao cônjuge ou companheiro a possibilidade de continuar a exercer sua propriedade após o abandono do lar e, ainda, tal pleito não depender da preexistência de divórcio ou separação, não se pode olvidar que a

competência para processar e julgar a usucapião é controversa, é um instituto dos direitos reais e ao mesmo tempo está atrelado a uma relação familiar.

Imperioso destacar que para usucapir o imóvel utilizando-se deste instituto usucapião familiar, o imóvel deve pertencer ao casal, ou seja, ser parte do patrimônio comum do casal. Portanto, o ex-cônjuge ou ex-companheiro já detém uma parte do imóvel, mas pelo abandono e pelo lapso temporal de 2 (dois) anos o imóvel não foi reivindicado, este pode passar a ser de forma integral de um dos ex-cônjuges ou ex-companheiros, não sendo, pois, objeto de partilha.

Segundo Caio Mário “o cônjuge ou companheiro permanece a residir no imóvel do qual detém uma parcela da propriedade e vai, com o transcurso do biênio legal adquirir a propriedade da fração pertencente ao outro, integralizando do domínio em seu nome” (PEREIRA, 2014).

Há de lembrar que quando se fala que o imóvel tem que ser parte do patrimônio do casal, não se pode concluir que cada um terá uma fração de 50%, sendo que a parte só será legítima a pleitear os outros 50%. Ledo engano, pois a lei refere-se em copropriedade e compossuidores, não fala em fração, razão pela qual independe que seja 30%, 40% ou 50% do patrimônio. Leciona Maria Helena Diniz: “seja condômino em qualquer percentual: 10%, 90%, 50%, 30%, 70% etc” (DINIZ, 2014, p. 194).

Na usucapião familiar não se pleiteia a totalidade do imóvel, mas tão somente a parte que o ex-cônjuge ou ex-companheiro detém. Insta mencionar que o imóvel a ser usucapido deve ser para fins de moradia, ou seja, caso um dos ex-conviventes seja possuidor ou proprietário de outro imóvel, sendo o mesmo comercial, isso não afasta a possibilidade de pleitear a usucapião familiar. Maria Helena Diniz completa o raciocínio: “alguns autores entendem que pode ser o ex-cônjuge ou ex-companheiro proprietário de loja ou imóvel voltado para fins empresariais, porque a norma visa garantir moradia”.

Outro aspecto é quando o ex-convivente detém a totalidade

do imóvel, utiliza-se do mesmo raciocínio já mencionado alhures, a lei fala em copropriedade e compossuidores. Desta feita, segundo Faria e Rosenvald “É a hipótese do imóvel que foi adquirido antes do casamento ou doado a um deles apenas, na constância da relação, quando o casamento está submetido ao regime de comunhão parcial. Em ambos os casos, não será possível a usucapião pró família”. (FARIAS, 2014, p.129).

Logo, não há que falar da modalidade de usucapião familiar quando o ex-convivente não possui direitos sobre o respectivo imóvel, não sendo coproprietário tampouco compossuidor.

3.1 ABANDONO DO LAR

Como já exposto em tópico anterior, o abandono do lar é um dos requisitos para se pleitear a usucapião familiar, sendo que não é exigível que já tenha um divórcio decretado para formalizar o pedido. Sabe-se que o divórcio é a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando, por consequência, na extinção de deveres conjugais. Trata-se, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, de uma forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de simples manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges, apta a permitir, conseqüentemente, a constituição de novos vínculos matrimoniais.

Para alguns doutrinadores, ao atribuir o “abandono do lar” por um dos cônjuges, ressurgem a discussão acerca da culpa pelo fim do relacionamento, uma vez que tal requisito é indispensável para manejar a ação de usucapião familiar, com intuito de proteger aquele que foi abandonado. “O termo ‘abandono de lar’ foi usado de maneira infeliz, uma vez que remete ao artigo 1.573, IV, do Código Civil 2002, que diz respeito à antiga discussão acerca da culpa nas separações judiciais litigiosas”. (ORSELLI, 2012).

De acordo com a redação do §6º do art. 226 da Constituição Federal, “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” A ideia da intervenção do Estado foi abolida, uma vez que não cabe mais ao Estado discutir o culpado do fim da relação, nem fixar prazo para reflexão, sendo adstrito somente às partes descobrirem quando não existe mais amor, deixando as questões de coração ao julgamento pelas próprias pessoas envolvidas.

A lei 12.424 de 2011 ao tratar da usucapião familiar, teve como objetivo conferir ao imóvel a sua função social em razão do abandono promovido por um dos cônjuges ou companheiro. O instituto não visa penalizar o cônjuge ou o companheiro pelo abandono, mas resguardar a família abandonada uma moradia digna, garantindo a destinação social do imóvel. Segundo Carlos Eduardo de Castro Palermo, o termo “abandono de lar” não remete a questões relativas ao fim do relacionamento, mas, “quer significar o fato daquele que deixou de praticar atos inerentes ao proprietário, tal como uso, gozo, disposição ou reivindicação”. (PALERMO, 2012).

Embora para alguns doutrinadores o elemento culpa volta a ser discutido nesta nova modalidade de usucapião uma vez que entende como sanção o abandono do lar, para outros não se refere o instituto uma punição, mas uma saída voluntária. A atribuição “abandono do lar” deve ser vista como uma forma de resguardar a família de baixa renda que não possui outro imóvel, o direito de permanecer no lar, atribuindo-a a função social da propriedade.

O Cônjuge ao sair do lar por mera liberalidade, abre mão de exercer sobre aquele bem os direitos de propriedade, sendo irrelevante discutir quais motivos que o levou tomar a referida decisão, sendo apenas o objeto de análise o lapso temporal, se houve a renúncia dos direitos de proprietário pelo prazo de 2 (dois) anos.

Adriano Stanley critica: “Ao que parece o artigo 1240-A, inserido pela lei 12.424/2011 aplica uma sanção ao cônjuge que deixa o lar sem analisar o motivo pelo qual se deu abandono estabelecendo um prazo tão

exíguo, gerando insegurança jurídica”. (STANLEY, 2017, p.109)

Não obstante vale mencionar, se a saída se deu por conveniência familiar, mas o cônjuge ou companheiro continua a contribuir com o sustento da família, não resta configurado abandono, razão pela qual afasta a possibilidade de pleitear a usucapião pró-familiar. Corroborado com o entendimento Farias: “Não estará caracterizado o abandono de lar se a parte que saiu do imóvel comum continua participando das despesas comuns, cumprindo os deveres econômicos sobre o bem, como, exemplificado, o pagamento de impostos”. (FARIAS, 2014, p.131).

A conclusão é lógica, sobretudo neste aspecto, tendo em vista que o ex-cônjuge ou ex-companheiro não deixou de exercer a função social da propriedade, razão pela qual o bem continua sendo patrimônio comum do casal, sendo, portanto, objeto de partilha em uma futura ação de divórcio. Se o motivo do abandono tem um peso relevante entre o casal, principalmente relacionado a convivência, há de ressaltar que exercer a função da propriedade não significa tão somente residir no imóvel, existem outras formas, o pagamento de impostos como bem exemplificado por Farias.

3.2 COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR USUCAPIÃO FAMILIAR

A usucapião é instituto dos direitos reais e vem disciplinado no Código Civil. As demandas que o Código Civil se refere são processadas perante o Juiz cível por se tratar de direitos reais sob propriedade imobiliária. Pode-se concluir que a competência para processar e julgar a usucapião familiar também é da Vara Cível. Mas há controvérsias, como será demonstrado, inclusive trazendo julgados de alguns tribunais brasileiro. Logo, o presente artigo tem como primazia trazer à baila a controvérsia jurisprudencial sobre o processamento da usucapião familiar.

Primeiramente, a controvérsia em relação a competência de julgar

usucapião familiar encontra baliza em razão do instituto supostamente trazer requisitos de ordem familiar. Lado outro, “para as ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa” matéria disciplina no artigo 47 do CPC. Sendo em regra competência cível, por tratar de direitos reais.

No entanto, os Tribunais podem dispor de Leis que organize sua estrutura, a Lei Complementar nº59/2001 trata sobre a organização e divisão judiciária do Estado de Minas Gerais e prevê no artigo 60 “Compete a Juiz de Vara de Família processar e julgar as causas relativas ao estado das pessoas e ao Direito de Família, respeitada a competência do Juiz de Vara da Infância e da Juventude”. Em contrapartida há previsão no artigo 57:

Art. 57 - Compete a Juiz de Vara de Registros Públicos: I – exercer as atribuições jurisdicionais conferidas aos Juízes de Direito pela legislação concernente aos serviços notariais e de registro; II – exercer a incumbência prevista no art. 2º da Lei Federal nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. III – processar e julgar as ações relativas a usucapião. (Inciso acrescentado pelo art. 19 da Lei Complementar nº 135, de 27/6/2014.)

Respaldados nos fundamentos trazidos por alguns doutrinadores que assegura que a usucapião familiar exige arguição de questões relativas ao direito de família, razão pela qual entende-se que a mesma deve ser processada e julgada por um Juiz da Vara de Família, respaldado no artigo 60 da lei de organização judiciária, afastando a competência do juiz da vara de registros públicos. Corrobora com o entendimento Silva e Germano:

É da vara de Família, onde houver, a competência

para processar a ação de usucapião familiar, por tratar de efeito jurídico derivado da relação de casamento ou da união estável que se prorroga em razão da matéria, exigindo justamente o art. 1240-A do Código Civil que o imóvel a ser usucapido seja aquele utilizado pelo ex-casal como moradia familiar ou conjugal, não podendo o promovente da usucapião ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (SILVA; GERMANO, 2018).

Se a legitimidade desta demanda confere ao ex-cônjuge ou ex-companheiro que já é proprietário de parte do imóvel, como sendo legítimo para pleitear a outra parte, corrobora com a tese acima firmada, vez que demonstra equivocada a inclusão da usucapião no Código Civil no capítulo de Aquisição da Propriedade Imóvel, o que se pleiteia é aquisição da outra parte do imóvel, lembrando que o legitimado já é proprietário, requerendo apenas a declaração de forma integral.

O Tribunal de Justiça Mineiro em uma decisão de conflito de competência decidiu pela competência da Vara de Família para processar e julgar ação de usucapião familiar. No julgado datado de 07 de fevereiro de 2019 proferido pela 8ª Câmara Cível, dispôs que a questão controvertida exige análise de questões familiares não se tratando de matéria de cunho patrimonial. Senão vejamos:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - USUCAPIÃO FAMILIAR - ARTIGO 1.240-A DO CÓDIGO CIVIL - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE FAMÍLIA - QUESTÕES QUE EXTRAPOLAM A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE REGISTROS PÚBLICOS - CONFLITO REJEITADO. 1. De acordo com o artigo

1.240-A do Código Civil, introduzido pela Lei Federal nº 12.424/2011, o ex-cônjuge ou ex-companheiro que continue a habitar o imóvel abandonado pelo outro, de forma voluntária e não justificada, poderá requerer em juízo a integralidade da propriedade, que antes era mantida em regime de condomínio entre o casal, desde que não seja proprietário de outro imóvel. 2. A usucapião familiar, inovação trazida pela legislação citada do ano de 2011, exige a análise de questões intrínsecas ao direito de família, atinentes, por exemplo, ao efetivo término da sociedade de fato ou de direito e ao afastamento do lar conjugal por uma das partes, extrapolando a competência da Vara de Registros Públicos, não havendo que se falar, data vênia, em matéria de cunho exclusivamente patrimonial. 3. Conflito rejeitado. (TJMG - Conflito de Competência 1.0000.18.076271-8/000, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/02/2019, publicação da súmula em 18/02/2019)

Na mesma linha a 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul defende a competência da Vara de Família para julgar demanda de usucapião familiar:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.
AÇÃO DE USUCAPIÃO POR ABANDONO DO
LAR CONJUGAL. COMPETÊNCIA.

A ação de usucapião com base em alegação de abandono do lar conjugal envolve ex- cônjuges. Nela debate-se abandono conjugal e existência de bem comum. Em face dessas circunstâncias, entende-se

que a competência para processar e julgar tal demanda é do juízo especializado de família.

Essa conclusão vale especialmente para o caso concreto, já que a ação de usucapião é conexa (por identidade de objetos) à outra ação declaratória de qualidade sucessória e de exclusão de bens da herança que tramita perante o juízo de família. (Nº 70063771927 (Nº CNJ: 0062570-90.2015.8.21.7000) 2015/Cível

Para Chaves de Farias “trata-se, inclusive, de regra de competência absoluta, não admitindo prorrogação pelo interesse das partes e podendo ser conhecida de ofício pelo magistrado ou suscitada pelo Ministério Público”. (FARIAS, 2014, p. 138)

Noutro giro, há quem entenda se tratar de questões patrimoniais atinentes ao imóvel, não vislumbrando abandono do lar como requisito intrínseco as relações familiares. Sobre a matéria no próprio Tribunal Mineiro encontra-se divergências, conforme se verifica no julgado proferido pela 2ª Câmara Cível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE DIVÓRCIO - RECONVENÇÃO - USUCAPIÃO FAMILIAR - ART. 1240-A DO CC/02 - COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO - DIREITO REAL - COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL - DECISÃO MANTIDA

Na usucapião familiar, prevista art. 1240-A do CC/02, a existência de instituição familiar, seja o casamento ou a união estável, é apenas um dos requisitos necessários para a sua constituição. A questão de fundo nela contida refere-se a constituição de domínio sobre imóvel, constituindo-se, portanto, ação de cunho patrimonial. Tendo em vista que a usucapião

familiar não se refere a estado de pessoas, mas sim a aquisição originária de propriedade imobiliária, cujos efeitos poderão atingir terceiros, a competência para seu julgamento é dos Juízes da Vara Cível, e não da Vara de Família. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.13.206443-7/001, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/03/2014, publicação da súmula em 21/03/2014)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, por sua vez, em decisão proferida pela Câmara de Uniformização jurisprudencial, acolheu proposta de edição de enunciado sumular com a seguinte redação: “*A competência para julgamento da ação de usucapião, fundada no art. 1.240-A do Código Civil, é do Juízo Cível.*” (TJDFT, 2019, on- line)¹. A proposta de edição de súmula foi aprovada no referido Tribunal local em conformidade com uma nova sistemática sobre a jurisprudência horizontal dos tribunais, inaugurada pelo artigo 926 do Novo Código de Processo Civil.

Com efeito, a busca pela harmonização dos julgados, aplicando-se a mesma solução jurídica às situações similares é condição de observância do princípio da isonomia, corolário do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, buscou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios uniformizar a sua jurisprudência dominante, abaixo:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.
AÇÃO DE USUCAPIÃO FAMILIAR. ART. 1.240-A, CC. QUESTÃO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE PRETENSÃO RELATIVA A RECONHECIMENTO OU DISSOLUÇÃO DE RELAÇÃO FAMILIAR. NATUREZA EXCLUSIVAMENTE PATRIMONIAL.
COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL. 1.O Conflito

Negativo de Competência se refere a demanda sobre o reconhecimento de exclusividade quanto ao imóvel, em razão da denominada “usucapião familiar”, constante no art. 1.240-A do Código Civil. 2. A única e principal pretensão formulada nos autos diz respeito, exclusivamente, à questão patrimonial, haja vista que não houve qualquer pedido para o reconhecimento ou para a dissolução da união estável. Desse modo, por não vislumbrar matéria que atraia a competência do Juízo familiar, a competência é do Juízo da Vara Cível. 3. Acolho o Conflito Negativo de Competência para declarar competente o Juízo da 1º Vara Cível de Samambaia, ora suscitado, para o processamento e julgamento da ação de usucapião nº 2017.09.1.008590-0. (Acórdão 1089784, 07000733220188070000, Relator: ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, 1ª Câmara Cível, data de julgamento: 16/4/2018, publicado no DJE: 24/4/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Conforme se depreende do precedente acima, a jurisprudência do TJDFT sedimentou que a competência para julgar a Ação de Usucapião Familiar é do juízo da Vara Cível, desde que a única e principal pretensão da parte seja a aquisição da propriedade imobiliária, conteúdo eminentemente patrimonial. Por outro lado, em concordância com a orientação dominante destacada, é competente o juízo da Vara de Família para julgar pedido de usucapião familiar alegado como matéria de defesa em ação de divórcio ou reconhecimento e dissolução de união estável. Isso porque, nesse caso, o objeto principal da lide é a dissolução da sociedade conjugal. Nota-se, pois, a divergência existente tanto na doutrina como na jurisprudência, que agrupam fundamentos

aptos a corroborar com os dois entendimentos explanados acima. Não se discute, em verdade, que a usucapião familiar se trata de instituto de direitos reais, na medida em que a usucapião é uma das formas de aquisição da propriedade, bem como porque exige outros requisitos similares com as demais demandas de usucapião. Soma-se a isso o fato de o requisito “abandono do lar” ter a função de conferir ao convivente apenas o requisito do lapso temporal, sendo certo que a usucapião poderá ser pleiteada independente de divórcio ou separação. Parece mais lógico, pois, a competência ser atribuída à Vara de Registro Públicos, conforme a Lei de Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais.

4. CONCLUSÃO

A discussão sobre o juízo competente para processar e julgar a Ação de Usucapião Familiar está essencialmente vinculada à análise da extensão dos requisitos estabelecidos pelo artigo 1240-A do CC, sobretudo o “abandono do lar” que, sem dúvidas, deve ser problematizado para melhor compreensão do instituto estudado. Considerado para muitos doutrinadores como verdadeiro retrocesso, a figura do “abandono do lar”, em um primeiro momento, é vista como a retomada da análise de “culpa” e “causa da separação”, discussão já superada pela Emenda Constitucional nº 66/2010.

Sobre a exigência do “abandono do lar” em substituição ao requisito do *animus domini*, critica Faria e Rosenvald: “essa é a primeira e única espécie de usucapião em que despicienda é a investigação quanto à intenção do possuidor de ter a coisa para si, pois o que importa é perscrutar a culpa daquele que abandonou o lar” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 509).

Após a alteração do § 5º do artigo 226 da Constituição da República de 1988, dada pela referida EC nº 66/2010, permitiu-se o rompimento do vínculo matrimonial apenas pela manifestação de vontade por um dos cônjuges, sem qualquer discussão sobre os motivos que levaram

à separação. Portanto, *“Mais coerente com uma visão constitucional, será interpretar a exigência do abandono, como uma omissão no dever fundamental de convivência familiar (art. 227, CF) por parte daquele genitor que se ausentou do lar.”* (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 508).

O impasse sobre qual conduta caracterizaria o “abandono do lar” implica, inclusive, no crescimento da litigiosidade, com o aumento do número de pedidos de divórcio e dissolução de união estável, para evitar a perda da propriedade daquele que saiu do imóvel. Ainda, a insegurança jurídica gerada pela falta de consenso sobre a configuração do instituto em questão, também poderia levar casais que se separaram a continuar coabitando, por medo de perder sua parte do imóvel.

A fim de lograr uma melhor compreensão a respeito do instituto do “abandono do lar” e esclarecer a interpretação do artigo 1240-A do CC, o Enunciado 595 da VII Jornada de Direito Civil esclareceu que *“O requisito “abandono do lar” deve ser interpretado na ótica do instituto da usucapião familiar como abandono voluntário da posse do imóvel somado à ausência da tutela da família, não importando em averiguação da culpa pelo fim do casamento ou união estável”*. Pretendeu-se, pois, desvincular o “abandono do lar” da busca de um culpado pelo fim do relacionamento.

O debate sobre o instituto acima repercute diretamente na fixação da competência para julgar e processar a Ação de Usucapião Familiar, cuja controvérsia deriva da própria incerteza sobre a natureza e a extensão dos requisitos exigidos para usucapião familiar.

Não se discute que as questões relacionadas à violação aos deveres do casamento ou da união estável devem ser apuradas pelo juízo do Direito de Família. Entretanto, uma vez afastada a averiguação da culpa pelo fim do relacionamento e interpretando objetivamente o requisito “abandono do lar”, conforme preceitua o Enunciado 595 da VII Jornada de Direito Civil, torna-se possível afastar qualquer análise referente ao direito de família para configuração da usucapião familiar.

Soma-se a isso o fato de que “A usucapião é modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais pela posse prolongada

da coisa, acrescida de demais requisitos legais” (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 431). Com efeito, as Ações de Usucapião configuram-se como demandas reais imobiliárias, logo, a competência para seu julgamento é da Vara Cível.

Vale lembrar que *“é a causa de pedir, que contém a afirmação do direito discutido, o dado a ser levado em consideração para a identificação do juízo competente. É com base neste critério que as varas de família, cível, penal etc. são criadas”* (DIDIER JR., 2015.p.216). Assim, conquanto os fatos que permeiam a posse exclusiva se originam do abandono do lar, este é apontado pelo autor apenas para preencher os requisitos legais exigidos, a fim de demonstrar o direito à aquisição originária de propriedade imobiliária.

Portanto, na Ação de Usucapião Familiar não se adentra em análises quanto ao estado de pessoas. Em verdade, a questão de fundo examinada – preenchimento dos requisitos necessários para aquisição da propriedade – é de cunho patrimonial. Nessa linha, conclui-se como mais coerente que análise de tais questões patrimoniais seja efetivada pelo Juízo da Vara Cível.

Apesar disso, destaca-se que o juízo competente para processar e julgar a Ação de Usucapião Familiar não é matéria incontroversa. Conforme destacado ao longo deste artigo, diante omissão na lei, grande é a divergência doutrinária e jurisprudencial, na medida em que alguns entendem que a competência é da Vara de Família e outros acreditam ser da Vara Cível.

Assim, diante do cenário de valorização dos precedentes que permeia o Novo Código de Processo Civil, espera-se que os Tribunais brasileiros uniformizem sua jurisprudência acerca do tema, em prevalência à segurança jurídica e, conseqüentemente, à estabilidade da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Paulo Paulino de; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Primeiras anotações sobre os pressupostos e a processualização da usucapião familiar. *Revista de processo*, v. 199, p. 369-373, set. 2011.

BRASIL. [Constituição de 1988]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 de abril de 2020.

BRASIL. [Código Civil de 2002]. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 12 de abril de 2020.

BRASIL. Lei n° 12.424, de 16 de junho de 2011. Altera a Lei n° 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis n°s 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória n° 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12424.htm. Acesso em: 12 de abril de 2020.

BRASIL. [Código Civil de 2002]. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 9 de abril de 2020.

BRASIL, Conselho da Justiça Federal, Enunciado n° 595 da VII Jornada de Direito Civil. Coordenador Geral: Ministro Ruy Rosado de

Aguiar.

DIAS, Eliezer Coelho. Usucapião por abandono do lar e aspectos jurisprudenciais. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 ago. 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52184/usucapiao-por-abandono-do-lar-e-aspectos-jurisprudenciais>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015 (v. 1).

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 4. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 10. ed. Salvador: Juspodivim, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro.v.5. ed. 6. São Paulo: Saraiva, 2012.GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, v. 1 teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 61. Rio de Janeiro Forense 2020 1 recurso online ISBN 9788530989750.

TJDFT. Acórdão 1180675, 07046285820198070000, Relator: Des. José Divino, Câmara de Uniformização. Brasília, 09 jul. 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

TJDFT. Acórdão 1089784, CC 07000733220188070000, Relator: Robson Barbosa de Azevedo, 1ª Câmara Cível, Brasília, 24 abril 2018. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

MINAS GERAIS. Lei Complementar 59, de 18 de janeiro de 2001. Contém a organização e a divisão judiciárias do Estado de Minas Gerais.

Governo Itamar Franco [2001]. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-novamin.html?tipo=LCP&num=59&ano=2001>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. CC 1.0000.18.076271-8/000 MG 0762718-28.2018.8.13.0000. Relator: Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Belo Horizonte, 18 fev. 2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRetotalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.18.0762718%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 12 de abril de 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. AIcv 1.0024.13.206443-7/001 MG 0954947-88.2013.8.13.0000. Relator: Des.(a) Afrânio Vilela. Belo Horizonte, 21 mar. 2014. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.13.2064437%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 12 de abril de 2020.

ORSELLI, Helena de Azeredo. Análise crítica da usucapião especial urbana por abandono. Revista síntese de direito de família, v. 15, n. 69, dez. 2012.

PALERMO, Calos Eduardo de Castro. A nova usucapião especial por abandono do lar e a função social da propriedade. Revista síntese de direito de família. São Paulo. v. 14, n. 71. abr/maio 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. 26. ed. rev. atual. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. CC 70063771927 RS 010/1.14.0030093-2.

Relator: Des.(a) Jose Pedro De Oliveira Eckert. Porto Alegre, 28 abr. 2015. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_

fonetica=1&tipo=1&id_comarca= 700&num_processo_mask=&num_processo=70063771927&codEmenta=7706337&temIntTe or=true. Acesso em: 12 de abril de 2020.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: volume 5 : direito das coisas. 6. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Ana Leticia Erthal Soares; GERMANO, Antônio Edson. A usucapião especial urbana por abandono do lar conjugal. Jus.com.br, artigos, out. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69422/a-usucapiao-especial-urbana-por-abandono-do-lar-conjugal/2>. Acesso em: 10 de abril de 2020.

STANLEY, Adriano. Direito das Coisas. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. TARTUCE, Flávio. Direito das coisas. 10. ed. São Paulo: Método, 2018. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LIMINARES DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE E DESPEJO NA PANDEMIA DE COVID-19

Izabela Mendonça Acorroni⁷⁰

Luísa Pires Domingues⁷¹

RESUMO: O presente trabalho tem como pretensão apresentar uma análise de liminares de Ação de Reintegração de Posse e de Despejo no contexto da Pandemia de COVID-19 – novo coronavírus – declarada pela OMS em 11 de março de 2020. Procurou-se analisar em que medida a pandemia afeta a efetividade da Reintegração de Posse e do Despejo e como os tribunais estaduais, federais e órgãos como STJ e STF têm tratado sobre o tema, diante de um cenário de incertezas jurídicas e de conflito entre direitos fundamentais. Procurou-se desenvolver ainda uma crítica a partir de uma análise sistêmica das disposições da jurisprudência a partir do marco teórico do Direito Civil, mais precisamente, dos Direitos Reais e da Lei de Locações.

Palavras-chave: Direito Civil. Direitos Reais. Lei de locações. Posse. Ação de Reintegração de Posse. Ação de Despejo. Coronavírus.

70 Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2018). Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2020). E-mail: izabelacorroni@gmail.com

71 Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2018). Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2020). E-mail: luisapd96@gmail.com

INTRODUÇÃO

Existe um debate amplo e já antigo sobre colisão entre direitos fundamentais, muito tratado em artigos e doutrinas, que envolvem conceitos como sobreposição de direitos, princípio da proporcionalidade, hermenêutica constitucional e outros inúmeros termos que englobam a problemática a ser discutida. Diante da pandemia de Covid-19, novamente nos deparamos com este debate, no que se refere às Ações de Reintegração de Posse e Despejo.

Temos em voga conflitos entre o direito de posse, e direito à saúde, à vida, à segurança. Os julgadores se deparam com uma situação muito particular e complexa, onde é necessário questionar a vulnerabilidade do sujeito que poderá enfrentar a perda da posse e da moradia no contexto atual de pandemia, o que buscamos debater e analisar no decorrer deste trabalho. Diante deste vazio legislativo e de insipientes decisões favoráveis sobre o tema é que se buscará desenvolver uma crítica sobre o que tem sido decidido.

1. A POSSO COMO DIREITOS REAIS

Os Direitos Reais são oponíveis *erga omnes*, característica de seu absolutismo. Derivado deste poder absoluto decorre o direito de sequela, consubstanciada no poder de perseguir o bem com quem o possua ou detenha injustamente. Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior (2016) traçam algumas linhas sobre o tema:

Enquanto as obrigações são direitos relativos, os direitos reais são direitos absolutos, “valem *erga omnes*, são *jura excludendi omnes alios*, são *direitos de soberania (Herrschaftsrechte)*”

sobre a coisa”.

Isto quer significar que o direito real produz eficácia real, ou seja, faculta ao proprietário “usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (CC 1228). Portanto, o titular de direito real sobre a coisa dispõe de um título legal que o habilita a ostentar a condição de credor real e, por isso, preferencial (CC 958). A *obligatio* é um direito muito mais adaptável, livre e transformável que a propriedade. (NERY, 2016, grifo nosso).

Adentrando a qualificação da posse, atualmente o tema se discute em duas principais teorias doutrinárias: a Teoria Subjetiva de Friedrich Karl von Savigny e a Teoria Objetiva de Rudolf von Jhering. Savigny afirma que a posse, antes mesmo de ser um direito é um estado de fato, assim, em breve síntese, posse seria a junção *corpus + animus domini*, ou seja, o sujeito que tem poder físico em relação à coisa (*corpus*), somado à intenção de agir como dono (*animus*), seria possuidor.

Jhering, por sua vez, sustentava que a teoria de Savigny dos elementos caracterizadores da posse (*corpus e animus*) estava errada. Para o autor, o elemento subjetivo do *animus* estaria subentendido, sendo mais importante o elemento objetivo: posse é visibilidade de domínio, direito do titular sobre a coisa, “é possuidor quem procede com aparência de dono”.

Temos reflexos da teoria de Jhering em nosso ordenamento, onde, o art. 1.196 do Código Civil considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Nesta senda, César Fiuza (2015) assevera:

Genericamente, poderíamos dizer que a posse estará constituída sempre que se vislumbrar situação fática, composta de corpus e animus, a qual gera a relação entre possuidor e não possuidores. Esta parece ter sido a solução adotada pelo Código Civil, ficando a doutrina e a jurisprudência com o encargo de subsumir o fato concreto à norma geral e abstrata.

(...) É possuidor aquele que procede como dono, ainda que não deseje sê-lo. Posto isso, o primeiro efeito da posse é a presunção de propriedade. Em outras palavras, o possuidor se presume dono, até prova em contrário. (FIUZA, 2015, grifo nosso).

Ainda, pontua o autor:

Como bem salienta Tito Fulgêncio, a palavra posse é muitas vezes impropriamente utilizada. Assim, emprega-se erroneamente *posse* para designar, dentre outros: *A propriedade* – No uso vulgar, vê-se dizer que alguém *possui* algo, no sentido de que seja dono do bem. *O exercício ou gozo de um direito* – É neste sentido que a emprega o próprio Código Civil nos arts. 1.545 e 1.547, dizendo ter a *posse* do estado de casados aqueles que ao mundo parecem casados, tendo eles mesmos a convicção de o serem. *A coisa possuída* – É neste sentido que nos referimos a nossas *posses*. (FIUZA, 2015, grifo nosso).

Neste contexto, afirmamos no presente trabalho, o conceito de posse delineado pelo Enunciado 492 do Conselho de Justiça Federal, o qual sustenta que “a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela”.

2 PROTEÇÃO POSSESSÓRIA

No que tange à proteção judicial da posse, por sua vez, temos as ações possessórias. Nestas, a primeira verificação a ser feita é se há prova da posse do autor e se o direito violado é suscetível de posse, nos termos do art. 561 do Código de Processo Civil. Especificamente quanto à ação de reintegração de posse, tema que aqui tratamos, esta será ajuizada em caso de esbulho, classificado como a perda da posse contra a vontade do possuidor, mediante violência, clandestinidade ou abuso de confiança.

Sobre a proteção judicial da posse, César Fiuza (2015) pontua:

O objeto das ações possessórias é a posse esbulhada, turbada ou ameaçada. É, enfim, o *ius possessionis* ou direito de posse. O juízo em que se discute a posse denomina-se juízo possessório. Nele não se argui a propriedade. Esta será questionada no juízo petitório, por meio de outras ações, tais como a reivindicatória e a ação de imissão na posse, dentre outras. Debate-se no juízo petitório o *ius possidendi*, ou direito do proprietário à posse.

(...) O Código Civil de 2002, em seu art. 1.210, § 2.º, pôs fim à controvérsia, ao dispor que “não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”, no que foi seguido pelo

Código de Processo Civil de 2015 (parágrafo único do art. 557).

Assim, nas ações possessórias, não interessa quem seja o dono, mas quem tenha a melhor posse. (FIUZA, 2015).

Feitas tais considerações, cumpre pontuar que, muito além de trechos doutrinários e dos estudos da Academia, existem situações muito específicas que envolvem a proteção judicial da posse, em que se faz necessário ponderar a ocorrência de colisão entre direitos.

Neste contexto, tratando-se de colisão entre direitos, utilizamos da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade para se avaliar, no dimensionamento, entre garantias individuais. Segundo Diego Brito Cardoso (2016):

A técnica do balanceamento, do sopesamento ou da ponderação foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão, tendo sido utilizada pela primeira vez em 1958, no caso Lüth, para resolver um conflito entre direitos fundamentais. (...)

Assim decidindo, o Tribunal Constitucional Alemão fixou 2 postulados seguidos até hoje: 1) Os direitos fundamentais previstos na Constituição irradiam seus efeitos por toda a legislação ordinária, ou seja, toda interpretação da ordem jurídica deve ser feita à luz da Carta Magna, ainda que se trate de relações jurídicas entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais constitucionais); 2) A ponderação é um método de solução para casos difíceis nos quais normas constitucionais com a estrutura de princípios entram em colisão.

Neste cenário, Alexy defende que “o

procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação”, a qual deve ser aplicada a partir do princípio da proporcionalidade. (CARDOSO, 2016, p. 146).

Considerando esta condição, o autor sustenta que cada caso na esfera jurídica é muito específico e deve ser tratado individualmente, sempre se aplicando o princípio da proporcionalidade através da ponderação. O que buscamos adiante nos resultados do presente trabalho é exatamente realizar uma análise crítica das decisões liminares que vêm tratando das Ações de Reintegração de Posse e Despejo no contexto da pandemia do novo coronavírus.

Temos em voga uma situação completamente nova, de risco a direitos fundamentais, onde a simples aplicação da lei não pode mais acontecer. Isso tem muito a dizer sobre a forma de decidir do judiciário, sobre a necessidade de buscar uma garantia efetiva ao indivíduo eminentemente em risco.

Ressalte-se que, o cenário do país atual apenas potencializa um discurso há muito levantado por estudiosos do tema, que vêm sustentando a necessidade de ponderação de direitos nas referidas Ações, decorrendo, entre outros fatores, de possibilitar que os cidadãos tenham seus direitos básicos respeitados, a fim de chegarmos a uma despatrimonialização e uma repersonalização do Direito Civil e também da posse.

3. A RELAÇÃO DE INQUILINATO E AÇÕES DE DESPEJO

O contrato de locação, gerador da relação de inquilinato, se caracteriza por ser o instrumento jurídico pelo qual as partes convencionam a cessão temporária de um bem, mediante pagamento de uma remuneração. A Lei Federal 8.254/1991 diferencia a locação de

imóvel urbano da locação de imóvel rural e, diferentemente da Geografia, o imóvel urbano não é caracterizado pela sua localização, mas sim pela destinação (moradia, comércio, indústria, educação, saúde, cultura, lazer, esporte ou outra atividade, exceto agrícola).

Dentre as classificações de posse, a posse do inquilino é direta, justa e de boa fé, o que significa dizer que é ele quem detém o domínio do bem, inexistência dos vícios de clandestinidade, violência ou precariedade e, por fim, diante do consentimento contratual se pressupõe a boa-fé.

A posse do inquilino também é protegida legalmente, isto é, sofrendo esbulho, ameaça ou turbação, poderá o inquilino manejar a proteção possessória aplicável ao caso, mesmo contra o proprietário. Ressalta-se que a prática de qualquer dos atos mencionados implicará em descumprimento contratual por parte do locador, assim como não pagamento do aluguel ou qualquer outra incidência em conduta vedada comina em inadimplemento pelo locatário.

Verifica-se, cotidianamente, um número muito maior de ações de despejo, medida processual adequada para retirar da posse do imóvel locado o inquilino inadimplente. Essa preocupação se agravou com a pandemia do Novo Coronavírus.

As medidas de contenção à disseminação do Novo Coronavírus logo começaram a provocar efeitos negativos na economia popular, tais como demissões, redução de renda *per capita* e inadimplemento massificado, o que, por consequência, gerou a preocupação em garantir o direito à moradia do inquilino.

Como tentativa de amenizar os ditos impactos, o Governo Federal editou uma série de Medidas Provisórias que visam o reequilíbrio econômico. Acontece que, ainda assim, muitos contratos deverão ser revistos diante do novo cenário brasileiro e mundial, vez que podem ter se tornado excessivamente onerosos para uma das partes ou até mesmo para ambos os contratantes. Nesse sentido, em que pese o veto no que tange às disposições sobre locação de imóveis urbanos e as liminares de despejo trazidas pelo PL 1.179, que originou a Lei 14.010/2020 (Regime

Jurídico Emergencial), faz-se necessário um breve esclarecimento sobre o tema diante da polêmica em torno do assunto à época.

O texto do PL 1179/2020 previa a suspensão da concessão de liminar para desocupação de imóveis urbanos até 31/12/2020 em quaisquer das hipóteses do art. 59 da Lei do Inquilinato (Lei 8.245/1991), o que contemplava a manutenção da posse do inquilino inadimplente. Para alguns essa disposição era interpretada como um incentivo ao inadimplemento, enquanto, para outros, tratava-se de medida necessária e protetiva não apenas sob a ótica do direito constitucional à moradia, mas também para contenção da disseminação do Coronavírus vez que a recomendação seria de isolamento e distanciamento social.

Como já mencionado, a controvérsia se encerrou diante do veto presidencial. Destarte, as liminares de despejo por inadimplemento ou por qualquer outra das causas previstas no art. 59 da Lei 8.245/1991 continuam vigentes e eficazes. Todavia, como se verá a seguir, o Poder Judiciário tem intervindo nas relações locatícias levadas a seu conhecimento de maneira a proteger a posse de inquilinos inadimplentes.

4. RESULTADOS

A partir do levantamento doutrinário realizado no tópico anterior, entende-se de suma importância a análise da jurisprudência sobre o assunto, mormente no que tange à flexibilização, ou não, dos institutos, normas e entendimentos firmados em momentos anteriores diante da pandemia causada pelo Novo Coronavírus (Covid-19).

Os juízes e tribunais se deparam, nesse ponto, com a notória necessidade de aplicação do “Sistema de Freios e Contrapesos” envolvendo a sobreposição dos direitos à saúde, propriedade e moradia, o que, sem sombra de dúvidas, hora ou outra irá expor a risco algum desses direitos fundamentais. Nesse sentido, menciona-se que a exposição à saúde não é somente daquele(s) que perderá(ão) a posse de um imóvel que antes habitava(m), todavia, também, de todos os profissionais envolvidos no

processo de reintegração e, com isso, as famílias desses indivíduos. Portanto, ao se falar de direito fundamental à saúde o desafio ultrapassa a esfera individual, passando-se a discutir, com veemência, a defesa e proteção da saúde pública e populacional.

Com base nesse entendimento, e tendo-se em conta as medidas preventivas ao Novo Coronavírus, a 3ª Câmara do TJSP negou pedido de reintegração de posse, considerando que o direito à vida e à saúde se sobrepõe, *in casu*, ao direito de propriedade que não restará prejudicado uma vez que poderá ser amplamente reivindicado ao término da pandemia.

INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE, EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE MOVIDA PELO MUNICÍPIO DE SANTANA DE PARNAÍBA, INDEFERIU MEDIDA LIMINAR QUE OBJETIVA A DESOCUPAÇÃO DE IMÓVEL E DEMOLIÇÃO DA CONSTRUÇÃO IRREGULAR - INADMISSIBILIDADE - A Organização Mundial de Saúde declarou, no dia 11 de março de 2020, a pandemia de COVID-19 - A efetivação da reintegração de posse nesse momento coloca em risco a saúde de diversos profissionais envolvidos no cumprimento da ordem, e inclusive dos próprios ocupantes, indo na contramão dos objetivos traçados pelo próprio Agravante para proteger a sua população - Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2065508-58.2020.8.26.0000; Relator (a):Marrey Uint; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Santana de Parnaíba -1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 28/04/2020; Data de Registro: 28/04/2020).

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do

Rio de Janeiro:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. Agravante que se insurge contra a decisão a quo que indeferiu a liminar de reintegração de posse em sede de audiência de justificação. Julgamento conjunto do agravo de instrumento e do agravo interno por economia processual. Liminar possessória que se submete a juízo de probabilidade do direito invocado pelo autor possessório. Inteligência do art. 561 e 562 CPC/15. Precedentes do TJRJ. Agravada que vinha cuidando do agravante, que é eu filho na residência objeto da lide, havendo dissenso, no entanto, quanto a quem chegou primeiro e exerceria a posse legítima sobre o imóvel, ressaltando que ambos invocam a qualidade de legítimos proprietários. Fragilidade da prova produzida que não permite definir, em sede de cognição sumária, quem exerce a posse legítima. Manutenção provisória do status possessório em favor da agravada que conta com 83 anos de idade que não pode ser desalojada em momento de pandemia provocada pelo COVID-19. Desprovemento a ambos os recursos. (TJ-RJ - AI: 00011805120208190000, Relator: Des(a). Cristina Tereza Gaulia, Data de Julgamento: 12/05/2020, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 14/05/2020)

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar lide envolvendo o Programa de Arrendamento Residencial, decidiu pela dilação do prazo para desocupação do imóvel em virtude do estado de calamidade pública,

lê-se:

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PAR. OCUPAÇÃO IRREGULAR. ESBULHO POSSESSÓRIO COMPROVADO. COBRANÇA DE TAXAS DE ARRENDAMENTO, TAXAS CONDOMINIAIS E TRIBUTOS VENCIDOS. DILAÇÃO DE PRAZO. PANDEMIA. COVID-19. DEFERIDO. 1. O Programa de Arrendamento Residencial - PAR - é voltado à população de baixa renda e seu objetivo é a destinação do imóvel para a moradia do arrendatário e de sua família. 2. Porquanto é pública a necessidade de prévio cadastramento para participar em programa de habitação, a função social da propriedade e o direito à moradia não autorizam o descumprimento da lei em prejuízo dos demais cadastrados nos programas sociais, não se pode falar em boa-fé e necessidade por parte da apelante que está ocupando o imóvel de forma indevida. Constatada a ocupação irregular, resta configurado o esbulho, devendo ser mantida a sentença que reintegrou a Caixa Econômica Federal na posse do imóvel objeto da lide. 3. Considerando a crise mundial que se instalou, tendo o Brasil inclusive decretado Estado de Calamidade Pública, com previsão de duração até 31 de dezembro do corrente ano, bem como as características pessoais do réu, resta dilatado para 120 (cento e vinte) dias o prazo para desocupação do imóvel. (TRF-4. AC: 50585298520184047100. RS 5058529-85.2018.4.04.7100. Relator: Vânia Hack de Almeida,

Terceira Turma, Data de Julgamento: 16/06/2020,).

Segundo noticiado no site oficial do Supremo Tribunal Federal (STF), o tribunal suspendeu a reintegração de posse em áreas indígenas durante a pandemia. Segundo o entendimento da corte superior, a proteção das populações indígenas é de suma importância para que eles não se aglomerem à beira de rodovias e sem condições mínimas de higiene. Contudo, o Ministro Relator, Edson Fachin, condicionou a eficácia de sua decisão ou ao término da crise epidemiológica ou ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 1017365, com repercussão geral reconhecida, onde se discute o estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena.

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se posicionou em seu site oficial com uma matéria alertando para as questões da pandemia, vejamos trecho:

Nesse contexto de crise epidemiológica, o Poder Judiciário tem um papel duplo: como instituição administrativa, com seus prédios e servidores, precisa adotar medidas que contribuam para a prevenção do contágio; como encarregado da função jurisdicional do Estado, tem a missão de observar o respeito ao direito à saúde de toda a população, fiscalizar a legalidade e a efetividade das ações públicas emergenciais e zelar para que a atuação dos agentes responsáveis pelo enfrentamento da crise se pautem pelos princípios do ordenamento jurídico.

(...) No âmbito judicial, o tribunal tem sido acionado em um grande número de recursos relacionados à pandemia, e tomou decisões importantes para o seu enfrentamento – como na destinação para a saúde do dinheiro obtido em decorrência de operação policial e na concessão de prisão domiciliar a todos os presos

por dívida alimentícia no país.

Mesmo antes do coronavírus, o STJ já teve de enfrentar muitas controvérsias jurídicas surgidas no contexto de outras epidemias, como a dengue, a febre amarela e a AIDS.

Pontuamos ainda, na oportunidade, comunicado realizado pelo Ministério Público do Paraná em seu site oficial, que corrobora os posicionamentos que trouxemos até então no presente trabalho:

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por meio do Decreto Judiciário nº 244/2020, suspendeu o cumprimento de ordens de reintegração de posse por invasões coletivas enquanto perdurar a pandemia do COVID-19.

Segundo o Decreto, “o cumprimento das ordens de reintegração de posse decorrentes de ocupação coletiva implica mobilização de grande contingente de profissionais e pode gerar aglomeração em espaços públicos, deixando inúmeras pessoas desassistidas e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus”. Tal decisão vem ao encontro da ideia de que o domicílio, nos tempos atuais, se apresenta como a primeira e mais importante linha de contenção ao vírus SARS-CoV-19, responsável pela pandemia do COVID-19, tratando-se, pois, o direito à moradia de salvaguarda dos direitos à vida, à integridade pessoal e à saúde. (grifo nosso).

Com o mesmo fito de proteção ao direito fundamental à saúde, ainda que diante do veto presidencial, que não permitiu a alteração das

regras de despejo da Lei do Inquilinato, o Judiciário se movimenta no sentido de indeferir pedidos liminares de despejo, *vide*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de despejo por falta de pagamento. Locação residencial. Suspensão da liminar em face da pandemia causada pelo Covid-19. Calamidade pública decretada pelo Governo Federal e quarentena determinada pelo Governo do Estado. Despejo que prejudicaria o cumprimento das orientações feitas pelos órgãos de saúde. Liminar para desocupação do imóvel locado que deve permanecer suspensa. Precedentes. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2102322-69.2020.8.26.0000; Relator (a): Milton Carvalho; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/06/2020; Data de Registro: 10/06/2020).

LOCAÇÃO – ESPAÇO EM CENTRO COMERCIAL – DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO CUMULADO COM COBRANÇA – LIMINAR – Indeferimento, com fundamento na situação atípica atualmente vivenciada, em virtude da exposição e disseminação da epidemia do coronavírus – Decisão que deve subsistir – Ausência de prejuízo irreparável ou de difícil reparação – Agravo de instrumento não provido. (TJ-SP - AI: 20814607720208260000 SP 2081460-77.2020.8.26.0000, Relator: Sá Duarte, Data de Julgamento: 22/06/2020, 33ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/06/2020).

Verifica-se que não apenas as liminares requeridas nas ações de

despejo têm sido indeferidas com fundamento no estado de calamidade pública causado pelo Novo Coronavírus e com vistas à proteção da saúde pública, mas, além disso, o Tribunal do Estado do Rio de Janeiro decidiu pela concessão de efeito suspensivo em Apelação interposta contra sentença de procedência em ação de despejo.

REQUERIMENTO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO DE APELAÇÃO (EM TRAMITAÇÃO). AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO, CUMULADA COM COBRANÇA DE ALUGUERES E ENCARGOS DECORRENTES DA LOCAÇÃO E PEDIDO DE RECEBIMENTO DE VERBA COMPENSATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA NA SENTENÇA, PARA DETERMINAR A DESOCUPAÇÃO VOLUNTÁRIA DO IMÓVEL OBJETO DA LOCAÇÃO, NO PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS, SOB PENA DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE DESALIJO. Desde a decretação de surto do Covid-19 como pandemia pela OMS, todos os países passaram a adotar medidas sanitárias e econômicas com o intuito de minorar a repercussão maléfica advinda da expressiva transmissibilidade do vírus entre a população inserida em seus limites geográficos. adotou-se, em território nacional, o isolamento social, com recolhimento domiciliar, com vistas a coibir a disseminação da doença, sendo certo que, diante de tão precário momento para a saúde pública, o desalijo da locatária e de sua família do imóvel em que residem, se revela potencialmente prejudicial para estes, assim como, para a sociedade como

um todo. Evidenciada a relevante fundamentação. Probabilidade de provimento recursal quanto à tutela concedida. Efeito suspensivo da sentença. Súplica Deferida. (TJ-RJ - ES: 00288852420208190000, Relator: Des(a). Murilo André Kieling Cardona Pereira, Vigésima Terceira Câmara Cível, Data de Julgamento: 12/05/2020).

Da leitura da jurisprudência supra, percebe-se que a motivação dos julgados não se assentam em projetos de lei, mas sim em decretos que partiram do Poder Executivo, de tal forma que não há o que se questionar no que tange à eficácia do fundamento dessas decisões.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstramos anteriormente que o contexto em que vivemos com a pandemia de coronavírus trouxe à tona discussões antigas dos Direitos Reais no que tange à colisão de direitos em Ações de Reintegração de Posse e de Despejo. Claramente, em outros momentos, a regra geral seria o judiciário sequer questionar ponderação e proporcionalidade entre direitos no julgamento de qualquer dessas ações, pois as leis que as regem são muito claras. Não há maiores espaços para discussões profundas.

Com efeito, procurou-se analisar no presente artigo essa necessidade iminente de solução para colisão entre direitos fundamentais, quando uma liminar possessória ou de despejo deferidas, poderiam colocar em risco a saúde e a vida daqueles envolvidos no procedimento.

Percebeu-se, claramente, que através do contrapeso entre princípios e direitos fundamentais não há espaço para sobreposição da propriedade privada à vida e saúde pública. Dessa maneira, a proteção possessória e a liminar de despejo restaram prejudicadas frente à necessidade de defesa da população e colaboração às medidas preventivas à disseminação do

Novo Coronavírus. Afinal, a população que se tornaria desabrigada, além de ser exposta ao risco de contaminação, colaborando para a superlotação do Sistema de Saúde, também podem ser vetores de transmissão à outras pessoas.

São poucos os casos analisados em que se mantiveram o despejo ou a reintegração de posse. O Ministério Público Federal se pronunciou destacando que a suspensão da reintegração de posse era medida humanitária, considerando a declaração de Estado de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional pela Organização Mundial de Saúde e pelo Ministério da Saúde.

Também, Defensorias Públicas de vários estados e do Distrito Federal fizeram requerimentos judiciais de suspensão de cumprimento dos mandados de reintegração de posse, até que o risco de contaminação pelo COVID-19 diminua. Percebemos também que em vários estados a matéria é tema de projetos de lei que tramitam nas Assembleias.

Vê-se que juízes, promotores, defensores públicos, legisladores, todos têm se movimentado de certa forma para estabelecer entendimentos favoráveis às suspensões. De fato, outra não é a atitude a ser tomada, diante da possibilidade de se colocar sujeitos em risco em uma situação de vulnerabilidade diante de uma situação que ainda não apresenta prazos de término.

Ressalta-se, por fim, que até o momento não houve mudança legislativa que provocasse a manutenção permanente de posses não mais revestidas de boa-fé, assim sendo as liminares não foram concedidas provisoriamente, devendo a questão ser novamente enfrentada pelo poder judiciário em momento oportuno, certamente após a estabilização da crise epidemiológica.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luciane. Coronavírus: por risco de contaminação, pedidos de reintegração de posse e despejo em MG estão sendo

reavaliados. Globo – G1, Belo Horizonte, 24 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2020/03/24/coronavirus-por-risco-de-contaminacao-pedidos-de-reintegracao-de-posse-e-despejo-em-mg-estao-sendo-reavaliados.ghtml>. Acesso em: 01 jul. 2020.

ARAÚJO JÚNIOR., Gediel C. Prática de Locação. 8ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2017.

BRASIL. Código de Processo Civil. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. (Colab.). Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 01 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em 01 jul. 2020.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. Revista Constituição e Garantia de Direitos, Rio Grande do Norte, p. 137-155, ago. 2016.

CHAGAS, Rodrigo. STF suspende processos de reintegração de posse em áreas indígenas durante a pandemia: Ministro Edson Fachin considerou a vulnerabilidade dos povos indígenas em relação ao risco de contágio da covid-19. Brasil de Fato, São Paulo, 06 mai. 2020. Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/05/06/stf-suspende-processos-de-reintegracao-de-posse-em-areas-indigenas-durante-a-pandemia>. Acesso em: 01 jul. 2020.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado nº 492. V Jornada de Direito Civil. Comissão de Direito das Coisas. Brasília: DF, 2020. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/561>. Acesso em: 01 jul. 2020.

FIUZA, César. Direito das coisas: posse. In: FIUZA, César.

Direito civil: curso completo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Suspensão das ordens de reintegração de posse durarão até o fim da pandemia de COVID-19. Paraná: 15 mai. 2020. Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/2020/05/130/Suspensao-das-ordens-de-reintegracao-de-posse-durarao-ate-o-fim-da-pandemia-de-COVID-19.html>. Acesso em: 01 jul. 2020.

MORADORES reclamam de reintegração de posse na Zona Leste de SP em meio à pandemia. Globo – G1, São Paulo, 16 jun. 2020. Notícias. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/06/16/moradores-reclamam-de-reintegracao-de-posse-na-zona-leste-de-sp-em-meio-a-pandemia.gh.html>. Acesso em: 01 jul. 2020.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Propriedade e seu perfil constitucional. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Instituições de direito civil, volume IV: direitos patrimoniais e reais. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016. E-book.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Proteção judicial da posse. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. Instituições de direito civil, volume IV [livro eletrônico]: direitos patrimoniais e reais. 1.ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016. E-book.

PALHARES, Isabela. Procuradoria pede suspensão de reintegração de posse e despejos durante epidemia do coronavírus. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 18 mar. 2020. Saúde. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,procuradoria-pede-suspensao-de-reintegracao-de-posse-e-despejos-durante-epidemia-do-coronavirus,70003238271>. Acesso em: 01 jul. 2020.

PAMPLONA, Rodolfo Filho; STOLZE, Pablo. Novo curso de direito civil 5 - Direitos Reais. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

RIO DE JANEIRO. AC 00288852420208190000, Relator: Des.

Murilo André Kieling Cardona Pereira, 12 mai. 2020. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2020.

RODRIGUES, Wanessa. Juíza suspende cumprimento de mandado de reintegração de posse em razão da pandemia. Rota Jurídica, Goiás, 14 mai. 2020. Justiça Estadual. Disponível em: <https://www.rotajuridica.com.br/juiza-suspende-cumprimento-de-mandado-de-reintegracao-de-posse-em-razao-da-pandemia/>. Acesso em: 01 jul. 2020.

SALES, Yago; BASSI, Bruno Stankevicius. Covid-19: defensorias de oito estados e DF tentam barrar despejos. De olho nos ruralistas, Pernambuco, 23 abr. 2020. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/2020/04/23/covid-19-defensorias-de-oito-estados-e-df-tentam-barrar-despejos/>. Acesso em 01 jul. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: AI 2065508-58.2020.8.26.0000. Relator: Marrey Uint, 28 abr. 2020. Foro de Santana de Parnaíba: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: AI 2081460-77.2020.8.26.0000, Relator: Sá Duarte, 22 jun. 2020. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: AI 2102322-69.2020.8.26.0000. Relator: Milton Carvalho, 10 jun. 2020. Foro de São José do Rio Preto: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2020.

STF. Relator suspende tramitação de processos sobre áreas indígenas até fim da pandemia. Brasília, 06 de maio de 2020. Imprensa Oficial. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442822&ori=1#:~:text=Relator%20suspende%20tramita%C3%A7%C3%A3o%20de%20processos,de%20cont%C3%A1gio%20da%20Covid%2D19.&text=A%20medida%20est%C3%A1%20prevista%20no,do%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil>. Acesso em: 01 jul. 2020.

STJ. Muito além do novo coronavírus: a jurisprudência do STJ em tempos de epidemia. Brasília, 19 de abril de 2020. Imprensa Oficial. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/>

Noticias/Muito-alem-do-novo-coronavirus-a-jurisprudencia-do-STJ-em-tempos-de-epidemia.aspx. Acesso em: 01 jul. 2020.

VIAPIANA, Tábata. TJ-SP suspende reintegração de posse em razão da epidemia de Covid-19. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 29 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/tj-sp-suspende-reintegracao-posse-epidemia-covid-19>. Acesso em: 01 jul. 2020.

VARA DE CONFLITOS AGRÁRIOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS

*Arthur Santos Silveira*⁷²

*Rafael Pimenta Firmo*⁷³

RESUMO: O presente artigo jurídico vislumbra o estudo jurídico relativo à atuação da Vara de Conflitos Agrários no Estado de Minas Gerais, a qual é competente para dirimir os conflitos possessórios coletivos em todo o estado mineiro. Em tese, a respectiva vara foi criada com a finalidade de ser considerada um espaço político e jurídico de canalização do conflito entre diferentes interesses e concepções de justiça, repensando-se assim valores e ressocializações entre proprietários de terra e trabalhadores rurais; poder e órgãos públicos. Para tanto, um dos ideais prezados pela Vara de Conflitos Agrários – MG é, justamente, oportunizar a resolução da controvérsia mediante audiências conciliatórias.

Palavras-chave: Vara de Conflitos Agrários; conflitos possessórios; audiências conciliatórias; espaço político e jurídico de canalização do conflito; proprietários de terra; trabalhadores rurais.

72 Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; email: juridico.silveira@pimentasilveira.adv.br

73 Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; email: rafael@arggv.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar as Varas de Conflitos Agrários, com especial enfoque na Vara de Conflitos Agrários de Minas Gerais – com sede em Belo Horizonte e competência em toda a extensão territorial do Estado, bem como transmitir e aclarar as várias peculiaridades dessa Vara especializada, com um enfoque menos teórico e mais prático de sua atuação, se utilizando para tanto de bibliografia jurídico-dogmática especializada e com consulta a fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

Primeiramente, nos ocupamos de explicar o conceito jurídico de “Imóvel Rural”, dando especial enfoque ao entendimento do instituto para o Direito Agrário, ramo mais afeto ao tema do artigo. Após, adentramos no espinhoso tema da “competência da Vara de Conflitos Agrários”, que devido a especialidade da matéria por ela apreciada, possui competência territorial diferente das demais Varas do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), abrangendo todo o Estado de Minas Gerais.

Num terceiro momento, tratamos do estudo da “mediação do conflito agrário”, tópico de fundamental importância, visto que trata do dia a dia da Vara de Conflitos Agrários, que ganhou relevância e destaque operacional em face de seu caráter itinerante, ou melhor dizendo, pelo fato de visitar os locais das ocupações e oportunizar a resolução da controvérsia mediante audiências conciliatórias, novamente, muito diferente das demais Varas ordinárias do TJMG.

Ainda, apesar de não ser o foco principal do presente artigo, foram também objetos de estudo alguns institutos jurídicos de especial importância para o tema, provenientes, em sua maioria, do Direito Agrário, Constitucional e Civil, como os conceitos de função social da propriedade e da posse, os quais são considerados de extrema importância para análise jurídica do conflito agrário objeto do debate.

Logo, conclui-se que a finalidade do presente artigo é oportunizar

e dar ciência quanto a operacionalidade da Vara de Conflitos Agrários do Estado de Minas Gerais, a qual foi uma das primeiras em nosso país e não é tão popularmente conhecida pelos advogados, estudantes de direito, juristas, promotores e etc. Para tanto, a base de estudo para o tema foi oriunda de diversas áreas de conhecimentos, tais como: Direito Constitucional, Agrário e Civil, este último com foco específico em direitos reais.

2. CONFLITOS AGRÁRIOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS

2.1 CONCEITO DE IMÓVEL RURAL

Para entendermos a competência desta vara especializada, é indispensável que adentremos no conceito imóvel rural. Apesar de o conceito e definição do termo serem flexibilizados de acordo com os interesses que estejam emparelhados, no Direito Agrário, que é o que diz respeito à temática abordada, imprescindível entender sob que circunstâncias o imóvel, cuja posse seja objeto de litígio coletivo, será tido como rural.

Em conformidade com entendimento jurídico e doutrinário de Osvaldo Firmo, pode-se dizer que existem basicamente dois critérios que orientam a distinção do conceito de imóvel rural, os quais seriam:

“(...) (1) o da situação (ou localização) e (2) o da destinação do imóvel. Se se orienta o observador pelo critério da situação, coincidirá sempre o imóvel rural em zona rural, e o imóvel urbano na zona urbana (consoante lei municipal). Se, porém, de outro lado, o observador rege-se pelo critério da destinação, aí ocorrerá que um imóvel, mesmo localizado em zona

*urbana, poderá ser de natureza rústica, e vice-versa.*⁷⁴

Além disso, importante esclarecer também que as leis nº. (s) 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra) e 8.629/93 apresentam conceitos similares acerca de imóvel rural. Ou seja, na forma do artigo 4º, inciso I, de ambas as leis, imóvel rural pode ser conceituado com sendo:

“Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se:

I – Imóvel Rural: o prédio rústico de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer por meio de planos públicos de valorização, quer por meio de iniciativa privada.”

“Art. 4º Para os efeitos desta Lei, conceituam-se:

I – Imóvel Rural: o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial”

Ainda, existem diversos atos normativos que fixam, para cada município, a área mínima permitida para a constituição de um imóvel rural, segundo as características ecológicas e econômicas homogêneas das regiões, denominadas Zonas Típicas de Módulo (art. 8º da Lei no 5.868, de 12 de dezembro de 1972, Portaria no 36/97, do Incra, Instrução Especial no 50/97, do Incra).

Art. 8º - Para fins de transmissão, a qualquer título, na forma do Art. 65 da Lei número 4.504, de 30

74 FIRMO, Osvaldo Oliveira Araújo Direito aplicado: vivências judiciais de conflitos coletivos agrários em Minas Gerais / Osvaldo Oliveira Araújo. – Brasília: MDA, 2009. p. 83; (NEAD Experiências 3)

de novembro de 1964, nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento fixado no § 1º deste artigo, prevalecendo a de menor área.

Como pode ser observado pela literalidade das normas supracitadas, o legislador optou, no âmbito do Direito Agrário, pelo critério da destinação do imóvel, para classificá-lo como rural, ou seja, em qualquer situação, será rural o imóvel que tenha como finalidade a exploração agrícola, pecuária, agroindustrial ou extrativa vegetal e florestal.

2.2 COMPETÊNCIA DA VARA DE CONFLITOS AGRÁRIOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente, cumpre salientar que a ocupação de terra no Brasil sempre foi alvo de constantes conflitos judiciais e, para tanto, em 06 de junho de 2002, foi criada e instalada na Comarca de Belo Horizonte, na forma do artigo 126 da Constituição Federal de 1988, a Vara de Conflitos Agrários, sendo o seu funcionamento regulado pela Resolução nº. 398/2002, posteriormente alterada pela Resolução nº. 438/2004, publicada no Diário do Judiciário de 24 de junho de 2004.

“Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. (Redação dada pela EC nº 45/04)

Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.”

Na forma dos artigos 2º e 4º da Resolução nº. 438/2004, as ações que envolvem conflitos agrários deverão ser propostas perante o Juízo da Vara de Conflitos Agrários, com sede em Belo Horizonte, visto que a mesma é a única competente para apreciar e julgar os processos em todo Estado de Minas Gerais. Ou seja, na hipótese de propositura de ações dessa natureza em Comarca do interior de Minas Gerais, deve o juiz reconhecer sua incompetência para apreciar o feito e remeter os autos à Vara de Conflitos Agrários.

“Art. 2º. O Juiz de Direito da Vara de Conflitos Agrários, com sede em Belo Horizonte, tem jurisdição em todo o Estado de Minas Gerais e competência para processar e julgar as ações que envolvam litígios coletivos pela posse de terras rurais, mencionados no art. 82, inciso III, do CPC, e as que lhe são conexas.”

“Art. 4º. Proposta a ação perante o juízo da Comarca onde localizar o conflito agrário, e verificado que se trata de hipótese que se enquadra no artigo 2º desta Resolução, os autos serão imediatamente remetidos, pelo Juiz da Comarca, para a Vara de Conflitos Agrários.”

Em resumo, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA/MG e o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Conflitos Agrários – CAO/CA acionaram o Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, o qual determinou a criação da Vara de Conflitos Agrários e delimitou competência para julgar conflitos fundiários coletivos em todo estado mineiro.

Em relação à sua competência, esclarece-se que a Vara de Conflitos Agrários é competente para processar e julgar litígios que envolvam conflitos fundiários coletivos por posse de terras rurais, nos termos do artigo 62-A da Lei Complementar nº. 135/2014, *in verbis*:

“Art. 62-A. A Vara Agrária de Minas Gerais tem sede em Belo Horizonte e competência em todo o Estado para processar e julgar, com exclusividade, as ações que tratem de questões agrárias envolvendo conflitos fundiários coletivos por posse de terras rurais.”

Ainda neste âmbito de competência, cumpre salientar que a Vara de Conflitos Agrários do Estado de Minas Gerais não possui competência criminal, ou seja, a ocupação coletiva da propriedade é julgada como sendo um conflito possessório e não como crime. A resolução nº. 438 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG é bem clara no sentido da referida vara ser proibida de processar e julgar os crimes praticados em decorrência dos conflitos agrários ou com eles interrelacionados.

Diante do exposto, a criação no Estado de Minas Gerais de uma vara especialmente destinada à composição de conflitos coletivos pela posse de terra atendeu satisfatoriamente à normativa legal prevista no artigo 126 do texto constitucional, bem como ao artigo 114 da Constituição Estadual de 1989. Inclusive, tal criação tratava-se também, antes de tudo, de uma demanda social.

“Art. 114 – O Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias, para dirimir conflitos fundiários.
Parágrafo único – Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz se fará presente no local do litígio.”

De ver-se, portanto, a ideia da existência de uma vara especializada em conflitos agrários, com sede em Belo Horizonte, adveio, justamente, da resposta do legislador constitucional ao clamor público acerca do intenso enfrentamento jurisdicional do tema, o qual é objeto constante de

debate jurídico.

2.3 MEDIAÇÃO DO CONFLITO AGRÁRIO

Na prática, as ocupações, muito embora proibidas, ainda continuam sendo uma alternativa de colocar a questão agrária em pauta de discussão, inclusive como mediação judicial, instituto este que ganha força dia após dia no cenário jurídico brasileiro. Essa alternativa jurídica aumentou e muito o número de acordos firmados e dinamizaram ações não apenas entre as partes, como também entre órgãos públicos.

De certa forma, a Vara de Conflitos Agrários – MG foi criada com o propósito de dirimir, principalmente, os conflitos sociais decorrentes das ocupações de terras por movimentos sociais de trabalhadores rurais, ganhando relevância e destaque operacional em face de seu caráter itinerante, ou melhor dizendo, pelo fato de visitar os locais das ocupações e oportunizar a resolução da controvérsia mediante audiências conciliatórias.

Desta maneira, a Vara de Conflitos Agrários do Estado de Minas Gerais tem de ser vista como sendo um espaço de mediação e ressocialização entre os envolvidos na esfera da questão agrária, ou seja, se revelou como espaço político e jurídico constituído por diferentes saberes e poderes que fomenta forças legais e sociais; subjetividades e concepções divergentes com o fim de construir convergências, socializações harmônicas e/ou conflituosas, possibilitando-se assim ressignificar valores e concepções sobre a realidade social brasileira.

O CAO/MPE-MG, INCRA-MG e ITER-MG são os principais mediadores do Poder Judiciário, sendo que os acordos firmados na Vara de Conflitos Agrários do Estado de Minas Gerais buscam dirimir o conflito social por meio de contratos de comodatos redigidos e regulamentados judicialmente que acabam possibilitando a permanência dos grupos sociais denominados “sem terra” nas propriedades rurais por um período

temporário.

Entre 2002 a 2008, estes contratos foram acordados junto da autorização de vistoria da terra e/ou com a finalidade de manter estes grupos sociais até o término do processo de desapropriação. Todavia, em 2009, os Tribunais Superiores começaram a tecer jurisprudência com o fim de julgar e revogar todos os acordos firmados entre as partes conflitantes das ações possessórias da Vara de Conflitos Agrários do Estado de Minas Gerais, pelos quais os proprietários das terras ocupadas haviam autorizado a referida vistoria, uma vez tais acordos violavam lei de ordem pública.

No tocante às ações judiciais julgadas na Vara de Conflitos Agrários do Estado de Minas Gerais, importante esclarecer também acerca da especificidade da proteção possessória da propriedade rural, objeto do conflito agrário. Em determinadas situações, a referida proteção foi condicionada à necessidade de se comprovar o cumprimento da função social da terra, enquanto em outros casos, bastava provar a posse anterior e o esbulho ocorrido.

Em relação ao cumprimento social da terra, importante esclarecer que o entendimento doutrinário e jurisprudencial da Justiça Estadual de Minas Gerais é favorável a tese de que o proprietário do bem imóvel rural deverá cumprir com a função social de sua propriedade, sendo que nas palavras do Dr. Renato Dresch, 2º Juiz da VA-MG:

“Totalmente equivocado o entendimento de que não cabe analisar o cumprimento da função social nas ações possessórias... embora os Arts. 5º, XXII e 170, III da Constituição Federal assegurem o direito de propriedade, os mesmos dispositivos em seus incisos XXII e III, respectivamente, exigem que a propriedade cumpra a sua função social sob pena de não lhe poder ser conferida a proteção possessória. Àquele que reclama proteção possessória cumpre o

ônus de provar que a propriedade cumpre todos os seus requisitos... a compreensão é muito difícil por aquele que tem a terra... Ele nunca aceita que não produz o mínimo... Eu paguei é minha, faço o que eu quiser. Isso acabou. Essa realidade devagar está mudando... a gente que começa a visitar as fazendas, dá para perceber se existe alguma produção... Aquelas situações gritantes são fáceis de ser percebidas... na situação limite, o juiz deve realmente preservar a propriedade ainda... ou chama o técnico, pede o laudo rápido para avaliar.” (Dr. Renato Dresch, 2º Juiz da VA-MG. Entrevista Out/2009).

De toda forma, para aqueles que estiverem envolvidos com ações judiciais que tramitam na Vara de Conflitos Agrários do Estado de Minas Gerais acerca do litígio da posse agrária, esclarece-se que o direito de propriedade privada não se funda em uma legitimidade inquestionável, podendo ser amplamente defendido tanto pela corrente civilista quanto pela concepção do direito constitucional.

Por fim, o Poder Judiciário deverá ser considerado ferramenta jurídica que preza pela pacificação e soluções dos conflitos agrários através dos institutos denominados conciliação e mediação judicial, proporcionando às partes conflitantes oportunidade de resolver os litígios de maneira pacífica. Mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar, justamente, a autocomposição. Ambas são técnicas que costumam ser apresentadas como os principais exemplos de “solução alternativa de controvérsias”.

Na forma do artigo 166 do Código de Processo Civil, tanto a conciliação quanto a mediação são informadas pelos princípios da independência, imparcialidade, autor regramento da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. Somente

nos casos em que não houveram sucesso nas negociações, o rito seguiria em conformidade com as disposições do Código de Processo Civil.

“Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.”

De ver-se, portanto, compreende-se que a solução negocial não é apenas um meio eficaz e econômico para resolução de conflitos judiciais, mas deverá ser visto como um importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Ou seja, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático. **FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE**

Preliminarmente, cumpre esclarecer que existem basicamente duas grandes correntes acerca do conceito de posse; a primeira que a trata como mero fato e a segunda que a constitui como direito. Com a finalidade de esclarecer cada uma dessas correntes, Orlando Gomes aduz:

“Se a posse é um direito, como o reconhece, hoje, a maioria dos juristas, é preciso saber se tem natureza de um direito real ou pessoal. A circunstância de

ceder a um direito superior, como o de propriedade, não significa que seja um direito pessoal. Trata-se de uma limitação que não é incompatível com o direito real. O que importa para caracterizar este é o fato de se exercer sem intermediário. Na posse, a sujeição da coisa à coisa é direta e imediata. Não há um sujeito passivo determinado. O direito do possuidor se exerce erga omnes. Todos são obrigados a respeitá-lo. Só os direitos reais tem essa virtude. Verdade é que os interditos se apresentam com certas qualidades de ação pessoal, mas nem por isso influem sobre a natureza real do jus possessionis”

Sendo assim, em conformidade com entendimento doutrinário e jurídico de Orlando Gomes, insurge-se afirmar que o presente autor está filiado à corrente pela qual a posse é o domínio fático que a pessoa exerce sobre a coisa; em resumo, a posse é um componente jurídico, ou seja, um direito.

Inclusive, cumpre desatacar também o fato de que o atual Código Civil, na forma do artigo 1.196, adotou parcialmente a corrente objetivista de Rudolf von Ihering, a qual dispensa a intensão de ser dono, tendo a posse apenas um elemento, o *corpus*, como elemento material e único fator visível e suscetível de comprovação, ou seja, para a constituição da posse basta que a pessoa disponha fisicamente da coisa, ou que tenha a mera possibilidade de exercer esse contato. Pela atual codificação privada, pode-se afirmar que todo proprietário é possuidor, porém nem todo possuidor é proprietário.

“Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”

Após mera introdução acerca do conceito de posse, importante esclarecer que o atual Código Civil perdeu a oportunidade de trazer expressamente uma teoria mais avançada quanto à posse, aquela que considera a sua função social. A adoção dessa função social consta expressamente no Projeto 699/2011, termos em que o artigo 1196 do CC/02 passaria a ter a seguinte tipificação:

“Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência socioeconômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse”.

Salienta-se que, no atual entendimento doutrinário e jurídico, inúmeros juristas e advogados discorrem sobre a função social da posse, tal como o Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Mello, que aduz:

“(...) a posse deve ser respeitada pelos operadores do direito como uma situação jurídica eficaz a permitir o acesso à utilização dos bens de raiz, fato visceralmente ligado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e ao direito constitucionalmente assegurado à moradia (art. 6º da CRFB). Importa, por assim dizer, que ao lado do direito de propriedade, se reconheça a importância social e econômica do instituto”.⁷⁵

Ressalta-se que a função social da posse também consta expressamente no Enunciado nº. 492 da V da Jornada de Direito Civil, a seguir transcrita:

75 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. P. 23-24.

“A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela”.

Em relação ao tratamento constitucional da posse, afirma-se que ela advém do reconhecimento do direito de propriedade, que, na Constituição Federal vigente, alocou-se como direito fundamental, nos termos do art. 5º, incisos XXII (garantia do direito), *in verbis*:

“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:
XXII - é garantido o direito de propriedade”;

O próprio texto constitucional, em seu artigo 5ª, instituiu a função social dessa propriedade (XXIII), a desapropriação por interesse social (XXIV) e a impenhorabilidade da pequena propriedade rural (XXVI), *in verbis*:

“XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”
“XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”
“XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;”

Nesse prisma, apesar da propriedade ser um direito fundamental, a sua classificação já não pode mais ser exclusivamente direito fundamental individual; mas também não se pode dizê-lo, ainda, um direito fundamental social. Seria de classificá-lo numa categoria de *tertius generus*, um intermediário entre os direitos individuais e os direitos sociais. A um só tempo, o direito à propriedade serve a todos indistintamente, como um desejo almejável ao gozo exclusivo, porém não mais ilimitado, mas observando sua essencialidade de prestar-se à satisfação mediata a toda sociedade, XXIII (função social), XXIV (desapropriação por interesse social) e XXVI (impenhorabilidade da pequena propriedade rural).⁷⁶

Ainda, a respeito da função social da propriedade rural, é imperioso destacar que esta é definida, além de genericamente pelo art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, de forma específica pelo art. 186 e seus quatro incisos, também da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I – aproveitamento racional e adequado;
- II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Tendo a Constituição Federal qualificado a propriedade, via de consequência o faz em relação à posse, visto que, como sabido, a posse exterioriza a propriedade. Ou seja, a posse há de atender à função

76 FIRMO, Osvaldo Oliveira Araújo Direito aplicado: vivências judiciais de conflitos coletivos agrários em Minas Gerais / Osvaldo Oliveira Araújo. – Brasília: MDA, 2009. p. 96; (NEAD Experiências 3)

social prescrita pelo texto constitucional, nos exatos termos que a lei infraconstitucional dispuser. Daí que se diz na doutrina da “função social da posse”.⁷⁷

Neste ponto, um tópico interessante a ser comentado é sobre a relação entre a função social da propriedade e o meio ambiente. Isto porque, para que a propriedade cumpra com as diretrizes da justiça social prevista no art. 170 da CF/1988, ela deverá focar no paradigma de exploração sustentável por meio de práticas que estimulam a diversidade da fauna e flora, comprometidas com a conservação dos recursos naturais.

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

III - Função social da propriedade;

VI - Defesa do meio ambiente.”

Por fim, como princípio da interpretação de todo o ordenamento no que tange à propriedade ou à posse, fica o princípio da função social inserido no âmago do conceito de uma ou outra. O Código Civil, o Código de Processo Civil e as leis extravagantes civis – as que de perto nos interessam aqui – só se compreenderão à luz do princípio da função social.⁷⁸

Em relação ao Código Civil, cumpre registrar, neste momento, que o mesmo não adota a tese de Ihering de forma pura e simples, mas sim a tese da posse social, a qual vislumbra a promoção dos valores sociais constitucionalmente estabelecidos e sua relação com os direitos

77 ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002

78 FIRMO, Osvaldo Oliveira Araújo Direito aplicado: vivências judiciais de conflitos coletivos agrários em Minas Gerais / Osvaldo Oliveira Araújo. – Brasília: MDA, 2009. p. 90; (NEAD Experiências 3)

fundamentais.⁷⁹

Há de se concluir, portanto, que só é propriedade ou posse aquela que cumpre a função social, e só sendo assim podem assumir-se como objetos de proteção judicial dominial ou possessória.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo apresentou de forma teórica e prática as características mais predominantes da Vara de Conflitos Agrários do Estado de Minas Gerais, destacando principalmente sua dinâmica a partir das visitas aos locais dos litígios, bem como a tentativa de resolução dos conflitos agrários por meio da mediação judicial e audiências conciliatórias. O deslocamento do Juízo ao local do conflito em atuação conjunta com inúmeros mediadores e conciliadores acabaram delimitando um perfil bem próprio e específico da referida Vara.

As ações que envolvem conflitos agrários deverão ser propostas perante o Juízo da Vara de Conflitos Agrários, com sede em Belo Horizonte, visto que a mesma é a única competente para apreciar e julgar os processos em todo Estado de Minas Gerais. Ou seja, na hipótese de propositura de ações dessa natureza em Comarca do interior de Minas Gerais, deve o juiz reconhecer sua incompetência para apreciar o feito e remeter os autos à Vara de Conflitos Agrários.

Em relação a função social da propriedade, destaca-se que o exercício da posse da propriedade rural, em consonância com as diretrizes constitucionais, só atenderá à função social quando, ainda que usada economicamente em aproveitamento racional e adequado, harmonize a exploração e a preservação (incluída a recuperação) do meio ambiente, enfocando o paradigma da exploração sustentável, baseada em práticas que estimulam a diversidade da fauna e da flora, comprometidas com a conservação dos recursos naturais. E nesse paradigma é que cumpre a justiça social prevista no art. 170, III da C.F./88, atendendo, além, ao art.

79 LÔBO, Paulo. Direito Civil. Coisas. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 52.

186 e seus incisos, da Constituição Federal de 1988.⁸⁰

De ver-se, portanto, a Vara de Conflitos Agrários do Estado de Minas Gerais tem de ser vista como sendo um espaço de mediação e ressocialização entre os envolvidos na esfera da questão agrária, ou seja, se revelou como espaço político e jurídico constituído por diferentes saberes e poderes que fomenta forças legais e sociais; subjetividades e concepções divergentes com o fim de construir convergências, socializações harmônicas e/ou conflituosas, possibilitando-se assim ressignificar valores e concepções sobre a realidade social brasileira.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da função social da posse, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSENZA, Rita Araújo. O conflito rural e os primeiros anos de atuação da Vara Agrária de Minas Gerais: conflitos, Justiça e direitos, potencialidades de mudanças?

COSENZA, R. A. Cultura, poderes e a construção política dos pareceres judiciais da Vara Agrária de Minas Gerais (VA-MG) - 2002-2008. In: IV Simpósio sobre Reforma Agrária e Assentamentos Rurais: 2010 - Assentamentos Rurais: controvérsias e alternativas de desenvolvimento. Araraquara / SP: Uniara / Nupedor, 2010. v. único. p. 137.

COSENZA, R. A. A Vara Agrária de Minas Gerais. In: I Seminário

COSENZA, R. A. Ocupações de terras como pressão por política de reforma agrária, a partir das Atas Judiciais da Vara Agrária de Minas Gerais - 2002 a 2008. In: IV Simpósio Lutas Sociais na América Latina: Imperialismo, Nacionalismo e Militarismo no século XXI. Londrina/PR, ISSN 21779503, p. 52-6, 2010.

80 FIRMO, Osvaldo Oliveira Araújo Direito aplicado: vivências judiciárias de conflitos coletivos agrários em Minas Gerais / Osvaldo Oliveira Araújo. – Brasília: MDA, 2009. p. 294; (NEAD Experiências 3).

DIDIER, Fredie Jr. Curso de Direito Processual Civil – introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – livro 1, 18 ed. 2016

FIRMO, Osvaldo Oliveira Araújo. Direito aplicado: vivências judiciárias de conflitos coletivos agrários em Minas Gerais / Osvaldo Oliveira Araújo. – Brasília: MDA, 2009. (NEAD Experiências; 3)

GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. Ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LÔBO, Paulo. Direito Civil. Coisas. São Paulo: Saraiva, 2015

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

TARTUCE, Flávio. Manual do Direito Civil. Volume único. 6ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VADE MECUM. Civil e Empresarial. Saraiva, 2018 – 2ª ed.

INVERSÃO DA CAUSA DA POSSE COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE

*Felipe Fagundes Garcia*⁸¹

RESUMO: O presente trabalho tem como propósito inicial analisar os institutos do direito de propriedade e da posse a partir dos seus conceitos e teorias doutrinárias. Em sequência, pretende-se avaliar o desenvolvimento e as implicações dos princípios da função social da propriedade e função social da posse sobre os referidos institutos. A partir desses estudos, o trabalho examinará a possibilidade do fenômeno da inversão da causa da posse se configurar como medida de efetivação daqueles princípios.

Palavras-chave: Propriedade. Posse. Função Social. Inversão.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 consagrou, em diversos de seus dispositivos, um viés mais social, instituindo uma nova roupagem para vários institutos jurídicos, o que demanda do legislador ordinário e dos operadores do Direito uma nova perspectiva de estudo e aplicação de determinados direitos.

O direito de propriedade, por exemplo, que pelo texto constitucional tem tratamento de garantia fundamental, deve agora, com a instituição de uma principiologia mais social, ser tratado e estudado à luz do princípio da função social da propriedade, que também foi incluído no rol das garantias fundamentais. Tal princípio, por sua vez, é utilizado em diversos dispositivos do texto constitucional, inclusive como forma de

⁸¹ Bacharel em Direito e Pós-graduando em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil. E-mail: felipefagundes.adv@gmail.com.

delimitar as diretrizes que devem ser observadas para que a propriedade cumpra sua função social.

A percepção de que o princípio da função social da propriedade poderia implicar em uma relativização da extensão do próprio direito de propriedade suscitou questionamentos na doutrina, o que merece ser melhor examinado, principalmente no que tange à extensão desta relativização sobre o exercício regular do direito de propriedade.

A posse, a seu turno, não recebeu tratamento expresso no texto constitucional, mas destaca-se como tema de grande relevância para o legislador ordinário, notadamente pelas implicações que as situações fáticas de posse prolongada no tempo podem ocasionar no mundo jurídico.

O entendimento da disciplina, obviamente, passa pelo resgate dos seus elementos basilares, bem como pelo estudo das correntes doutrinárias que ao longo do tempo tentaram entender as suas características, extraindo das situações fáticas vivenciadas cotidianamente, os seus efeitos para a ordem jurídica.

A evolução dos estudos sobre a posse trouxe, em paralelo com a evolução do estudo sobre o direito de propriedade em seu caráter social, nova corrente doutrinária que, exaltando a posse como temática autônoma, pretende aplicar a ela o mesmo viés social incorporado à propriedade. Deve ser examinado, entretanto, se essa nova vertente do estudo da posse encontrou ressonância da doutrina e na jurisprudência, suas consequências sobre a propriedade e os seus efeitos sobre o tratamento dado a institutos jurídicos como a usucapião.

Apesar do presente trabalho abordar tangencialmente o instituto da usucapião, não se pretende examinar profundamente o tema, que certamente mereceria estudo mais abrangente e individualizado, o que, em contrapartida, não prejudicará a análise proposta.

Sabe-se que a posse iniciada de forma precária ou injusta, a princípio seria incapaz de gerar direito à usucapião, visto que em regra a posse mantém o mesmo caráter originário. Contudo, a doutrina e a jurisprudência, ao longo do tempo, passaram a reconhecer a possibilidade

de que a posse precária, pelo fenômeno da inversão da causa da posse, passe a ter caráter de posse legítima, capaz de originar a contagem de prazo para a usucapião.

O presente trabalho se destina, portanto, a examinar se a inversão da causa da posse, como fenômeno fático-jurídico, se constitui em medida de efetivação da função social da propriedade e da posse.

Para possibilitar o desenvolvimento do trabalho, se fará um exame dos principais tópicos relacionados aos institutos jurídicos que são correlatos à temática que é objeto do trabalho, notadamente o direito de propriedade, a função social da propriedade, a posse, a função social da posse e o fenômeno da inversão da causa da posse. Não, entretanto, pretensão de se esgotar as temáticas.

O estudo é apoiado, precipuamente, no exame e pesquisa da doutrina e da legislação que tratam das referidas matérias.

2. PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A Constituição Federal instituiu entre os direitos individuais garantidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à propriedade, bem como o próprio direito de propriedade.

Com efeito, da leitura do *caput* do artigo 5^o⁸² do texto constitucional extrai-se que o legislador constituinte cuidou de prever, antes de tudo, acerca da inviolabilidade do direito à propriedade, vindo a dispor sobre o próprio direito de propriedade apenas no inciso XXII do mesmo artigo. Mostra-se relevante a percepção do tratamento dispendido ao tema pelo legislador constituinte, pois, como se verá, o próprio texto constitucional e a legislação ordinária, esta por decorrência do próprio texto constitucional, acabam por relativizar o direito de propriedade em diversos momentos,

82 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

assim como sua inicial inviolabilidade.

Certo é que o direito de propriedade é garantido pela Constituição (artigo 5º, inciso XXII), assegurando que determinada pessoa exerça a titularidade sobre bens móveis e imóveis, assim como sobre bens materiais e imateriais⁸³.

Numa primeira análise, por se tratar de um tema exaustivamente abordado no estudo do direito privado, tende-se à conclusão de que o estudo da disciplina do direito de propriedade seria exclusivamente de regime privado. No entanto, por se tratar de direito fundamental instituído pelo texto constitucional, entende José Afonso da Silva⁸⁴ que o direito de propriedade se submete ao regime de direito público, restando ao direito civil “regular o exercício e definir o conteúdo e os limites” do direito de propriedade.

Corroborando este entendimento Gilmar Mendes⁸⁵ leciona que

A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Garante-se, outrossim, a propriedade enquanto instituto jurídico, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito.

Vê-se, portanto, como pertinente o entendimento de que, enquanto ao legislador constituinte coube instituir o direito de propriedade como garantia fundamental, ao legislador infraconstitucional coube o marco regulatório do exercício privado deste direito, observadas as

83 NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 541.

84 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 265.

85 MENDES, Gilmar Ferreira, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1836/1837.

condicionantes previstas no próprio texto constitucional, em especial da função social da propriedade.

Cumprindo com o papel que lhe foi reservado, o legislador infraconstitucional dispôs, no artigo 1.228 do Código Civil Brasileiro⁸⁶, acerca dos atributos que o proprietário detém sob os bens que estaria sob sua titularidade. Assim, ao proprietário do bem é reservada a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como reavê-la em face de outra pessoa que o possua ou o detenha indevidamente. Trata-se, tal dispositivo legal, apenas dos elementos básicos que caracterizam o exercício do direito de propriedade, não esgotando todo o tratamento conferido à matéria pela codificação civil.

Apesar de ter sido instituído como garantia fundamental pela Constituição Federal, não é correto o entendimento de que o direito de propriedade seria absoluto ou intangível. Na verdade, o próprio legislador constituinte cuidou de relativizar o exercício do direito de propriedade, dispondo, no inciso seguinte ao que prevê a garantia daquele direito, que “a propriedade atenderá a sua função social” (artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal)⁸⁷.

Trata-se, no caso, de evidente relativização da garantia constitucional de inviolabilidade da propriedade e, por conseguinte, dos poderes atribuídos ao proprietário pela legislação infraconstitucional. O direito de propriedade é efetivamente garantido ao titular do bem, mas o seu exercício deve observar a função social da propriedade, sob pena de se relativizar aquela garantia.

O que denominamos de relativização do direito de propriedade, também poderia ser entendido como uma verdadeira “restrição”, conforme magistério de Gilmar Mendes⁸⁸, para quem

86 BRASIL. Código civil brasileiro (2002): Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

87 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

88 MENDES, Gilmar Ferreira, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1835/1836.

Embora, teoricamente, não se possa caracterizar toda e qualquer disciplina normativa desses institutos como *restrição*, não há como deixar de reconhecer que o legislador pode, no uso de seu poder de conformação, *redesenhar* determinado instituto, com sérias e, não raras vezes, gravosas consequências para o titular do direito.

Caberia indagar se, nesses casos, poder-se-ia falar, propriamente, de *conformação* ou *concretização* ou se há, efetivamente, uma *restrição*, que poderá revelar-se legítima, caso seja adequada para garantir a função social da propriedade, ou ilegítima, se desproporcional, desarrazoada, ou incompatível

com o *núcleo essencial* desse direito. (destaques no original).

Importante registrar que o entendimento de que a função social da propriedade seria uma relativização ou restrição ao próprio direito de propriedade não é partilhado por toda a doutrina. José Afonso da Silva⁸⁹ defende que a função social da propriedade, ao invés de se configurar como uma relativização, na verdade é parte integrante do próprio direito de propriedade. Na sua concepção o texto constitucional “só garante o direito da propriedade que atenda sua função social.” Não haveria, portanto, direito de propriedade afastado da sua função social.

O debate é frutífero, mas, advogando em favor da tese da relativização, deve ser salientado que quando se diz relativização ou restrição, tais termos não devem ser compreendidos como esvaziamento ou diminuição da amplitude do direito de propriedade. A intenção do legislador constituinte não foi retirar do proprietário o conteúdo econômico da propriedade, tampouco lhe restringir o exercício dos direitos inerentes

89 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, p. 262.

à condição de proprietário.

O real sentido da função social da propriedade é o de condicionar o proprietário a conferir utilidade à sua propriedade, ainda que tal utilidade tenha caráter eminentemente privado. Sendo a propriedade explorada dentro das diretrizes da função social, ela estará atendendo a determinado objetivo e, portanto, cumprindo o espectro social do instituto, que é sempre voltado para a observância do interesse coletivo. Nessa perspectiva, não coaduna com a principiologia do texto constitucional a ideia de que o proprietário pode se utilizar, ou deixar de se utilizar, da propriedade como bem entender e sem sofrer qualquer consequência. O princípio da função social da propriedade lhe impõe o dever de imprimir utilidade à sua propriedade.

Corroborando o entendimento aqui defendido, destaca-se que o artigo 170, incisos II e III da Constituição Federal⁹⁰, no Título dedicado à Ordem Econômica e Financeira, destaca que a ordem econômica será regida pelos princípios da “propriedade privada” e da “função social da propriedade.” A inserção da função social da propriedade no Título dedicado ao tratamento da Ordem Econômica e Financeira, como princípio informador deste sistema, denota a relevância que o legislador constituinte conferiu ao tema.

Voltando-se especificamente para a análise da propriedade imóvel, que é o objeto deste trabalho, temos que o legislador constituinte expressamente dispôs sobre os requisitos e condições para que a propriedade, seja ela a rural ou urbana, cumpra a sua função social.

Veja-se, portanto, que o próprio texto constitucional trouxe condicionantes para o exercício do direito de propriedade, o que reforça o entendimento de que houve, formalmente, relativização do direito de propriedade em razão da necessidade de atendimento de uma função social.

Discorrendo sobre as condicionantes previstas na Constituição

90 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

Federal Marcelo Novelino⁹¹ destaca que

No caso da *propriedade rural*, a função social é cumprida quando ela atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I) aproveitamento racional e adequado; II) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e, IV) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (CF, art. 186).

A função social da *propriedade urbana* é cumprida quando esta atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (CF, art. 182, §2º). Instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, o *plano diretor* é obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes (CF, art. 182, §1º).

Observadas as diretrizes traçadas pelos dispositivos constitucionais destacados, a propriedade, tanto a rural, quanto a urbana, estará cumprindo a sua função social, visto que o proprietário lhe estará imprimindo caráter útil. Ao revés, deixando de imprimir à propriedade utilidade dentro dos critérios previstos pelo legislador, o proprietário estará deixando de atender ao interesse social, que, com o advento do princípio da função social da propriedade, é premissa que não pode ser afastada do exercício regular daquele direito.

Na codificação civil o legislador também acabou dispondo sobre a necessária observância da função social da propriedade. Se no *caput* do artigo 1.228⁹² ele dispôs sobre os atributos garantidos ao proprietário do

91 NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 543.

92 BRASIL. **Código civil brasileiro (2002)**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

bem, já no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo consignou que “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (...).”

O que se pode compreender, portanto, é que nem toda propriedade privada imobiliária merecerá a proteção constitucional instituída pela Constituição Federal. Uma determinada propriedade que não atende às diretrizes traçadas pelo legislador constituinte, e também pelo legislador infraconstitucional, no intuito de lhe conferir função social, acabará por não gozar da proteção constitucional, de forma que o proprietário pode acabar se vendo despedido dos atributos inerentes à condição de proprietário, em razão do descumprimento daquele preceito.

3. POSSE E FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A posse recebeu tratamento diferenciado e próprio por parte do legislador ordinário, consolidando-a como instituto jurídico diverso da propriedade e que, portanto, merece estudo específico. Na verdade, a necessidade de estudo específico acerca da posse existe há muito tempo e se mostra relevante, dadas as diversas implicações decorrentes do exercício da posse prolongada no tempo, notadamente quando o possuidor não se confunde com a figura do proprietário, circunstância que suscita toda sorte de efeitos no mundo jurídico.

Apesar do tratamento jurídico em separado do direito de propriedade, a conceituação da posse a aproxima novamente daquele direito real, visto que a maior parte da doutrina a define como o exercício de fato de um ou mais dos direitos inerentes ao direito de propriedade⁹³.

Nota-se, assim, que apesar do pretendido distanciamento com o direito de propriedade, o estudo da posse como instituto jurídico

93 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 4: direito das coisas, direito autoral. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 64.

demanda uma análise mais profunda a fim de que se delimite melhor as situações fáticas que caracterizariam como posse, acompanhada da figura do possuidor, separando-as daquelas em que se constataria o tratamento do direito de propriedade e a figura do proprietário.

Com esse intuito, duas teorias sobre a matéria se desenvolveram de maneira mais relevante, a Teoria Subjetiva, encabeçada por Savigny, e a Teoria Objetiva, capitaneada por Ihering. Ambas buscaram identificar os elementos que caracterizam a situação de posse, encontrando um elemento material e outro anímico.

Para se obter um compreensão das referidas teorias, vale a remissão à obra de Flávio Tartuce⁹⁴, vejamos:

*1. ^a - Teoria subjetiva ou subjetivista - Seu principal idealizador foi Friedrich Carl von Savigny, entendendo a posse como o poder direto que a pessoa tem de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja. A posse, para essa teoria, possui dois elementos: a) o *corpus* – elemento material ou objetivo da posse, constituído pelo poder físico ou de disponibilidade sobre a coisa; b) *animus domini*, elemento subjetivo, caracterizado pela intenção de ter a coisa para si, de exercer sobre ela o direito de propriedade. Diante do segundo elemento, para essa teoria, o locatário, o comodatário, o depositário, entre outros, não são possuidores, pois não há qualquer intenção de tornarem-se proprietários. Em regra, essa teoria não foi adotada pelo CC/2002 até porque as pessoas*

94 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único I. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 917.

elencadas por último são consideradas possuidores. A teoria subjetiva da posse somente ganha relevância na usucapião, como se verá adiante.

2.^a - *Teoria objetiva ou objetivista* - Teve como principal expoente Rudolf von Ihering, sendo certo que para a constituição da posse basta que a pessoa disponha fisicamente da coisa, ou que tenha a mera possibilidade de exercer esse contato. Esta corrente dispensa a intenção de ser dono, tendo a posse apenas um elemento, o *corpus*, como elemento material e único fator visível e suscetível de comprovação. O *corpus* é formado pela atitude externa do possuidor em relação à coisa, agindo este com o intuito de explorá-la economicamente. Para esta teoria, dentro do conceito de *corpus* está uma intenção, não o *animus* de ser proprietário, mas de explorar a coisa com fins econômicos. (destaques no original).

Depreende-se do excerto acima que para Savigny a caracterização da posse se constituía pela presença de dois elementos estruturais, um material e outro volitivo. O *corpus*, como elemento material da posse, estaria caracterizado pelo exercício de um poder físico sobre a coisa por parte do possuidor. Para ter a posse, o possuidor necessariamente deveria ter a coisa sob sua disposição física.

Já o elemento volitivo, denominado de *animus domini*, estaria no íntimo do sujeito que detém fisicamente a coisa. Analisando a sua vontade interna, mesmo que não manifestada expressamente, estaria presente a intenção de ter a coisa para si, inclusive defendendo-a de terceiros.

Para os críticos da teoria de Savigny, o problema estaria justamente na necessidade de averiguação da vontade íntima do possuidor, uma vez que na Teoria Subjetiva seria “necessário imiscuir-se na intimidade cerebral do sujeito que detém a coisa para pesquisar a intenção a animá-

lo.”⁹⁵ Trata-se, obviamente, de tarefa árdua e raramente possível, já que nem sempre a intenção íntima do sujeito alcança uma projeção externa objetivamente perceptível para terceiros.

A Teoria Objetiva, por sua vez, elimina da análise da caracterização da posse o elemento volitivo, ou seja, não se averiguará o *animus domini* do possuidor, excluindo-se o elemento subjetivo. Nesta teoria seria observado apenas o elemento material que seria a possibilidade de disposição física do possuidor sobre o bem. O exercício do *corpus*, portanto, seria suficiente para caracterização da posse, visto que traria incorporada em si a ideia de que o possuidor tem o intuito de explorar economicamente a coisa, como se dono fosse.

Leciona Carlos Roberto Gonçalves⁹⁶ que

Para Ihering, portanto, basta o *corpus* para a caracterização da posse. Tal expressão, porém, não significa *contato físico* com a coisa, mas sim *conduta de dono*. Ela se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica. Tem posse quem se comporta como dono, e nesse comportamento já está incluído o *animus*. O elemento psíquico não se situa na intenção de dono, mas tão somente na vontade de agir como habitualmente o faz o proprietário (*affectio tenendi*), independentemente de querer ser dono (*animus domini*). (destaques no original).

Veja-se, assim, que apesar de também contar com um elemento material, o *corpus*, a Teoria Objetiva o caracteriza de outra forma.

95 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 4: direito das coisas, direito autoral. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 217.

96 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 136/137.

Abandona-se a ideia de contato físico com o bem para fins de caracterização da posse, como se dá para a Teoria Subjetiva de Savigny, substituindo-a pela adoção de uma “conduta de dono”, que não necessariamente demanda a disposição física sobre o bem. O elemento anímico, assim, estaria incorporado ao próprio elemento material caracterizador da posse, uma vez que a “conduta de dono” já revelaria a vontade de agir como o faria o proprietário do bem.

Corroborando esta diferenciação, Fábio Ulhoa Coelho⁹⁷ afirma que

Na verdade, a teoria objetiva não nega a existência de um vínculo entre sujeito e coisa como elemento característico da posse. Admite, em outros termos, o *corpus*, embora o defina de modo completamente diferente do de Savigny. Há situações em que o possuidor não exerce poder físico nenhum sobre a coisa possuída, mas, segundo estejam presentes certos fatores, pode-se afirmar a existência da posse. (destaques no original).

Conforme entendimento de grande parte da doutrina, o Código Civil Brasileiro de 2002, assim como o seu antecessor, se filiou à Teoria Objetiva de Ihering, dispondo em seu artigo 1.196 que “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.”⁹⁸

Revela-se, a partir da leitura do dispositivo de lei, que o exercício de uma das faculdades inerentes ao direito de propriedade, notadamente a faculdade de usar e gozar a coisa, que constituem aspectos mais característicos do exercício da posse de determinada propriedade, já seria suficiente para caracterização da posse nos termos em que instituída pelo

97 COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 4: direito das coisas, direito autoral. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. p. 232.

98 BRASIL. **Código civil brasileiro (2002)**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

legislador ordinário.

Considerando que a condição de possuidor se caracteriza pelo exercício de ao menos um dos poderes atribuídos ao proprietário, pode-se entender que para o legislador ordinário a posse pode ser desdobrada em direta e indireta, o que coaduna com a formulação do elemento material da posse na Teoria de Ihering, já que, como acima explicado, na Teoria Objetiva não se exige que o possuidor tenha a disposição física sobre o bem. Ademais, coloca-se como condição o desdobramento da posse, pois, em grande parte dos casos a posse será exercida pelo próprio proprietário, hipótese em que não haverá o desdobramento entre possuidor direto e indireto.

Continuando, como explicado anteriormente, o *corpus*, para Ihering, não estaria necessariamente adstrito ao domínio físico sobre a coisa, relacionando-se mais à “conduta de dono” empregada pelo possuidor, denotando a exploração econômica do bem. Assim, a posse direta, entendida, esta sim, como domínio físico aparente, seria exercida por uma pessoa, enquanto a posse indireta, decorrente de outros atributos inerentes à propriedade, seria exercida por outra. O exemplo mais simples e didático para visualização destas figuras certamente é o do locatário (possuidor direto) e do locador (possuidor indireto) em relação ao imóvel que é objeto do contrato de locação.

A partir do sistema criado pelo nosso ordenamento jurídico admitindo-se o desdobramento da posse em direta e indireta, se mostra forçoso concordar com a máxima de que “todo proprietário é possuidor, mas nem todo possuidor é proprietário.”⁹⁹ Com efeito, o proprietário sempre será possuidor, ainda que indireto, ao passo que o possuidor pode ou não se confundir com a figura do proprietário.

Apesar de sedimentado o entendimento de que o nosso ordenamento jurídico adotou, ao tratar da posse, a concepção objetivista de Ihering, há na doutrina quem não só critique tal opção do legislador,

99 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único I. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 918.

como também aponte o surgimento de uma nova teoria para tratar do tema que estaria mais adequada à principiologia social adotada pela Constituição Federal.

Tratam-se das Teorias Sociológicas da posse, que surgiram no início do século XX, notadamente através das figuras de Silvio Perozzi, Raymond Saleilles e Antonio Hernández Gil. Tais juristas pretenderam, a partir de seus estudos, dar à posse não só um conteúdo econômico, mas também uma função social, o que fizeram já alinhados ao caráter social atribuído ao direito de propriedade.

Como ensina Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁰

Essas novas teorias, que dão ênfase ao caráter econômico e à função social da posse, aliadas à nova concepção do direito de propriedade, que também deve exercer uma função social, como prescreve a Constituição da República, constituem instrumento jurídico de fortalecimento da posse, permitindo que, em alguns casos e diante de certas circunstâncias, venha a preponderar sobre o direito de propriedade.

Os estudos promovidos por aqueles juristas partiram da concepção social atribuída à propriedade, chegando também ao substrato mais “visível” da propriedade, que é o exercício da posse. Assim, a partir do desenvolvimento de uma visão sobre a posse mais voltada para o interesse da coletividade e para o sujeito que lhe confere utilidade econômica, elaboraram o princípio da função social da posse.

A construção da ideia de função social da posse, portanto, visa conferir efetividade ao marco social que se extrai do texto constitucional, a partir da valorização da realidade fática do indivíduo que imprime utilidade à posse exercida sobre o bem, em detrimento do sujeito que se

100 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

vale do modelo tradicional de transmissão da propriedade (aquisição e hereditariedade), sem conferir caráter útil à posse por ele exercida.

Se a posse exercida confere função social ao bem, notadamente ao bem imóvel, que é objeto do nosso estudo, caberia ao legislador ordinário, em cumprimento aos comandos constitucionais, criar mecanismos para consolidar aquela situação fática.

O reconhecimento deste aspecto social da posse, como já demonstrado, é cada vez mais debatido pela doutrina. Na V Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal foi editado o Enunciado nº 492 que assim vaticina: “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.”¹⁰¹

Extraí-se do referido enunciado não só a preocupação em reforçar o caráter autônomo da posse em relação ao direito de propriedade, mas também o viés socioeconômico que o legislador e os operadores do Direito deveriam conferir a ela, visando atender às premissas constitucionais de função social.

Reforçando a ideia acima exposta, Paulo Lôbo afirma que “Os fundamentos da posse precisam ter em conta a promoção dos valores sociais constitucionalmente estabelecidos (Tepedino, 2011, p. 44) e sua relação com os direitos fundamentais.”¹⁰²

Apesar do Código Civil de 2002 não ter trazido expressamente disposição acerca da função social da posse, seria incorreto afirmar que a temática foi ignorada pelo legislador ordinário. Ainda que de maneira implícita, a codificação civil incorpora os preceitos da função social da posse em determinados casos, qualificando a posse exercida pelo sujeito desde que ela tenha finalidade laborativa. É o que se verifica nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228, no parágrafo único do artigo 1.238 e também no parágrafo único do artigo 1.242, todos do Código Civil Brasileiro¹⁰³.

101 BRASIL. Conselho da justiça federal [2011]. V Jornada de direito civil. Enunciado nº 492.

102 LÔBO, Paulo. Direito civil. Coisas. São Paulo: Saraiva, 201 5. p. 52.

103 BRASIL. **Código civil brasileiro (2002)**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Essa posse qualificada pela atividade laborativa desenvolvida pelo possuidor é denominada pela doutrina de posse-trabalho e ganha relevância por ser condição de diminuição do prazo para aquisição da propriedade pela usucapião.

4. INVERSÃO DA CAUSA DA POSSE

Apesar da maior parte da doutrina considerar que o Código Civil Brasileiro adotou a teoria objetiva da posse, afastando, para que se caracterize a situação de posse, a análise do elemento volitivo, o próprio legislador ordinário traz o elemento *animus* de volta no estudo da usucapião, ao exigir que o possuidor, para adquirir originariamente a propriedade do bem, deva demonstrar, dentre outros requisitos, o ânimo de ter como sua a coisa.

A usucapião pode ser entendida como uma forma originária de aquisição da propriedade decorrente de “uma posse prolongada que preenche determinados requisitos legais.”¹⁰⁴

Especificamente no Código Civil Brasileiro¹⁰⁵, o legislador previu, em relação à propriedade imóvel, quatro modalidades de usucapião, sendo, a usucapião ordinária (artigo 1.242); usucapião extraordinária (artigo 1.238); usucapião especial rural (artigo 1.239); e usucapião especial urbana (artigo 1.240).

Dentre as modalidades de usucapião acima citadas, pode-se afirmar que a ordinária, a extraordinária e a especial urbana exigem, entre seus requisitos caracterizadores, a posse qualificada pelo *animus domini*. Com efeito, analisando-se o texto normativo percebe-se que nas três hipóteses o legislador se utiliza dos vocábulos “possuir como seu”,

Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

104 TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único I. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 935.

105 BRASIL. **Código civil brasileiro (2002)**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

“possua como sua” e “possuir, como sua”, sempre se referenciando ao imóvel que é objeto da posse.

Não bastasse, portanto, o possuidor preencher todos os demais requisitos característicos de cada modalidade de usucapião, notadamente o requisito temporal, exigiu o legislador a comprovação do componente anímico da posse, o *animus domini*. Se a tarefa já se mostrava difícil, a exigência de comprovação do ânimo de dono certamente impõe uma dificuldade a mais, pois resgata o aspecto subjetivo da Teoria de Savigny, que em princípio não teria sido adotada pelo nosso ordenamento.

Nem sempre é fácil para o possuidor comprovar que a posse foi por ele exercida com o intuito de se tornar dono da coisa, ainda mais quando se tem a exigência de um período de posse dilatado, como se dá na usucapião extraordinária. Ainda que alguns elementos fáticos possam auxiliar nessa tarefa, como a construção de muro cercando o terreno, a edificação do lote, o cuidado e manutenção com o imóvel pelo período, todos esses elementos podem ser desconstituídos a partir de uma prova testemunhal em sentido oposto, por exemplo. Basta que um elemento de prova gere dúvida no julgador para que a posse perca o caráter volitivo indispensável à configuração da usucapião.

O que se pode dizer então da posse que se origina de maneira injusta e que, a princípio, nunca seria passível de iniciar contagem de tempo para aquisição da propriedade pela usucapião. Com efeito, pela dicção do artigo 1.200 do Código Civil¹⁰⁶, a posse violenta, clandestina ou precária é considerada pelo legislador como posse injusta, sendo que este caráter acompanha a posse indefinidamente.

Com efeito, ordinariamente a posse mantém o mesmo caráter em que foi adquirida, como dispõe o artigo 1.203 do Código Civil. Ocorre que o próprio texto de lei reconhece que a presunção de que a posse manterá o mesmo caráter em que foi adquirida é apenas relativa, abrindo a possibilidade de se verificar, a partir do exame da situação fática, a

106 BRASIL. **Código civil brasileiro (2002)**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

alteração no caráter da posse, possibilidade esta que é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, dando origem ao fenômeno inversão da causa da posse.

A inversão da causa da posse, ou interversão da posse, ou ainda *interversio possessionis*, caracteriza-se por admitir que ocorra, no curso da posse exercida pelo possuidor, que a princípio seria injusta e sem ânimo de dono, a alteração do estado anímico do possuidor, originando o *animus domini* que autorizaria a contagem do tempo para usucapião.

Na lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal¹⁰⁷

(...) Esta mudança de percepção quanto à natureza da posse é externamente constatada pela própria omissão daquele que deveria exercer o seu direito subjetivo no sentido de reverter a situação, mas se queda inerte por um período considerável.

Destarte, se o proprietário esbulhado descurar em enfrentar a posse injusta, temos que o abandono prolongado e a incúria no trato com a coisa denotam alteração da postura do possuidor perante o bem. Em outras palavras, uma posse injusta pela precariedade e, em princípio, inapta a gerar usucapião, sofre o fenômeno da interversão e o possuidor adquire *animus domini*. O que começou como posse direta transmuda-se e adquire autonomia, e mesmo mantendo passando a contar prazo para a aquisição da propriedade pela via da usucapião. Enfim, a questão não passa pela transformação da posse precária em posse justa, mas da possibilidade de uma posse ainda precária – cujo caráter originário ainda não foi alterado – em determinado momento ser qualificada

107 FARIAS, Cristiano Chaves de e Rosendal, Nelson. Curso de direito civil – vol. 5. 10. ed. JusPODIVM: Salvador, 2014. p. 135.

pelo *animus domini*.

A relevância fática do comportamento do possuidor reflete-se nos caracteres da posse de *ad interdictae* para *ad usucapionem*. Na posse precária, quando o precarista não mais reconhece a supremacia do direito do esbulhado. O que muda com o comportamento de fato do possuidor não é a origem ilícita da posse, mas o *animus*. Apesar de continuar injusta, se o possuidor não mais reconhece a superioridade do direito do esbulhado de reaver a coisa, o que mudou com o novo comportamento foi o nascimento do *animus domini*, requisito que faltava para iniciar o prazo útil de usucapião. (destaques no original).

Note-se que o fenômeno da inversão da causa da posse não possui o condão de alterar o caráter originário da posse, de forma que não haveria contrariedade ao dispositivo de lei. O que se cogita é que a posse exercida inicialmente em caráter precário, em determinado momento, com o prolongamento da situação fática e a manutenção de uma conduta desidiosa por parte do proprietário, faça originar no possuidor o *animus domini*, propiciando o início da contagem do prazo para usucapião, observados os demais requisitos.

Claro que a verificação do surgimento deste *animus domini* sempre dependerá do exame fático individualizado de cada caso, mas determinadas condutas que se prolongam no tempo podem revelar de maneira mais concreta a alteração no estado anímico do possuidor.

O locatário que deixa de pagar o aluguel por vários anos, mas mantém em dia o pagamento das taxas condominiais e do IPTU, além de promover a conservação do imóvel como se dono fosse, preenchidos os demais requisitos legais, pode alegar que seu estado anímico se alterou com o tempo. Enquanto o proprietário nunca contestou a falta de pagamento dos aluguéis, o então locatário manteve o pagamento das demais despesas

do imóvel, revelando sua intenção de mantê-lo como seu.

Na mesma linha, o indivíduo que financia um imóvel por longos anos e deixa de pagar o financiamento sem sofrer qualquer contestação por parte do seu credor, ao manter e cuidar do imóvel como seu, passa a repelir o direito do então proprietário, pretendendo, ao fim, exercer aquele papel.

O que tais circunstâncias fáticas revelam em comum são a figura de um proprietário desidioso com o bem e que, salvo justificadas razões, o abandonou, em contraponto com a figura de um possuidor precarista que, ao conservar a coisa como sua, adquire *animus domini* para pretender a aquisição pela via da usucapião.

A possibilidade da *interversio possessionis* também já foi reconhecida na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, originando o Enunciado nº 237 assim ementado: “É cabível a modificação do título da posse - *interversio possessionis* - na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior e inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*.”¹⁰⁸

Reconhecida pela doutrina e jurisprudência a possibilidade de, através da intervenção da posse, alterar o ânimo do possuidor em relação ao bem, deve ser avaliado se este fenômeno pode ser justificado, também, pelo princípio da função social da propriedade e função social da posse.

5. CONCLUSÃO

O estudo dos princípios da função social da propriedade e da função social da posse nos mostrou que esses institutos alteraram substancialmente o conteúdo dos direitos correlatos a cada um deles.

O direito de propriedade, apesar de ter reconhecidamente um regime de direito público, visto que trata-se de garantia fundamental, sempre teve toda sua segmentação legislativa infraconstitucional mais
108 BRASIL. Conselho da justiça federal [2005]. III Jornada de direito civil. Enunciado nº 237.

voltada para o regime privado, característica que, de certa forma, preservava um certo distanciamento deste direito real com o aspecto social imprimido ao texto constitucional.

O advento da função social da propriedade como princípio informador do direito de propriedade trouxe a este instituto uma conotação diversa, implicando em verdadeiro condicionamento do direito. A propriedade privada tutelada pela Constituição e pela legislação infraconstitucional é aquela que cumpre a sua função social. O próprio legislador constituinte cuidou de prever as condições para que a propriedade rural e urbana cumpram a sua função social, de forma que o proprietário que não a observa pode, respeitado o devido processo legal, ter relativizada a sua garantia em prol do interesse coletivo.

Como ressaltado ao longo do estudo, o foco é na análise das repercussões dos tópicos em debate sobre a propriedade imobiliária.

Partindo de tal premissa, pode-se entender que um imóvel, seja ele urbano ou rural, que é abandonado pelo seu proprietário, não está cumprindo com a sua função social. Quando se fala em abandono, deve-se entender a figura do proprietário que é desidioso com a coisa, que não busca resguardar seus direitos sobre o bem, tampouco lhe confere utilidade visível. Não basta, para configurar o abandono, que o proprietário seja apenas relapso. Ele deve realmente deixar o bem à própria sorte, aparentando não mais se interessar por ele ou em lhe dar destinação econômica.

Vale recordar que, como estudamos, a função social da propriedade não exige do proprietário que ele confira uma destinação social ao bem (no sentido de uma ação benevolente), mas sim que ele lhe confira utilidade, ainda que em caráter eminentemente privado. Havendo destinação econômica do bem dentro dos parâmetros fixados pela lei, haverá atendimento da função social da propriedade.

Caso contrário, estando diante de um bem que não cumpre sua função social e que, por alguma circunstância fática específica (em decorrência de contrato de locação ou de financiamento imobiliário, por

exemplo), encontra-se sob a posse originariamente precária de alguém, cabe examinar se essa posse confere, ao bem imóvel em questão, a função social pretendida pelo legislador.

Como debatido nos exemplos citados no tópico anterior, o locatário que detém a posse direta do bem não possui, originariamente, *animus domini* para pretender a usucapião deste bem. No entanto, se com o decurso do tempo ele adota conduta diversa, deixando de pagar os aluguéis, mas conservando o bem em todos seus demais aspectos (pagando os impostos, taxas condominiais e promovendo a sua manutenção), tal comportamento, aliado ao abandono por parte do proprietário, pode alterar o ânimo com que tal posse é exercida.

Surge aí a pretensão de ter o bem não apenas como possuidor, mas também como proprietário, o que pode ser legitimado a partir do fenômeno da inversão da causa da posse. Assim, a posse anteriormente precária e sem *animus domini*, passaria a contar com o ânimo do possuidor e, atendidos os demais requisitos legais, contaria prazo para aquisição pela usucapião.

Claro que o que legitima, precipuamente, a inversão do caráter da posse, é o comportamento ativo do possuidor e o comportamento desidioso por parte do proprietário. Sem tais características não haveria que se cogitar da ocorrência deste fenômeno fático-jurídico.

Contudo, mostra-se relevante observar que a partir do momento em que se verifica o abandono por parte do proprietário, estando o imóvel ocupado pelo possuidor já imbuído do *animus domini*, é este sujeito que passa a lhe conferir função social. Mesmo não sendo legitimamente proprietário, é ele quem confere utilidade e destinação econômica ao bem, o que atende àquilo que o legislador constituinte e infraconstitucional pretendiam ao disporem que a propriedade deve cumprir a sua função social.

Ademais, sendo ele possuidor do bem, ainda que inicialmente precarista, havendo continuidade prolongada da posse e mudança no estado anímico do possuidor e do proprietário, deve-se cogitar o

reconhecimento de uma situação fática em que a função social da posse passou a ser exercida pelo possuidor, e não pelo proprietário. Nesse sentido, a consolidação da situação fática em favor do possuidor através da inversão da causa da posse, observadas as demais diretrizes da usucapião, também seria uma medida de valorização da função social da posse.

Em conclusão, entende-se que a inversão da causa da posse, como um fenômeno fático-jurídico que incide sobre o caráter da posse que determinado indivíduo exerce sobre um bem imóvel, pode ser um fator de reforço e validação dos princípios da função social da propriedade e da posse, em casos de exercício de posse prolongada, sempre que houver mudança no estado volitivo das partes, observados os demais requisitos fáticos e legais para que aquele fenômeno possa se consolidar como meio de aquisição originária da propriedade.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Código civil brasileiro (2002): Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Conselho da justiça federal [2005]. III Jornada de direito civil. Enunciado nº 237. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/461>. Acesso em: 30. jun. 2020.

BRASIL. Conselho da justiça federal [2011]. V Jornada de direito civil. Enunciado nº 492. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>. Acesso em: 30. jun. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 4: direito

das coisas, direito autoral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de e Rosenvald, Nelson. Curso de direito civil – vol. 5. 10. ed. JusPODIVM: Salvador, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. Direito civil. Coisas. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único I. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

ARREMATACÃO EM HASTA PÚBLICA E ADJUDICAÇÃO COMO FORMAS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE PELOS DÉBITOS E ÔNUS PREEXISTENTES A PARTIR DE UM EXAME JURISPRUDENCIAL

*Anderson Augusto Barbosa*¹⁰⁹

*Lucas Badaró Guimarães*¹¹⁰

RESUMO: Examina-se, neste artigo, a arrematação em hasta pública e a adjudicação como modalidades de aquisição da propriedade. Analisa-se, a partir de uma abordagem prática e substancialmente pautada em decisões judiciais, acerca das repercussões desses atos e as consequências geradas, em especial para as esferas do arrematante e do adjudicante. A metodologia baseou-se em estudos relacionados ao tema para o atingimento das reflexões finais.

Palavras-chave: Arrematação; Hasta Pública; Adjudicação; Formas de Aquisição da Propriedade.

INTRODUÇÃO

A distinção das formas de aquisição da propriedade em originária e derivada, para muitos, se restringe ao campo teórico e meramente conceitual.

Tem-se verificado, contudo, que discussões travadas em processos judiciais acabam por trazer substancial importância prática à matéria, notadamente quando, em demandas executórias, consolidam-se os atos

109 Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais;

110 Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais;

de expropriação de bens.

Dentre tais formas de expropriação, as mais comumente verificadas – a saber, a adjudicação e a arrematação em hasta pública – podem trazer consigo a satisfação do crédito perseguido e solucionar contendas que se delongam por longos anos.

Nada obstante, tanto a adjudicação quanto a arrematação em hasta pública podem criar, em especial para o adquirente do bem, embaraços e problemas que, de igual modo, demandarão resolução pelo Poder Judiciário.

A partir de uma imersão na seara jurisprudencial, buscou-se compreender como a matéria está sendo analisada pelos Tribunais pátrios e quais as soluções vêm sendo empregadas para conflitos que envolvem interesses diversos.

2. AS FORMAS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE

A partir das disposições contidas no Código Civil de 2002, a doutrina pátria passou a classificar os modos de aquisição da propriedade segundo critérios diversos. Dentre tais critérios, tem-se a procedência ou, em outros termos, a causa de aquisição da propriedade, que poderá ser originária ou derivada.

Considera-se originária a aquisição quando ela ocorrer sem que haja a transmissão por outrem, seja direta ou indireta, voluntária ou involuntária. A consequência será a aquisição da propriedade “sem uma relação causal com o estado jurídico anterior da própria coisa¹¹¹”.

Por sua vez, reputa-se como derivada a aquisição quando ela se der a partir de um liame negocial entre partes diversas, do qual resultará a “transmissão do domínio em razão da manifestação de vontade¹¹²”.

A partir do magistério de Caio Mário da Silva Pereira (p 118),

111 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol 4. 25. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 117.

112 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 5. 12. ed, São Paulo: Saraiva, 2017. p. 271.

as aquisições originárias e derivadas da propriedade são brilhantemente elucidadas:

Se a aquisição originária, em termos de bens mobiliários, é perfeitamente admissível, relativamente frequente, e devidamente regulamentada – não ocorre outro tanto no que diz respeito aos imóveis. Em tese a aquisição originária não é incompatível com a hipótese de alguém se apropriar de um imóvel que jamais a outrem pertenceu. Praticamente, todavia, a situação é bem outra, porque todo imóvel tem um dono. Os terrenos pertencem aos seus proprietários. E mesmo aquelas terras que não estão assenhoreadas pelo particular têm no Estado o titular respectivo (terras devolutas).

Diz-se aquisição derivada a que ocorre quando se considera a coisa em função de seu dono atual, ou seja, a titularidade do domínio em relação com outra pessoa que já era proprietária da mesma coisa. A aquisição derivada é mais frequente, mais assídua, partindo do fato comum de que as coisas no momento atual têm dono, e, pois, sempre que alguém lhes adquire a propriedade, o faz subrogando-se no complexo jurídico de outrem, que já era antes o proprietário. É o que se passa normalmente com a propriedade imobiliária, considerada em função de que o direito que se adquire está relacionado com o direito de um precedente proprietário, como ainda na generalidade dos bens móveis.

Com efeito, uma minudente análise quanto à forma de aquisição da propriedade se mostra deveras relevante no campo prático, porquanto, se enquadrada como originária, a propriedade, em regra, passará a integrar o patrimônio do adquirente sem que a acompanhem vícios e/ou

limitações anteriores. Doutra feita, se derivada, a partir de uma ideia de transmissão, passam-se ao novo proprietário os direitos e as obrigações concernentes ao bem, conservando-se, por conseguinte, eventuais vícios e/ou limitações anteriores.

Em síntese, se adquirida de forma originária, a propriedade incorporar-se-á ao patrimônio do indivíduo “em toda a sua plenitude”, ao passo que, na modalidade derivada, tudo se condiciona ao proprietário pretérito, transferindo-se os mesmos atributos, restrições e qualidades que já se faziam presentes quando o bem integrava o patrimônio do transmitente¹¹³.

3. ARREMATACÃO EM HASTA PÚBLICA E ADJUDICAÇÃO: FORMAS DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIAS OU DERIVADAS DA PROPRIEDADE?

Feitas as explanações preliminares no tópico precedente, adentra-se no ponto central a ser abordado neste trabalho, perquirindo-se acerca dos institutos da arrematação em hasta pública e da adjudicação e como estão sendo classificadas tais modalidades de aquisição da propriedade.

Como é sabido, os processos de execução e os cumprimentos de sentença têm como finalidade precípua a satisfação de um crédito pré-constituído títulos judiciais ou extrajudiciais.

Em tais demandas, comumente, os devedores não se dignam ao pagamento voluntário do que é devido, fazendo-se necessária a adoção de medidas voltadas à constrição e posterior expropriação do patrimônio do executado.

Penhorado determinado bem e mantendo-se inerte o devedor, a consequência mais corriqueira é que tal bem seja levado à hasta pública, oportunidade em que, por intermédio de um leiloeiro oficial, será oferecido a interessados, vindo a ser adquirido por aquele que ofertar o maior lance, denominado arrematante.

113 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 182.

Alternativamente, aquele que figurar como exequente pode manifestar o seu interesse na aquisição do bem sobre o qual recaiu a constrição, ofertando preço não inferior ao da avaliação (nos termos do artigo 879 do Código de Processo Civil), perfectibilizando-se, aqui, a adjudicação. Aliás, sob a égide do novo Diploma Processual Civil, a adjudicação figura como a modalidade expropriatória preferencial e, por meio dela, respeitadas as condições legais, o bem que era de propriedade do devedor para a integrar o patrimônio do credor.

Tanto a arrematação em hasta pública quanto a adjudicação importam a transferência de propriedade do bem objeto do ato, seja para o patrimônio do arrematante ou para o patrimônio do exequente, a partir da confecção de títulos próprios – denominada carta de arrematação e carta de adjudicação – os quais, em se tratando de imóveis, devem ser levados a registro no cartório competente.

A partir de tudo que se delineou até aqui, questiona-se, então, se a arrematação em hasta pública e a adjudicação constituiriam formas originárias ou derivadas de aquisição da propriedade.

Realizar o enquadramento em uma das duas modalidades é de fundamental importância para o arrematante e para o adjudicante, especialmente no que diz respeito à continuidade, ou não, das dívidas e dos ônus eventualmente existentes sobre o bem.

Como visto, tanto a arrematação em hasta pública quanto a adjudicação se originam com a natureza jurisdicional executiva. Há uma ingerência do Estado que, com o objetivo de ver satisfeita uma dívida, adentra na relação privada para tolher o bem daquele que era seu proprietário.

Ambas as formas de aquisição aqui tratadas independem da manifestação de vontade do devedor, diferenciando-se, no entanto, porque, na arrematação em hasta pública, o bem é levado à concorrência e a sua propriedade será consolidada para o terceiro que ofertar o maior lance, ao passo que, na adjudicação, o bem será vertido diretamente ao exequente/credor.

Partindo das lições de Alexandre Freitas Câmara¹¹⁴, a adjudicação pode ser conceituada como uma forma de expropriação satisfativa, com a utilização direta do bem constrito na satisfação do crédito pretendido no feito executório. Já a arrematação pode ser rotulada como uma espécie de expropriação liquidativa e, de forma alguma, pode ser confundida como uma compra e venda, não podendo se considerar “que o executado está vendendo o bem que lhe pertence, pois não há aqui qualquer relevância de sua vontade, sendo a expropriação feita mesmo contra ela¹¹⁵”.

É, justamente, por conta dessa desnecessidade de observância da vontade do devedor, que vemos entendimentos no sentido de que a arrematação em hasta e a adjudicação constituem formas de aquisição originária da propriedade.

Especialmente no que se refere à arrematação judicial, as divergências, apesar de existentes, parecem ser menos acentuadas, mas, ainda assim, latentes.

Consoante já exposto, o enquadramento da arrematação em hasta pública como modalidade de aquisição originária ou derivada da propriedade traz grandes impactos no campo prático, porquanto, a partir de tal delimitação, é que será possível inferir se o arrematante, novo proprietário do bem, responderá pelas dívidas e pelos ônus dispostos sobre o bem e quais serão os limites dessa responsabilidade.

Aliás, já nos procedimentos preparatórios à hasta pública – em especial, no edital de leilão –, definir o grau de responsabilidade do arrematante pelos débitos anteriores se mostra imperioso, podendo impactar, inclusive, no número de interessados no praceamento, no valor da arrematação e, conseqüentemente, no próprio andamento do feito executório.

Humberto Theodoro Júnior¹¹⁶, seguindo o entendimento de que

114 CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo regime da alienação de bens do executado. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 53. p. 11, ago. 2007.

115 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 15. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

116 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. vol. 3. 47. ed. Rio

a arrematação em hasta pública é uma forma de aquisição originária da propriedade, destaca que o bem arrematado deve ser passado ao arrematante livre de qualquer encargo tributário, à exceção do tributo que advirá da própria arrematação, ou seja, o imposto sobre a transmissão. Desse modo, “as demais obrigações tributárias deverão sub-rogar-se no preço apurado na arrematação”.

Hugo de Brito Machado¹¹⁷ também enfatiza que o arrematante não figurará como o responsável tributário, justamente porque não se fixa qualquer relação jurídica entre o arrematante e o devedor, sendo a propriedade adquirida a partir de um ato expropriatório e, não, de uma relação negocial.

Na mesma linha de intelecção, Aline Abreu Pessanha¹¹⁸ defende que a arrematação em hasta pública “tem o efeito de retirar qualquer ônus obrigacional que recaia sobre o imóvel, sendo o bem transferido livremente de qualquer encargo ou responsabilidade tributária ao arrematante”.

No âmbito jurisprudencial, a questão restou bem delineada, ao menos no Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.179.056/MG¹¹⁹. Naquela ocasião, a Corte consignou que a arrematação em hasta pública constitui forma de aquisição originária da propriedade e que o bem deve ser transferido ao arrematante livre e desembaraçado de tributos ou responsabilidade. Veja-se, a propósito, um excerto da ementa:

3. A arrematação em hasta pública extingue o ônus do imóvel arrematado, que passa ao arrematante livre e desembaraçado de tributo ou responsabilidade, sendo, portanto, considerada aquisição originária, de modo que

de Janeiro: Forense, 2016. p. 390.

117 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

118 PESSANHA, Aline Abreu. *A Não Incidência do ITBI nas Aquisições de Imóveis em Arrematação Judicial*. Disponível em < https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AlineAbreuPessanha.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020.

119 REsp 1179056/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 21/10/2010.

os débitos tributários anteriores à arrematação sub-rogam-se no preço da hasta. Precedentes: REsp 1.188.655/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 8.6.2010; AgRg no Ag 1.225.813/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8.4.2010; REsp 909.254/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 21.11.2008.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem acompanhado tal entendimento e, quando instado a decidir sobre questões dessa natureza, ratificando ser a arrematação uma modalidade originária de aquisição da propriedade e determinando a liberação dos ônus preexistentes sobre o bem para que ele possa ser transferido ao arrematante sem embaraços.

Nesse contexto, a parcela majoritária da Corte Estadual Mineira¹²⁰ vem ordenando a baixa e o cancelamento de penhoras e prenotações que tenham sido registradas na matrícula do imóvel arrematado antes do leilão:

A arrematação é uma modalidade originária de aquisição de propriedade, em que o bem arrematado é liberado dos ônus até então incidentes sobre ele, como consequência de não mais pertencer ao patrimônio do executado. Sendo assim, é devido o cancelamento de penhoras preexistentes no imóvel arrematado perante a Justiça do Trabalho, concorrendo os credores pelo pagamento do débito, nos termos do art. 908 do CPC/15.

A mesma lógica se aplica aos débitos tributários, o que importa no recebimento do bem, pelo arrematante, desonerado de tais ônus, desde que os fatos geradores tenham ocorrido anteriormente à arrematação. Nesse particular, deve ser observado o parágrafo único do artigo 130 do Código

120 TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0027.02.002034-6/001, Relator(a): Des.(a) Amorim Siqueira, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/02/2018, publicação da súmula em 16/03/2018

Tributário Nacional que, de forma hialina, preceitua que os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade sub-rogam-se na pessoa do adquirente e, no caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorrerá sobre o preço.

Em suma, o crédito tributário que, em um primeiro momento, era assegurado pelo próprio bem, passa a ser garantido pela própria arrematação, impondo-se o pagamento ao proprietário anterior, mediante sub-rogação no preço obtido na hasta pública. Novamente, cita-se o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹²¹ sobre o tema:

O instituto da arrematação consiste em forma originária de aquisição de propriedade, de modo que débitos relativos à propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, tais como o IPTU, anteriores à arrematação, sub-rogam-se no preço obtido em hasta pública, não podendo ser imputados ao adquirente.

Destaca-se, por oportuno, que, também para a arrematação em hasta pública de veículos automotores, o adquirente não suportará os débitos de IPVA preexistentes e, de igual modo, não será responsável pelo pagamento de multas eventualmente registradas no respectivo prontuário anteriormente à arrematação¹²².

Retornando aos imóveis, é relevante verificar se, com a arrematação, há possibilidade, ou não, de cancelamento de hipoteca anterior. Aqui, deve ser observada uma importante formalidade que, acaso não cumprida, acarretará consideráveis problemas para o arrematante, podendo, inclusive, ocasionar o desfazimento do ato arrematatório.

Isso porque, a partir das disposições contidas no artigo 1.501 do

121 TJMG - Apelação Cível 1.0024.12.223809-0/003, Relator(a): Des.(a) Mariangela Meyer, 10ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/05/2017, publicação da súmula em 30/06/2017.

122 Nesse sentido, destacam-se os entendimentos firmados no TJMG quando do julgamento da Apelação Cível n. 1.0313.15.005933-2/001 e do Agravo de Instrumento n. 1.0035.17.012683-9/001.

Código Civil, para que a hipoteca seja cancelada em virtude da arrematação, há necessidade de prévia cientificação do credor hipotecário, quando ele não for parte da demanda executória. Tal cientificação, em regra, é feita pela secretaria do Juízo ou, ainda, pelo próprio leiloeiro nomeado e a sua ausência poderá implicar na subsistência do gravame hipotecário.

Como bem explica a Desembargadora Sandra Fonseca¹²³, a hipoteca constitui direito real de garantia, “cuja consequência é a seqüela”. Sob esse enfoque, para que sejam conservadas as disposições do Código Civil “qualquer alienação que se faça deve atender o prosseguimento do ônus”, caso contrário ficará “sem fundamento o direito real de garantia”.

Dessa forma, para que seja possível, efetivamente, a baixa da hipoteca, preteritamente à hasta pública, o credor hipotecário deverá ser cientificado do leilão, sob pena de ineficácia do ato, ao menos em relação a ele, nos termos do artigo 804 do Código de Processo Civil.

Ainda no que se refere aos imóveis, é imperioso abordar a questão atinente às dívidas condominiais e se, eventualmente, aquele que arrematou o bem em hasta pública pode ser responsabilizado pelo pagamento de tais débitos.

Rememora-se que as dívidas condominiais são enquadradas como obrigações *propter rem*, assim definidas como aquelas que recaem sobre uma pessoa, por força de um direito real¹²⁴, de modo que, se o direito de que se origina é transmitido, “a obrigação o segue, seja qual for o título translativo”.

Nessa senda, conforme ensina João Batista Lopes¹²⁵:

A responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais acompanha a pessoa do adquirente, que não pode eximir-se com alegação de que os encargos

123 TJMG - Apelação Cível 1.0694.15.000249-1/002, Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/04/2017, publicação da súmula em 08/05/2017.

124 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 2. 14. ed, São Paulo: Saraiva, 2017. p. 22/24.

125 LOPES, João Batista. *Condomínio*, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 98.

foram gerados anteriormente à aquisição do imóvel.

Essa faceta ambulatorial da obrigação *propter rem* é posta pelo próprio artigo 1.345 do Código Civil, o qual prevê que o adquirente responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio.

Tem-se, portanto, de um lado, o interesse da própria coletividade de condôminos e, noutro vértice, o interesse do arrematante que, a partir de uma alienação judicial patrocinada pelo Estado, tem que ter resguardados os seus direitos.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça¹²⁶, ao se debulhar sobre um caso que discutia sobre a possibilidade de responsabilização do arrematante por débitos condominiais, assentou o entendimento de que, desde que informadas tais dívidas no bojo do edital da hasta pública, o adquirente poderá, sim, ser por elas demandado. O acórdão em esboço foi assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (CPC/73). AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMÓVEL ARREMATADO EM HASTA PÚBLICA. INFORMAÇÃO NO EDITAL ACERCA DA EXISTÊNCIA DE DÉBITOS CONDOMINIAIS. CARÁTER 'PROPTER REM' DA OBRIGAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE. SUCESSÃO NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO. CABIMENTO.

1. Controvérsia em torno da possibilidade de inclusão do arrematante no polo passivo da ação de cobrança de cotas condominiais na fase cumprimento de sentença.

126 REsp 1672508/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/08/2019.

2. Em recurso especial não cabe invocar ofensa à norma constitucional.
3. Os arts. 204 e 206, § 5º, I, do CC não contêm comandos capazes de sustentar a tese recursal, atraindo o óbice da Súmula 284/STF.
4. Não há violação aos arts. 489, § 1º, IV e 1.022, II e § único, II, do CPC quando a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente.
5. Em se tratando a dívida de condomínio de obrigação “propter rem”, constando do edital de praça a existência de ônus incidente sobre o imóvel, o arrematante é responsável pelo pagamento das despesas condominiais vencidas, ainda que estas sejam anteriores à arrematação, admitindo-se, inclusive, a sucessão processual do antigo executado pelo arrematante.
6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

No âmbito do caso paradigma em tela, a Ministra Nancy Andrighi consignou que, via de regra, o arrematante de imóvel em hasta pública é responsável pela quitação das despesas condominiais, ainda que anteriores ao leilão. No entanto, quando não há menção às aludidas dívidas no corpo do edital de praxeamento, tal regra deve ser excepcionada, principalmente para que haja preservação da segurança jurídica e o resguardo da tutela jurisdicional executiva.

Com efeito, em seu voto, a referida Ministra destacou que a responsabilização do arrematante por débitos e encargos não arrolados no edital acabaria por afetar a própria tutela executiva, trazendo descrédito para a alienação judicial e afastando dessa modalidade expropriatória

eventuais interessados.

A distinção de débitos, obrigações, ônus e os seus diversos impactos na arrematação em hasta pública é importante para que se possa depreender que, ainda que considerada originária tal modalidade de aquisição da propriedade, existem exceções e requisitos a serem cumpridos, de modo que, nem sempre, o arrematante receberá o imóvel livre e desembaraçado de todo e quaisquer ônus.

Mas, como já introduzido, não há unissonidade quanto ao fato de a arrematação em hasta pública constituir modalidade originária de aquisição da propriedade.

Na doutrina, Cassio Scarpinella Bueno¹²⁷, expõe, de forma enfática:

[..] que a arrematação é forma de aquisição derivada da propriedade pelo arrematante, dúvida não existe, mas – e é esse seu traço característico – tal aquisição dá-se em processo jurisdicional que atua sobre o bem penhorado, sendo indiferente a vontade do executado cujo direito reduz-se à observância do devido processo legal na prática daquele ato.

Por sua vez, Araken de Assis¹²⁸ preleciona que:

Em toda alienação forçada há acordo de transmissão, ou seja, nela o Estado transmite ao adquirente os direitos do executado na coisa penhorada, desde a assinatura do auto (art. 694, caput), o qual exige o duplo papel de ‘forma e de últimação do negócio jurídico de arrematação’. O auto de arrematação (art. 693, parágrafo único) respectivo constitui seu título substancial, do qual se originará, mediante traslado, o título formal (carta de arrematação).

127 MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2011.

128 ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: RT, 2012. p. 819.

Mas interessa identificar se o Estado transmite originária ou derivadamente a coisa.

Aqueles autores que, sem hesitação maior, equiparam a alienação forçada à compra e venda oferecem ao quesito resposta tranquila: cuida-se de aquisição derivada, como seu modelo privado.

Em contrapartida, os adeptos de primeira hora da teoria publicista, a exemplo de Zanzucchi, radicalizando a ideia de que o Estado substitui o proprietário, cindindo a continuidade da cadeia de transmissões, estimam originária a aquisição. Claro está que, nesta última perspectiva, se despreza o caráter negocial da alienação forçada.

[...]

Por isso, a alienação coativa implica aquisição derivativa e, cabendo a propriedade a terceiro, ‘este não perdeu seu direito, esclarece Liebman. A lição permanece válida para bens imóveis. Terceiro, cujo direito o Estado transferiu em alienação em alienação coativa, dispõe de ação reivindicatória contra o adquirente (art. 1.228 do CC-02), nada obstante o esgotamento do termo final para propor embargos de terceiro (art. 1.048 do CPC), restando a este pretensão de perdas e danos.

Na seara jurisprudencial, é possível verificar que decisões esparsas, em especial no Estado de São Paulo, vão de encontro com o posicionamento majoritário, reputando como derivada a espécie de aquisição em estudo.

Com amparo nas lições do Magistrado Josué Modesto Passos, não raras as vezes tem se entendido, em especial para que seja preservado o princípio da continuidade registral, que a arrematação em hasta pública é

modalidade derivada de aquisição da propriedade.

Nesse cenário, Josué Modesto Passos¹²⁹ assim expõe o seu posicionamento:

a arrematação não pode ser considerada um fundamento autônomo do direito que o arrematante adquire. A arrematação é ato que se dá entre o Estado (o juízo) e o maior lançador (arrematante), e não entre o mais lançador (arrematante) e o executado; isso, porém, não exclui que se exija – como de fato se exige –, no suporte fático da arrematação (e, logo, no suporte fático da aquisição imobiliária fundada na arrematação), a existência do direito que, perdido para o executado, é então objeto de disposição em favor do arrematante. Ora, se essa existência do direito anterior está pressuposta e é exigida, então – *quod erat demonstrandum* – a aquisição é derivada (e não originária).

O Desembargador Pereira Calças¹³⁰ e a Juíza Tânia Mara Ahualli¹³¹, ambos do Tribunal de Justiça Paulista que, ao se depararem com pendências registrais decorrentes de arrematação em hasta pública, mantiveram os óbices registrais correspondentes, tudo com amparo no viés derivativo de tal modalidade de aquisição. Veja-se, respectivamente:

Em segundo lugar, ressalte-se que a arrematação não é modo originário de aquisição da propriedade.

129 PASSOS, Josué Modesto. *A arrematação no registro de imóveis: continuidade do registro e natureza da aquisição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 118.

130 TJSP; Apelação Cível 1092790-21.2016.8.26.0100; Relator (a): Pereira Calças; Órgão Julgador: Conselho Superior de Magistratura; Foro Central Cível - 1ª Vara de Registros Públicos; Data do Julgamento: 06/06/2017; Data de Registro: 09/06/2017

131 TJSP; Processo n. 1022573-45.2019.8.26.0100. 1ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo/SP. Decisão publicada em 02/04/2019.

Embora essa tese tenha prevalecido neste Conselho Superior por um breve período, já no último biênio retomou-se o entendimento consolidado de que a arrematação é modo derivado de aquisição da propriedade.

[...]

E se é modo derivado de aquisição da propriedade, o princípio da continuidade é plenamente aplicável, razão pela qual o encadeamento do título judicial com a informação que consta no registro deve ser observado.

Todavia, a matéria restou pacificada pelo Egrégio Conselho Superior da Magistratura, que reconheceu a arrematação como forma derivada de aquisição da propriedade.

[...]

Logo, na presente hipótese, não se tratando de aquisição originária, houve o rompimento do encadeamento sucessivo de titularidade, ferindo conseqüentemente o princípio da segurança jurídica que dos atos registrários se espera.

Nessa mesma esteira, o Desembargador Federal José Antônio Lisboa Neiva¹³² explicita o seu entendimento no sentido de que, na arrematação em hasta pública, formaliza-se um negócio jurídico entre o Estado e o arrematante. Com a alienação forçada, segundo ele, existe, sim, um caráter negocial entre o Estado e o adquirente e, amparado em tais fundamentos, o Magistrado negou provimento a um recurso que buscava a declaração de não incidência de ITBI a um caso de arrematação judicial.

132 TRF-2 - Agravo de Instrumento n. 0000551-60.2015.4.02.0000, Relator(a): Des.(a) José Antônio Neiva, 7ª Turma Especializada, julgamento em 23/03/2015.

Por fim, cumpre abordarmos a adjudicação como forma de aquisição da propriedade. Como já introduzido, nesse ponto, a discussão jurisprudencial e doutrinária parece ser ainda mais acentuada em comparação com o que ocorre com a arrematação em hasta pública.

De pronto, trazemos à baila o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do já mencionado Recurso Especial n. 1.179.056/MG. Naquela oportunidade, estabeleceu-se uma distinção entre a arrematação e a adjudicação e, ao final, imputou-se, ao adjudicante, a responsabilidade pelo pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel:

2. Arrematação e adjudicação são situações distintas, não podendo a analogia ser aplicada na forma pretendida pelo acórdão recorrido, pois a adjudicação pelo credor com dispensa de depósito do preço não pode ser comparada a arremate por terceiro.

[...]

5. Por sua vez, havendo a adjudicação do imóvel, cabe ao adquirente (credor) o pagamento dos tributos incidentes sobre o Bem adjudicado, eis que, ao contrário da arrematação em hasta pública, não possui o efeito de expurgar os ônus obrigacionais que recaem sobre o Bem.

Como se verifica, a despeito de não ter se consignado, expressamente, que a adjudicação constituiria forma derivada de aquisição da propriedade, as ideias colacionadas no acórdão levam a essa inevitável conclusão.

No entanto, não raras as vezes, os Tribunais pátrios trilharam caminhos em sentido diverso e, a partir de uma analogia com o próprio procedimento arrematatório, acabaram por isentar o adjudicante do

pagamento das dívidas e até mesmo dos tributos existentes sobre o bem adjudicado. Cita-se, a esse respeito¹³³:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – ADJUDICAÇÃO DE BEM MÓVEL. LAVRATURA DO RESPECTIVO TERMO. ATO PERFEITO E ACABADO. AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA (LIVRE E DESEMBARAÇADA DE RESPONSABILIDADE ANTERIOR). TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO NO DETRAN. NECESSIDADE DE BAIXA DAS RESTRIÇÕES. CABIMENTO - DECISÃO REFORMADA.1. É considerada perfeita e acabada a adjudicação após a lavratura e assinatura do respectivo auto, sendo forma de aquisição originária da propriedade (livre e desembaraçada de ônus anterior), podendo o adjudicatário usufruir do bem. 2. Eventual vício no procedimento expropriatório por adjudicação poderá ser arguido por quem tiver interesse, em procedimento próprio, aplicando-se por analogia o disposto no art. 903, do NCPC.3. Recurso conhecido e provido.

Destaca-se, ainda, que, não obstante, ainda que reputada como forma de aquisição originária, nem sempre o adjudicante se encontrará livre dos débitos que recaem sobre o bem, especialmente aqueles tributários.

Com efeito, a Desembargadora Maria Canto da Fonseca¹³⁴, a despeito de ter reconhecido a condição originária, traçou distinção entre

133 TJPR - 16ª C.Cível - 0049772-81.2018.8.16.0000 - Londrina - Rel.: Desembargador Luiz Fernando Tomasi Keppen - J. 10.04.2019.

134 TJRS - Mandado de Segurança, Nº 71007285372, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, Julgado em: 28-03-2018.

a arrematação em hasta pública e a adjudicação, equiparando esta última a uma verdadeira dação em pagamento, onde não há depósito pecuniário, e imputou a responsabilidade pelos débitos preexistentes ao adjudicante. Confira-se:

Pois bem, de fato, o arrematante não é responsável por débitos anteriores à hasta pública, pois o produto da arrematação é reservado para o pagamento dos débitos. Tal afirmação se extrai do parágrafo único do art. 130, do CTN, que dispõe: “No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.”

No entanto, na adjudicação, ato voluntário do credor, não equiparado à arrematação, não se sustenta a exoneração pretendida, por se tratar de espécie de dação em pagamento, sem depósito pecuniário, sendo a responsabilidade pelo pagamento dos débitos existentes o credor/adjudicatário, na forma do caput do art. 130 do Código Tributário Nacional .

[...]

Portanto, havendo adjudicação do bem, responde o adjudicante pelos débitos que recaem sobre ele, tratando-se de obrigação tributária *propter rem*, independentemente de os fatos geradores serem anteriores à aquisição originária.

Não se pode deixar de sublinhar os entendimentos em sentido contrário e que inserem a adjudicação no rol de modalidades derivadas de aquisição da propriedade.

Assim como para a arrematação em hasta pública, os defensores dessa corrente reputam despicienda a ausência de relação jurídica negocial entre o antigo proprietário e o adjudicante e que o fato de inexistir tal

liame negocial não torna originária a aquisição. O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹³⁵ emerge, novamente, no cerne no dissenso. Senão, veja-se:

Em relação ao título da aquisição, por se tratar de alienação forçada, há acordo de transmissão e, no caso, o Estado transmite ao adquirente os direitos do executado na coisa penhorada, desde a assinatura do auto, destacando-se o duplo papel desse último, pois constitui a forma e a ultimação do negócio jurídico de adjudicação, e a partir dele é que será originado o título formal, que é a carta de adjudicação.

[...]

O fato de inexistir relação jurídica ou negocial entre o antigo proprietário (executado) e o adquirente (arrematante ou adjudicante) não afasta o reconhecimento de que há aquisição derivada da propriedade.

[...]

Por isso, entendo que o fato de na adjudicação e na arrematação não haver relação negocial direta entre o anterior proprietário e o adquirente não torna originária a aquisição da propriedade daí decorrente.

[...]

Em suma, a adjudicação, assim como a arrematação, não constitui modo originário de aquisição da propriedade, caindo por terra as alegações formuladas pelo recorrente.

Destarte, a partir de tudo que se apresentou neste trabalho,

135 TJSP; Apelação Cível 9000001-34.2013.8.26.0531; Relator (a): Elliot Akel; Órgão Julgador: Conselho Superior de Magistratura; Foro de Santa Adélia - Vara Única; Data do Julgamento: 07/10/2014; Data de Registro: 24/10/2014.

é possível verificar a existência de diversas particularidades quando o assunto é adjudicação ou arrematação em hasta pública. Não há, portanto, um enquadramento certo dessas formas de expropriação nas modalidades de aquisição da propriedade, sendo inegável, em especial no campo jurisprudencial, a divergência de entendimentos.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo, como exposto no introito, teve como objetivo explorar as mais diversas decisões judiciais que versam sobre as consequências e os efeitos da adjudicação e da arrematação em hasta pública, tudo a partir do enquadramento de tais modalidades expropriatórias como sendo originárias ou derivadas no que diz respeito à aquisição da propriedade.

Conclui-se, por tudo que foi exposto, que a questão é deveras tormentosa e longe de estar pacificada em nossas Cortes.

Como consequência, há uma inegável insegurança jurídica quando nos deparamos com arrematações em hastas públicas e adjudicações. As principais vítimas acabam sendo os arrematantes e os adjudicantes que, de um lado, podem trazer soluções para processos de execução, mas, em contrapartida, podem criar, para si, problemas de proporções imensuráveis.

Arrematantes e adjudicantes manifestam a sua vontade na aquisição de determinado bem na expectativa de que a transferência ocorra livre e desembaraçada de ônus e, via de regra, não sabem quais serão as consequências futuras desse ato, ficando à mercê de decisões judiciais que podem, por exemplo, responsabilizá-los pelo pagamento de dívidas preexistentes.

A consequência inevitável dessa mais absoluta dissonância é a descredibilização dessas importantes modalidades aquisitivas, o que acaba por afastar, principalmente das arrematações, possíveis interessados que, ponderando os riscos, invariavelmente optarão por não comprometer o

seu patrimônio em algo tão incerto.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. São Paulo: RT, 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 15. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo regime da alienação de bens do executado. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 53. ago. 2007.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil: Lições*. Niterói: Impetus, 2007.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 2. 14. ed, São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 5. 12. ed, São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES, João Batista. *Condomínio*, 8^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PASSOS, Josué Modesto. *A arrematação no registro de imóveis: continuidade do registro e natureza da aquisição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol

4. 25. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PESSANHA, Aline Abreu. *A Não Incidência do ITBI nas Aquisições de Imóveis em Arrematação Judicial*. Disponível em < https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AlineAbreuPessanha.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum*. vol. 3. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

A POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA MISTA - RESP 1.777.404 TO/2018/0290399-1

*Bárbara Gonçalves de Abreu*¹³⁶

*Maria Aparecida Rodrigues dos Santos Marchetto*¹³⁷

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo demonstrar que o artigo 1.240 do Código Civil deve ser interpretado conjuntamente com a Constituição Federal de 1988, não somente no que tange ao artigo 183, mas, também, quanto aos princípios constitucionais. Ainda, será feita análise juntamente a doutrina, utilizando como marco teórico os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Isonomia, Direito à Moradia e à Propriedade, assim como o que dispõe o Código Civil de 2002. Por fim, será apresentada a conclusão a que se chegou no presente artigo, com a devida fundamentação.

Palavras-chave: usucapião; usucapião especial urbana; direito à moradia; direito de propriedade; função social da propriedade;

INTRODUÇÃO

Ab initio, a usucapião é um mecanismo pelo qual, o usucapiente pleiteia em juízo a propriedade de um determinado bem que, em exercício da posse contínua, mansa e pacífica, de justo título e de boa-fé, destina a esse bem, uma finalidade que seja compatível com o meio que se encontra inserido, chamada de função social da propriedade.

136 Advogada, graduada em Direito; Pós-graduação Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MG), Unidade Praça da Liberdade.
Endereço eletrônico: barbaraabreu.adv@gmail.com.

137 Advogada, graduada em Direito; Pós-graduação Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MG), Unidade Praça da Liberdade.
Endereço eletrônico: mariars.adv@gmail.com.

O presente trabalho tem por objetivo elucidar a possibilidade da usucapião especial urbana nas hipóteses em que o usucapiente, além de residir no imóvel, fixa na mesma área o seu estabelecimento comercial.

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.777.404/TO, permitiu abertamente a possibilidade de que o usucapiente possa usucapir o imóvel que tenha como finalidade a sua residência e o seu estabelecimento comercial, nos casos de usucapião especial urbana, prevista no artigo 1.240 do Código Civil de 2002.

Entretanto, a decisão acima mencionada deve ser analisada com cautela, já que vários são os princípios constitucionais que recaem sobre ela, dentre eles, o da Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade e Isonomia, Direito à Moradia e Direito à Propriedade, Função Social da Propriedade, Boa-fé, dentre outros, análise essa que será feita durante o desenvolvimento do presente trabalho.

O próximo capítulo, segundo item, tratará dos princípios constitucionalmente previstos que servem de fundamentação para a existência da figura da usucapião no nosso ordenamento jurídico.

O item três, abará o surgimento da usucapião no direito brasileiro de forma rápida, mostrando, também, a razão pela qual o referido instituto é entendido como modalidade de aquisição da propriedade, e não como prescrição, como muitos entendem. Inclusive, o próprio Código Civil de 2002 classifica a usucapião como sendo aquisição da propriedade.

O quarto item, apresentará de maneira genérica os requisitos basilares para que o usucapiente tenha reconhecida a usucapião.

Por fim, o quinto item do presente artigo irá expor o tema central desse trabalho, exibindo o julgado do Recurso Especial proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em que o usucapiente pretendia ver usucapido imóvel em que ele residia e tinha, também, um estabelecimento comercial.

A respeito do caso, muitos são os questionamentos sobre a possibilidade ou não de usucapir um imóvel que contenha estabelecimento comercial, até mesmo pelos princípios que embasam a usucapião, de início,

tem-se uma impressão de contradição, mas, com o desenvolvimento dos estudos acerca dessa temática será possível entender as razões que levaram ao Superior Tribunal de Justiça a julgar da maneira que assim o fizeram.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com o objetivo de criar um entendimento mais solidificado a respeito do assunto que será tratado no presente artigo, a exposição dos princípios constitucionais a seguir torna-se inevitável.

A Constituição Federal de 1988, traz em seu texto alguns princípios positivados, como os que serão tratados a seguir. Como princípio, entende-se que está se falando do começo de algo, aquilo que dá base para a fundamentação de alguma coisa e, para o Direito não é diferente. Os princípios que a Constituição Federal nos apresenta embasa todo um sistema legal.

Ademais, o nosso ordenamento jurídico pode apresentar lacunas em determinados momentos, já que é muito difícil que o legislador preveja todas as situações que ocorrem no nosso dia a dia, mas, no entanto, os princípios, analisados de forma analógica de acordo com o caso concreto, devem suprir as necessidades da lei.

Sendo assim, os princípios apresentados a seguir são de extrema relevância para que seja melhor compreendido o tema do presente trabalho.

2.1- PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual se encontra positivado em nossa Constituição Federal de 1988, artigo 1º, inciso III, é considerado um sobreprincípio¹³⁸, já que ele atua sobre os outros

138 RE 898060 julgado em 21 e 22 de setembro de 2016: “O Supremo Tribunal Federal

princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme perfeitamente lecionado pelo professor Bernardo Gonçalves Fernandes, em seu livro Curso de Direito Constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana “irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais”. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves, 2020, p. 347.).

Sobre o assunto, o professor Hugo Rios Bretas e Claudia Fialho ensinam que:

A Constituição Federal de 1988, em seu art.1º, inc. III, prevê que o Estado Democrático de Direito possui como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se de um princípio da mais indigitada relevância e que tem sido utilizado para fundamentar os mais diversos temas em nosso ordenamento jurídico. Com a repersonalização do direito civil, os valores existenciais ocupando lugar de destaque nas relações humanas, a dignidade humana surge, como o princípio vetor para dirimir situações inquietantes e conflitantes que permeiam a vida (BRETAS; FIALHO, 2011).

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser compreendido como o princípio que permeia e dá um norte a toda base jurídica, prezando sempre pela garantia e reconhecimento de direitos fundamentais de cada ser. Há de ser entendido que esse princípio não trata somente do ser humano em si, mas, cuida de toda uma coletividade, a sociedade que cada um de nós nos encontramos inseridos, cada cultura, é a realidade de cada um de nós.

No texto da Carta Magna, o direito à moradia digna emerge

afirmou que o sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais, impõe o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de modelos familiares diversos da concepção tradicional.”

da proclamação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República do Brasil (artigo 1º, III), da inserção da moradia entre as necessidades básicas da pessoa humana a serem atendidas pelo salário mínimo (artigo 7º, IV), da competência comum da União, Estados, Distrito Federal, e Municípios para promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais (artigo 23, IX), da enunciação de que a casa é asilo inviolável do indivíduo (artigo 5º, XI), da competência da União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação (artigo 21, XX), entre outros.

2.2 PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E ISONOMIA

Inicialmente, é necessário afirmar que é impossível falar em princípio da igualdade sem também falar do princípio da isonomia, visto que o primeiro acaba nos guiando para o segundo.

O princípio da igualdade se encontra positivado na Constituição Federal de 1988 nos artigos 3º, inciso III, e IV, artigo 5º caput, e inciso I, artigo 7, incisos XXX e XXXI, artigos 170, 193, 196 e 205.

O princípio da igualdade tem papel de grande importância na história, o qual carrega consigo uma figura essencial em todas as revoluções dos últimos tempos que o mundo tem passado, já que o motivo, de certo modo, sempre foi a busca pela igualdade, seja ela social, racial, de gênero, entre outros.

Nesse ínterim, é imprescindível destacar que o princípio da isonomia é proveniente do princípio da igualdade, isso porquê o princípio da igualdade não exclui o fato de que ocorrem circunstâncias diversas. E, justamente pelo fato de existirem essas situações que o princípio da isonomia existe, buscando diferenciar, para reparar as desigualdades existentes no nosso meio social, trazendo os desiguais para o nível de igualdade, diferentemente de discriminar, que indica a arbitrariedade, atos que ensejam lesão à própria igualdade. Trata-se de diferenciar aqueles que possuem suas diferenças, com o objetivo de equilibrar as relações entre os

seres humanos, e diminuir as desigualdades.

Para que haja a devida aplicabilidade do princípio da igualdade e do princípio da isonomia, deve-se atentar para que não haja uma diferenciação lícita e legítima, levando em conta adequação, proporcionalidade e razoabilidade.

2.3 DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE

O direito à moradia encontra respaldo jurídico no já citado princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Sobre esse direito, ele se encontra positivado no artigo 23, inciso IX da Constituição Federal de 1988: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;” (BRASIL, 1988).

Conforme bem lecionado pelo professor Bernardo Gonçalves Fernandes, o direito à moradia previsto na CF/88 determina que:

(...)todos têm direito à uma residência – não importando a forma física que assuma (se uma casa, um apartamento etc.), para nela habitar. Não pode ser confundido com o “direito à casa própria”, mas apenas a garantia de um teto capaz de abrigar o indivíduo sozinho ou com sua família. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves; 2020; p. 926).

O direito à moradia é uma necessidade inerente ao indivíduo, e, não uma escolha. José Afonso da Silva ilustra o direito à moradia como: “não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma e, por outro lado, significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações sociais adequadas à sua efetivação (...)”

O referido princípio também encontra amparo legal no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 trazendo em seu artigo 11 o seguinte:

Art. 11: Os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário e habitação adequados e a uma melhoria contínua das suas condições de vida. Os Estados-Signatários tomarão medidas apropriadas para assegurar a efectividade deste direito, reconhecendo para esse feito, a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre consentimento.

A importância da moradia digna para todo e qualquer ser humano também foi reconhecida pelo principal Documento Internacional editado pelas Nações Ocidentais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que inclui o direito à moradia digna em seu artigo XXV, n. 01:

“Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”.

No âmbito do Sistema ONU, o direito humano fundamental à moradia também está previsto em várias Convenções Internacionais de Direitos Humanos, editadas para tratar de grupos vulneráveis: mulheres, crianças, idosos, refugiados, etc.

Nesta toada, também dão suporte normativo de status constitucional ao direito à moradia digna, o artigo V da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o artigo 14.2 (h) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), o artigo 21, item 1 e 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

A seguir, será tratado sobre o direito de propriedade, que, esse sim pode-se dizer que parte de uma escolha, uma conquista.

O direito de propriedade, disposto no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988, determina que é garantido o direito de propriedade. Tal direito, como ensinado pelo já mencionado professor Bernardo Gonçalves inclui:

(...)o patrimônio e sob esse título os direitos reais, os direitos pessoais e as propriedades literárias e artísticas, as invenções e as descobertas. Mas a noção de patrimônio inclui ainda o conjunto, não apenas de direitos, mas ainda de obrigações de um indivíduo. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves, 2020, p. 565).

Contudo, conforme previsto pelo inciso XXIII do artigo 5º da CF/88, a propriedade deve cumprir a sua função social.

Por função social da propriedade, temos que à essa propriedade deve ser proporcionada uma utilidade. Uma vez garantido o direito de propriedade, a ela deve ser dado uma função social, ou seja, uma finalidade, a qual deve ser compatível com a coletividade.

A ausência de destinação de uma função social adequada pode ensejar em desapropriação, caso haja necessidade, utilidade pública ou interesse social, e, também, pode ensejar em uma usucapião, tema central do presente artigo, que será abordado adiante.

Ao passo que a usucapião é, em tese, uma forma de perda da propriedade, ela também é, ao mesmo tempo, uma forma de aquisição,

chamada de prescrição aquisitiva. Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, a “usucapião fundamenta a perda da propriedade, em razão do comportamento negativo do dono contraposto ao positivo do possuidor, em relação à coisa.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2015, p. 202).

Em outras palavras, em razão de o proprietário não destinar a coisa a uma finalidade compatível com a coletividade, o possuidor, aquele que pretende usucapir o bem, cumpre o papel do proprietário e, atingindo o prazo previsto em lei para que a usucapião se concretize, pode o possuir pleiteá-la em juízo.

Oportuno dizer, aqui, que o Código Civil de 2.002, em seu Capítulo II, chamado de “Da Aquisição da Propriedade Imóvel”, categoriza a usucapião como forma aquisitiva da propriedade, e, não, como forma de prescrição em si. No entanto, muitos autores e doutrinadores a chamam de prescrição aquisitiva.

3. USUCAPIÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A figura da usucapião existe desde muito antes do Código Civil de 1.916, tendo sido enraizado no Direito na Lei das Doze Tábuas, em 455 a.C. No Brasil, anteriormente ao Código Civil de 1.916, a usucapião não era bastante clara, até que se viu positivada na Consolidação das Leis Cíveis, em 1.858, mas, com o nome de prescrição aquisitiva, ou melhor, *prescrição adquisitiva*, pertencente ao Título V da Consolidação dos Direitos Cíveis.

A usucapião surgiu de forma oficial no artigo 530 do Código Civil de 1.916 e, o Código Civil de 2.002 abarca a matéria a partir do artigo 1.238. Ambos os códigos separam a usucapião da prescrição, tratando a usucapião como modalidade de aquisição da propriedade.

O instituto da usucapião desenvolve, desde os primórdios, papel de extrema relevância no mundo jurídico, colocando em prática o direito de propriedade, assim como busca resguardar a função social da propriedade, trazendo, também, em sua essência, o direito constitucional

à moradia.

Muitas são as discussões a respeito do direito de propriedade, o qual é perdido em face do antigo proprietário no momento em que ocorre a usucapião. Entretanto, deve-se raciocinar no sentido de que, se o indivíduo não exerceu adequadamente o seu direito, que se encontra atrelado ao princípio da função social da propriedade, não há falar em injustiça.

4. REQUISITOS BÁSICOS DA USUCAPIÃO

Os principais requisitos para a consumação da Usucapião são: a coisa hábil ou suscetível de usucapião, a posse, o decurso do tempo, o justo título e a boa-fé, sendo certo que os três primeiros requisitos são imprescindíveis para todas as espécies, contudo, o justo título e a boa-fé são exigências apenas da Usucapião Ordinária.

A posse é fundamental para a caracterização da prescrição aquisitiva, mas nem toda posse a configura, uma vez que, a lei exige que a mesma seja revestida das seguintes características: ânimo do dono, ser mansa e pacífica, isto é, sem oposição, cabendo ressaltar que a defesa desta posse em juízo contra terceiros não retira essa característica, desde que fique configurado o ânimo de dono e, por fim, deverá ser contínua e sem interrupção.

Vejam as principais e mais recorrentes espécies de Usucapião permitidas pelo nosso Ordenamento jurídico:

Usucapião Extraordinária: Posse do imóvel por 15 anos, sem interrupção, nem oposição, independente de boa-fé, o prazo prescricional é reduzido para 10 anos, se o possuidor estabelecer no imóvel a sua moradia habitual, houver realizado obras, ou ainda, tiver realizado serviços de caráter produtivo no local.

Usucapião Ordinária (Art. 1242 do CC): Posse durante 10 anos continuamente, boa-fé, justo título. O prazo prescricional reduz para 5 anos, se houver aquisição onerosa, com base em registro, cancelada

anteriormente, ou os possuidores tiverem estabelecido moradia no local, ou os possuidores tiverem realizado investimento de interesse social e econômico.

Usucapião Especial familiar (Art. 1242-A do CC): A Lei nº 12.424/11 acrescentou o art. 1240-A ao Código Civil, que prevê a possibilidade da Usucapião da propriedade dividida com ex-cônjuge ou ex-companheiro, que abandonou o lar àquele que exercer, por 2 anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 metros quadrados, utilizando-o para sua moradia ou de sua família e desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Usucapião Especial Urbana (Art. 183 da Constituição Federal e 1240 do Código Civil): Os requisitos são a posse ininterrupta e pacífica, exercida como dono, o decurso do prazo de cinco anos, a dimensão da área (250 m² para a modalidade individual e área superior a esta, na forma coletiva), a moradia e o fato de não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O foco do presente trabalho será nesta espécie, a qual será melhor elucidado no próximo tópico.

Ainda, existem ainda outras modalidades de usucapião, como a Usucapião Especial Rural (art. 191 da Constituição Federal), a Usucapião Coletiva (art. 10 do Estatuto das Cidades).

5. A POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA MISTA – RESP 1.777.404 TO/2018/0290399-1

A usucapião especial urbana teve o seu primeiro surgimento com a Constituição de 1934, passou por mutações na Constituição de 1937 e, apareceu oficialmente na 1946, em seu artigo 156, §3º, com os seguintes dizeres:

Art 156 - A lei facilitará a fixação do homem no

campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras pública. Para esse fim, serão preferidos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados.

§ 3º Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra que haja tornado produtivo por seu trabalho, e de sua família, adquirir-lhe-á a propriedade mediante sentença declaratória devidamente transcrita. A área, nunca excedente de cem hectares, deverá ser caracterizada como suficiente para assegurar ao lavrador e sua família, condições de subsistência e progresso social e econômico, nas dimensões fixadas pela lei, segundo os sistemas agrícolas regionais. (BRASIL, 1946).

Desde aquela época já se falava em função social da propriedade, não bastando apenas a posse, era necessário que fosse dado àquela terra uma finalidade compatível com o meio em que ela se encontrava. No entanto, apenas em 1981, com a Lei nº 6969, foi reduzido o prazo da usucapião especial para 5 (cinco) anos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a usucapião especial está prevista em seu artigo 183 e 191. Além disso, o Estatuto da Cidade, (Lei nº 10.257 de 2001), dispõe sobre a usucapião especial entre os artigos 9º a 14, mencionando, também, a usucapião especial na modalidade coletiva. O Código Civil Brasileiro trata da figura da usucapião especial nos artigos 1.239 e 1.240, sendo que o primeiro fala da usucapião especial urbana rural e, o segundo, da usucapião especial urbana:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos

ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, 2002).

A usucapião especial urbana apresenta como requisitos a posse ininterrupta e pacífica, exercida como dono, o decurso do prazo de cinco anos, a dimensão da área (250 m² para a modalidade individual e área superior a esta, na forma coletiva), a moradia e o fato de não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Observa-se, também, que o artigo supramencionado nada fala a respeito da boa-fé e do justo título, bastando, para tanto, apenas a posse mansa, pacífica e que esteja presente o *animus domini*. Para muitos doutrinadores, essa é uma demonstração de que o legislador tenta trazer para a prática o direito fundamental à moradia. Nelson Rosenvald e Christiano Chaves ilustram bem esse ponto, ao dizerem que: “a utilização racional da propriedade sobre áreas urbanas estéreis e ociosas, ou mesmo as ocupadas irregularmente, demonstra que o Estado não quer apenas garantir direitos, mas fornecer os meios para o seu exercício.” (ROSENVALD, Nelson, CHAVES, Cristiano, 2015, p. 369).

Muito já se viu falar em predominância residencial nos imóveis a serem usucapidos por meio da usucapião especial urbana, de modo que, ainda que a usucapião fosse mista, era necessário que o imóvel tivesse predominância residencial e não comercial. A seguir, temos um julgado nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. CERCEAMENTO DE DEFESA. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. ART. 183 CF. ÁREA MATRICULADA MAIOR DO QUE 250 M2. USO MISTO - MORADIA E COMÉRCIO. POSSIBILIDADE DESDE QUE PROVE O USO PREDOMINANTE DA MORADIA. ART. 333, I, DO CPC. PEDIDO DE QUE SEJA APRECIADO COMO USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 1.240 DO CC E DO ART. 183 DA CF. 1. Não há cerceamento de defesa se a parte é intimada através de seu advogado para apresentar o rol de testemunha e não o faz. 2. A usucapião, por constituir modo originário de aquisição da propriedade, somente se aperfeiçoa em presença concomitante dos requisitos legais. Vale dizer que a ausência de um só deles impede a aquisição, independentemente da eventual presença dos demais. 3. Imóvel com área total de 487,50m2. Usucapião não permitida nos termos do art. 183, da CF, e 1.240, do CC. 4. É possível a usucapião especial urbana de imóvel de uso misto (moradia e comércio), desde que o autor da ação prove a predominância do uso como moradia (art. 333, I, do CPC). 5. Petição inicial que requer a usucapião extraordinária. Alteração do pedido para usucapião especial urbana. Impossibilidade. Alteração do pedido que fere ao princípio do contraditório e da ampla defesa. 6. Ausência dos preenchimentos dos requisitos do art. 1.240, do CC, e art. 183, da

CF, autorizadores da usucapião especial urbana. 7. Recurso de apelação conhecido e improvido. (AP 0011692-47.2015.827.0000, Rel. Desa. MAYSA ROSAL, 4ª Turma da 1ª Câmara Cível, julgado em 16/12/2015).

A jurisprudência a seguir, referente a um julgado de um Recurso Especial, em que a relatora foi a Ministra Nancy Andrichi, recentemente decidiu a esse respeito, veja-se:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA. REQUISITOS PREENCHIDOS. UTILIZAÇÃO MISTA, RESIDENCIAL E COMERCIAL. OBJEÇÃO NÃO EXISTENTE NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. ANÁLISE PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Ação ajuizada em 20/01/2003, recurso especial interposto em 28/06/2018, atribuído a este gabinete em 27/11/2018. 2. O propósito recursal consiste em determinar se, a área de imóvel objeto de usucapião extraordinária, nos termos do art. 1.240 do CC/2002 e art. 183 da CF/1988, deve ser usada somente para fins residenciais ou, ao contrário, se é possível usucapir imóvel que, apenas em parte, é destinado para fins comerciais. 3. A usucapião especial urbana apresenta como requisitos a posse ininterrupta e pacífica, exercida como dono, o decurso do prazo de cinco anos, a dimensão da área (250 m² para a modalidade individual e área superior a esta, na forma coletiva), a moradia e o fato de não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. 4. O art. 1.240 do CC/2002 não direciona para a necessidade de destinação exclusiva residencial do bem a ser usucapido. Assim, o exercício simultâneo de pequena

atividade comercial pela família domiciliada no imóvel objeto do pleito não inviabiliza a prescrição aquisitiva buscada. 5. Recurso especial provido.

De acordo com o relatório do acórdão acima, o imóvel objeto do pleito dos recorrentes possui 159,95 m² (cento e cinquenta e nove metros quadrados). No entanto, desse total 91,32 m² (noventa e um metros quadrados) são utilizados para fins comerciais, qual seja, uma bicicletaria em que trabalham os recorrentes e sua família e de onde retiram seu sustento.

Por esse motivo, o Tribunal de origem excluiu a área utilizada com a bicicletaria do imóvel declarado como usucapido pelos recorrentes, ou seja, somente 68,63 m² (sessenta e oito metros quadrados), sob o fundamento de que o argumento de que a usucapião especial urbana é restrita somente para fins de moradia. No entanto, segundo alegam os recorrentes, trata-se do mesmo imóvel, com uma única entrada e saída para a família e os clientes da bicicletaria em discussão.

No acórdão recorrido, apenas a porção do imóvel utilizada exclusivamente para moradia dos recorrentes e sua família poderia ser adquirida pela usucapião.

O art. 1.240 do CC/2002 não direciona para a necessidade de destinação exclusiva residencial do bem a ser usucapido. Assim, o exercício simultâneo de pequena atividade comercial pela família domiciliada no imóvel objeto do pleito não inviabiliza a prescrição aquisitiva buscada.

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 1.035-1.048), os recorrentes apontam violação do artigo 1.240 do Código Civil, sustentando, em síntese, que não haveria nenhum impedimento legal para o reconhecimento da usucapião da área total pleiteada na inicial, que compreende a parte destinada ao pequeno comércio da família. Com as contrarrazões (e-STJ fls. 1.053-1.060), e admitido o recurso na origem (e-STJ fls. 1.062-1.063), subiram os autos a Superior Tribunal de Justiça. O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial.

No relatório, sustentaram os Ministros que a legislação que rege a matéria não impõe que o imóvel possua destinação exclusivamente residencial, bastando que se comprove a utilização para moradia do autor ou de sua família.

No entanto, o requisito da exclusividade no uso residencial não está expressamente previsto em nenhum dos dispositivos legais e constitucionais que dispõem sobre a usucapião especial urbana.

Assim, o uso misto da área a ser adquirida por meio de usucapião especial urbana não impede seu reconhecimento judicial, se a porção utilizada comercialmente é destinada à obtenção do sustento do usucapiente de sua família.

Portanto, a interpretação do artigo 1.240 do Código Civil de 2002 deve ser interpretada juntamente com o artigo 183 da Constituição Federal de 1988, haja vista que o comércio estabelecido, *in casu*, é meio de sobrevivência dos usucapientes, o qual se extrai o sustento familiar, encontrando respaldo para a usucapião no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio da igualdade e isonomia, direito à moradia e à propriedade, função social, entre outros.

Desse modo, com base nos princípios elencados no presente trabalho, quais sejam, dignidade da pessoa humana, igualdade e isonomia, direito à moradia e direito à propriedade, atrelado a função social da propriedade, encontra respaldo a usucapião especial urbana de forma híbrida, a qual visa trazer para os desprovidos de uma moradia digna, a igualdade social, buscando viver com dignidade.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou de forma sucinta, a possibilidade de usucapião especial urbana mista, a qual foi temática do REsp 1.777.404 TO/2018/0290399-1.

A polêmica girou em torno do fato de que o imóvel em questão não era utilizado apenas para fins de moradia, pois os recorrentes também

o utilizavam comercialmente, uma vez que o imóvel contém em anexo uma bicicletaria.

O pedido havia sido negado em primeiro e segundo grau, sob o entendimento de que a modalidade usucapião urbano é restrita a moradia.

Contudo, o art. 1240 do Código Civil determina que:

Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, 2002).

A Ministra Nancy Andrichi, relatora do caso, fundamentou no sentido de que o art. 1240 do Código Civil não direciona para a necessidade de destinação exclusiva residencial do bem a ser usucapido, sendo assim, o exercício simultâneo de pequena atividade comercial pela família domiciliada no imóvel objeto da ação, não inviabiliza a concessão da usucapião,

O imóvel objeto do pleito dos recorrentes possui 159,95 m² (cento e cinquenta e nove metros quadrados). No entanto, desse total 91,32 m² (noventa e um metros quadrados) são utilizados para fins comerciais, qual seja, uma bicicletaria em que trabalham os recorrentes e sua família e de onde retiram seu sustento.

De acordo com o voto da relatora, a já citada Ministra Nancy Andrichi, o reconhecimento da usucapião especial urbana no caso em tela não pode ser impedido pelo fato de que o usucapiente estabelece no mesmo imóvel a sua residência e um pequeno comércio, já que o comércio é destinado ao sustento de sua família. Ademais, a destinação mista da área a ser usucapida não é vedada, não sendo exigido que a área não dê furtos ao usucapiente.

Com esse entendimento, a 3^a Turma do Superior Tribunal de Justiça decretou usucapido um imóvel que contém em anexo, uma bicicletaria, considerando que o uso simultâneo do imóvel para pequena atividade comercial pela família domiciliada não inviabiliza a usucapião

na espécie especial urbana.

Sendo assim, a usucapião especial urbana tem como principal objetivo colocar em prática, direitos e garantias fundamentais relacionadas ao direito de se obter uma moradia digna, diante do princípio da função social da propriedade.

O fato de o artigo 1.240 do Código Civil de 2002 nada falar sobre a destinação mista do imóvel objeto da usucapião, não necessariamente veda essa hipótese, que, inclusive, busca trazer para a sociedade a sensação de ver os seus direitos devidamente cumpridos. Inclusive, a decisão colegiada encontra respaldo com princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade, isonomia, e o direito à moradia e a propriedade, explanados no segundo tópico do presente trabalho.

Por fim, a decisão do Superior Tribunal de Justiça trouxe um grande marco para o Direito das Coisas, no que tange sobre a usucapião especial urbana, reconhecendo o direito de pessoas que, via de regra, carentes, possam dar uma destinação mista ao imóvel a ser usucapido no futuro. Anteriormente à essa decisão, muitos pedidos eram negados, haja vista a omissão da letra da lei, assim como algumas decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça que muito falava em destinação predominantemente residencial, o que não é o que ocorreu no presente caso estudado.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal. In: ANGER, Anne Joyce. *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 26^a ed. São Paulo: Rideel, 2018

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.777.404 TO/2018/0290399-1. Recorrentes: Geraldo Gilmar Rafael e Margareth Brandão da Silva Rafael - Recorridos: Joana Baum e Romeu Baum. Autoridade Coatora: Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Disponível em:

<<https://www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.777.404&aplicacao=processos.squisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>> Acesso em 10 de junho de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Tocantis, Apelação, nº 0011692-47.2015.827.0000. Apelante: Lilian Araujo Costa – Apelados: Maristela Rodrigues Arruda Santos e Elson Vieira dos Santos. Autoridade Coatora: 4ª Turma da 1ª Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Maysa Vendramini Rosal. Disponível em: <<http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uid=dd0e846aca952d8e8e9b17629f10b8f3&options=%23page%3D1>> Acesso em 30 de junho de 2020.

BRETAS, Hugo Rios; FIALHO, Claudia. Sujeitos de direito - pessoas nascidas e pessoas por nascer. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31115>>. Acesso em 29 de junho de 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, 12ª Ed. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Sinopses Jurídicas - Direito das Coisas. Volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Volume IV, Direitos Reais, 23ª Ed. 2015.

SILVA, José Afonso. Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo. RT, 1981. In: MATEUS, Cibele Gralha, Direito à Moradia x Direito à Propriedade.

< <https://www.sedep.com.br/artigos/direito-a-moradia-x-direito-a-propriedade/>> Acesso em 30 de junho de 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - Direitos Reais. Volume V. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

A MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.777 DE 2018.

*Daniela Maria Vieira Oliveira*¹³⁹

*Larissa Vilela Figueiredo*¹⁴⁰

RESUMO: A propriedade é um dos mais importantes direitos reais elencados no artigo 1.225 do Código Civil Brasileiro. Por esse e outros motivos, criaram o instituto da Multipropriedade, como uma forma de facilitar a aquisição de um bem imóvel e de fomentar a economia. A multipropriedade imobiliária constitui-se pela possibilidade jurídica de repartir o exercício do uso e gozo de um bem imóvel entre os coproprietários, durante período de tempo pré-fixado, sucessivo e proporcional. Cada coproprietário irá utilizar-se do bem imóvel pela sua fração de tempo correspondente, de forma anual e cíclica. Como o instituto vem crescendo no Brasil, o legislador recentemente regulou o tema, por meio da Lei nº 13.777, publicada em 21 de dezembro de 2018. Diante disso, por intermédio de pesquisas bibliográficas, busca-se analisar o instituto da multipropriedade e suas particularidades, sob a égide da recente alteração legislativa, a Lei nº 13.777 de 2018.

Palavras-chave: Multipropriedade. Time-Sharing. Condomínio. Multiproprietários. Coproprietários.

139 Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais;

140 Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais;

INTRODUÇÃO

A propriedade é um dos mais importantes direitos reais elencados no artigo 1.225 do Código Civil Brasileiro, ele dá a uma pessoa o domínio de um bem, em todas as suas relações, garantindo o direito de usar, gozar, dispor e reaver. De tamanha importância, embora nem sempre acessível, muitas pessoas buscam incessantemente uma propriedade imobiliária, seja como forma de investimento ou para a própria sobrevivência.

Nesse contexto e acrescido de uma análise histórica, surgiu o instituto da multipropriedade imobiliária, constituído pela possibilidade jurídica de repartir o exercício do uso e gozo de um bem imóvel entre os coproprietários, durante período de tempo pré-fixado, sucessivo e proporcional¹⁴¹. Criado na Europa em um período pós segunda guerra mundial, até hoje a multipropriedade vem ganhando forças ao redor do mundo.

No Brasil o instituto ainda é pouco usado, tendo maior popularidade no setor hoteleiro e turístico, através das casas de veraneio. Por estar ganhando notoriedade, o legislador brasileiro sentiu a necessidade de regular o tema e em 21 de dezembro de 2018 foi publicada a Lei nº 13.777, que altera o Código Civil e a Lei dos Registros Públicos, bem como, dispõe sobre o regime jurídico da multipropriedade e seu registro.

Desta forma, por intermédio de pesquisas bibliográficas, buscase analisar o instituto da multipropriedade e suas particularidades, sob a égide da recente alteração legislativa, a Lei nº 13.777 de 2018.

141 VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; FILHO, Rodolfo Pamplona. A Multipropriedade Imobiliária À Luz Da Lei 13.777/2018. Disponível em < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/2029/1895>>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

2. A MULTIPROPRIEDADE

Sendo uma concepção moderna de aproveitamento de bens imóveis, como preceitua Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho¹⁴², principalmente no viés econômico, a 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 propriedade imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada”, como expresso no artigo 1.358-C da Lei 13.777/2018.

O instituto da multipropriedade é definido por Gustavo Tepedino, pioneiro no estudo do tema no Brasil, como

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 desde que se atinja a função social, qual seja, a utilização da propriedade de forma que não sirva apenas aos interesses individuais, mas que tenha como parâmetros também o interesse social.¹⁴³

Em outras palavras, a multipropriedade permite a divisão da propriedade do bem imóvel entre os multiproprietários, os quais irão usar e gozar o bem com exclusividade durante suas frações de tempo anuais. Observa-se que o fator “tempo” é de suma importância para a multipropriedade, permitindo a diferenciação entre esta e a propriedade

142 VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; FILHO, Rodolfo Pamplona. A Multipropriedade Imobiliária À Luz Da Lei 13.777/2018. Disponível em < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/2029/1895>>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

143 TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1

tradicional, a qual não permite tais divisões temporais.

No ordenamento jurídico brasileiro a multipropriedade é tratada como uma forma de condomínio, estando legislada a partir do artigo 1.358-B do Código Civil, capítulo que fora acrescentado pela Lei 13.777/2018. Segundo Caio Mário, há condomínio quando “a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito sobre o todo e cada uma de suas partes”¹⁴⁴. Ou seja, no condomínio geral todos os condôminos exercem seus direitos de propriedade simultaneamente. Já no condomínio em multipropriedade os condôminos exercem o direito de propriedade de forma exclusiva, cada um no seu espaço temporal. Assim, Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho elucidam:

A multipropriedade, a seu turno, fixa-se na possibilidade de repartir o exercício do uso e da fruição por cada um dos coproprietários, durante período de tempo pré-fixado, sucessivo e proporcional à fração ideal que possui. Assim, entende-se por multipropriedade, o exercício temporal fracionado, exclusivo, do direito de propriedade comum a múltiplos sujeitos, exercido em período pré-determinado, renovado anualmente, de modo cíclico.¹⁴⁵

Vale ressaltar que é incorreto dizer que o multiproprietário só é proprietário em determinados períodos do ano, do mês ou da semana. É mais preciso afirmar ser ele um condômino e, por conseguinte, proprietário a todo o momento, mas com determinado período para exercer suas prerrogativas (usar, gozar, dispor e reivindicar) oriundas de

144 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 18 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003. p. 175.

145 VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; FILHO, Rodolfo Pamplona. A Multipropriedade Imobiliária À Luz Da Lei 13.777/2018. Disponível em < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/2029/1895>>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

seu direito real¹⁴⁶.

Ao permitir a divisão da propriedade entre os coproprietários por um lapso temporal, proporcionando maior acesso à propriedade, percebe-se que este instituto fomenta a economia e por este motivo foi criado, tecendo seus primeiros passos na Europa. Assolados pelas devastadoras consequências da Segunda Guerra Mundial, a busca por proveitos econômicos na Europase intensificou. A fim de reerguer e impulsionar a economia criou-se um novo modo de exercício do Direito de Propriedade: a multipropriedade imobiliária, também conhecida como *timeshare*. Foi um grande sucesso, além de incentivar o turismo, as redes hoteleiras e as agências de viagem foram beneficiadas ao utilizarem-se do instituto.

A multipropriedade logo chegou aos Estados Unidos, onde se desenvolveu e tomou contornos mais definidos, o que trouxe mais facilidade à comercialização e utilização do instituto (LIMA, [s.d], p. 4). No Brasil, por sua vez, a multipropriedade chegaria somente nos anos 80 e ainda dá seus primeiros passos (SARAIVA, p. 97), tendo seu regimento jurídico estabelecido em 2018, com o advento da Lei 13.777.

3. A NATUREZA JURÍDICA DA MULTIPROPRIEDADE

Como prevê Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho “aplicado em experiências jurídicas estrangeiras, a Multipropriedade materializou-se por meio de modelos diferenciados, gerando efeitos inerentes a natureza jurídica de cada regime”¹⁴⁷. Neste contexto, Gustavo Tepedino descreve em sua obra quatro espécies de multipropriedades, sendo elas: a multipropriedade societária; a

146 SARAIVA, Bruno de Sousa. **Uma Análise Jurídica Da Multipropriedade Imobiliária**. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/104/103>>. Acesso em: 07 de abril de 2020.

147 VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; FILHO, Rodolfo Pamplona. **A Multipropriedade Imobiliária À Luz Da Lei 13.777/2018**. Disponível em < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/2029/1895>>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

de direito real sobre coisa alheia; a hoteleira; e a imobiliária¹⁴⁸. No ordenamento jurídico brasileiro, a espécie de multipropriedade utilizada é a multipropriedade imobiliária.

A Multipropriedade Imobiliária ou Real “constitui-se na técnica de utilização de móveis e imóveis, por frações de tempo, sob o regime de condomínio, assegurando a cada coproprietário o direito de uso e gozo exclusivo e perpétuo, durante certo período anual”¹⁴⁹. Segundo Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho,

Destacam-se, na doutrina, duas espécies: a primeira consiste em outorgar um direito real limitado a título de habitação, usufruto ou a criação própria de um instituto que permita o compartilhamento da propriedade. A segunda, a seu turno, relaciona-se com a possibilidade de outorgar direito real de propriedade, condicionando à utilização à fração de tempo prevista na instituição do respectivo condomínio¹⁵⁰, exatamente como disciplinado, no Brasil, pela Lei nº 13.777/2018.¹⁵¹

A natureza jurídica da multipropriedade no ordenamento jurídico brasileiro é de direito real, na qual a aquisição do bem imóvel será realizada por escritura pública registrada no Cartório de Imóveis, na qual abordará a quota-parte de cada condômino e os períodos de tempo determinados.

148 TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária. São Paulo: Saraiva, 1993.

149 VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; FILHO, Rodolfo Pamplona. A Multipropriedade Imobiliária À Luz Da Lei 13.777/2018. Disponível em < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/2029/1895>>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

150 MELO, Marcelo Augusto Santana de. Multipropriedade Imobiliária. Disponível em: < http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27589:multipropriedade-imobiliaria-por-marcelo-augusto-santana-de-melo&catid=32&Itemid=181>. Acesso em 30 jan. 2019.

151 VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; FILHO, Rodolfo Pamplona. A Multipropriedade Imobiliária À Luz Da Lei 13.777/2018. Disponível em < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/2029/1895>>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

Embora hoje seja pacífica a natureza jurídica da multipropriedade adotada no Brasil, nem sempre foi assim. A controvérsia foi exaurida pelo STJ, no julgamento do REsp 1.546.165/SP, onde

De um lado, adeptos do seu enquadramento na classe direito pessoal ou obrigacional defendiam a existência de verdadeiro direito real atípico, espécie que não poderia existir, por violar o princípio da taxatividade dos direitos reais, previsto no art. 1225 do Código Civil. Assim, ante a impossibilidade de criação de um direito real por convenção privada, conferia-se ao instituto da multipropriedade natureza jurídica de caráter pessoal. Lado outro, defendia-se o entendimento de que os direitos reais decorrem dos poderes exercidos pelo multiproprietário sobre o imóvel - usar, gozar, dispo e reivindicar, em virtude de direito próprio, perpétuo, no entanto, limitado ao período de tempo anual preestabelecido.¹⁵²

Desta forma, a multipropriedade é uma espécie de propriedade e está prevista no ordenamento jurídico como uma forma de condomínio especial, enquadrando-se no rol dos direitos reais previstos no art. 1.225, I, do Código Civil.

4. ASPECTOS GERAIS DA MULTIPROPRIEDADE DECORRENTES DA LEI 13.777 DE 20 DE DEZEMBRO DE 2018

O instituto da Multipropriedade vem se tornando a cada dia mais

152 VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; FILHO, Rodolfo Pamplona. A Multipropriedade Imobiliária À Luz Da Lei 13.777/2018. Disponível em < <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/2029/1895>>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

usual, indivíduos se unem para a aquisição de um imóvel em comum, repartindo o seu uso no tempo. Isso ocorre principalmente por questões econômicas, possibilitando a divisão dos custos de aquisição e de conservação de um imóvel que individualmente seria inviável.

Em dezembro de 2018, por intermédio da Lei 13.777, a Multipropriedade passou a ser mais bem regulamentada no ordenamento jurídico pátrio, que acrescentou o capítulo VII-A ao Código Civil - compreendendo seus artigos 1.358-B e seguintes. A Lei também alterou a redação dos artigos 176 e 178 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), de forma que, tanto o Código Civil, quanto a Lei de Registros Públicos passaram a dispor sobre a Multipropriedade imobiliária.

Por expressa disposição do Art. 1.358-B, aplicam-se a Multipropriedade imobiliária as disposições cabíveis ao código de defesa do consumidor nas relações entre os coproprietários e o eventual alienante do bem, sendo eles, o administrador do condomínio, a empresa operadora no regime de pool, conforme art. 1.358-S, III, ou a empresa operadora do regime de intercâmbio (Art. 1.358-P, VI), logo, se a instituição da Multipropriedade ocorrer entre amigos e parentes, não haverá relação de consumo e conseqüentemente, não incidirá as normas do CDC.

Ao regulamentar a Multipropriedade, o legislador, na redação do Art. 1.358-D, restringiu a incidência do instituto aos bens imóveis - rural ou urbano - com caráter indivisível e não se sujeitando a ação de divisão ou de extinção de condomínio.

Inaugurando o capítulo VII-A, o legislador finalmente definiu a multipropriedade, conceituando-a e deixando para trás a controvérsia em relação à natureza jurídica do instituto. A multipropriedade é “o regime de condomínio onde um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo”¹⁵³. Neste lapso temporal o titular poderá usar e

153 BRASIL. Lei nº 13.777, de 20 de dezembro de 2018. Altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), para dispor sobre o regime jurídico da multipropriedade e seu registro. Publicada **DJE** de 21/12/2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm>. Acesso em 05 de maio de 2020.

gozar da totalidade do bem com exclusividade. Assim que o período de um proprietário se encerra, outro período se inicia, de forma alternada e cíclica.

Tendo como premissa este conceito, é fácil perceber que dois são os elementos principais que compõem a modalidade dominial, são eles: o tempo e o espaço. O espaço refere-se à coisa em si, no caso da Multipropriedade Imobiliária, o imóvel adquirido em cotas partes¹⁵⁴. Já quanto ao tempo, como visto, refere-se ao lapso temporal em que cada coproprietário poderá usufruir do bem imóvel.

O imóvel objeto da multipropriedade e a fração de tempo pertencente aos coproprietários serão indivisíveis, não sendo permitida sua divisão ou a extinção de condomínio, conforme os artigos 1.358-D e 1.358-E do Código Civil.

Quanto ao tempo, o legislador estabelece que o tempo mínimo para uso e gozo do bem imóvel será de 7 dias, seguidos ou intercalados, podendo ser fixo e determinado (mesmo período todos os anos), flutuante (a determinação do período será decidida periodicamente) e mista (combinando os dois sistemas)¹⁵⁵. Vale ressaltar que está incluso ao imóvel submetido ao condomínio em multipropriedade todas as instalações, equipamentos e mobiliários.

A multipropriedade institui-se por ato *inter vivos* ou testamento, no ato de instituição da Multipropriedade teremos uma matrícula mãe e a abertura de novas matrículas para cada unidade independente e periódica, que deverão ser devidamente registradas no Cartório de Registro de Imóveis, como já visto, devendo ainda estar expresso o período de tempo

154 CAPANEMA, Sylvio. **Multipropriedade**. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jCLRCsXUazA>>. Acesso em 05 de abril de 2020. 0:14:31.

155 BRASIL. Lei nº 13.777, de 20 de dezembro de 2018. Altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), para dispor sobre o regime jurídico da multipropriedade e seu registro. Publicada **DJE** de 21/12/2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm>. Acesso em 05 de maio de 2020.

correspondente a cada um dos coproprietários¹⁵⁶. Os multiproprietários deverão confeccionar a convenção de condomínio em multipropriedade, criando cláusulas para regular o funcionamento do condomínio. A convenção deverá tratar de assuntos como: poderes e deveres dos multiproprietários, número máximo de pessoas no imóvel, criação do fundo de reserva para futuras manutenções, as multas aplicáveis aos multiproprietários em caso de descumprimento e outras demais cláusulas que acharem necessário.

A recente lei, com o objetivo de trazer maior segurança à modalidade, ostenta nos Art. 1.358-I e 1.358-J, respectivamente, direitos e deveres dos multiproprietários, que estão para além da convenção supracitada. São direitos dos multiproprietários, conforme o artigo 1.358-I, “usar e gozar, durante o período correspondente à sua fração de tempo, do imóvel”, “ceder a fração de tempo em locação ou comodato”, “alienar a fração de tempo, por ato entre vivos ou por causa de morte, a título oneroso ou gratuito, ou onerá-la” e participar e votar em possíveis assembleias.

São deveres do multiproprietário, expressos no artigo 1.358-J, “pagar a contribuição condominial do condomínio em multipropriedade e, quando for o caso, do condomínio edilício”, “responder por danos causados ao imóvel”, “comunicar imediatamente ao administrador os defeitos, avarias e vícios no imóvel dos quais tiver ciência durante a utilização”, “não modificar, alterar ou substituir o mobiliário, os

equipamentos e as instalações do imóvel”, “manter o imóvel em estado de conservação e limpeza”, “usar o imóvel, bem como suas instalações, equipamentos e mobiliário, conforme seu destino e natureza”, “usar o imóvel exclusivamente durante o período correspondente à sua fração de tempo”, “desocupar o imóvel, impreterivelmente, até o dia e hora fixados no instrumento de instituição ou na convenção de condomínio em

156 PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. Lei em foco - Parte 2 - Time Sharing. Youtube. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=a4uUBcuPdzo>>. Acesso em 05 de abril de 2020. 0:09:54

multipropriedade, sob pena de multa diária” e “permitir a realização de obras ou reparos urgentes”.

A responsabilidade pelas despesas referentes a reparos no imóvel, bem como de suas instalações, equipamentos e mobiliário, será de todos os multiproprietários, se decorrentes do uso normal e do desgaste natural do imóvel. Entretanto será de responsabilidade exclusiva do multiproprietário se ele for responsável pelo uso anormal do imóvel¹⁵⁷. Caso o multiproprietário descumpra reiteradamente seus deveres poderá ser aplicado uma multa progressiva e ainda a perda temporária do direito de utilização do imóvel, de acordo com o artigo 1.358-J, § 2º, inciso II.

Se há no ato de instituição da Multipropriedade, a criação de unidades independentes com fixação temporal para cada proprietário usar e gozar do imóvel, conseqüentemente, cada multiproprietário estará a cargo de adimplir com as obrigações inerentes a sua respectiva quota parte¹⁵⁸.

Neste caso, não é possível atribuir aos multiproprietários a responsabilidade solidária das despesas individuais inerente ao período de utilização, também, não será responsabilidade do conjunto de coproprietários, as contribuições tributárias do imóvel. Este é o caso do IPTU, contribuição que será rateada por cada fração periódica e estará sob responsabilidade dos respectivos proprietários.

Neste sentido a própria Lei de Registros Públicos permitiu a inscrição individualizada de cada unidade independente a luz da legislação tributária, dessa forma, caso haja inadimplência, o fisco poderá acionar judicialmente o multiproprietário devedor para a quitação de sua parcela

157 BRASIL. Lei nº 13.777, de 20 de dezembro de 2018. Altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), para dispor sobre o regime jurídico da multipropriedade e seu registro. Publicada DJE de 21/12/2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm>. Acesso em 05 de maio de 2020.

158 PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. **Lei em foco - Parte 3 - Time Sharing**. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1fLW1DUBj38>>. Acesso em 05 de abril de 2020. 0:07:52

tributária, sem prejuízo aos demais proprietários do imóvel.

Conforme o Art. 1.358-S, na hipótese de inadimplemento das despesas ordinárias ou extraordinárias, fica autorizada a adjudicação ao condomínio edilício da fração de tempo correspondente.

Isso ocorrerá se o imóvel objeto da Multipropriedade estiver sujeito ao regime de pool, ou tiver suas frações de tempo em regime de locação. Nesta última hipótese, caso a administradora seja a única responsável pela locação, esta ficará munida de poderes e obrigada a utilizar a integralidade dos valores líquidos que o inadimplente tiver direito, para abater a dívida condominial, limitando-se ao valor da dívida, devendo o excesso - se for o caso - repassado ao multiproprietário.

Os efeitos do inadimplemento serão aplicados conjuntamente, mediante prévia notificação do multiproprietário, salvo se, o regime de pool não tiver sido estabelecido no ato de constituição da Multipropriedade ou não tiver sido averbada em todas as matrículas filhas.

A modalidade da Multipropriedade permite a penhora das unidades periódicas, de forma que os credores poderão penhorar a cota parte do devedor multiproprietário, mas nunca poderão penhorar os equipamentos mobiliários ou qualquer outro bem da Multipropriedade. Isso acontece em razão de ser os multiproprietários titulares do direito real de propriedade de suas respectivas unidades, não fazendo jus em sua individualidade dos móveis e equipamentos condominiais.

Quanto à transferência do direito de multipropriedade, se dará na forma da lei civil, conforme exposto no artigo 1.358-L, não dependerá de anuência dos outros multiproprietários e não haverá direito de preferência resguardado, salvo se previsto na convenção de condomínio. O alienante e o adquirente serão solidariamente responsáveis pelas obrigações do multiproprietário se não for entregue a declaração de inexistência de débitos.

Por fim, a administração do imóvel em condomínio de multipropriedade será de responsabilidade da pessoa indicada na convenção de condomínio, e a ela compete diversas atribuições, conforme aludido

no artigo 1.358-M do Código Civil. A lei ainda prevê a possibilidade da instituição da multipropriedade em condomínio edilício, em parte ou em sua totalidade, estipula suas regras específicas e ressalta a necessidade de um administrador profissional, de acordo com o artigo 1.358-O ao artigo 1.358-U.

Expostas as considerações gerais do instituto, analisa-se a aplicabilidade do direito de preferência da Multipropriedade.

5. O DIREITO DE PREFERÊNCIA NA MULTIPROPRIEDADE

É cediço a existência de cláusulas próprias no contrato de compra e venda, uma delas é o direito de preferência. O direito de preferência constitui em um benefício de aquisição de um bem com as mesmas condições oferecidas a terceiros.

No código civil, o direito de preferência condominial encontra-se regulamentado no Art.1.322:

“Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.”¹⁵⁹

Dessa forma, para que se opere o regular direito de preferência entre condôminos, conforme a legislação vigente, é imprescindível que os condôminos sejam notificados previamente do negócio jurídico a ser firmado – pelo vendedor à terceiro - para que, seja assim, concedido um prazo para que se exerça o direito de preferência sob o imóvel a ser

159 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília. Publicado **Diário Oficial da União** em 11.1.2002.

alienado.

Embora o instituto da Multipropriedade esteja sujeito a legislação referente ao condomínio edilício, como os artigos 1.331 e seguintes, do Código Civil, e a Lei 4.591/64, na Multipropriedade não incidirá o direito de preferência. Por se tratar de um direito real de propriedade e sendo cada fração temporal autônoma, pode o multiproprietário dispor de sua quota parte por livre manifestação de vontade, gratuitamente ou onerosamente não sendo necessária observar o disposto no Art.1.332 do Código civil.

A matéria em comento foi julgada pela terceira turma do Supremo Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 1.526.125, no qual o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, entendeu pela inaplicabilidade do direito de preferência em virtude da ausência de extinção do condomínio. Nas palavras do Ministro:

Não há direito potestativo de preferência na hipótese em que um dos condôminos aliena sua fração ideal para outro condômino, já que não se fez ingressar na copropriedade pessoa estranha ao grupo condominial, razão pela qual fora erigida a preempção ou preferência [...] A conclusão que há de prevalecer, assim, é: em não havendo extinção do condomínio, é dado ao condômino escolher a qual outro condômino vender a sua fração ideal, sem que isso dê azo ao exercício do direito potestativo de preferência.¹⁶⁰

Em regra é direito do multiproprietário a transferência de sua propriedade, ou a alienação de sua quota parte, a qualquer pessoa, independentemente de autorização dos demais multiproprietários e sem que se observe o direito de preferência ao coproprietário com a maior fração temporal, salvo se o direito de preferência tiver sido estabelecido no

160 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1526125. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574626006/recurso-especial-resp-1526125-sp-2015-0074967-9/inteiro-teor-574626016?ref=juris-tabs>>. Acesso em 10 de abril de 2020

ato de instituição da Multipropriedade ou na convenção de condomínio.

6. CONCLUSÃO

Neste artigo, buscamos trazer as peculiaridades inerentes à Multipropriedade imobiliária, bem como, a sua origem e os seus efeitos. O instituto da Multipropriedade após o intermédio da Lei 13.777 de 20 de dezembro de 2018, concretizou no Brasil a implementação de um sistema já conhecido pelo povo e desejado pelo mercado imobiliário, porém, carente de preceitos legais, que sustentasse sua efetiva instauração.

A regulamentação trouxe segurança jurídica ao instituto, de forma a possibilitar aos brasileiros a aquisição de empreendimentos de grande porte, sem que, conseqüentemente, venham a arcar individualmente com exorbitantes valores para a aquisição e a conservação do imóvel.

Em outros termos, a Multipropriedade surge após a regulamentação, como uma chance para aquelas pessoas que sonham em adquirir um imóvel de alto valor, porém divorciado de seu orçamento, neste sentido, unem-se, às outras demais com interesses simultâneos, e compartilham entre si, individual e periodicamente o direito real de propriedade.

A Lei 13.777 de 2018 é extremamente importante para o desenvolvimento do mercado imobiliário, pois, na medida em que reconheceu as peculiaridades da Multipropriedade e as características que a divorcia de um condomínio padrão, passa a ser compreendida nitidamente, como o primeiro passo para atrair novos investimentos e investidores para a modalidade no Brasil, beneficiando não apenas aqueles que poderão adquirir o direito da fração de tempo, mas também, impulsionando a economia do País e de diversos outros setores imobiliários, como o setor hoteleiro e o turístico.

REFERÊNCIAS

BLASKESI, Eliane. Multipropriedade ou time-sharing: primeiras impressões. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/71073/multipropriedade-ou-time-sharing-primeiras-impressoes>>. Acesso em 10 de abril de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília. Publicado Diário Oficial da União em 11.1.2002.

BRASIL. Lei nº 13.777, de 20 de dezembro de 2018. Altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), para dispor sobre o regime jurídico da multipropriedade e seu registro. Publicada DJE de 21/12/2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm>. Acesso em 10 de abril de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE n. 1.546.165-SP/2014 – Voto Vencido do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<http://www.portaldori.com.br/wpcontent/uploads/2016/09/AC%C3%93RD%C3%83O-NOTICIASEXTA-23.09.pdf>>. Acesso em 01 de maio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma reconhece multipropriedade como direito real e afasta penhora. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/386289514/terceira-turma-reconhece-multipropriedade-como-direitoreal-e-afasta-penhora>>. Acesso em 01 de maio de 2020.

BERCOVICI, Gilberto. A função social da propriedade, constituição econômica e desenvolvimento, uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAPANEMA, Sylvio. Multipropriedade. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jCLRCsXUazA>>. Acesso em 05 de abril de 2020. 0:14:31.

CARREIRA, Ana Luiza; LIMA, João Paulo dos Anjos; RIBEIRO, Rocielly Bruna Aquino Ribeiro.

Multipropriedade imobiliária. Disponível em < <https://jplima3.jusbrasil.com.br/artigos/374405475/multipropriedade-imobiliaria>>. Acesso em 10 de abril de 2020.

CASSAROTTE, Marijane Fernanda. O direito de preferência e suas peculiaridades. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/12114/o-direito-de-preferencia-e-suas-peculiaridades>> Acesso em : 01 de abril de 2020

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Ivanildo. Direito imobiliário. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOUREIRO, Ana Carolina de Araújo Dantas. O direito de preferência na venda de bem indivisívelde múltipla titularidade. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-01/opiniaodireito-preferencia-venda-bem-indivisivel-multipla-titularidade>> Acesso em: 01 de abril de 2020.

LIMA, Ana Vlândia Araújo. A função social da propriedade compartilhada. [s.d]. Disponível em <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/artigo_dir_imob.doc>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

MAIA, Luciano Soares. Direitos Reais e condomínio de fato. [s.d]. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciano_soares_maia2.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2020.

MARGARIDA, Mônica Paula. Fractional X Timesharing. Disponível em: < [http:// revista.turismocompartilhado.com.br/2018/06/25/fractional-x-timesharing-e-ausfruicao-da-propriedade-por-monica-paula-margarida/](http://revista.turismocompartilhado.com.br/2018/06/25/fractional-x-timesharing-e-ausfruicao-da-propriedade-por-monica-paula-margarida/)>. Acesso em 15 de abril de 2020.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. Multipropriedade Imobiliária. Disponível em: < http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27589:multipropriedade-imobiliaria-por-marcelo-augusto-santana-demelo&catid=32&Itemid=181>. Acesso em

15 de abril de 2020.

PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. Lei em foco - Parte 1 - Time Sharing. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=cHtGESxhsIk>>. Acesso em 05 de abril de 2020. 0:11:34.

PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. Lei em foco - Parte 2 - Time Sharing. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=a4uUBcuPdzo>>. Acesso em 05 de abril de 2020. 0:09:54.

PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. Lei em foco - Parte 3 - Time Sharing. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1fLW1DUBj38>>. Acesso em 05 de abril de 2020. 0:07:52.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 18 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003. p. 175.

SARAIVA, Bruno de Sousa. Uma Análise Jurídica Da Multipropriedade Imobiliária. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/104/103>>. Acesso em: 07 de abril de 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade imobiliária, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 1

TEPEDINO, Gustavo. A multipropriedade e a retomada do mercado imobiliário. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-30/tepedino-multipropriedade-retomada-mercado-imobiliario>>. Acesso em 07 de abril de 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; FILHO, Rodolfo Pamplona. A Multipropriedade Imobiliária À Luz Da Lei 13.777/2018. Disponível em <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/2029/1895>>. Acesso em: 01 de abril de 2020.

AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO INSTITUTO DA DESCOBERTA

*Danielle Gisto Rodrigues*¹⁶¹

*Mateus Pimenta de Aguiar Ferreira*¹⁶²

RESUMO: O achado de coisa alheia é um tema no qual gera bastante controvérsia na sociedade brasileira, especialmente daquelas pessoas pertencentes ao senso comum, propagando a cultura do ditado popular “achado não é roubado”. No entanto, dentro do direito, tal instituto, denominado descoberta, foi normatizado, tanto de forma material quanto processual. Isso ocorreu por diferentes motivações, sendo uma questão moral, já que a nossa sociedade taxaria esta conduta de antiética e iria contra os seus costumes, e de uma questão do direito em si, já que o bem jurídico da propriedade deve ser assegurado e protegido daqueles que vão ao seu encontro. Vastamente disposto em nossos códigos e doutrinas, o instituto da descoberta como um fato jurídico traz uma série de implicações no mundo jurídico, com principal ênfase na esfera civil e mais especificamente dentro dos direitos reais, no qual é o cerne deste trabalho, sem contudo, deixar de abordá-lo nas tipificações penais.

Palavras Chaves: descoberta, coisas, alheia e direitos reais.

161 Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais;

162 Pós Graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais;

INTRODUÇÃO

Existe um ditado popular, bastante conhecido e disseminado, que diz expressamente que ‘achado não é roubado’. Ele é muito utilizado para justificar a conduta de quem encontra e não devolve coisas alheias. Observa-se, contudo, que dentro do âmbito jurídico tal frase não deve ser considerada como válida.

Isso porque deve-se observar o instituto da descoberta, objetivo central deste trabalho que visa apresentar suas origens e seus principais aspectos jurídicos.

Inicialmente, será realizada uma abordagem comparativa entre o instituto da descoberta e outros fenômenos que se encontram em nossas legislações, com intuito de individualizá-lo, uma vez que existem diferenças sutis entre eles, que podem gerar certos equívocos. Esta questão, poderá previamente ser debatida no correlato instituto da ocupação, diferenciando-se da descoberta pelo simples fato da presença de um proprietário de forma prévia.

Feitas estas diferenciações para uma melhor visualização e individualização da descoberta, será necessário empenhar-se dentro deste instituto para demonstrar o impacto de suas implicações no mundo jurídico.

Dessa forma, será discorrido acerca do seu histórico dentro da legislação nacional, observando as modificações sofridas com a transição do Código Civil de 1916 para o de 2002, inclusive, no que se refere à sua nomenclatura, passando da antiga invenção para a atual descoberta.

Por conseguinte, será abordado o procedimento que a norma impõe perante a sociedade no que diz respeito ao achado de coisas alheias, aduzido nos artigos 1.233 a 1.237 do Código Civil de 2002, que tratam da descoberta em si, e do artigo 746 do Código de Processo Civil de 2015, que demonstra os efeitos processuais das coisas vagas.

Damesma forma, serão analisadas as questões da responsabilização

civil da coisa achada em caso de dolo, bem como o direito a recompensa daquele que encontrou a coisa que era de propriedade alheia, com embasamento jurisprudencial de casos concretos.

Por fim, serão abordadas as implicações do instituto da descoberta fora do direito privado, como é o caso da tipificação penal do crime de apropriação de coisa achada, previsto no artigo 169, inc. III do Código Penal que gera pena de detenção de um (1) mês a um (1) ano ou multa.

2. OS INSTITUTOS DA DESCOBERTA E DA OCUPAÇÃO

Antes de iniciarmos a classificação sobre os principais pontos controversos entre o instituto da descoberta e da ocupação, necessário se faz compreendermos como eles ocorrem. A “descoberta” acontece quando alguém encontra algum objeto perdido, logo o objeto perdido possui dono e deve ser devolvido no prazo de 15 dias, (conforme veremos mais profundamente no decorrer deste trabalho).

Ao contrário da descoberta, a “ocupação” acontece quando alguém encontra um bem móvel abandonado, que pode ser apossado por terceiro, desde que não tenha um valor considerado. Neste primeiro momento, a principal diferença entre esses institutos seria quanto ao seu proprietário, pois na descoberta, tratamos de coisa “perdida”, mas que pertence a alguém e portanto, precisa ser devolvida ao seu legítimo possuidor ou proprietário, enquanto que, na ocupação a coisa encontrada foi “abandonada” ou não possuía um antigo proprietário, podendo este, ser apossado.

Um ponto muito importante para mencionarmos sobre esses institutos, seria a forma de aquisição da propriedade, pois como bem sabemos, a localização de coisa perdida não enseja a aquisição do direito de propriedade em relação à coisa localizada, posto que a mesma deve ser restituída ou entregue a autoridade competente. Porém, toda regra

comporta exceções, e quando falamos na possibilidade de aquisição de propriedade de bem “abandonado” e não perdido, estamos falando sobre a hipótese de ocupação, conforme estabelecido no art. 1.263 da nossa atual legislação.

Outro ponto não menos importante, e que, portanto deve ser mencionado, são os principais efeitos destes institutos, pois a descoberta tem como efeito principal a garantia de gerar o direito à uma recompensa de no mínimo 5% da coisa perdida, bem como, o ressarcimento dos gastos realizados para a conservação da coisa e localização do proprietário ou possuidor. Enquanto, na ocupação, seu principal efeito é a possibilidade de aquisição da propriedade do bem, uma vez que a coisa encontrada jamais teve dono, ou foi abandonado seja por pessoa física ou até mesmo pelo Município.

3. DO PROCEDIMENTO DA DESCOBERTA

Feitas as considerações acerca da ocupação, passa-se neste tópico a analisar profundamente o instituto da descoberta, desde o seu surgimento até os dias atuais, seu conceito e as normas jurídicas que o define.

O instituto da descoberta, em breves considerações, consiste no dever de quem quer que ache coisa alheia perdida, há de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor, conforme previsão legal no atual Código Civil de 2002, em seu art. 1.233. Tal instituto, era anteriormente conhecido como “invenção” no Código Civil de 1916, em seu art. 603 e tinha como uma forma específica, a aquisição e perda da propriedade móvel.

Em contrapartida, a atual legislação civil, realizou uma alteração e retirou deste instituto o caráter de aquisição de propriedade da coisa, visto que, nos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2017, pág. 245), “descoberta não é modo de adquirir a propriedade, uma vez que o descobridor não pode conservar para si o objeto extraviado, tendo a obrigação de restituí-lo”.

Além dessa alteração, a presente legislação, também reconheceu uma grande necessidade de fazer uma alteração terminológica da palavra. Tal alteração, se deu em face ao sentido que a palavra trás, pois a descoberta significa “aquilo que se descobriu ou encontrou por acaso ou mediante busca, pesquisa, observação, dedução, achado, descobrimento” ao passo que a invenção consiste no “ato ou efeito de inventar, de criar, de engendrar”.

Diante de tais considerações, podemos perceber claramente a diferença entre o significado das palavras e a necessidade de uma alteração terminológica que deu mais sentido e melhor compreensão e aplicação ao Direito Civil.

Quanto à origem do instituto da descoberta, importa destacar que a premissa da devolução de coisa perdida ao seu proprietário ou possuidor encontra uma clara relação com princípios religiosos e morais, podendo ser observado no Antigo Testamento, em versículo que determina que “se vires extraviado o boi ou a ovelha de teu irmão, não te desviarás deles; sem falta os reconduzirás a teu irmão” (Deuteronômio 22:1), bem como, “é advertido todo aquele que enriquece com o que não é seu”.(Habacuc 2:7).

Percebe-se que por meio desses costumes religiosos e morais, que a descoberta sempre existiu indiretamente na sociedade, porém apenas futuramente foi reconhecida e codificada como uma norma que deve ser seguida por todos e não apenas por quem agia de acordo com a moral e os bons costumes.

No Direito Romano, também podemos observar que tal instituto foi criado como uma forma de solucionar as descobertas de coisas que eram encontradas em territórios que não pertenciam a qualquer pessoa, ou aqueles bens descobertos de forma fortuita. Esses acontecimentos eram muito frequentes e se davam principalmente nas épocas de guerras e tumultos, pois os indivíduos, costumeiramente, escondiam seus bens valiosos e tesouros, como forma de se resguardarem nos períodos conturbados. Todavia, se o proprietário dos bens escondidos viesse a

falecer, esses bens permaneceriam escondidos até que por ventura alguém os encontrassem. E por esta razão, e pela grande quantidade de tesouros que eram encontrados em territórios que não pertenciam a ninguém, o Direito Romano instituiu a descoberta como uma forma de regularizar os bens encontrados que não pertenciam a nenhum dono.

Superada a questão histórica acerca do instituto, passa-se ao seu conceito. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2017, pág. 245), “Descoberta é achado de coisa perdida por seu dono”, já para Chaves e Rosensvald (2015, p. 299), “Descoberta é o fato jurídico que consiste em alguém encontrar coisa alheia perdida”. Da mesma forma, dispõe Flávio Tartuce (2017, pág. 138), “Determina o art. 1.233 do CC/2002 que quem quer que ache coisa alheia perdida (res perditá), deverá restituí-la ao dono ou legítimo possuidor”.

Observa-se que não existem embates ou diferenças significativas no que diz respeito ao conceito da descoberta, destacando-se que necessariamente a coisa achada deve ser coisa perdida. Percebe-se ainda, que a descoberta gera efeitos jurídicos decorrentes de um acontecimento natural ou humano, que serão tratados posteriormente.

Interessante ressaltar que para o direito civil tanto a coisa perdida quanto a esquecida pelo seu dono devem ser restituídas a ele por quem a encontrar, ou seja, mesmo que o dono não se recorde da coisa encontrada pelo achador, ela ainda lhe pertence uma vez que ele não se desfez dela por livre e espontânea vontade, não havendo que se falar portanto, em aquisição por quem a encontrou.

Isso apenas reforça a ideia de que a descoberta não é meio para aquisição da propriedade móvel, bem como somente quando se tratar de coisa abandonada pelo proprietário (res derelicta) pode-se falar em aquisição dessa coisa pelo achador, o que culminará no instituto da ocupação.

Acerca da normatização da descoberta, o art. 1.233 do CC/2002 enuncia que aquele que encontrar coisa alheia perdida, deverá restituí-la ao seu dono ou legítimo possuidor, encontrando-se em perfeita harmonia

com a vedação ao enriquecimento ilícito previsto no artigo 884 do mesmo dispositivo legal, veja-se: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Em seguida, diz o parágrafo único do art. 1.233 que, se o descobridor da coisa não conhecer o dono, deverá tomar todas as medidas para encontrá-lo, salientando que o esforço aqui retratado deverá ser levado em consideração caso o descobridor venha a receber o achádego.

Ora, observa-se que não basta achar a coisa perdida, mas também deve-se mantê-la em local seguro, não danificá-la na hipótese de ela se encontrar em perfeito estado, bem como esforçar-se para localizar a quem pertence o objeto encontrado. Diante disso, pergunta-se o porquê desse rigor? Vejam bem, não existe obrigatoriedade em recolher a coisa perdida, no entanto, se a pessoa optar por pegá-la é esperado que ela mantenha a coisa em seu estado original, não podendo realizar qualquer alteração que a modifique ou a danifique.

É importante destacar que o descobridor da coisa deve realizar a busca de seu legítimo proprietário ou possuidor, por meios que lhe sejam possíveis, não sendo exigida uma investigação minuciosa acerca disso. Carlos Frederico Barbosa Bentivegna (2006, pág. 917) discorre sobre os esforços que devem ser realizados pelo descobridor, ressaltando que “os esforços esperados são aqueles atribuíveis ao homem médio”, não se exigindo deste uma “busca frenética e dispendiosa ao verdadeiro dono ou legítimo possuidor”, “mas que procure informar-se quanto a seu paradeiro e atente a eventuais anúncios, podendo mesmo fazê-los publicar”.

Pois bem, caso o descobridor não consiga identificar a quem a coisa pertence, ele deverá entregá-la para autoridades competentes, tais como a polícia ou um juiz de direito, com observância ao art. 746 do CPC/2015, que trata do procedimento de jurisdição voluntário das coisas vagas. A lei é clara ao dizer que, recebendo do descobridor coisa

alheia perdida, o juiz mandará lavrar o respectivo auto do qual constarão a descrição do bem e as declarações do descobridor. Já no parágrafo primeiro do mesmo artigo 746, indica-se que se recebida a coisa por autoridade policial, esta remeterá em seguida ao juízo competente.

Deste modo, uma vez depositada a coisa, o juiz determinará publicação de edital na internet, para que o dono ou o legítimo possuidor a reclame dentro do prazo de 60 (sessenta) dias.

Na hipótese de não comparecimento, o bem será vendido em hasta pública, abatido do preço da venda o achádego do descobridor, que será inferior a 5% (cinco por cento) do valor da coisa, a critério do Juízo, bem como as despesas, ficando o restante para o Município no qual o objeto fora localizado. Nos casos em que o bem for de diminuto valor, o município irá abandoná-lo em conformidade ao interesse público em favor do descobridor, que poderá tornar-se proprietário dela, se assim desejar.

4. DO ACHÁDEGO E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Discorrido acerca do procedimento da descoberta, faz-se necessário dissertar acerca do achádego, que nada mais é do que a recompensa devida ao descobridor da coisa perdida.

Não é comum o uso pela maioria das pessoas da palavra achádego, tendo em vista não ser uma palavra de amplo conhecimento e que possui diferentes significados como algo que é retribuído, aquilo que é encontrado, achado, e anteriormente estava perdido, ou era desconhecido. Para o Direito Romano, a palavra achádego, provém do latim “affearé” que significa soprar, onde derivou-se achar, sendo achádego “aquele quem acha”.

Não muito diferente da diversidade de significados sobre esta palavra, também encontramos diferentes conceitos para alguns doutrinadores, que merecem ser destacados para uma melhor compreensão

de sua origem. Cleyson de Moraes Mello (2007, pág. 275), entende que o termo achádego significa “a própria coisa achada”, ao passo que Flávio Tartuce (2012, pág. 192) e Carlos Roberto Gonçalves (2017, pág. 246) defendem que a palavra significa “a recompensa devida ao descobridor”, sendo este o posicionamento majoritário dentro da doutrina brasileira.

Dessa forma, dispõe o art. 1234 do CC/02 que aquele que restituir a coisa achada, terá direito a uma recompensa, que não pode ser inferior a cinco por cento (5%) do seu valor, e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la.

Orlando Gomes (2017, pág. 193 e 194) enfatiza que o direito seria o de “receber uma recompensa ou gratificação denominada achádego, acrescida da indenização, a que também faz jus, das despesas efetuadas com a conservação e transporte da coisa”.

Destarte, observa-se que o descobridor terá direito a perceber tal recompensa e indenização apenas se o proprietário da coisa tiver interesse em recebê-la, uma vez que, pode ele abandoná-la, convertendo o status de coisa perdida (*res desperdicta*) para coisa abandonada (*res derelicta*), sendo passível a ocupação pelo descobridor.

Além disso, importa salientar que a recompensa deverá ser fixada pelo juízo de forma a analisar cada caso concreto, levando-se em conta o esforço despendido pelo descobridor, a possibilidade que a pessoa que perdeu o bem teria de encontrá-lo, a situação econômica do descobridor e de quem perdeu a coisa. A título exemplificativo, imaginemos que o descobridor denota de uma situação financeira superior ao do real proprietário da coisa, não seria proporcional ou até mesmo justo que ele arcasse com uma indenização e uma recompensa avantajada para o descobridor, podendo ser caracterizado como enriquecimento ilícito.

Da mesma forma, há de se aumentar o prêmio em todos os casos que o objeto é localizado em local de difícil acesso ou que tenha demandado maior trabalho para o descobridor.

Contudo, o código civil prevê em seu artigo 1.235 que o

descobridor responde pelos prejuízos causados ao proprietário ou possuidor legítimo, quando tiver procedido com dolo. Assim, se restar comprovado que o descobridor agiu com a intenção de destruir ou deteriorar coisa que não lhe pertencia, poderá ele ser responsabilizado em indenizar o legítimo proprietário por perdas e danos.

Dentro dessa questão é necessária uma análise sobre a hipótese de que o descobridor tenha deteriorado ou destruído a coisa de forma culposa. Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves (2015, pág. 300) dizem que “Há a possibilidade de o descobridor indenizar o proprietário, caso tenha procedido dolosamente, e não for mera falta de diligência na guarda da coisa, como depositário infiel (art. 1.235 do CC)”, ou seja, para estes autores um ato negligente para com a coisa não é motivo suficiente para ensejar uma indenização.

De forma contrária, Carlos Roberto Gonçalves (2017, pág. 247) afirma que em razão do antigo princípio romano “*culpa lata dolus aequiparatur*” (a culpa grave ao dolo se equipara), deve o descobridor zelar pela coisa encontrada, podendo ele ser responsabilizado em razão de negligencia, imprudência ou imperícia grave, aparentando ser essa a melhor posição a ser adotada, uma vez que ao descobridor incorre a obrigação de entregar a coisa do mesmo modo que ela foi encontrada.

Adentrando no estudo de casos práticos acerca desse instituto inúmeras são as reportagens ao redor do mundo que noticiam acontecimentos de cidadãos que encontram objetos perdidos, na maioria das vezes peças raras e valiosas e recebem recompensas por sua descoberta.

A fim de ilustrar tal situação, uma reportagem publicada no site de jornalismo G1 conta a história ocorrida na cidade de Nova Iorque, na qual Elizabeth Gibson ao sair de sua casa pela manhã se deparou com um quadro grande e colorido que estava jogado na calçada, em meio a um monte de sacolas de lixo, tendo posteriormente descoberto que se tratava de uma famosa obra de arte, que fora roubada de um casal de colecionadores há mais de 20 anos. Após a devolução do quadro ao seus legítimos donos, Elizabeth recebeu uma recompensa de US\$ 15.000,00

(quinze mil) dólares e ainda viria receber futuramente mais uma porcentagem referente a venda do quadro em questão.

Em outra abordagem, Nelson Rosenvald discorre sobre os efeitos práticos do instituto da descoberta em um artigo publicado no site genjurídico, no qual retrata um caso ocorrido na Itália de um trabalhador da fiat que adquiriu de boa-fé duas obras de arte extremamente valiosas por uma quantia irrisória, permanecendo em sua posse por mais de 40 (quarenta) anos até que seu filho, após realizar uma investigação e comunicar especialistas, foi reconhecida a originalidade dos quadros. Após verificarem que os legítimos proprietários encontravam-se mortos, bem como não possuíam herdeiros, o descobridor tornou-se proprietário das obras de arte por ele adquiridas.

Ressalta o autor que tal situação se ocorresse perante nosso ordenamento jurídico teria que ser adotado um procedimento diverso, uma vez que a lei não abarca de maneira específica a hipótese de um terceiro de boa-fé que encontra uma coisa que não pode ser recuperada pelo seu legítimo proprietário, seja porque ele não quis ou como ocorre no caso narrado, por já não estar vivo, tampouco possuir herdeiros. Destarte, diz ainda que “Não se aplicam as normas sobre a evicção (art. 447, CC), apenas incidentes nos casos em que o adquirente arremata bens de um devedor ou garante, em sequência a uma execução. Ante a essa lacuna, resta-nos apenas aplicar o princípio da boa-fé objetiva, em sua função de controle (art. 187, CC), para restituir os quadros ao adquirente que atuou conforme o modelo de retidão. Aquele que comprou bens confiante na seriedade do leilão público não pode posteriormente ser deles privado justamente pelo Estado, que transmitiu-lhe a legítima expectativa de confiança quanto à idoneidade de todo o procedimento que culminou com a arrematação dos quadros”.

Assim, percebe-se que o achádego devido ao descobridor pode incorrer em diferentes situações práticas do dia a dia, sendo um assunto de extrema relevância dentro do instituto da descoberta e para o mundo jurídico, devendo ser compreendido para fins de um melhor entendimento

e aplicação das normas de direito civil, especificamente no âmbito dos direitos reais.

5. A COISA PERDIDA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL

Conforme foi descrito ao longo deste trabalho, o ditado popular “achado não é roubado” não deve ser disseminado perante à sociedade, não apenas pelo previsto na legislação cível, mas também por configurar o crime de apropriação de coisa achada, previsto no artigo 169, II do Código Penal. Veja:

Art. 169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Na mesma pena incorre:

Apropriação de tesouro

I - quem acha tesouro em prédio alheio e se apropria, no todo ou em parte, da quota a que tem direito o proprietário do prédio;

Apropriação de coisa achada

II - quem acha coisa alheia perdida e dela se apropria, total ou parcialmente, deixando de restituí-la ao dono ou legítimo possuidor ou de

entregá-la à autoridade competente, dentro no prazo de quinze dias.

Observa-se que o cerne deste trabalho é o instituto da descoberta e suas implicações jurídicas, portanto, é relevante que seja abordado o tema na esfera penal, uma vez que ambos os ramos do direito, cível e

penal encontram-se em nosso ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, a proteção da propriedade alheia de bens é princípio previsto em nossa Constituição Federal de 1988, o que apenas reforça que as implicações em ambas as esferas devem ser compreendidas.

Pois bem, conforme já dito anteriormente, o descobridor ao encontrar coisa que não lhe pertence deve tentar encontrar o legítimo proprietário ou possuidor e não conseguindo, deverá entregar o bem para as autoridades competentes para que elas realizem o procedimento adequado.

Assim, percebe-se que para a ocorrência deste crime é necessário que um cidadão ao encontrar uma coisa perdida se aproprie dela, seja de forma total ou parcial, não restituindo ao dono ou deixando de entregá-la para as autoridades competentes em um prazo de 15 dias. Trata-se de um tipo penal que ocorre com frequência no cotidiano brasileiro, uma vez que encontrar coisas perdidas, independentemente de qual valor elas possuam é algo que pode ocorrer facilmente.

Importa mencionar o fato de que a conduta do agente aqui deve ser dolosa, ou seja, ele deve ter a intenção de ficar com a coisa encontrada para si de forma voluntária, admitindo prova em contrário, como o caso de se encontrar coagido para a prática do crime. Nas palavras de Rogério Greco (2017, pág. 316) “Dolo é a vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador”, enquanto para Raúl Zaffaroni e José Pierangeli (2011, p. 420) “dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado”.

Ressalta-se ainda, que o agente deve se apropriar de coisas que foram perdidas por seu dono em local público ou de uso público, não abarcando as hipóteses de coisas esquecidas em lugares privados, o que configuraria o crime de furto, do art. 157 do Código Penal. Para uma melhor compreensão, Roberto Infanti diz que “Se o bem estava no interior de uma residência, e o dono estava procurando-a, sem encontrá-la, e o agente, sorrateiramente, apropria-se dele, comete crime de furto,

pois não se trata de coisa perdida.

Essa é a posição adotada por nossa jurisprudência, veja:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO SIMPLES - AUTORIA, MATERIALIDADE E ANIMUS FURANDI SEGURAMENTE VERIFICADOS - ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE APROPRIAÇÃO DE COISA ACHADA - IMPOSSIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA - REDUÇÃO DA PENA - MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA - DESCABIMENTO - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O agente que, dolosamente, se apropria de coisa esquecida por lapso ou descuido do proprietário, disso tendo conhecimento, comete crime de furto, e não de apropriação de coisa achada. 2. Estando autoria, materialidade e o animus furandi demonstrados pelo farto conjunto probatório, preserva-se a condenação do réu no crime de furto. 3. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, que também é reincidente específico, justifica a manutenção da reprimenda acima do mínimo previsto na cominação legal. 4. Recurso não provido. (TJ-MG - APR: 10515150020425001 MG, Relator: Eduardo Brum, Data de Julgamento: 20/11/2019, Data de Publicação: 27/11/2019). (Grifo meu).

Destaca-se que tal crime também é frequentemente utilizado na prática como tese defensiva, pugnando pela desclassificação do tipo, pelo crime de furto ou de apropriação indébita para o de apropriação de coisa achada, por ter uma pena menor dos mencionados, veja:

DIREITO PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. POSSE E CONDUÇÃO DE VEÍCULO PRODUTO DE CRIME. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CIÊNCIA DA ORIGEM ILÍCITA DO BEM. DOLO DEMONSTRADO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA APROPRIAÇÃO DE COISA ACHADA OU PARA RECEPÇÃO CULPOSA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. No crime de receptação, a prova do dolo do agente decorre da análise das circunstâncias fáticas que envolveram a apreensão do objeto. Tendo sido comprovado que o bem ilícito encontrava-se na posse do agente, inverte-se o ônus da prova, incumbindo, conseqüentemente, a ele apresentar e demonstrar justificativa idônea sobre a origem lícita do bem. 2. A demonstração de estar o agente ciente de que o bem encontrado em sua posse era de procedência ilícita torna inviável o acolhimento da pretensão recursal de desclassificação da conduta para o crime de apropriação de coisa achada, descrito no art. 169, II, do Código Penal, ou receptação, na modalidade culposa, descrita no artigo 180, § 3º, do Código Penal. 3. Incabível a redução da pena aquém

do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, ainda que reconhecidas as circunstâncias atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, em razão da Súmula 231 do STJ. 4. Recurso conhecido e improvido.

(TJ-DF 20170310044025 DF 0004289-05.2017.8.07.0003, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Data de Julgamento: 13/09/2018, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/09/2018 . Pág.: 186/198). (Grifo meu).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da máxima “achado não é roubado”, podemos vislumbrar no discorrer deste artigo, que o ditado popular propagado por parte da nossa sociedade não se confirma com a atual legislação em vigor. Além disso, também percebemos que a proibição de permanecer com coisa alheia, não é defeso somente pela lei, pois há princípios religiosos e morais que nos impulsionam a não praticar tais atos, evitando consequentemente o enriquecimento ilícito.

Superando esta questão, nos deparamos com alguns institutos que, apesar da sutileza de divergência com o instituto da descoberta, conseguimos concluir com êxito os principais aspectos jurídicos e seus principais efeitos, dê modo que, diferenciar um instituto do outro, tornou-se claramente possível.

Notoriamente, não diferentemente da maioria dos institutos regulados pelo Direito Civil, percebemos que por trás de todos os seus aspectos jurídicos, há também, a parte da responsabilização civil. Neste sentido, também foi abordado uma gama de possibilidades de se evitar as penalidades previstas neste instituto, bem como, as vantagens a ser

adquiridas através do correto posicionamento daquele que achou coisa alheia.

Portanto, para aqueles que gostam de se manterem a cada dia mais informados, sobretudo, com temas e vocábulos pouco explorados no direito brasileiro, que com toda certeza é um diferencial para o profissional do direito. Pode-se dizer que o presente artigo traz esse dever cumprido.

REFERÊNCIAS

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Comentários ao Código Civil: artigo por artigo. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo; Glauber Moreno Talavera; Jorge Shiguemitsu Fujita; Luiz Antonio Scavone Júnior (Orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Código Civil (1916). Lei no. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei no. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei no. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869imprensa.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Lei no. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Código Penal (1940). Decreto-Lei no. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 maio. 2020.

CARVALHO, Iana Karine Cordeiro de. Do tesouro no antigo direito romano e o seu desenvolvimento no direito civil brasileiro e

português. Jus, 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13584/do-tesouro-no-antigo-direito-romano-e-o-seu-desenvolvimento-no-direito-civil-brasileiro-e-portugues>> Acesso em: 25. Abr. 2020.

D'URSO, Adriana Filizzola. Achado não é roubado. Será? Migalhas, 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/303051/achado-nao-e-roubado-sera>> Acesso em: 05 maio. 2020.

EVANGELISTA, Robson José. Sobre o dever legal de devolver objetos perdidos. boletim. prolikadvogados, 2015. Disponível em: <<https://boletim.prolikadvogados.com.br/2015/03/25/sobre-o-dever-legal-de-devolver-objetos-perdidos/>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Reais, 11^o. ed. Volume V. São Paulo: Atlas, 2015.

“FIQUEI chocada”, diz mulher que achou quadro de US\$ 1 milhão. G1, 2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/PopArte/0,,MUL168926-7084,00-FIQUEI+CHOCADA+DIZ+MULHER+QUE+ACHOU+QUADRO+DE+US+MILHAO.html>> Acesso em: 09. Maio. 2020.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 21^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. 12^o. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 19^o ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

INFANTI, Roberto. Uma aula sobre Direito Penal. O que você sabe sobre apropriação indébita? Parte II. Robertoinfanti, 2011. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/626278524/20170310044025-df-0004289-0520178070003?ref=serp>> Acesso em: 04. Maio. 2020.

LUCENA, Pétrus de Medeiros. Achado, se devolvido, não é roubado, é devido: o direito de recompensa no ordenamento jurídico brasileiro. Jus, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29461/achado-se-devolvido-nao-e-roubado-e-devido-o-direito-de-recompensa->

no-ordenamento-juridico-brasileiro> Acesso em: 17. Abr. 2020.

LUCIANO, Pablo Bezerra. Para o CNJ, achado não é roubado – mas não é o que diz a lei. *Conjur*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-13/pablo-bezerra-luciano-cnj-achado-nao-roubado>> Acesso em: 14 abr. 2020.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Novo Código Civil Comentado*. Ricardo Fiúza (coord.). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Código civil interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007

OLIVEIRA, Álvaro Borges de; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. *A descoberta no código civil. Âmbito Jurídico*, 2006. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-descoberta-no-codigo-civil/>> Acesso em: 07. Abr. 2020.

PEREIRA, Jeferson Botelho. *Coisa achada não é roubada. Crime é não devolver*. *Jus*, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73303/coisa-achada-nao-e-roubada-crime-e-nao-devolver>> Acesso em: 07 abr. 2020.

RAMOS, François Silva. *Estado constitucional e crime de apropriação de coisa achada: uma análise ético-legislativa*. *Jus*, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64985/estado-constitucional-e-o-crime-de-apropriacao-de-coisa-achada-uma-analise-etico-legislativa>>. Acesso em: 08 maio. 2020.

ROSENVALD, Nelson. *A descoberta não é uma ficção jurídica!* *Genjurídico*, 2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/11/04/a-descoberta-nao-e-uma-ficcao-juridica/>> Acesso em: 08. Maio. 2020.

SANTOS, Leticia Oliveira. “Achado não é roubado”? Não é bem assim. *JusBrasil*, 2020. Disponível em: <<https://leticiaoliveiraadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/833000247/achado-nao-e-roubado-nao-e-bem-assim?ref=feed>> Acesso em: 07 maio. 2020.

SENA, Rafa. *O achado de coisa alheia e suas implicações jurídicas*. *JusBrasil*, 2020. Disponível em: <<https://rsena582.jusbrasil.com.br/>

artigos/822966040/o-achado-de-coisa-alheia-e-suas-implicacoes-juridicas?ref=feed> Acesso em: 07 maio. 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Coisas. 9°. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TJ-DF. Apelação Criminal: APR 0004289-05.2017.8.07.0003 DF 0004289-05.2017.8.07.0003. Relator: Desembargador Demetrius Gomes Cavalcanti. DJ: 13/09/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/626278524/20170310044025-df-0004289-0520178070003?ref=serp>> Acesso em: 09. Maio. 2020.

TJ-MG. Apelação Criminal: APR 10515150020425001 MG. Relator: Desembargador Eduardo Brum. DJ: 20/11/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/785512797/apelacao-criminal-apr-10515150020425001-mg?ref=serp>> Acesso em: 08. Maio. 2020.

VIANA, Sérgio Lima. Responsabilidade Civil: Direito Civil. Jus, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/77410/responsabilidade-civil>> Acesso em: 05. Maio. 2020.

ZAFFARONI, Raúl; PIERANGELI, José. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIREITO REAL DE LAJE: CONSIDERAÇÕES ACERCA DESTES NOVOS INSTITUTOS

*André Avelar De Pinho Simões Rozensvaig*¹⁶³

*Marcos Vinícius Prado Fagundes*¹⁶⁴

RESUMO: O presente artigo tem por escopo a análise do instituto do direito real de laje e questões correlatas importantes, tais como a natureza jurídica do mesmo, a possibilidade do direito de laje horizontal, direito real de laje em terrenos públicos e usucapião, bem como acerca da existência de normas municipais (município de BH) que disciplinam o direito supracitado.

Palavras-Chave: Direito real de laje. Natureza jurídica. Direito real de laje vertical. Direito real de laje horizontal. Direito real de laje em terrenos públicos. Usucapião e normas municipais.

INTRODUÇÃO

O Direito tem como uma de suas funções regulamentar situações fáticas (sociais, econômicas, políticas etc.). Nessa esteira, surge o direito real de laje instituído pela Medida Provisória n° 759/2016, posteriormente convertida na Lei n° 13.465/2017. O direito supracitado encontra fins no artigo 1225, XIII do Código Civil pátrio e tem por fim permitir que as pessoas que são seus titulares (geralmente pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade socioeconômica) o registrem a fim de lhes serem garantidas a segurança jurídica e as benesses que derivam da observância correta dos requisitos da lei. É possível que o direito real de laje tenha

163 Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.

164 Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica MG (Praça da Liberdade).
Orientadora Professora Mestra Nayane Costa Nascimento.

sido criado como mecanismo para propiciar a regularização fundiária, ou seja, garantia do acesso social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No presente estudo será abordado acerca da natureza jurídica do direito real de laje, da possibilidade do direito real de laje horizontal, viabilidade do direito real de laje em áreas públicas e a existência ou não de normas municipais (município de Belo Horizonte) que disciplinam o direito real de laje. Antes, contudo, de desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No presente estudo será abordado acerca da natureza jurídica do direito real de laje, da possibilidade do direito real de laje horizontal, viabilidade do direito real de laje em áreas públicas e a existência ou não de normas municipais (município de Belo Horizonte) que disciplinam o direito real de laje. Antes, contudo, de adentrarmos nas considerações acerca do direito real de laje e questões relevantes relacionadas ao mesmo será feita uma breve explanação acerca do histórico dos direitos reais (conceituação e características), bem como também sobre o direito de propriedade.

2. DIREITOS REAIS: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS

Na lição do insigne jurista brasileiro Clóvis Beviláqua os direitos reais podem ser entendidos como: “o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 31)

Segundo entendimento de Rafael de Menezes (2020) que se coaduna com o exposto acima os direitos reais podem ser entendidos como o campo do direito patrimonial cujas regras tratam do poder do homem sobre as coisas apropriáveis.

Assim pode depreender-se do exposto acima que os direitos reais

são direitos que dizem respeito a relação do homem com o objeto. É a faculdade conferida ao homem de ter o bem (propriedade sobre o mesmo em caráter lato sensu).

Por constituírem um campo específico de estudo das ciências jurídicas os direitos reais possuem atributos próprios, os quais serão objeto de síntese a seguir: o primeiro atributo diz respeito ao absolutismo, que quer dizer que os direitos reais são oponíveis erga omnes (o titular de um direito real devidamente registrado tem o poder-dever de agir em face de ser molestado por alguém que aja com o intuito de ingerência sobre o seu bem). Contudo, em nosso atual estado democrático de direito, tal atributo deve ser relativizado segundo entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Exposam os mencionados autores que o poder que os titulares possuem em relação aos bens de que são proprietários não são ilimitados, mas conferem aos mesmos uma verdadeira situação de dominação sobre o bem. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 33)

O segundo atributo é o da sequela, e consonante posicionamento dos autores supra quer dizer que o direito real se impregna sobre a coisa e dessa forma ao seu titular é facultado perseguir-la onde quer que esta se encontre em poder de terceiros. Pode-se citar como exemplo do exercício do direito de sequela as ações reivindicatórias, que são ações judiciais em que o cerne da discussão é o direito de propriedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 38)

Outro atributo atinente aos direitos reais é o da preferência. Segundo entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald esta característica consiste no fato de que o titular de um direito real tem o privilégio de receber o pagamento de uma dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Nesse ponto, ainda, vejamos o que diz Mário Júlio de Almeida Costa a respeito do direito de preferência: “o direito de preferência consiste no facto de o direito real superar todas as situações jurídicas com o mesmo incompatíveis, posteriormente constituídas sobre a coisa em que incide e sem o concurso da vontade do titular daquele”. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 39)

Por fim, outra característica dos direitos reais é a taxatividade. Este atributo quer dizer que todo direito real deve ser criado e estar previsto em norma. Aduzem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que tais direitos são de ordem pública e de enumeração taxativa (*numerus clausus*). Vale dizer que em nosso ordenamento jurídico os direitos reais encontram-se previstos no artigo 1225 do Código Civil. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 42)

3. DO DIREITO REAL DE PROPRIEDADE

A palavra propriedade em uma de suas acepções possíveis nos remete a ideia de ser dono, de ter ou possuir algo. O direito de propriedade possui uma grande relevância em nosso ordenamento jurídico e para tanto possui previsão e proteção constitucional encontrando se o referido direito previsto no artigo 5º, XXII e XXIII da nossa Carta Magna. O primeiro inciso trata do direito à propriedade e o segundo dispõe que o exercício do direito de propriedade deve atender uma função social. Sua previsão encontra arrimo legal no artigo 1225, I do Código Civil e sua regulamentação está disposta nos artigos 1228 a 1276 do mencionado diploma.

Ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald em sua obra que o direito de propriedade pode ser entendido através de dois vieses complementares, quais sejam, um direito fundamental como garantia de liberdade e como um direito fundamental de acesso ao mínimo existencial. O artigo 1228 do Código Civil brasileiro assim dispõe acerca do feixe de poderes que são atribuídos ao proprietário. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 279, 284) Senão, vejamos: “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. (CÓDIGO CIVIL, 2002)

Por ser um direito real os autores supra discorrem também acerca

das faculdades que este direito confere ao seu titular, quais sejam: uso, gozo, disposição e reivindicação do bem(coisa). Segundo entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald o uso consiste em o proprietário servir-se da coisa de acordo com a sua destinação econômica. Percebe-se assim que o uso da coisa deve orientar-se em observância às diretrizes da função social do direito de propriedade. Ainda neste instituto, pode o proprietário usar da coisa de forma direta (uso por si) ou indireta (uso através de terceiros). (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 292)

No que concerne a faculdade de gozar, aduzem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que esta consiste no direito concedido ao proprietário de explorar economicamente o bem(coisa) e dessa forma perceber frutos e produtos que derivam dessa exploração. Um exemplo é o proprietário que aluga seu imóvel a um terceiro e recebe o aluguel. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 293)

O direito de dispor segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald é “o direito do proprietário em alterar a própria substância da coisa, ou seja, é a escolha da destinação a ser dada ao bem, a mais ampla forma de concessão de finalidade econômica ao ao objeto do direito real”. Exemplos de ato de disposição são o proprietário que vende seu imóvel ou o doa a um terceiro. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 294)

Por fim, é atribuído ao proprietário o direito de reivindicar a coisa. Tal direito consiste no fato de ao proprietário ser possível reaver a coisa de quem quer que injustamente a possua ou detenha conforme inteligência do artigo 1228 do Código Civil, parte final. Ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald corolário lógico do acima exposto que a pretensão reivindicatória é a tutela conferida ao proprietário que foi lesado em virtude da não abstenção genérica e universal de um terceiro. Um exemplo do exercício desse direito é quando o proprietário por meio de uma ação judicial demanda um terceiro que agiu (ou age) objetivando reter injustamente a coisa. (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 296)

4. CONTEXTUALIZAÇÃO, PREVISÃO LEGAL E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO REAL DE LAJE

Sabendo que o Brasil é um país de dimensão continental e infelizmente tem uma parcela grande de sua população em situação de vulnerabilidade socioeconômica nessa esteira surge o direito real de laje, instituto que tem por fim regularizar a situação do popular “puxadinho”. O instituto consiste em o proprietário de uma construção-base ceder a superfície superior ou inferior de sua construção, em projeção vertical, a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo, podendo esta construção abranger o espaço aéreo e o subsolo de terrenos públicos ou privados. Do ponto de vista legal o direito real de laje emerge da edição da lei 13.465/2017 e encontra-se previsto no artigo 1225, XIII do Código Civil e sua regulamentação está nos artigos 1510-A a 1510-E do aludido diploma legal. (COELHO,2018)

4.1 DIVERGÊNCIAS ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REAL DE LAJE E PARTICULARIDADES

Tema relativamente recente, o direito real de laje no que concerne a sua natureza jurídica possui dissonância doutrinária e jurisprudencial. Alguns falam que ele seria um direito real autônomo sobre coisa própria, outros defendem que seria um direito real sobre coisa alheia equivalente ao direito real de superfície. Aproveitando o ensejo outras temáticas que ainda tem um contorno intenso de polêmica são as que dizem respeito a possibilidade da acessão no direito real de laje e se as normas que disciplinam o condomínio seriam aplicáveis ao direito real de laje.

Antes de adentrarmos nas divergências sobre a natureza jurídica do direito real de laje, se este seria direito real autônomo sobre coisa própria ou

direito real sobre coisa alheia impende-nos fazer um breve esclarecimento acerca de 2 importantes institutos que guardam pertinência jurídica com o instituto do direito real de laje, quais sejam, o direito de propriedade e o direito de superfície. O 1º instituto diz respeito a propriedade plena e os poderes e ônus dela decorrentes tais como uso, gozo e disposição da coisa e o direito de reaver a coisa de quem quer que injustamente a possua ou detenha. A regulamentação do instituto supracitado encontra fins nos artigos 1228 a 1276 do Código Civil. O direito de superfície consiste na seguinte situação fático-jurídica: o proprietário cede a outrem o direito de plantar ou de construir em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis e sua regulamentação legal está insculpida nos arts. 1369 a 1377 do Código Civil e na Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). (CÓDIGO CIVIL, 2002); (LEI 10257/2001, 2001)

Os que defendem que ela seria um direito real autônomo o fazem, segundo entendimento de Giordano Alan Barbosa Sereno porque além de ter previsão legal expressa e regulamentação própria (arts. 1225, XIII e arts. 1510-A a 1510-E ambos do Código Civil de 2002) ela é constituída sobre coisa própria e de forma autônoma e independente. Vale dizer a laje é erigida de forma independente da construção-base e os proprietários da construção-base e da laje não se confundem. O titular da laje é um novo proprietário. Ao titular da laje fica assegurado o direito de registra-la no Cartório de Registro de Imóveis obtendo uma matrícula distinta daquela proveniente da construção-base. (SERENO, 2018)

Sendo um direito real autônomo e constituído sobre coisa própria a laje teria o condão de conferir ao seu titular os direitos que são inerentes ao proprietário. Nessa esteira, aduz o autor supracitado teria o titular da laje os direitos de usar, gozar, dispor e reivindicar o bem, ou seja, os poderes da propriedade plena. Por fim, para os defensores dessa corrente o direito real de laje não seria constituído sobre coisa alheia uma vez que não se submete à hipoteca prevista no art. 1473 do Código Civil tal como ocorre com a propriedade superficiária. (SERENO, 2018)

Os argumentos de que o direito real de laje seria um direito real autônomo constituído sobre coisa alheia é que ele se assemelha ao direito real de superfície conforme posicionamento de Giordano Alan Barbosa Sereno. O que ocorre nesta situação é que o proprietário da construção-base cede a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que se erga a laje. O que ocorreria nesse caso seria uma cessão da superfície tal como ocorre com a propriedade superficiária. Desse modo, o titular da laje não seria proprietário da mesma, assim como o superficiário não é dono do terreno onde planta ou constrói. (SERENO, 2018)

Ponderam também os defensores deste posicionamento, em especial, o entendimento de Giordano Alan Barbosa Sereno de que a laje é direito real constituído sobre coisa alheia vez que do ponto de vista topográfico o aludido direito encontra-se na parte no Código Civil que trata da dos direitos reais das coisas. Fosse intenção de o legislador configurá-lo como direito real sobre coisa própria estaria ele inserto no Código Civil a partir ao artigo 1228, pois é a partir desse dispositivo que começa a regulamentação acerca do direito de propriedade. (SERENO, 2018)

Segundo Giordano Alan Barbosa Sereno o direito real de laje é um direito real sobre coisa alheia vez que possui similitude conceitual e estrutural ao direito de superfície na modalidade de sobrelevação e de sobre-edificação. Assim o que ocorre é que o titular da laje edifica sobre ou sob uma construção-base e não sobre ou o sob o solo. Assim a laje seria uma cessão de superfície (cessão do direito de construir) e não configuraria direito real sobre coisa própria. (SERENO, 2018)

Outro argumento do autor supra na defesa do direito real de laje como direito real sobre coisa alheia é que o proprietário da construção-base (cedente ou lajeiro) pode exercer os direitos da propriedade plena sobre a laje cabendo(usar, gozar, dispor e reivindicar o bem) ao passo que ao titular do direito real de laje(cessionário lajeário) cabe apenas os direitos de uso e fruição (uso, gozo e disposição da coisa) uma vez que não há disposição expressa no sentido de a este ser possível o direito de

reaver ou reivindicar a coisa de terceiros. (SERENO, 2018)

Exposa Giordano Alan Barbosa Sereno no acatamento da posição que o direito real de laje é direito real sobre coisa alheia uma vez que não há atribuição de fração ideal de terreno ou a participação em áreas já edificadas ao titular da laje. Conclui o autor supra que justamente por não ser o solo incluído no direito real de laje não seria este um direito real sobre coisa própria e assim não poderia ser aplicado ao direito real de laje as regras que disciplinam o condomínio, salvo as que concernem ao rateio de despesas. (SERENO, 2018)

Por fim, na defesa de que o direito real de laje seria um direito sobre coisa alheia pondera Giordano Alan Barbosa Sereno é que em caso de ruína da construção-base desapareceria a laje, ficando o titular desta desprovido de qualquer forma proprietária. As exceções seriam a reconstrução da construção- base no prazo de cinco anos e quando a laje instituída sobre o subsolo não tiver sido afetada pelo evento extintivo. Assim ficaria evidenciado que a laje é um direito acessório que desaparece quando extinto o direito principal (construção-base). (SERENO, 2018)

Ante o exposto fica evidente que as temáticas concernentes à natureza jurídica do direito real de laje e suas particularidades possuem contornos ainda controversos e desse modo despertam a atenção da comunidade acadêmica e de interessados no assunto.

4.2 DO DIREITO REAL DE LAJE VERTICAL E DA POSSIBILIDADE DO DIREITO DE LAJE HORIZONTAL

Infere-se da inteligência do disposto no art.1510-A e §1º do Código Civil (CC/2002) que o legislador pátrio determinou de forma expressa ser possível o direito real de laje vertical vez que o titular da construção-base pode ceder a superfície superior ou inferior de sua construção para que o titular da laje mantenha unidade distinta da primitiva construção no solo.

Ademais de acordo com os dispositivos acima mencionados o direito real de laje é admitido em projeção vertical e deve contemplar o espaço aéreo e o subsolo que lhes são correspondentes.

A questão que se pretende adentrar é se seria cabível o direito real de laje horizontal. Entenda-se como direito real de laje horizontal aquela construção que tomada em projeção horizontal foi construída e encontra-se dentro do mesmo terreno da construção base.

Para Olivar Vitale não é possível o direito de laje horizontal. Para o aludido autor o direito real de laje deve sempre ocorrer em projeção vertical, ou seja, de forma ascendente ou descendente e deve sempre estar acoplado a uma construção base. Aduz ainda este autor que o direito real de laje não se limita ao que está acima da construção (espaço aéreo ou sobressolo de um imóvel), mas também abrange o seu subsolo. (VITALE, 2017)

Para Cristiano Chaves de Farias também não é possível o direito real de laje horizontal. Entende o mencionado autor que o direito real de laje, o popular “puxadinho”, deve também ocorrer em projeção vertical e deve sempre possuir acesso autônomo e independente em relação à construção-base. Dessa forma não se confundem e nem misturam a construção-base e o direito real de laje. Conclui ele dizendo que ao titular do direito real de laje fica assegurado o registro deste no Cartório de Registro de Imóveis com abertura de matrícula própria sobreposta ao registro da construção-base. (FARIAS, 2017)

Dessa forma e de acordo com os posicionamentos expostos acima uma linha de raciocínio que é possível tecer, mas não de maneira absoluta, vez que o tema ainda é fruto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais é no sentido de que não é cabível o direito de laje horizontal, ou seja, aquele entendido como construído dentro do mesmo lote(construção-base) e cujo acesso não é distinto daquele utilizado pelo proprietário da construção-base. É necessário para a configuração do direito real de laje seja este tomado em projeção vertical (ascendente ou descendente em relação à construção-base). e possuidor de acesso

autônomo e independente (unidade imobiliária autônoma) em relação à construção-base.

4.3 DO DIREITO REAL DE LAJE EM TERRENOS PÚBLICOS E DA POSSIBILIDADE DA USUCAPIÃO

Quando falamos em terrenos públicos são os de propriedade do Estado (União, Distrito Federal, Estados e Municípios) e os de sua administração indireta (autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas).

Pela inteligência do disposto no artigo 1510-A, §1º do Código Civil é possível a instituição do direito real de laje em terrenos públicos por vontade expressa do legislador pátrio.

Tema que iremos explorar agora é o que diz respeito à possibilidade da usucapião no direito real de laje. Impende esclarecer inicialmente que o instituto da usucapião encontra fincas no Código Civil pátrio (arts. 1238 a 1262) e consiste em aquisição da propriedade móvel ou imóvel pelo decurso de determinado período de tempo e observância dos requisitos da lei. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald a usucapião é “modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais, pela posse prolongada da coisa, acrescida de demais requisitos legais”. (FARIAS, 2012, p. 396)

Muito embora não haja previsão legal expressa acerca da possibilidade da usucapião no direito real de laje, aduz Mariana Gonçalves ser possível a aquisição do direito real de laje por meio da usucapião. A aludida autora entende que com o preenchimento dos requisitos (lapso temporal, posse mansa e pacífica e “animus domini”) pode ser adquirida a propriedade do direito real de laje por meio da usucapião. (GONÇALVES, 2019)

Entende ainda Mariana Gonçalves que a usucapião no direito real de laje seria admissível em todas suas modalidades, inclusive, extrajudicial.

Por fim entende ela que a possibilidade de usucapir no direito real de laje se coadunaria com o princípio da constitucionalização do direito civil e de modo especial em conferir efetividade ao direito social de moradia previsto no caput do artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. (GONÇALVES, 2019); (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Vale ainda dizer que está insculpido no Enunciado 627 da VIII Jornada de Direito Civil entendimento de que é possível no direito real de laje a usucapião. Ou seja, pode-se adquirir a propriedade da laje por meio da usucapião. Por fim, ainda, um Juiz de Direito da comarca do Recife concedeu por meio de sentença, no ano de 2017, o direito real de laje a um autor que propôs demanda com o escopo de obter provimento jurisdicional que lhe assegurasse o aludido direito. “In verbis” um trecho da sentença: (JUSTIÇA ESTADUAL, 2017) e (ARRUDA, 2017):

[...] parte final: Ante o exposto, atento ao que mais dos autos consta e aos princípios de Direito aplicáveis à espécie, além de estar em conformidade com o art.1.242 do Código Civil, julgo procedente o pedido formulado na Ação de Usucapião nº0027691-84.2013.8.17.0001, para declarar a ocorrência da prescrição aquisitiva e, em decorrência, constituir o domínio da parte autora sobre o imóvel indicado na inicial, devendo esta sentença, juntamente com a sua certidão de trânsito em julgado, servir de título para a averbação ou registro (art.172 da Lei de Registros Públicos) oportunamente, no Cartório de Registro de Imóveis competente, pagos os emolumentos e respeitadas as formalidades legais. Por outro lado, julgo improcedente o pedido de usucapião de formulado na Ação de Usucapião nº 0071376-44.2013.8.17.0001, ao tempo em que reconheço o Direito de Laje da casa 743-A à autora, nos termos

do art.1.510-A do Código Civil, devendo o imóvel referido ser registrado com matrícula própria, pagos os impostos e emolumentos e respeitadas as formalidades legais. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Custas satisfeitas. Sem honorários. Após o trânsito em julgado desta decisão, arquivem-se os autos. Recife, 14 de julho de 2017. Rafael de Menezes Juiz de Direito.” (ARRUDA, 2017)

4.4 DA EXISTÊNCIA DE NORMAS MUNICIPAIS URBANÍSTICAS E/OU EDILÍCIAS (MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE) QUE REGULAMENTAM O DIREITO REAL DE LAJE E DA SUA PRESCINDIBILIDADE OU NÃO PARA A INSTITUIÇÃO DO MENCIONADO DIREITO

Segundo a dicção do art.1510-A, §5º do nosso Código é facultado aos municípios e ao Distrito Federal a edição de legislação sobre posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito real de laje. Aduz Giuliana Vieira que a constituição e registro do direito real de laje no Cartório de Registro de Imóveis independem da observância das normas urbanísticas/ edilícias. Entretanto, a autora acredita que em respeito ao disposto no Código Civil, outras construções futuras derivadas da laje dependerão do “habite-se” ou de outro documento autorizativo do Poder Público Municipal para que sejam averbadas no competente cartório, bem como, o direito de construir/edificar e de ocupar a laje também o são. (CARDOZO,2017)

Interpretação similar é a de Carlos Eduardo Elias de Oliveira que entende que a instituição do direito real de laje e conseqüente registro no Cartório de Registro de Imóveis independem da observância das normas

urbanísticas/edilícias. O mencionado autor, contudo, se manifesta no sentido de que a averbação de construções futuras (que tenham como base a laje) devem se submeter às normas urbanísticas/edilícias expedidas pela municipalidade, assim como o direito de construir/edificar e de ocupar a laje também se subsumir a um permissivo legal municipal. (OLIVEIRA, 2017)

Em pesquisa a legislação estadual (Estado de MG) e municipal (município de Belo Horizonte) no que concerne a existência de normas urbanísticas/edilícias que digam respeito ao direito real de laje ao que parece ainda não foram editadas. Contudo, por se tratar de tema relativamente recente introduzido no ordenamento jurídico e possuidor de relevância social e jurídica nos faz crer que os Poderes Públicos no seu mister legislativo irão se manifestar de forma concreta no sentido de regulamentar o tema.

Pode-se inferir com base no exposto acima que o legislador pátrio ao instituir o direito real de laje buscou resguardar juridicamente a situação de pessoas que geralmente se encontram em situação de vulnerabilidade socioeconômica, condição esta, que infelizmente assola nosso país. O registro do aludido direito constitui-se em verdadeiro poder-dever conferido ao postulante à titularidade da laje vez que lhe trará as consequências jurídicas que um registro público produz, quais sejam, autenticidade, segurança, eficácia e publicidade ao mencionado ato jurídico.

5. RESULTADOS

Por se tratar de tema relativamente recente introduzido no ordenamento jurídico, o direito real de laje ainda possui controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, o que de forma bastante positiva foi usado como móvel para a elaboração do presente estudo.

A abordagem feita de forma direta sobre assuntos relevantes

relacionados ao direito real de laje tais como natureza jurídica do mesmo, possibilidade do direito real de laje horizontal, direito real de laje em terrenos públicos e usucapião; e existência de normas municipais (município de Belo Horizonte) que tratam do referido direito nos mostram que o aludido instituto foi editado com o fim de “solucionar” e resguardar a situação daquele que reside ou edifica sua laje. Geralmente são pessoas em situação de vulnerabilidade socioeconômica e o Estado valendo-se de seu papel social e político está tentando (ou tentou) por meio da instituição do direito real de laje proteger essas pessoas.

Não pretendendo exaurir a temática sobre o direito real de laje e questões importantes a ele relacionadas, por serem ricas e complexas, do exame feito neste artigo pode-se deduzir que a criação do mencionado instituto foi de bom tom vez que possui uma veia humanística por detrás (“boa vontade” do legislador em proteger juridicamente uma camada socioeconômica específica), contudo, ainda é necessário que seja aguardado um lapso temporal a fim de que se possa aferir a efetividade e eficiência do direito real de laje como mecanismo de promoção e acesso ao direito de propriedade e regularização fundiária.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a analisar o instituto do direito real de laje e questões correlatas importantes, tais como a natureza jurídica do mesmo, a possibilidade do direito de laje horizontal, direito real de laje em terrenos públicos e usucapião, bem como acerca da existência de normas municipais (município de Belo Horizonte) que disciplinam o direito supracitado. Após análise verificou-se que o direito real de laje decorreu em grande medida da ausência de política pública habitacional focada nas classes menos favorecidas. A falta de habitação pela população de baixa renda gerou a reação de auto inclusão no espaço da cidade. Os moradores dos aglomerados e das favelas utilizaram modelos do mercado

semelhantes àqueles existentes no ordenamento formal, inserindo-se, de certa forma, no modelo econômico que dita as diretrizes sociais, das quais, do ponto de vista formal, estariam completamente excluídos. Foram adiante, com a crescente escassez do solo urbano criaram figuras jurídicas para suprir sua necessidade de moradia, como é o caso do Direito de Laje. O reconhecimento do Direito de Laje por parte do Estado (Poder Público) é, sem dúvidas, um avanço. Sua positivação, contudo, não é suficiente, por si só, para garantir o direito à moradia. No mais, a leitura dos dispositivos que tratam sobre o Direito Real de Laje tem de ser feita de maneira sistemática, a atentar para o fato de que a legislação que o positivou visa a regularização fundiária. Não é de se olvidar que a supracitada lei tem como foco principal a titulação dos moradores(poder-dever de registrar o direito real de laje) que vivem em núcleos urbanos informais. No que tange a natureza jurídica do instituto supracitado, podemos afirmar que diante de um direito relativamente novo para o nosso ordenamento jurídico ainda teremos muitas dissonâncias doutrinárias e jurisprudenciais, pois, ante o exposto fica evidente que as temáticas concernentes à natureza jurídica do direito real de laje e suas particularidades possuem contornos ainda controversos, sendo assim, não podendo afirmar que a natureza jurídica do direito de laje seria um direito real autônomo e constituído sobre coisa própria ou um direito real sobre coisa alheia, desse modo o tema ainda irá protagonizar muitas discussões e estudos acerca de sua natureza jurídica. Diante da possibilidade do direito real de laje vertical, conforme descrito pelo legislador de forma expressa no (CC,2002), analisamos também se há possibilidade de um direito de laje horizontal, e de acordo com os posicionamentos de Olivar Vitale e Cristiano Chaves de Farias, o direito de laje deve ser em projeção vertical, de forma ascendente ou descendente, acoplado a uma construção base, possuir acesso autônomo e independente. Sendo assim, podemos concluir, mas não de forma absoluta que não é possível haver um direito de laje horizontal. Analisando o direito de laje em terrenos públicos e da possibilidade da usucapião, observamos que no primeiro

ponto, por vontade expressa do legislador pátrio o (CC/2002) em seu artigo 1510-A, §1º prevê tal possibilidade, porém ainda não há previsão legal acerca da possibilidade de usucapião em direito de laje, contudo, nos entendimentos de Mariana Gonçalves, cumprindo os requisitos legais da usucapião, há possibilidade da usucapião em direito de laje, nesse contexto, ainda temos o Enunciado 627 da VIII Jornada de Direito Civil entendimento de que é possível adquirir o direito real de laje por via da usucapião. Ou seja, pode-se adquirir a propriedade da laje por meio da usucapião. Segundo o nosso código em seu artigo art.1510-A, §5º, é facultado aos municípios e ao Distrito Federal a edição de legislação acerca de posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito de laje, contudo, pesquisando a legislação estadual de MG e a legislação municipal de BH (Belo Horizonte), não encontramos normas que disciplinam sobre o tema aqui exposto. Concluimos que acerca do artigo aqui descrito ainda é cedo para se afirmar categoricamente se o Direito Real de Laje cumprirá seu fim precípua de regularização fundiária. Tal dado só poderá ser apurado com o decorrer do tempo, com a tentativa de aplicação do instituto aos casos concretos.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Sande Nascimento de. Direito real de laje: um instrumento de inclusão urbana e de reconhecimento ao direito humano a moradia. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/direito-real-de-laje-um-instrumento-de-inclusao-urbana-e-de-reconhecimento-ao-direito-humano-a-moradia/> Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei 10.406/2002. Artigo 1228. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.

htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil/1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. JUSTIÇA FEDERAL. VIII Jornada do Direito Civil. Enunciado 627: O direito real de laje é passível de usucapião. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. Lei 10257/2001 (Estatuto da Cidade). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

CARDOZO, Giuliana Vieira S. Direito Real de Laje: sua instituição independe do respeito às normas urbanísticas municipais. Disponível em: <https://giulianavieiradesacardozo.jusbrasil.com.br/artigos/514638237/direito-real-de-laje-sua-instituicao-independe-do-respeito-as-normas-urbanisticas-municipais>. Acesso em: 25 abr. 2020.

COELHO, Camila Bottaro Sales. Breve comentário sobre o direito real de laje e seus aspectos controvertidos. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/breve-comentario-sobre-o-direito-real-de-laje-e-seus-aspectos-controvertidos/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

FARIAS Cristiano Chaves de. O Puxadinho Virou Lei: a Lei n.13.465/17 e a disciplina do direito real à laje. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/07/14/o-puxadinho-virou-lei-lei-n-13-46517-e-disciplina-direito-real-laje/>. Acesso em: 19 abr. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil (Reais). 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GONÇALVES, Mariana. É possível reconhecer o direito real de laje através da usucapião? Disponível em: <https://blogmarianagoncalves.jusbrasil.com.br/artigos/655865143/e-possivel-reconhecer-o-direito-real-de-laje-atraves-da-usucapiao>. Acesso em: 21 abr. 2020.

MENEZES, Rafael de. Direitos reais Prof. Rafael de Menezes. Disponível em: <http://rafaeldemenezes.adv.br/aula/direitos-reais/aula-1-2/>. Acesso em: 02 mai. 2020.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. O que é o direito real de laje à luz da Lei 13.465/2017? (parte 2) Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-25/direito-civil-atual-direito-real-laje-luz-lei-134652017-parte>. Acesso em: 25 abr. 2020.

SERENO, Giordano Alan Barbosa. Análise sobre a divergência doutrinária quanto à natureza do direito real de laje. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70998/analise-sobre-a-divergencia-doutrinaria-quanto-a-natureza-do-direito-real-de-laje>. Acesso em: 17 abr. 2020.

VITALE, Olivar. Direito Real de Laje. Disponível em: <https://selecaojuridica1.jusbrasil.com.br/artigos/557453357/direito-real-de-laje>. Acesso em: 19 abr. 2020.

DA TRANSFERÊNCIA - OU NÃO - DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE IPTU

*Júlia Martins da Costa Drumond*¹⁶⁵

*Vinícius Alexandre de Oliveira Santana*¹⁶⁶

RESUMO: O presente trabalho traz, primeiramente, uma abordagem acerca do IPTU no que se refere ao seu histórico e natureza jurídica, a fim de se examinar este tributo enquanto norma jurídica. Em seguida, são expostas as fundamentações e requisitos para configurar-se como sujeito responsável pelo pagamento do referido tributo. Analisa-se as situações e as práticas comumente utilizadas à luz da Constituição, da Lei do inquilinato, do Código Tributário Nacional e do Código Civil, da doutrina e jurisprudência. Conclui-se, por fim, que o sujeito ativo no pagamento do IPTU é o locador e que a transferência de responsabilidade do ato poderá ocorrer, desde que haja previsão contratual expressa que verse acerca desta possibilidade. Ademais, por força de lei, ainda que exista previsão contrária no contrato de locação, o locador sempre será o responsável perante o fisco. Destarte, esta previsão não invalida o contrato, que deve ter sua execução discutida na área cível. Desta forma, destaca-se ainda os cuidados e precauções que devem ser observadas quando as partes optam por transferir essa responsabilidade de pagamento.

Palavras-chave: IPTU. Tributo. Imposto. Lei do Inquilinato. Transferência de responsabilidade. Pagamento. Proprietário. Locador. Locatário. Previsão contratual. Negócio jurídico. Contrato. Segurança jurídica.

165 Advogada. Pós graduanda em Direito Civil Aplicado no IEC – PUC Minas Praça da Liberdade. E-mail: juldrumond@gmail.com

166 Advogado. Pós graduando em Direito Civil Aplicado no IEC – PUC Minas Praça da Liberdade. E-mail: viniciusalexandre1@icloud.com

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, no artigo 156, inciso I, outorgou aos Municípios a competência para criar imposto sobre propriedade predial e territorial urbana, tendo como hipótese de incidência a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel com localização em zona urbana municipal.

O direito de propriedade, constitucionalmente consagrado, é o direito de usar, gozar e possuir bens e dispor deles da maneira que lhe convir, conforme disposto no artigo 1.228 do Código Civil.

A posse é o poder de fato, sob proteção jurídica, que é exercido sobre uma coisa, refletindo o exercício de poderes inerentes à propriedade. O artigo 1.196 do Código Civil leciona que o possuidor é “aquele que tem fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”.

O domínio útil diz respeito à quando o proprietário, despojando-se dos poderes de uso, gozo e disposição da coisa, concede-os a um terceiro. Apesar de não ser o proprietário, o titular do domínio útil exerce direito sobre o imóvel, qual seja, o decorrente da utilização, fruição e disposição.

Segundo o doutrinador Eduardo Sabbag, a propriedade não se confunde com a locação, pois, o locatário, embora possuidor, não se enquadra nem como contribuinte, nem como responsável tributário do IPTU. A definição do artigo 34 do CTN não deixa restar qualquer dúvida quem são os sujeitos passivos do IPTU.

Desse modo, constata-se que o requisito indispensável para se tenha a responsabilidade de pagamento pelo IPTU é o *animus domini*¹⁶⁷, ou seja, a intenção de ser dono ou agir como dono do imóvel. Portanto, basta que exista a propriedade, o domínio útil ou a posse de um imóvel para que o imposto seja devido. Com efeito, o locatário, não possuindo

167 Expressão em latim que significa a intenção agir como dono. A expressão é muito utilizada no campo jurídico para indicar a intenção de possuir, de ser dono. Posse *animus domini* traduz-se como intenção de obter o domínio da coisa.

o *animus domini*, é mero detentor de coisa alheia e jamais poderá ser contribuinte do imposto.

Desta forma, adentramos ao nosso tema. Na relação imobiliária, principalmente no que concerne à relação entre locadores e locatários, há várias nuances que alimentam dúvidas das partes contraentes e a questão da responsabilidade do pagamento do IPTU pode ser dúvida frequente neste cenário. Afinal de contas, qual das partes deve arcar com o pagamento do referido tributo? Essa responsabilidade pode ser transferida entre os sujeitos envolvidos no instituto jurídico do contrato de locação?

2. A TRANSFERÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE IPTU

O IPTU é um imposto municipal voltado a propriedades com construção no meio urbano. Portanto, leva-se em consideração a área perimetral da propriedade, bem como a estrutura física da região que o imóvel está fixado.

O artigo 32 do Código Tributário Nacional prevê o fato gerador do tributo:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de

águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

Ademais, os artigos 34 e 35 do Código Tributário Nacional estabelecem que:

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

Parágrafo único. Nas transmissões causa mortis,

ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários.

No mesmo sentido, a Lei do Inquilinato (Lei nº 8245/91) reitera, em seu artigo 22, as obrigações do locador:

Art. 22. O locador é obrigado a:

I - entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina;

II - garantir, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado;

III - manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel;

IV - responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação;

V - fornecer ao locatário, caso este solicite, descrição minuciosa do estado do imóvel, quando de sua entrega, com expressa referência aos eventuais defeitos existentes;

VI - fornecer ao locatário recibo discriminado das importâncias por este pagas, vedada a quitação genérica;

VII - pagar as taxas de administração imobiliária, se houver, e de intermediações, nestas compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou de seu fiador;

VIII - pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato;

IX - exibir ao locatário, quando solicitado, os comprovantes relativos às parcelas que estejam sendo exigidas;

X - pagar as despesas extraordinárias de condomínio.

Parágrafo único. Por despesas extraordinárias de

- condomínio se entendem aquelas que não se refiram aos gastos rotineiros de manutenção do edifício, especialmente:
- a) obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel;
 - b) pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas;
 - c) obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício;
 - d) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação;
 - e) instalação de equipamento de segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer;
 - f) despesas de decoração e paisagismo nas partes de uso comum;
 - g) constituição de fundo de reserva.

Observa-se que a parte final do inciso destacado prevê a estipulação contratual em contrário, ou seja, autoriza as partes a negociarem de modo diverso ao previsto inicialmente, como forma de viabilizar a locação.

Ademais, o artigo 25 da Lei do Inquilinato admite o repasse deste pagamento ao locatário, nos seguintes termos:

Art. 25. Atribuída ao locatário a responsabilidade pelo pagamento dos tributos, encargos e despesas ordinárias de condomínio, o locador poderá cobrar tais verbas juntamente com o aluguel do mês a que se refiram.

Parágrafo único. Se o locador antecipar os pagamentos, a ele pertencerão as vantagens daí advindas, salvo se o locatário reembolsa – lo integralmente.

Sendo assim, percebe-se que, apesar da transferência de

responsabilidade parecer, à primeira vista, ilegal, essa ilegalidade vai depender do modo da realização da negociação e do compromisso firmado no contrato de locação. Haja vista que, geralmente a obrigação do pagamento de impostos venha a gerar é de responsabilidade do proprietário do imóvel/locador.

Uma vez determinado que o valor a ser pago pelo tributo ficará sob responsabilidade do inquilino, há duas maneiras de realizar a transferência do encargo. Uma das opções é que seja combinado que o locatário se encarregará do pagamento utilizando o carnê emitido pela prefeitura, que ficará sob o domínio do próprio. Isso poderá ser feito mensalmente ou por uma única vez. A segunda forma é incorporar o valor da taxa aos aluguéis. Desse modo, a guia para o pagamento do referido imposto fica em posse do dono do imóvel, que o pagará e será reembolsado quando o inquilino realizar o pagamento do aluguel.

A legislação vigente permite a transferência da responsabilidade, mediante previsão contratual, inclusive com as informações sobre a forma de pagamento, como por exemplo se será quitado com acréscimo aluguel ou pelo próprio carnê da prefeitura. Se o proprietário quitar o imposto e posteriormente cobrar o inquilino, deverá cobrar o valor idêntico àquele pago ao município, independente da forma que o fez. Caso o inquilino não pague o valor devido, o locatário, terá a possibilidade de pedir a devolução do imóvel, através da ação de despejo, bem como poderá ajuizar uma execução para reaver o valor, sob o fundamento de descumprimento de cláusula contratual.

É importante ressaltar o contrato de locação, o qual se transfira a responsabilidade de pagamento do imposto, deve ser feito com cuidado para resguardar os direitos do locador. Desta forma, o proprietário poderá promover as ações cabíveis e necessárias para o devido cumprimento do acordado, bem como evitará a inscrição do seu nome na dívida ativa e eventual demanda por parte da Fazenda.

Uma decisão da 1ª Turma do STJ já reiterou posição no sentido de que não se pode imputar ao inquilino legitimidade ativa para responder

pelo IPTU perante o Fisco. Cabe ao dono do imóvel o pagamento de despesas extraordinárias de condomínio e fornecimento de recibos pelos valores recebidos a título de aluguel. O relator do recurso observou ainda que, mesmo havendo previsão expressa que transfira a obrigação do pagamento, o proprietário do imóvel não pode invocar essa cláusula para se eximir de sua obrigação legal perante o Fisco e ressaltou ainda a Súmula 614¹⁶⁸ do STJ, que dispõe sobre o sujeito passivo do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU e pacificou a interpretação de que o locatário não possui legitimidade ativa para discutir a relação jurídico-tributária de IPTU e de taxas referentes ao imóvel alugado, nem para reaver e ou pedir a devolução de valores pagos a maior.

Conforme a súmula 614, quaisquer questões referentes ao IPTU somente podem ser discutidas junto à fazenda municipal pelo proprietário do imóvel, valendo-se a regra também nos casos de cobrança do imposto por parte do município. Esta consolidação reafirmou posicionamento do STJ quanto à definição dos sujeitos passivos na relação jurídica do IPTU, mas que comumente gera dúvidas acerca desta matéria.

O entendimento dos tribunais e a referida súmula não são capazes de anular a disposição contratual estabelecida entre as partes ao celebrarem o negócio jurídico do contrato de locação, desta forma, o locador poderá se valer da autonomia contratual a fim de garantir a cobrança, diretamente do locatário, referente aos valores desembolsados para o pagamento do imposto municipal.

3. DA AUTONOMIA E GARANTIA CONTRATUAL

A autonomia da vontade é um conceito utilizado para se referir à única fonte da obrigação contratual: a vontade das partes. A vontade das partes é, além da fonte, núcleo e legitimação da relação jurídica, e não a lei. Desta forma, a força que vincula e ou obriga as partes a cumprirem

168 STJ. 1ª Seção. Aprovada em 09/05/2018, DJe 14/05/2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>

o contrato fundamenta-se na vontade livremente estipulada pelas partes perante o instrumento jurídico, cabendo à lei apenas assegurar os meios que levem ao cumprimento da obrigação. As partes possuem liberdade para acordarem e ou optarem ou não por contratar, os sujeitos e as formas do instrumento jurídico.

A autonomia da vontade é composta pela liberdade contratual. Isto quer dizer que os sujeitos do contrato são livres para abster ou exteriorizar suas vontades da forma que pretenderem. Ou seja, a liberdade é pressuposto da vontade que, por sua vez, é fonte da obrigação e legitima o contrato. Destaca-se que esta liberdade não admite que o contrato e suas cláusulas contrariem regras imperativas decorrentes de legislação.

Outro elemento que compõe a autonomia da vontade é a força obrigatória dos contratos. Sob esta perspectiva, uma vez manifestada a vontade, o contrato liga as partes, que não poderão se desvincular dele, salvo se acordarem as desobrigações, por força maior ou caso fortuito. A vontade é o elemento que vincula os indivíduos.

Destarte, a legislação deve visar a garantia da livre vontade e reconhece-la como força vinculante. Da mesma forma, o juiz deve respeitar o instrumento jurídico do contrato, sem modificar ou adequar suas literalidades. Não havendo vício de consentimento, ou seja, se a vontade das partes forem livres, conscientes e manifestadas sem influências coatoras, gera-se uma obrigação espontânea que só deverá ser modificada pelas partes vinculadas aos efeitos do contrato.

Neste caso, onde discute-se a possibilidade, ou não, da transferência de responsabilidade do pagamento de IPTU, cabe observarmos que, uma vez expressamente em contrato assumida, pelo inquilino, a obrigação de pagar o tributo e, não sendo esta disposição contratual satisfeita, nada impede o locador de executar o contrato, a fim de cobrar seu inquilino o pagamento das verbas referentes ao IPTU não quitado.

Sobre o tema, dispõe o art. 123 do Código Tributário Nacional que:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as

convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Neste sentido, as disposições contratuais *inter partes*¹⁶⁹ feitas entre o locador e locatário nada representam para o fisco, que deve se pautar na lei para consecução de seu mister, mas são totalmente eficaz entre o inquilino e seu senhorio, até mesmo por uma questão de segurança jurídica, já que visa a autonomia do contrato estipulado entre as partes.

4. CONCLUSÃO

Analisando o Código Tributário Nacional, mais especificadamente o seu artigo 34, observamos o tratamento do IPTU como um tributo que se refere diretamente à propriedade. Dessa forma, o locador deve ser o responsável pelo pagamento do referido tributo, e não o locatário.

A Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/1991), por sua vez, em seu artigo 22, inciso VIII, prevê a responsabilidade do locador de pagar os impostos e taxas que venham a incidir sobre o imóvel, salvo se de outra forma for estabelecido em contrato. Desta forma, deduz-se a possibilidade das partes - proprietário e inquilino – acordarem a inclusão de uma cláusula, no contrato de locação, acerca da transferência da responsabilidade do pagamento do IPTU ao locatário, inclusive junto a outras despesas, como aluguel e condomínio.

Isto posto, notamos que a legislação, em regra, atribui e vincula a obrigação ao proprietário do imóvel a obrigatoriedade do pagamento, outrossim, de forma específica, também autoriza a transferência desta responsabilidade, desde que haja previsão expressa que contemple

169 Expressão usada no meio jurídico, que designa que o efeito de atos legislativos são restritos àqueles que participaram da respectiva ação judicial.

a matéria, inclusive que estipule acerca das formas e como se dará o pagamento.

A doutrina e a jurisprudência majoritárias concordam que o contribuinte do IPTU é sempre o proprietário, ainda que haja previsão contratual que estabeleça a responsabilidade ao inquilino. Mesmo com previsão contratual expressa que transfira ao locatário a responsabilidade pelo pagamento de impostos, o proprietário do imóvel não pode invocar essa cláusula perante o Fisco, pois responde pelo débito.

Destarte, um eventual inadimplemento da arrecadação repercutirá em cobrança ao dono do imóvel, independentemente de acordo e ou definição no contrato de aluguel entre as partes. Neste caso, a fim de garantir as prerrogativas contratuais e corroborar para a segurança jurídica dos negócios jurídicos, a transferência da responsabilidade do pagamento do IPTU poderá ser tratada no âmbito cível. Entretanto, é aconselhado, primeiramente, que o proprietário quite a dívida para que posteriormente acione o inquilino judicialmente, a fim de reaver os valores devidos. Desta maneira, evita-se a incidência de multa, correção monetária, juros mensais, restrições no CPF e até mesmo a execução de bens ou perda do imóvel, por quanto perdue a discussão judicial. Ainda, em caso de inadimplência da obrigação que foi assumida pelo locatário no contrato, o locador/proprietário poderá requerer a entrega imediata do imóvel, valendo-se das medidas judiciais pertinentes.

Este é apenas um dos elementos que devem ser observados pelas partes no que tange à estipulação e negociação de um contrato de locação. Isso posto, é extremamente importante a consulta prévia à um advogado, visando resguardar o máximo os direitos, obrigações e expectativas envolvidas.

REFERÊNCIAS

BARTO, Gabriel. A responsabilidade do pagamento do Imposto sobre a propriedade territorial urbana – IPTU. Disponível em <<https://gabrielbarto.jusbrasil.com.br/artigos/549893119/a-responsabilidade-do-pagamento-do-imposto-sobre-a-propriedade-territorial-urbana-iptu?ref=serp>> Acesso em: 08 mai. 2020

BATISTUTE, Peloi. O IPTU no contrato de locação. <<https://batistutepeloi.jusbrasil.com.br/artigos/317933387/o-iptu-no-contrato-de-locacao?ref=serp>> Acesso em: 07 mai. 2020

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº. 5172, de 25 de outubro de 1966. Sistema Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm> Acesso em 30 abri. 2020

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em 30 abri. 2020

BRASIL. Lei nº.8245, de 18 de outubro de 1991. Lei do Inquilinato. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm> Acesso em 30 abri. 2020

CONTI, Maurício. STJ explica desentendimentos entre locador e locatário. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-out-11/stj-explica-desentendimentos-judiciais-entre-locador-locatario>> Acesso em: 12 mai. 2020.

CORREA, Talles. O locatário é responsável pelo pagamento do IPTU? Disponível em: <<https://tallescorrea.jusbrasil.com.br/artigos/698177684/o-locatario-e-responsavel-pelo-pagamento-do-iptu?ref=serp>> Acesso em: 08 mai. 2020

MATHEUS, Rodrigo. SILVARES, José Fábio Gaspues. IPTU e área urbana. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/114950/iptu-e-area-urbana>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

Migalhas - Proprietário de imóvel deverá arcar com IPTU após locação pelo município. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/266325/proprietario-de-imovel-devera-arcas-com-iptu-apos-locacao-pelo-municipio>> Acesso em 08 mai. 2020

O IPTU no contrato de locação. Disponível em:

OLIVEIRA, Tayanne. A súmula 614 do STJ e o sujeito passivo do IPTU. Disponível em: <<https://rrdireito.com.br/a-sumula-614-do-stj-e-o-sujeito-passivo-do-iptu/>> Acesso em: 10 de mai. 2020.

PIETRO, Josilene. (In)segurança jurídica e a faceta econômica da revisão judicial dos contratos. Disponível em : <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ba0c22ae21290ef8>> Acesso em 02 mai. 2020.

Prefeitura executa dono de imóvel por IPTU que ele deveria ter pago. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-13/prefeitura-executa-dono-imovel-iptu-ela-deveria-pago>> Acesso em: 07 mai. 2020

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2018.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SARTORELLI, Ricardo. IPTU de imóvel alugado: quem paga é o dono ou o inquilino? Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/>

noticias/redacao/2019/02/07/quem-paga-iptu-imovel-alugado-locador-ou-inquilino.htm> Acesso em: 07 mai. 2020.

SILVA, Giovanna Vasques. A responsabilidade pelo pagamento do IPTU de imóvel desapropriado. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78660/a-responsabilidade-pelo-pagamento-do-iptu-de-imovel-desapropriado>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

SOBANSKI, Lucas. IPTU - A responsabilidade do pagamento pode ser “transferida” ao locatário? Disponível em: <<https://lucassobanski.jusbrasil.com.br/artigos/574641510/iptu-a-responsabilidade-do-pagamento-pode-ser-transferida-ao-locatario>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

SOBANSKI, Lucas. IPTU: A responsabilidade do pagamento pode ser “transferida” ao locatário? Disponível em: <<https://lucassobanski.jusbrasil.com.br/artigos/574641510/iptu-a-responsabilidade-do-pagamento-pode-ser-transferida-ao-locatario?ref=serp>> Acesso em: 08 mai. 2020

STJ: Proprietário terá de responder por IPTU que deixou de ser pago pela prefeitura quando alugou seu imóvel. Disponível em: <<https://correio-oreense.jusbrasil.com.br/noticias/509647260/stj-proprietario-tera-de-responder-por-iptu-que-deixou-de-ser-pago-pela-prefeitura-quando-alugou-seu-imovel>> Acesso em: 12 mai. 2020.

WANDERLEY, Maira. A autonomia da vontade. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42823/a-autonomia-da-vontade>> Acesso em: 03 mai. 2020.

A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS PARTICULARES.

*Filipe Moreira da Costa*¹

*Paulo Henrique Carvalho Meira Passos*²

RESUMO: Este artigo aborda o entendimento consolidado no STJ na aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações de compra e venda de imóveis, desde que seja feita com o propósito de destinação final, ou seja, para uso próprio do Consumidor.

Palavras chave: Código Defesa do Consumidor, compra e venda, Propriedade

INTRODUÇÃO

Este artigo trata da possível aplicação do código de defesa do consumidor na aplicação da compra e venda de imóveis, sendo que o comprador, também é considerado consumidor do produto, no caso o imóvel que venha a adquirir.

Dessa forma, sendo o consumidor destinatário final do bem imóvel, mostraremos que neste caso poderá ser aplicada as normas presentes no Código de Defesa do Consumidor (CDC), o que aumentará

1 Advogado, Pós graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: filipemoreira.costa@yahoo.com.br

2 Advogado, Pós graduado em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: paulohenriquepassosadv@gmail.com

sobremaneira os direitos do comprador e suas possibilidades de recorrer contra quaisquer embaraços que venham a ocorrer na compra do imóvel.

Sendo assim, verifica-se a importância e o motivo de abordarmos um tema que em muito pode beneficiar o comprador na realização de uma aquisição imobiliária e que pouco é debatida no meio jurídico, tendo em vista que na maioria das vezes é aplicado somente as normas vigentes no Código Civil, sem abranger outras possibilidades de resguardar direitos.

1.OS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

O Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor – CDC, elaborado em consonância com a garantia constitucional trazida pelo inciso XXXII³ do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), constitui-se de um microsistema autônomo organizado para a eficaz tutela da relação de consumo, elencando diversas proteções a parte consumidora em todo o texto normativo.

Convém dizer, que, não basta às partes requererem a aplicação do CDC em um negócio jurídico de forma demasiada, no entanto, se faz necessária a análise minuciosa quanto a real existência de uma relação consumerista, por meio dos elementos subjetivos e objetivos da relação.

Para que uma relação jurídica seja caracterizada como uma relação de consumo, é preciso a presença dos elementos subjetivos (consumidor e o fornecedor) e objetivos (produto ou serviço) da relação, ao passo que a falta de qualquer um desses requisitos descaracteriza a relação jurídica de consumo, afastando-a, portanto, do âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Em suma, o CDC é um sistema que tem por base a Teoria Geral do Direito do Consumidor⁴ e visa efetivar a teoria da qualidade ou confiança positivada nos artigos 8º a 10º. Nesse sentido, expressa está a

3 Art.5º inciso XXXII CR/88 - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

4 “A teoria Geral o Direito do Consumidor trata da sua natureza jurídica, princípios, relação de

determinação da apuração incommunicável e cumulável de responsabilidade administrativa, criminal e civil do fornecedor, bem como estabelece a proteção pré-contratual, contratual e pós-contratual do consumidor. Além das proteções ao consumidor citadas, o CDC em seu artigo 7º, determina “o diálogo das fontes”, ao estabelecer que o direito do consumidor não se resume ao CDC. Nesta toada, o CDC deve estar em constante diálogo com outras Leis que possam, eventualmente, interessar a uma tutela mais justa do caso concreto.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º descreve quem são os consumidores, ao passo que em seu artigo 3º, descreve quem são os fornecedores. Vejamos:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990)

Verifica-se que o texto legislativo é claro em dizer que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, ao passo que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública, nacional ou estrangeira que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

consumo, princípios específico e regras de interpretação”. AMARAL. Luiz Otavio de Oliveira. Teoria Geral do Direito do Consumidor. 1 Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

Há casos, porém, em que, na situação concreta, embora se mostre um adquirente de produto ou serviço com destinação profissional, aplica-se o CDC em face da vulnerabilidade ou desigualdade pontual na hipótese fática bem como explica a citada decisão do STJ que deu origem a teoria finalista mitigada:

(...)Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ, também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a consumidor todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. (...) (Processo REsp 476428/SC; RECURSO ESPECIAL 2002/0145624-5. Relator (a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão julgador T3 – TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento 19/04/2005. Data da publicação/Fonte DJ 09.05.2005 P.390 RSTJ vol.193 p.336)

Nas palavras da ministra Nancy Andrigli, do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “a relação jurídica qualificada por ser ‘de consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e

de um fornecedor, de outro. (Processo REsp 476428 / SC; RECURSO ESPECIAL 2002/0145624-5 Relator (a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão julgador T3 – TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 19/04/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 09.05.2005 p. 390 RSTJ vol. 193 p. 336). ”

Nota-se que é a relação de desigualdade, fática, econômica, técnica ou informacional que justifica e determina a proteção especial do consumidor.

Logo, o que define a aplicabilidade do CDC não é a natureza objetiva do contrato, sendo este imobiliário ou arrendamento mercantil ou ainda compra e venda de imóvel, mas sim, a natureza subjetiva dos sujeitos, sendo imprescindível que se tenha um ou mais fornecedores em um polo e um ou mais consumidores no outro e, no meio, um produto ou um serviço.

Tratando-se de quem seria o destinatário final da relação (art 2º do CDC), bem como, quando o CDC deve ser aplicado, é entendimento do STJ⁵, que o destinatário final deve ser determinado através da Teoria Finalista⁶, no qual somente pode ser considerado consumidor, para fins de aplicação do CDC, o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica, excluindo da proteção do CDC, o consumidor intermediário, ou seja, aquele cujo produto retoma para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo e, portanto o preço final, de um novo bem ou serviço.

Enquanto o supracitado artigo do CDC expressa de forma clara quem são os consumidores e quem são os fornecedores, para enquadramento da sua aplicabilidade em uma relação jurídica, tornando-a consumerista, o *Codex* em seu artigo 3º §1º e 2º define o que são produtos

5 Informativos Jurisprudenciais STJ: 0441 – 0442 - 0444 – 0471 – 0510 – 0541 – 0548 – 0556 – 0600.

6 Teoria Finalista: “quem adquire no mercado de consumo o produto ou serviço; aquele em razão de quem é interrompida a cadeia de produção e circulação de certos bens e serviços, para usufruir ele mesmo, ou terceiro a quem os ceda, das respectivas funções, de modo não profissional (destinatário final econômico)” (SILVA, 2008, p. 8).

e o que são serviços, vejamos:

Art. 3º § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Portanto, para que seja aplicado o CDC é necessário verificar a luz da teoria finalista a real existência de uma relação de consumo, no qual o que define a aplicabilidade do CDC não é a natureza objetiva do contrato, sendo este imobiliário ou arrendamento mercantil ou ainda compra e venda de imóvel, mas sim, a natureza subjetiva dos sujeitos, sendo necessário que se tenha um ou mais fornecedores em um polo e um ou mais consumidores no outro e, no meio, um produto ou um serviço.

E ainda, a relação de consumo impõe um tratamento jurídico diferenciado tendo em vista à juridicamente presumida vulnerabilidade do consumidor (vulnerabilidade esta que não se resume a questões econômicas, mas pode ser compreendida igualmente como vulnerabilidade jurídica, fática ou informacional) e a conseqüente relação de desigualdade que se estabelece entre consumidores e fornecedores. Importante ressaltar que as relações entre fornecedor-fornecedor e entre consumidor-consumidor, por desenvolverem-se entre iguais, em regra, são tuteladas pelo Código Civil ao passo que as relações entre consumidor-fornecedor, em regra desiguais, são tutelados pelo sistema autônomo do CDC.

2. A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS PARA USO PARTICULAR.

Conforme exposto no tópico anterior, para que uma relação jurídica, sendo ela a compra e venda de produtos ou a contratação de serviços, seja considerada uma relação consumerista, necessário se faz a análise da existência de uma real relação de consumo pelo crivo da teoria finalista, bem como, a presença dos elementos subjetivos (consumidor e o fornecedor) e objetivos (produto ou serviço).

Nesta toada, convém expor que o Código Civil de 2002, revogou a Primeira Parte do Código Comercial, suprimiu as distinções legais entre os contratos de compra e venda civil e de compra e venda mercantil, unificando-os. Logo, não há razões fundamentais para diferenças substanciais nos contratos de compra e venda entre pessoas físicas, entre empresas (pessoas jurídicas ou não) e entre empresas e pessoas físicas. Os figurantes são sempre o vendedor e o comprador.

Ao falarmos sobre as relações de compra e venda de imóvel é necessário citar que os elementos da compra e venda são o consentimento, a coisa e o preço.

Neste sentido, o artigo 481, do Código Civil, considera perfeita a venda, desde que haja acordo sobre a coisa e sobre o preço, oferece os três elementos que compõem esse contrato: *consensus, pretium et res*, vejamos:

Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Já o artigo 482 do mesmo *Codex*, trata sobre o objeto e o preço veja:

Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço.

Ao analisarmos os artigos supracitados, é necessário expor que ambos os termos (coisa e objeto), possuem o mesmo significado na Lei, remetendo ao objeto da prestação do vendedor (proprietário). Em uma primeira análise, a coisa há de ser própria do vendedor, ainda que coisa alheia impeça a conclusão do contrato, sendo seu caráter meramente obrigacional. O consentimento deve recair sobre o objeto e o preço, objetivando alcançar o resultado do contrato, ou seja, a aquisição da bem imóvel mediante transferência do preço.

Nesta toada, se faz necessário ainda, distinguir a compra e venda do contrato preliminar de compromisso de compra e venda. O contrato de compromisso tem por objeto um futuro contrato de compra e venda, enquanto o contrato de compra e venda as partes se obrigam a transferir o domínio do bem.

Já no CDC, o termo “coisa” foi substituído por “produto”, o que significa “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, conforme preceitua o artigo 3º, § 1º do supracitado *Codex*.

Retornando ao Código Civil brasileiro, o termo coisa é usado para o contrato de compra e venda sem restrição aos objetos materiais, conforme se verifica no Livro II da Parte Geral do *Codex*, que por sua vez, matem a tradição do termo “bens”. Para fins do presente tópico, empregar-se-á o termo coisa, para utilidade de exposição.

Retomando o raciocínio, a coisa corpórea ou incorpórea, deve ser juridicamente alienável mediante contrato de compra e venda. Tratando-se de bens alienáveis, importante ressaltar que a inalienabilidade pode resultar de convenção, porém, as hipóteses mais comuns são decorrentes da própria Lei, gerando nulidade ao negócio jurídico, vejamos:

Art. 497 CC/02. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

I - pelos tutores, curadores, testamentários e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;

III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade;

IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.

Ou ainda, anulabilidade, *in verbis*:

Art. 496 CC/02. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e

Por fim, as partes firmando contrato de compra e venda, conforme exposto anteriormente, a propriedade se transfere apenas com o registro do imóvel, portanto, nosso ordenamento jurídico considera proprietário, aquele que efetivamente realizou o registro do bem no Cartório de Registro de Imóveis competente, por meio de escritura pública. Neste sentido, cita-se o artigo 1.245 do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/02), *in verbis*:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Retomando ao ponto cerne, atualmente, a negociação para a compra de imóveis pode ser realizada através de pessoa física ou jurídica diretamente com o proprietário de um imóvel, sem intermédio de uma empresa Imobiliária⁷, ou então, por meio de uma empresa imobiliária que realizará todo o trâmite para a aquisição do bem. Além das formas anteriormente citadas, a aquisição de um bem imóvel pode ocorrer pela quitação total do preço ajustado para o bem, ou então, através do contrato de financiamento junto aos bancos, além dos contratos firmados diretamente com construtoras para aquisição de imóveis diretamente na planta.

Analisando o CDC por meio da teoria finalista, bem como o Código Civil, nota-se que a compra e venda em que são partes a empresa vendedora e um adquirente como destinatário final fica sujeita à incidência da legislação de defesa do consumidor, convertendo-se as partes em fornecedor e consumidor. Assim, o antigo contrato de compra e venda, quando o comprador era consumidor, subsumiu-se no contrato de consumo, cujas normas de regência são preferenciais, visto serem especiais. Do mesmo modo, quando a empresa mercantil for compradora e destinatária final do produto - ou seja, quando a aquisição deste não tiver finalidade de revenda - será também considerada consumidora e protegida pela legislação especial.

Neste contexto o STJ⁸ considera que o CDC é aplicável aos contratos de compra e venda de imóveis, desde que o comprador seja o destinatário final do bem, portanto é possível a aplicação do CDC, inclusive, em relação à corretora imobiliária responsável pelo negócio jurídico.

Analisando friamente as hipóteses supracitadas para aquisição de um imóvel, conforme analisado no tópico anterior, para que seja aplicado

7 Empresa que se dedica à construção de edifícios e/ou ao comércio de lotes, residências, lojas, etc. (Dicionário AURÉLIO, pag. 374)

8 (STJ - AREsp: 1087225 GO 2017/0086730-5, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Publicação: DJ 05/06/2017)

o CDC, necessário se faz a presença do consumidor bem como do fornecedor. Portanto, não há em se falar em aplicar o CDC nas relações de compra e venda de imóvel, em que as partes, sendo pessoas físicas ou jurídicas (cuja natureza jurídica de empresa não seja a compra e venda de imóveis), negociam entre si para aquisição do bem imóvel, visto que, a luz da teoria finalista, bem como analisando o Codex consumerista, não se trata de uma relação de consumo, ressalvada as hipóteses em que o vendedor possui como profissão a construção e venda de imóveis.

No que tange as relações de compra e venda por intermédio de uma empresa imobiliária, verifica-se clara aplicabilidade do CDC entre o proprietário do bem (vendedor) e a empresa administradora. Tal raciocínio encontra-se amparo nos artigos 2º e 3º do CDC, no qual, o proprietário do imóvel é consumidor (art.2º) ao passo que, a imobiliária seria a fornecedora (art.3º) e os serviços de administração de imóveis o objeto (art. 3, §2º). Reitera-se que o que vai caracterizar a relação de consumo não é a forma contratual eleita, mas sim, a existência de consumidores e fornecedores na relação. Por outro lado, a relação de consumo não se caracteriza quanto à contratação dos serviços é realizada com o intuito profissional.

Neste contexto, entende a Professora e Doutrinadora Cláudia Lima Marques, em sua obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.430, que:

A jurisprudência destes 15 anos de CDC ensinou, porém, que esta vinculação de vulnerabilidade não é exceção, mas, sim bastante comum, e que a relação entre o consumidor – pessoa física e leigo e a administradora de imóveis deve ser sim, considerada uma relação de consumo, diretamente ou a menos por equiparação, pois, aqui a destinação final do bem imóvel é suplantada pela fática, técnica, informacional

e jurídica vulnerabilidade do proprietário.

Portanto, a aplicação do CDC nas relações entre proprietários e empresas imobiliárias visa o equilíbrio contratual, no qual, o proprietário é vulnerável diante da especialização da empresa na prestação dos serviços de divulgação do imóvel e/ou administração.

Noutro giro, tratando-se das relações de compra e venda entre pessoa física ou jurídica para aquisição de bem imóvel diretamente na planta, junto às construtoras, verifica-se clara incidência do *Codex* consumerista, uma vez que o promissário comprador e a construtor-incorporadora se encaixam, respectivamente nos conceitos de consumidor e fornecedor amplamente já discutidos.

Neste contexto, ressalta-se que o contrato de compra de imóvel na planta residencial ou comercial é regido pela Lei de Incorporação (Lei nº 4.591/1964) no que diz respeito exclusivamente à incorporação e construção, no qual, as normas estabelecidas pelo CDC definem o comportamento das partes contratuais no que concerne a deveres e obrigações.

Importante realizar a distinção entre incorporadora e construtora. Incorporadora é aquela que planeja, vende e divulga o empreendimento, ao passo que a construtora muitas vezes apenas executa a obra. De acordo com a Lei 4.561/64 anteriormente mencionada, a atividade da incorporadora é promover e fazer a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Convém expor, que na compra de um imóvel na planta, o promitente comprador, especialmente quando se trata de uma incorporadora, firma nítido Contrato de Adesão, uma vez existem cláusulas previamente formatadas a critério exclusivo do vendedor, não conseguindo o comprador alterá-la.

Portanto, caracterizada a relação de consumo na compra e venda de imóvel na planta, o vendedor responde objetivamente perante o comprador

por todos os vícios do bem, conforme previsão do CDC, respondendo inclusive, pelo fortuito interno, sendo este fato imprevisível e inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto, ou seja, na construção do imóvel, não excluindo a responsabilidade do fornecedor, uma vez fazer parte de sua atividade, estando o fortuito interno relacionado aos riscos do empreendimento. Neste sentido, cita-se o disposto no artigo 18 do CDC:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária respeitada às variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

É entendimento jurisprudencial da 3ª Turma do STJ, que o CDC deve ser aplicado aos contratos de compra de imóveis na planta, nos quais a incorporadora se obriga a construir unidades imobiliárias⁹, e ainda é entendimento consolidado do STJ que se tratando de contrato firmado com incorporadora, no que tem de específico, é regido pela Lei 4.591/1964 supracitadas, mas também incide o CDC, “que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva”¹⁰.

Mediante ao todo exposto, não restam dúvidas quando a

9 (STJ - AgRg no AREsp: 120905 SP 2011/0282239-0, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 06/05/2014, T3 - TERCEIRA TURMA Data de Publicação: DJe 13/05/2014).

10 (STJ - AREsp: 1006765 DF 2016/0282403-1, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Publicação: DJ 14/12/2016).

aplicabilidade do CDC nas relações de compra e venda de imóveis em suas diversas formas, no qual referente à aquisição de imóvel, consumidor é qualquer pessoa física ou mesmo uma pessoa jurídica, desde que a compra seja feita com o propósito de destinação final, ou seja, para uso próprio, sendo entendimento consolidado no STJ a aplicabilidade do mencionado *Codex*, conforme amplamente exposto.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluímos que importância da aplicação do CDC nos contratos de compra e venda imobiliária, já estão previstas na doutrina, na jurisprudência e julgados dos nossos tribunais, o que reforça a necessidade de que tais ordenamentos sejam aplicados nas relações cotidianas de aquisições imobiliárias.

Como resultado temos que o proprietário do imóvel (destinatário final do bem), sendo vulnerável na relação para com a empresa fornecedora, que geralmente possui grau de especialização muito maior que o comprador, que com a aplicação do CDC poderá exigir a reparação do imóvel diante de quaisquer vícios presentes no mesmo.

Portanto, ao final deste artigo resta comprovada a importância da aplicação do CDC e os benefícios que o mesmo pode trazer aos compradores de imóvel que em sua maioria acabam sendo vulneráveis em relação às grandes empresas que cuidam da venda imobiliária.

Resta aos advogados e operadores do direito, utilizar dos recursos apresentados neste artigo, para que os compradores estejam cada vez mais resguardados, de modo a evitar problemas futuros que o impeça de desfrutar da aquisição realizada.

REFERENCIAS

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Código de Defesa do Consumidor Anotado e Legislação Complementar. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio Século XXI O Minidicionário de língua portuguesa. 4. ed. Nova Fronteira: FNDE/PNLD 2001.

AMARAL. Luiz Otavio de Oliveira. Teoria Geral do Direito do Consumidor. 1 Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 611872. Relator: Antônio Carlos Ferreira. Brasília, 23 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 07 abril. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial nº 231208. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 07 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900843843&dt_publicacao=19/3/2001>. Acesso em: 07 abril. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 245697. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 07 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 15 abril 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1193293. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 15 abril 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso

Especial nº 1195642. Relator: Nancy Andrichi. Brasília, 21 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 16 abril 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1173060. Relator: Nancy Andrichi. Brasília, 25 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 16 abril 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 445854. Relator: Castro Filho. Brasília, 19 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 16 abril 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 208793. Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 01 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 16 abril 2020.

BRASIL. Lei nº 8. 078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 16 abril 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro volume 4,. São Paulo, Saraiva.

BRASIL. Código de Direito Civil.In: Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2019.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil In: Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Volume 5.

LOPES, Lissandra de Ávila. A responsabilidade pós contratual no direito civil. Ed. Saraiva.