

## DIREITO CIVIL – REAIS

### Transcrição de Aulas disponibilizada por concurseiro

#### **Diferenças entre os Direitos reais e os direitos obrigacionais (Direitos de crédito).**

**1ª Diferença: diz respeito ao objeto** – No direito real o objeto será sempre uma coisa, que poderá ser móvel ou imóvel, material ou imaterial (**quanto a esta observação, ver o que diz a controvérsia acerca do conceito dos direitos reais**). Já o objeto do direito obrigacional é uma prestação, que poderá até por coincidência ser uma coisa, pode ainda ser um serviço (nas obrigações de fazer) e etc.

**2ª Diferença: quanto aos sujeitos** – Nos direitos obrigacionais encontraremos 2 sujeitos, que serão determinados ou determináveis (credores no polo ativo e devedores no passivo). No direito real, o sujeito ativo é o titular do direito real (o proprietário da coisa), no polo passivo é genérico (todos os demais membros da sociedade, para os quais nascem o dever de respeitar o direito do titular do direito real).

**3ª Diferença:** o direito real é absoluto, é oponível *erga omnes* (pode-se reivindicar de qualquer um que o detiver indevidamente em seu poder. Os direitos obrigacionais são relativos, somente oponíveis inter partes.

**4ª Diferença:** Quanto a seqüela, os direitos obrigacionais não a tem. Ela é marca do direito real sobre a coisa permitindo que o proprietário a reivindique onde e com quem quer que esteja. **P. ex.** os fazendeiros que marcam os bois estão se precavendo para garantir seu direito de seqüela, pois mostram aos terceiros que aquele animal lhes pertence. Observa-se porém que para haver seqüela não se faz obrigatória a marca visível.

**5ª Diferença:** A seqüela confere a ambulatoriedade aos direitos reais. O direito real acompanha a seqüela aonde quer que ela vá (sendo por isso ambulante, permitindo a oponibilidade *erga omnes*).

**6ª Diferença: quanto ao modo de exercer** – O direito real pode ser exercido diretamente pelo seu titular. No direito obrigacional, o seu exercício depende sempre da

colaboração do outro sujeito. **P. ex.** quando o devedor quer pagar e o credor não quer receber, seu exercício dependerá da ação de consignação em pagamento.

**7ª Diferença:** Os direitos reais são limitados pelo princípio da *numerus clausus* (tipicidade), eles são limitados pela lei, visto que é oponível *erga omnes*. **P. ex.** enfiteuse, usufruto, anticrese e etc. No Brasil temos 12 direitos reais atualmente, sendo que no novo código ausente está a enfiteuse, tendo sido acrescido a superfície. A renda real também sai e entra o direito real de aquisição e a alienação fiduciária. Já os direitos obrigacionais respeitam a ordem pública, sendo este seu limite. Eles respeitam o princípio da autonomia da vontade, quer dizer, os homens são livres para criarem seus direitos. **(Importante: observar o que esta dito no tópico que trata dos atributos dos direitos reais sobre a taxatividade dos direitos reais).**

**8ª Diferença:** os direitos obrigacionais não permitem que o credor “durma” senão perderá a pretensão através da prescrição. Se não exigir a prestação, perde o direito de pretensão. No direito real, é permitido que o titular permaneça inerte. **P. ex.** Mesmo que não se construa nada em um terreno em 50 anos, o direito de propriedade permanece existindo. A inércia do proprietário, por si só, não extingue o direito de propriedade, mas se a outra pessoa levantar algo nesse terreno e lá morar, poderá o proprietário perder a propriedade pelo usucapião.

**9ª Diferença:** Só os direitos reais são suscetíveis de abandono, podendo fazê-lo a qualquer momento. Já os direitos de crédito não admitem o abandono e sim, renúncia. O primeiro caracteriza-se por não precisar ser levado a conhecimento de terceiros, já a renúncia somente produz efeitos após o conhecimento do devedor. O abandono é uma manifestação não receptícia, ao contrário da renúncia que é receptícia.

**10ª Diferença:** Não há posse no direito obrigacional. Só os direitos reais são suscetíveis de posse.

**11ª Diferença:** Só os direitos reais são suscetíveis de aquisição por usucapião, visto que são suscetíveis de posse. O usucapião é prescrição aquisitiva por isso, é uma expressão feminina. (a usucapião)

## **Direitos reais X Direitos obrigacionais (exemplos)**

**Exemplo 1:** Obrigações *propter rem* (obrigações sobre a coisa) – dotado de um elemento obrigacional, fornecido pelo conteúdo dessa obrigação e outro elemento real, percebido na vinculação do proprietário como sujeito passivo da obrigação. Trata-se portanto de obrigação relacionada com a coisa. *Adere a coisa. A natureza jurídica dos direitos de vizinhança é de direito obrigacional, obrigação propter rem. Se é obrigação, é direito pessoal*

**Exemplo 2:** Obrigação condominial – obrigação *propter rem*, pois só se deve o condomínio se for dono do imóvel.

**Exemplo 3:** Obrigação de não abrir janelas a menos de 1 metro e  $\frac{1}{2}$ . Trata-se de obrigação *propter rem*, que liga a propriedade aos direitos vizinhos.

**Exemplo 4:** Ônus reais – a responsabilidade é limitada ao bemonerado, ao valor deste, enquanto na obrigação *propter rem* o devedor responde com seu patrimônio. Outra diferença é que o ônus desaparece com o esvaziamento do objeto, ao passo que os efeitos da obrigação permanecem enquanto esta não é satisfeita. *Direitos reais de garantia – a hipoteca – direito real que nasce de uma obrigação propter rem, que é aquela que nasce de um direito real.*

**Exemplo 5:** Cláusula de vigência que vem geralmente inserida em um contrato de locação e por isso é um direito pessoal, entretanto, ela tem efeito *erga omnes*.

## AULA 1 – 27/03/2002

**Direitos Reais:** Conceito, Natureza jurídica, atributos genéricos e classificação.

**Conceito:** Afirma-se em nível doutrinário que a matéria de direitos reais corresponde a um conjunto de normas jurídicas cuja finalidade é a de regulamentar as relações jurídicas entre os sujeitos e, onde o objeto é sempre um bem corpóreo.

Deste conceito, conclui-se que foi adotada a **Teoria Personalista dos Direitos Reais**; isto é, quando estiver em tela um Direito Real, a relação jurídica se faz entre o titular do referido direito real e toda a coletividade. Ao contrário do que prega a **Teoria Realista**. Sob a ótica desta, a relação jurídica far-se-ia entre o titular de um direito real e o próprio bem corpóreo (é uma posição nitidamente equivocada, pois inexistente relação jurídica entre o homem

e a coisa. O bem não pode ser sujeito de uma relação jurídica; somente poderá ser seu objeto). Pode-se afirmar a existência de relações fáticas entre o homem e o bem.

Prevalece o entendimento que os direitos reais só tratam de bens corpóreos. Todavia, Rui Barbosa já sustentava que poderia existir posse sobre bens incorpóreos. Ele cita como exemplo:

1. A posse do estado de casado, que consiste na situação fática provada para a sociedade. A forma como se pode provar para esta o estado de casado, seja pelo afeto demonstrado, pelo uso da aliança ou por qualquer outro meio. De certa forma, trata-se de uma posse quanto a um direito pessoal
2. A posse do fundo de comércio (trata-se de posição minoritária, que não é adotada pelo nosso Código).

**Natureza Jurídica:** A natureza jurídica dos direitos reais é a de **Direito Subjetivo Absoluto**, pois sua eficácia é *erga omnes*. Qualquer pessoa da sociedade é obrigada a respeitá-la, tendo um dever jurídico de abstenção.

Santiago Dantas diz que o termo correto não é abstenção, mas sim tolerância, que é mais amplo, não se restringindo a uma obrigação de não fazer, mas também a de tolerar o direito subjetivo absoluto em tela.

### Atributos dos Direitos Reais

1. Oponibilidade *erga omnes*
2. Os direitos reais gozam de aderência (aderem na coisa e não no titular)
3. Ambulatoriedade – eles admitem transferência. **Ex.** art 1532 CC (em virtude do evento morte).
4. Existência em rol exaustivo. Isto é, os direitos reais existem em *numerus clausus*. Tem uma limitação legal. Sua base legal tem que ser expressa.

**É correto afirmar que só seriam direitos reais aqueles previstos no artigo 674 CC e no 1225 CC 2002?**

Não. Quando se fala que estes existem em rol exaustivo, significa dizer que eles necessitam de base legal. Todavia, esta base legal não é apenas o artigo 674. **Exemplos:** no atual código não temos base legal no artigo 674 a respeito da alienação fiduciária, que nem por isso deixa de ser um direito real; outro exemplo está no artigo 25 da lei 6766/79 que trata do direito real de aquisição (o novo código expressamente contempla esta hipótese no artigo 1225).

5. Todo Direito Real apresenta como atributo a seqüela, que é o direito de buscar o bem onde e com quem quer que ele esteja. Qualquer direito real garante a possibilidade da seqüela.

→ Maria Helena Diniz, em sua atualização mais recente, apresenta outros três atributos.

1. Preferência (Direito de preempção na aquisição da composses; o compossuidor tem preferência na aquisição da cota-parte do outro compossuidor).

**Composse** é quando várias pessoas exercem a posse de um mesmo imóvel. A composse está para a posse assim como o condomínio está para a propriedade. Tanto uma quanto a outra ensejam conflitos pela própria natureza individualista do homem.

Na composse, qualquer dos compossuidores poderá exercer sobre a coisa qualquer ato inerente a posse, desde que não afete a posse dos demais. Um compossuidor poderá ingressar com ação de reintegração de posse sem a ocorrência do litisconsórcio; o mesmo raciocínio vale para o condômino.

\* *Composse pro divizo* – é possível a divisão material do bem.

\* *Composse pro indivizo* – não se tem como repartir materialmente o bem; cada um tem direito a uma cota-parte ideal.

2. Abandono (Qualquer direito real é suscetível de abandono).

3. Posse (Trata-se de redundância, pois sabe-se que a posse por si só é um direito real, mas mesmo assim ela acrescenta tal atributo dizendo ser todo direito real suscetível de posse).

**Classificação dos direitos reais:** São divididos em 3 grupos:

1. Direito Real sobre a própria coisa → Propriedade → Artigo 524 CC

2. Direito Real sobre coisa alheia:

2.1 – **Uso** – é aquele que o titular se interessa na substância da coisa, em tirar dela uma utilidade econômica.

- Enfitese
- Servidão
- Usufruto
- Uso
- Habitação
- Rendas sobre imóveis

2.2 – **De garantia** – o titular não está interessado na substância, e sim no valor da coisa, pois terá que aliená-la como garantia

- Hipoteca
- Anticrese
- Penhor
- Alienação Fiduciária

3. Direito Real de Aquisição → Artigo 25. Lei 6766/79

4. Direito Real Atípico → Posse

As enfiteuses contratuais foram abolidas pelo novo código civil, que as trocou pelo Direito Real de Superfície. A maior diferença entre os dois institutos é que a enfiteuse é perpétua e o direito sobre a superfície é no máximo vitalício.

As enfiteuses já existentes na vigência do atual código civil permanecem, pois se tratam de direito adquirido. Desta forma não se pode falar na extinção do instituto.

Sobre as enfiteuses contratuais, estas serão recepcionadas pelo novo código, pois estão disciplinadas em lei extravagante.

## **AULA 2 – 03/04/2002**

\*Direito Real de Superfície será tratado concomitantemente com a Enfiteuse.

**Jazigo Perpétuo** – Há quem entenda que se trata de Direito real de superfície; outros dizem que não...

### **Direitos Reais Típicos:**

**1 - Direito Real de Posse:** A Natureza Jurídica da posse, inicialmente, é de Direito Real, mas Capanema entende ser a Natureza Jurídica da Posse indefinível; Trata-se de um problema sem solução.

### **3 são as teorias sobre a natureza Jurídica da posse:**

**1ª Corrente** – A posse seria mero fato jurídico. Washington de Barros Monteiro sustenta que Savigny define posse como fato, enquanto Maria Helena Diniz entende que a teoria de Savigny seria um fato com conseqüências jurídicas; qualificado pela norma jurídica.

A Teoria que afirma que a posse é mero fato está equivocada, pois incontestavelmente ela tem conseqüências jurídicas. Entende-se que Savigny esta na segunda corrente.

**2ª Corrente** – Tupinambá Miguel Castro do Nascimento – A posse é um fato jurídico (fato com conseqüências jurídicas)

**3ª Corrente** – Prevalece hoje na doutrina a posição de que a posse é um direito real. Sustentada por Serpa Lopes, Caio Mário, San Tiago Dantas.

O maior fundamento não é o simples fato desta ter base legal. O maior fundamento é de que a posse, ao mesmo tempo que apresenta conseqüências jurídicas tem proteção, tutela legal. Tutela-se o não o fato, mas o direito.

O Possuidor turbado tem o direito de ser mantido pois a lei protege o direito da posse exercido de fato, produzindo conseqüências jurídicas.

\* Tem-se o direito subjetivo de impedir que qualquer pessoa invada sua posse.

Ruy Barbosa sustentava que a posse era um direito subjetivo que poderia ser real ou pessoal. (posse de direito pessoal p. Ex. estado de casado).

Prevalece no entanto em nossa doutrina e legislação que a posse somente recai sobre direitos reais. Se se aceitasse a posse de Direitos Pessoais, estar-se-ia admitindo usucapião de direitos pessoais, o que é um absurdo.

**Súmula 193** – Prevê a possibilidade de posse por usucapião de linhas telefônicas; Roldão entende que a linha telefônica é um direito pessoal, e portanto, ele é contra a súmula.

O fundamento da súmula é de que a linha telefônica não enseja o direito pessoal, mas sua natureza é de bem imóvel, suscetível de direito real de uso.

Esta súmula é anterior a transformação do sistema telefônico em serviço; no tempo que a linha telefônica era um bem. Nesta época, se admitia inclusive a penhora da linha.

A posse, na verdade, pela posição prevalente é de que a posse é um direito subjetivo real (Clóvis Beviláqua)

O Direito Real de uso, a princípio é gratuito, mas este direito real de uso seria atípico, oneroso.

Atualmente, a súmula estaria ultrapassada, sendo a posição de Roldão talvez a mais adequada...

**Exemplos:** art 502 CC – A auto-tutela da posse – excepcionalmente a lei permite a auto-tutela em caso de turbacão. No novo código esta no artigo 1210 § 1º. (defesa da posse)

\* O novo código retirou todas as normas heterotrópicas do código, assim, o novo Código não dispõe sobre alguns assuntos processuais da posse. Desta forma, ele unificou também alguns artigos.

\* Não se trata de auto-tutela própria, mas de um direito potestativo de reaver o bem mediante força física.



Washington de Barros Monteiro entende que no desforço imediato caberia o pedido de ajuda a terceiros, já a legítima defesa teria que ser desferida pelo próprio possuidor turbado.

Não vê o professor a necessidade de criação da diferenciação entre o desforço imediato e a legítima defesa.

Art 516 e 517 CC – Indenização das obras necessárias e úteis, pois trata-se de um direito. Se a posse é um direito tutelado pela lei, esta impõe indenização no caso de obras necessárias e úteis, sem contar com o enriquecimento sem causa que estas provocariam se não fossem indenizadas. Prevê também o artigo o direito de retenção da posse de Boa-fé. É indenizado, concluindo, porque se é possuidor e a posse é tutelada pela lei.

### **Teorias Possessórias (Subjetiva, Objetiva e Sociológica).**

**1 – Teoria subjetiva** – Criada por Savigny em 1803, denominada subjetiva por envolver a análise de 2 elementos básicos. O objetivo, que é o *corpus* e o subjetivo, que é o *animus domini / animus rem sibi habendi* que é a intenção de ter a coisa para si. Sendo este diferente do *animus tenendi*, preferindo-se usar o vocábulo *affectio tenendi* onde se externa a aparência de dono para a sociedade (Ex. locatário).

Resumindo, para esta teoria, a posse é composta pelo elemento objetivo *corpus* e o subjetivo *animus domini*, sendo o elemento subjetivo o mais importante da posse.

Para Savigny, *corpus* é o poder material sobre o bem. Isto é, é o poder de disposição física sobre o bem. Este é o poder que será externado para a sociedade. Para a teoria subjetiva, o locatário não exerceria posse, ele teria apenas o *corpus*, não teria o *animus domini*, que consiste na intenção deliberada de ser dono. Não existe posse contratual.

Por estar a posse no contrato, o locatário era mero detentor, pois não tinha a intenção de ser o dono, pois o contrato seria expresso que ele não poderia ser dono. Faltar-lhe-ia o *animus domini*, esta é a falha desta teoria, pois admitir que o *animus domini* será requisito para a posse, cercearia alguns possuidores de defesa; p. Ex. o locador que não poderia impedir que alguém entrasse no imóvel locado, tendo que, para isso, recorrer ao proprietário do imóvel.

Savigny somente admitia a posse direta e a originária. Ele não admitia a posse indireta. O usucapião somente se daria na posse originária através da posse direta.

## **As falhas desta teoria são a não admissão da posse contratual e a inexistência de posse indireta**

No caso da locação, nem o locador, nem o locatário exerceriam posse. No entanto, o locador continuaria tirando proveito econômico do imóvel, o que é inadmissível.

\* Art. 486 – é incompatível com a posição de Savigny. Corresponde no novo código ao artigo 1197. Trata da posse pessoal, temporária, que não anularia a posse do proprietário. A posse direta não exclui a posse indireta. Ele bifurca a posse em direta e indireta, afastando a teoria subjetiva e adotando a teoria objetiva. (Capanema entende que o novo código adotou a teoria sociológica).

Ler sobre o tema nos livros:

Álvaro Manoel Rosindo – Embargo de Retenção por Benfeitorias da Ed. RT

Orlando Gomes – Contratos da Forense.

### **AULA 3 – 03/04/2002**

**2 – Teoria Objetiva** – Ihering – adotada pelo atual código e também no novo (apesar deste, de acordo com Capanema, também adotar a teoria sociológica).

Dispensa o *animus domini* afirmando que o elemento objetivo *corpus* traz intrinsecamente o elemento subjetivo que é a *affectio tenendi*.

O principal elemento é o *corpus*, com uma definição diferente, pois para Ihering trata-se do poder físico sobre o bem externando-se atos inerentes do proprietário.

Não faz parte do conceito o elemento subjetivo de querer ser proprietário, mas sim de aparentar sê-lo

P. Ex. art 485 CC – 1196 CC 2002 – Possuidor é aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não de algum dos poderes inerentes. O Novo CC aboliu da redação do artigo a palavra domínio, que designa o domínio sobre bem corpóreo, enquanto propriedade se referiria aos bens incorpóreos. O novo Código adotou a palavra propriedade no sentido amplo (*Lato senso*), englobando as palavras domínio e propriedade (*stricto senso*).

O Novo CC não conceituou o que é posse, mas com base no art 1196 poderia-se chegar a um conceito, que em momento algum fala do *animus domini*

\* O locatário é possuidor, pois irá externar para a sociedade que ele exerce a função de proprietário, mas que por ser um singelo locatário, ele somente terá o poder de uso da coisa.

Possuidor direto é todo aquele que esta externando para a sociedade as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa – art 524-1128 CC – NCC.

\* Quando muito, o locatário poderá fazer a cessão do bem através da sublocação (gozo).

→ Posse, segundo a ótica da Teoria Objetiva é o exercício no plano fático. Já esta se usando, gozando ou dispondo do bem. Já esta sendo demonstrada para a sociedade a *affectio*.

Desta forma, é pacífico na doutrina que **o código adotou a teoria objetiva.**

\* A posse contratual não prejudica a posse real, o locatário não é mero detentor, ele é possuidor, ainda que indireto. Para Savigny, o locatário não poderia sequer exercer seu direito potestativo de desforço imediato. Aquele que tivesse a propriedade invadida teria que comunicar ao legítimo proprietária a invasão, para que este agisse.

#### Fundamento da proteção possessória sob a ótica da Teoria Subjetiva e Objetiva

- Para a Teoria subjetiva, o fundamento da proteção possessória é justamente a pessoa do possuidor, pois é justamente este que tem a intenção de ser dono. Seria impossível ter esta intenção sem estar imitado na posse (direta) (**para esta teoria não existe diferença entre posse direta e indireta**)

- Para a teoria objetiva, o fundamento da proteção judicial é a proteção da propriedade. Protege-se a posse direta, pois com esta proteção, se estaria protegendo a própria propriedade

A propriedade só interessará patrimonialmente em existindo a posse. A propriedade sem posse é irrelevante patrimonialmente

A Posse é protegida para facilitar a defesa da propriedade, sendo que, para Ihering, a propriedade só terá relevância econômica se estiver sendo exercida a posse direta ou indireta. Se o imóvel esta abandonado, economicamente, nada significa.

Baldez entende que a posse serve para qualificar a propriedade; sem a posse, a propriedade é “burguesa”, inócua.

Posse é a condição essencial para a utilização econômica da propriedade. Isto é, sem posse a propriedade nada produz; é um instituto irrelevante. Logo, a posse é protegida para permitir a utilização econômica da propriedade.

Quanto a **Teoria Sociológica**, ela é apenas um aperfeiçoamento da Teoria Objetiva, acrescentando o conceito da Função Social.

Por Exemplo: o artigo 1228 §1º, §4º; 1242§un. CC 2002. – Função Social da posse e da propriedade. A posse tem que apresentar função social.; usucapião especial – art 183 e 191 CRFB.

### Classificação da Posse

**1. Quanto a utilidade econômica** – Posse Direta e Indireta e em nome próprio (Base legal – artigo 486 CC). A posse indireta é a posse que é transmitida a alguém, temporariamente por contrato ou direito real (a do locador, depositário, usuário...).

Posse indireta é a que remanesce nas mãos daquele que transferiu a posse direta do imóvel. Foi de Ihering a idéia de dividir a posse em direta e indireta, permitindo assim que tanto um quanto o outro possuidor exercessem a defesa da posse.

**P.ex.** Constitutos possessórios: o proprietário deixa de ser possuidor em nome próprio, passando a ser possuidor direto. O que comprou, que ainda não exerce a posse em nome próprio teria portanto a posse indireta. (Vide página 55)

*Tradictio brevi manu*: o inquilino, que tem a posse direta do imóvel em que mora o compra, passando a ser possuidor em nome próprio.

Em existindo a cláusula constitutiva, aquele que é possuidor indireto poderá se valer de ação de reintegração de posse, ao passo que em não existindo cláusula só poderá se valer de ação de imissão na posse.

**2. Quanto aos vícios objetivos** – Posse justa e Injusta (Base Legal 489) – A posse é justa quando não deriva da violência, da clandestinidade ou da precariedade. A contrário senso, a posse é injusta quando apresenta um desses 3 vícios

- **Violência** – Entende a legislação nossa, que esta é um vício relativo, que pode cessar, sanar com o transcurso do tempo. **p. ex.** Ebulho possessório, por força, ameaça. Ao sofrê-lo, não mais apresenta resistência o possuidor esbulhado, cessando a violência (Artigo 497 c/c 492 CC).

A posse violenta não enseja a ação de usucapião, pois um dos seus pressupostos é a posse pacífica.

- **Clandestina** – Quando realizada às ocultas, sem atos de publicidade. p. ex. A cerca, a qual o dono do terreno avança para aumentar os limites de sua propriedade, de sua posse. A doutrina majoritária vem entendendo se tratar de um vício relativo, que pode sanar com o transcurso do tempo – Artigo 497 c/c 492 ambos CC.

- **Precária** – É aquela baseada no abuso de confiança. P. ex. Se empresta a casa de Praia que não mais é devolvida. **Dos 3 vícios, entende-se se este o mais grave, sendo inclusive um vício absoluto.**

**Tupinambá Miguel Castro**, em posição isolada, afirma que os 3 vícios são insanáveis; todavia, quando faticamente a violência e a clandestinidade cessarem começará a contar o prazo do usucapião, embora a posse permaneça injusta. O vício esta presente, mas não de forma ativa.

#### AULA 4 – 17/04/02

**3. Quanto ao vício subjetivo** – Classifica-se em posse de Boa-fé e de Má-fé. É de boa-fé quando apesar de estar presente o vício objetivo, o possuidor direto não tem ciência de tal fato; ignora a existência de tal vício.

**Por exemplo:** **A** empresta a casa para **B** sendo que este não restitui tal imóvel, passando a exercer posse precária. **B**, por sua vez, aliena o imóvel para **C**. Resta indagar se ele sabia do vício objetivo, da posse de má-fé de **B**. Se **C** não sabia do vício objetivo, estaria exercendo posse de Boa-fé.

Há presunção de que quem exerce posse com justo título (vide item 5) esta de Boa-fé, mas a presunção é relativa. (artigo 490 CC “*É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa, ou do direito, possuído.*”). Se o possuidor estiver de má-fé afasta a eficácia do Título justo.

Posse a justo título é aquela adquirida por um título hábil para a transferência, **P. ex.** contrato de locação, sabendo que a escritura falsa poderia ser de conhecimento do locatário, que estaria neste caso de má-fé. A presunção é *iuris tantum*. (ver item 5)

Já a posse de má-fé é aquela que o possuidor conhece ou deveria conhecer o vício existente. Se **C** sabia da existência do vício objetivo estaria ele de má-fé.

O possuidor de boa-fé será indenizado pelas benfeitorias úteis e necessárias, cabendo nesses casos direito de retenção. Com relação as voluptuárias, poderão levantá-las, desde que não afete a substância da coisa. Já o possuidor de má-fé só será indenizado pela benfeitorias necessárias, não cabendo a retenção.

Relevante se faz a classificação também pelo fato do possuidor de boa-fé não arcar com os prejuízos de um caso fortuito ou de força maior.

A lei visa motivar o possuidor de má-fé a demitir-se da posse  
(mais sobre o tema em efeitos jurídicos da posse).

**4. Quanto ao procedimento** – Se divide em posse nova e posse velha: Nova é aquela que data de menos de 1 ano e 1 dia; posse velha é a que data de mais de 1 ano e 1 dia. Embasa-se no artigo 523 CC (“*As ações de manutenção e as de esbulho serão sumárias, quando intentadas dentro em ano e dia da turbação ou esbulho; e, passado esse prazo, ordinárias, não perdendo, contudo, o caráter possessório.*”), que é norma heterotrópica (processual).

A relevância desta, é para a aplicação da tutela antecipada. Se for nova, pelo artigo 928 CPC (“*Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.*”), cabível é a tutela antecipada. No entanto, é errado afirmar que a diferença reside na aplicação ou não da tutela antecipada. A diferença é quanto a aplicação ou não do artigo 928 CPC. É possível, com outros argumentos, a tutela antecipada em posse velha (artigo 273 CPC “*O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu*”), mas o 928 é bem mais simples, tendo que basear a tutela somente em requisitos fáticos e não nos jurídicos, sendo por isso muito mais simples.

\* A Vigilância possessória é um dever do proprietário, por isso, o prazo de 1 ano e 1 dia é contado a partir do esbulho. O possuidor direto tem o dever de custódia sobre o seu bem.

Há entendimentos pretorianos minoritários de que a contagem do prazo, no caso de turbação ou esbulho nas medidas do terreno (fundada na clandestinidade), começa do momento em que se toma ciência desta, eis que não é ela facilmente identificada.

**5. Quanto ao título** – Poderá ser fundada em justo título ou sem justo título.

Posse com justo título: Título é o negócio jurídico em tela. Dependendo da base legal, o título terá que ser comprovado por documento escrito; **p. ex.** bens imóveis; ou não, **p. ex.** venda de um livro.

É o negócio jurídico que apresenta eficácia translática. Quando o bem é imóvel, em razão da formalidade, necessitará de contrato escrito. Pelo novo código, se o bem móvel valer mais que 20 salários, obrigatoriamente terá o contrato que ser escrito.

Justo título é o negócio que apresentaria eficácia translática se não fosse um defeito/vício qualquer.

**Orlando Gomes** cita 3 motivos para que o título deixe de ser justo.

**5.1.** Na aquisição *a non domino* (quem vende não era o proprietário, o titular do direito.)

**5.2.** A aquisição *a domino* estando presente uma hipótese de nulidade relativa ou absoluta. **P. ex.** comprou-se um imóvel mediante coação física.

No novo código, se o beneficiário não sabia da coação, aquele de Boa-fé, com base no artigo 154 (“*Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.*”), não será o ato anulado, cabendo a ele provar sua boa-fé. O artigo 155 (“*Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto.*”) prevê que o negócio não será anulado, restando ao coator arcar com todos os prejuízos, perdas e danos.

Criticam-se esses dois artigos pois tratar-se-iam de *bis in idem*, pois um seria a exegese a contrario senso do outro.

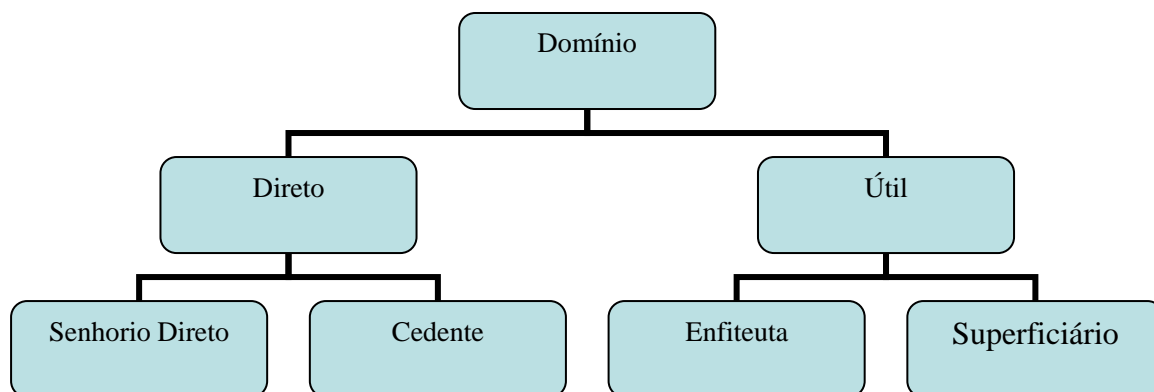
No atual código ainda se anula o ato, independente da Boa-fé.

**5.3.** Seria uma redundância, pois trata-se do erro no modo de transferência, ou seja, uma nulidade. **P. ex.** O contrato que deveria ser feito por escritura pública e não foi.

**6. Quanto a natureza** – poderá ser *ad contractus* ou *ad usucapionni*.

A primeira é aquela derivada de um negócio jurídico que enseja na cessão, ainda que temporária, da posse direta. É a posse baseada no contrato (por equiparação, entra nessa modalidade a posse por usufruto, penhor e concessão de uso).

Na enfiteuse e no direito real de superfície o que existe são 2 proprietários. Um o senhorio direto (Enfiteuse) ou cedente (Direito real de superfície) que exerce o domínio direto da coisa e o domínio útil, exercido pelo (enfiteuta) ou pelo (superficiário). A posse não é *ad contractus*.



A posse *ad usucapionni* é aquela que legitima, desde que preenchidos os requisitos legais, a aquisição por usucapião.

A diferença jurídica entre as duas é que a *ad contractus* apresenta *affectio tenendi* e a posse *ad usucapionni* apresenta *animus domini*.

O Professor Sylvio Capanema utiliza-se da divisão em posse *ad interdicta*, que é aquela que admite a defesa da posse pela via das interditas possessórias. Para ele, toda e qualquer posse, independente de título justo, de má-fé ou boa fé é *ad interdicta*.

7 – Posse originária é aquela que se adquire diretamente, por ato do próprio adquirente. Ela não se transmite de um possuidor anterior, como no caso da posse derivada, que é aquela que passa de um titular para um novo titular, existindo uma cadeia sucessória.

### Algumas definições:

**Sucessão da posse – transmissão** – morrendo o possuidor, a posse se transmite ao herdeiro a título universal, ou seja, quer ele queira ou não. O herdeiro prossegue de direito a



posse, persistindo assim todos os vícios na posse existentes. Já o sucessor a título singular poderá exercer uma opção, unindo as posses. **P. ex.** exerce a posse por 3 anos, juntando com os 17 anos da posse anterior, mesmo que de má-fé, podendo entrar com ação de usucapião. Terá ainda a opção de começar uma posse nova. Essa opção dependerá do tempo da posse anterior. Se esta compensar para que se peça o usucapião. **P. ex.** Se a posse velha tem 3 anos, valerá a pena começar uma posse nova. Se a posse velha tem 17 anos, ele unirá sua posse, tendo que aguardar somente mais 3 anos para o usucapião.

**Transformação da natureza da posse** – Exemplo, o locador deixa de cobrar os alugueres, deixa de recolhe-los. Neste momento ocorre uma transformação da natureza da posse, passando o locatário a exercer posse em nome próprio, com *animus domini*; o que levará o ex inquilino a poder inclusive ensejar a ação de usucapião 20 anos depois (pelo atual código). O locador jamais poderá ensejar o usucapião, isto ocorre somente quando há esta intersetiva da natureza da posse. Mais será dito ao se tratar de requisitos para o usucapião, mais precisamente ao tratar da questão da posse ininterrupta.

#### **Efeitos Jurídicos da Posse:**

- 1. Faculdade da utilização dos interditos possessórios;**
- 2. Direito de indenização pelas benfeitorias e acessões;**
- 3. Direito de retenção pela construção de benfeitorias e acessões;**
- 4. Direito de percepção dos frutos;**
- 5. Direito ao usucapião;**
- 6. Dever de indenização pelos danos (possuidor de má-fé);**
- 7. (questionável) Posição privilegiada em relação ao proprietário.**

**1. Faculdade da utilização dos interditos possessórios** – Há uma controvérsia doutrinária acerca de quais são os interditos possessórios.

A primeira corrente e majoritária, sustentada por Alexandre Câmara, San Tiago Dantas, Joel Dias Figueira Junior defende que são 3 as ações possessórias: a ação de reintegração de posse, manutenção da posse e interdito possessório.

A segunda corrente é defendida por Caio Mário e Washington de Barros Monteiro. Afirmam estes autores que 6 são as ações cabíveis. Além das 3 já citadas teríamos a nunciação de obra nova o embargo de terceiros e a imissão na posse (esta é sustentada principalmente por Caio Mário, que ainda acrescenta uma sétima ação, que é a de Dano infecto).

# Prevalece a 1ª corrente, pois ação possessória é aquela que se baseia exclusivamente no direito de posse, o *ius possessionni* (*ius possidendi* é o direito de possuir por outro motivo) e somente as 3 primeiras ações são ajuizadas exclusivamente com base no *ius possessionni*, as demais serão ajuizadas até com o *ius possidendi*.

### AULA 5 – 24/04/2002

Se a ação for baseada no *jus possidendi* não terá natureza tipicamente possessória, podendo ter natureza inclusive petitória.

**Nunciação de Obra nova:** é uma demanda que objetiva sanar os efeitos nocivos de uma obra irregular. Inicialmente tem natureza para suspender a obra, podendo esta até ser demolida, pois toda nunciação traz, implicitamente, uma carga demolitória. Trabalha-se com o código de obras municipais, além do código civil, sem que haja colidência. Tem função de sanar os problemas da obra, podendo posteriormente levar a demolição.

Não necessariamente será interposta pelo possuidor da obra. O artigo 573, correspondendo ao 1301 do Novo CC assim dispõe “*O proprietário pode embargar a construção do prédio que invada a área do seu, ou sobre este deite goteiras, bem como a daquele, em que, a menos de metro e meio do seu, se abra janela, ou se faça eirado, terraço, ou varanda.*”. Como se vê, não se pode abrir uma janela a menos de 1 metro e ½ do terreno vizinho. O proprietário, que jamais exerceu posse poderá entrar com a ação com vistas na ocupação futura.

**Imissão na posse:** (melhor livro acerca do tema é o de Ouvídio Baptista; além dele, Adroaldo Furtado Fabrício). Apesar de não apresentar previsão expressa no CPC, ela ainda é juridicamente possível. No CPC de 39 tínhamos as hipóteses em que se podia intentar a ação de imissão na posse. **P. ex.** quando o construtor não providenciava a entrega das chaves. Nela, se pedia a entrada no imóvel, a posse direta era reivindicada. A causa de pedir era a não entrega

das chaves, a posse precária do alienante. Pleiteava a imissão na posse com base nos registros. Tem ela um caráter petitário. Se faz pela propriedade, não pela posse.

Capanema afirma que esta é uma espécie de ação reivindicatória quando se tem o título, mas nunca se teve a posse.

Capanema diferencia *ius possessionis* e *ius possidendi*. No primeiro caso, diria respeito aos direitos da posse e no segundo aos direitos à posse.

*Ius possessionis* são aqueles direitos que derivam da posse. **P.ex.** defender a posse, conservar os frutos percebidos (no caso de posse de boa-fé), direito de indenização pelas benfeitorias necessárias. Todo possuidor poderá manejar determinados direitos.

Direitos à posse são aqueles que decorrem da aquisição da propriedade, sem que no entanto tenha a posse. Quem não tem a posse não poderá tirar proveito econômico da propriedade.

Somente quem já é possuidor ou já foi estará legitimado para propor um interdito possessório, que decorre do *ius possessionis*. Quem nunca teve a posse somente terá direito a ação de imissão de posse (rito ordinário, sem liminar, admitindo hoje a concessão de tutela antecipada).

O código silencia-se com relação a ação de imissão de posse, pois esta se trata de ação ordinária, e ele, só se preocupa em enumerar as ações de rito especial.

Pontes de Miranda define a ação de imissão da posse como “ação do proprietário que nunca teve a posse, contra o possuidor que não tem a propriedade.”

Ressalta Capanema que a imissão de posse que aparece na Lei do Inquilinato não seria a ação, mas o ato em si.

Conclui que o *ius possessionis* pode ser exercido nas ações de interditos possessórios, já o *ius possidendi* somente pela ação de imissão de posse.

**Embargo de terceiros:** podem ser interpostos com base na posse (embargos de terceiro possuidor) ou propriedade (embargos de terceiro Senhor).

O mais comum é o caso da penhora ao arrepio do dispositivo processual. O STJ admite que o compromissário comprador pode entrar com o pedido de embargo ainda que desprovido de registro, conforme enuncia a Súmula 84 (“*É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.*”). A súmula 621 STF que assim dispõe (“*não enseja embargos de terceiro a penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de*

*imóveis.*”). O Contrato de compra e venda produz eficácia real, independente de ter ou não registro.

Através do artigo 26 da Lei 6766/76, admite-se que o compromisso de compra e venda tem eficácia translativa. Trata-se o § 6º deste, de um acréscimo recente, de 1999, tratando justamente deste tema.

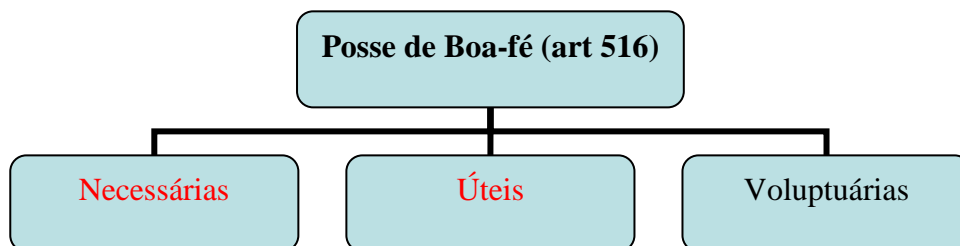
**Dano infécto:** (Caio Mário somente) seria igualmente ação possessória, com base no artigo 555 parte final do CC 1916 (“*bem como que preste caução pelo dano iminente.*”). **P.ex.** O vizinho que tem uma criação de porcos da qual o mal cheiro prejudica a salubridade da vizinhança. Assim, entra-se com uma ação de dano infécto para que o dono da criação preste caução em face do dano iminente.

Ela não é uma ação possessória, pois pode ser ajuizada com base na propriedade. É uma ação preventiva, contra futuros prejuízos que possam vir a surgir.

A Lei 9605/98 não teria incidência sobre Igrejas e Templos religiosos, porém, o artigo 555 CC teria. Seria uma ação de preceito cominatório.

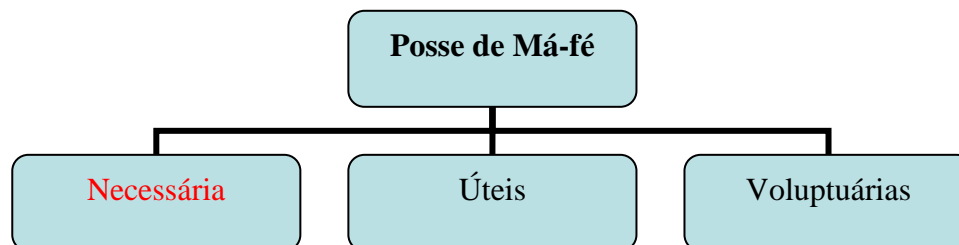
→ Natureza dúplice das ações possessórias: São elas fungíveis, até porque a lesão a posse é dinâmica (uma turbação pode por exemplo se tornar um esbulho). O equívoco quanto a uma demanda não prejudica a petição inicial. (Ler em Alexandre Freitas Câmara vol 3 e aprofundar em Comentários ao CPC, no volume de Adroaldo Furtado Fabrício e no livro de Ouvídio Baptista).

**2 – Indenização pelas benfeitorias e acessões realizadas:** o novo código em nada mudará o que é hoje aceito.



Indeniza-se na posse de Boa-fé as Benfeitorias necessárias e úteis.

Em relação as benfeitorias voluptuárias não há obrigação de indenizar. O levantamento somente se dá quando possível for. Pode-se acordar uma indenização pelas benfeitorias, mas se não houver e for possível seu levantamento, este poderá ser feito



---

Na posse de Má-fé, **somente** se indenizam as **necessárias**.

As benfeitorias úteis e voluptuárias, na posse de má-fé, são perdidas em favor do proprietário ou possuidor de direito, e não ensejaria o elocupramento, pois seria uma compensação aos prejuízos sofridos por eles sofridos. Há um nexos causal entre a perda e a posse de má-fé que vem a justificar a perda dessas benfeitorias em favor do proprietário ou possuidor de direito.

### **Qual o valor que deve ser pago pelas benfeitorias indenizáveis?**

**Artigo 519 CC** – “O reivindicante obrigado a indenizar as benfeitorias tem direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo.”

O reivindicante optará pelo valor atual ou pelo preço de custo. O novo código, pelo artigo 1222, prevê que se a posse for de má-fé persistirá a redação, porém, para o possuidor de Boa-fé, a indenização será pelo valor atual. Assim versa o artigo: “O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual.”

**Tupinambá** entende que esta valoração é precária. Difícil é pois, guardar todas as notas fiscais para se determinar o real custo da obra. Ademais, a mão de obra pode ser do próprio possuidor, sendo impossível valorá-la e os materiais podem não mais existir.

Esses impendícios, atualmente, tem feito que as pessoas se utilizem mais do valor atual que do custo da obra. Seria levado em conta o valor que se gastaria para que fosse realizada obra semelhante.

Entende ainda o autor que se a benfeitoria depreciar o valor do imóvel, não há que se falar em indenização, mesmo que tenha tido a obra alto custo. **P. ex.** um galpão construído por R\$ 10.000,00 em um bairro residencial. Galpão este que veio a ser usado por meliantes que o frequentavam para usar drogas entorpecentes. Com isso, um imóvel que valia R\$ 100.000,00 passa a valer apenas R\$ 60.000,00

Existem outros casos em que a valorização é muito maior que o custo da obra, assim, para Tupinambá, a indenização proceder-se da seguinte forma:

**A)** Pega-se o valor do bem sem a benfeitoria.

**B)** Pega-se o valor do bem após a benfeitoria.

Pagaria o valor da diferença entre os preços do bem antes e depois da benfeitoria, mas sempre é bom lembrar que as que causam prejuízo no valor do imóvel não são passíveis de indenização.

Critica-se tal método por gerar um subjetivismo; pois o aumento poderia derivar de fatos externos, assim, teria que se provar que a valorização se deu exclusivamente pela benfeitoria. Indenizaria o que foi acrescido pela benfeitoria. Se a valorização se deu devido a construção de uma praça nas imediações, sem um nexo causal com a benfeitoria, não se indenizaria.

Observa-se ainda, que pelo novo código, pode-se presumir que a indenização pelo valor atual é mais benéfico ao possuidor de Boa-fé.

**Sustenta que a acessão é indenizável e comporta retenção:** Tupinambá Miguel Castro, Alvaro Manoel Rosindo, Adroaldo Furtado Fabrício, Ruy Rosado, Athos Gusmão Carneiro, Maria Helena Diniz, Humberto Theodoro Junior e STJ

**Contra a retenção:** Caio Mário, Orlando Gomes e Washington de Barros Monteiro.

O artigo 1258, que desta forma dispõe, “*Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a*

*desvalorização da área remanescente.*” é um dos raros momentos em que o possuidor de má-fé será protegido legalmente, desde que presente os requisitos.

A) A invasão não pode exceder a vigésima parte do imóvel vizinho

B) O valor da obra deve exceder de forma considerável o valor da parte do terreno invadida (ficando o termo consideravelmente a critério do magistrado).

C) Impossibilidade de demolir a obra na parte invadida, pois haveria prejuízo à construção.

D) Indenização – artigo 1258 parágrafo único: *“Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção.”*

→ Se exceder a vigésima parte, é obrigado o possuidor a demolir, e ainda arca com perdas e danos, ainda que este seja de Boa-fé.

A doutrina fala também em acessão invertida. A obra não poderá ser demolida em função do princípio da obra edificada, independente da metragem invadida. Trabalha-se com o princípio da razoabilidade, onde é mais fácil indenizar a obra que exigir sua demolição. Se a construção tem valor maior que o terreno, não seria razoável demolir o bem mais valioso.

Artigo 1259: *“Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro.”*

A 1ª parte diz respeito a Boa fé que ultrapassa a 1 vigésimo do terreno; já a segunda parte diz respeito ao mesmo tema nas posses de má-fé.

## **AULA 6 – 08-05-2002**

### **3 – Direito de Retenção:**

#### **Natureza Jurídica:**

## **1 – Maria Helena Diniz, Tito Fugêncio:** Natureza pessoal

### **Argumentos:**

**1.1** – Pois a retenção não tem respaldo legal no artigo 1225 do novo código “*São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese*”. (674 no atual)

**1.2** – O Direito de retenção corresponde a uma tese defensiva, sendo uma exceção de direito pessoal. Trata-se de defesa pessoal, não real.

**1.3** – O Direito de Retenção carece de seqüela.

## **2 – Arruda Alvim, Orozingo Nonato:** Retenção tem natureza de direito real.

### **Argumentos:**

**2.1** – Realmente os direitos reais existem em rol exaustivo; todavia, esse rol exaustivo não se resume apenas ao artigo 1225. Rol exaustivo significa base legal, seja ela qual for. A base legal da retenção esta nos artigos 1219 Novo CC “*O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis*”.; 34 da lei 6766/79, 35 da lei 8245/91.

**2.2** – A retenção não é uma singela tese defensiva, embora seja muito usada na contestação. Ela também pode ser utilizada como causa de pedir. A causa *petendi* seria a declaração judicial de que a retenção é possível, seria uma tese preventiva. **P.ex. cláusula do contrato de locação fulminado pela lesão.** O locador, aproveitando-se da necessidade do locatário impõe cláusula de não cabimento de indenização pelas benfeitorias e conseqüentemente, não cabendo retenção.

### **Se o réu não argui a retenção como tese defensiva?**

Se a matéria foi apreciada nos autos, os embargos de retenção (base legal 744 CPC) não são possíveis. Se o juiz indefere é porque ele já apreciou não estarem presentes os requisitos da retenção. (Ação Petítória). Assim pensa Alvaro Manoel Rosindo.

Na ação possessória, que é auto-executável, a retenção deve ser arguida na contestação.



**2.3** – (argumento falho para o professor) – A retenção é oponível *erga omnes*, sendo este o principal atributo dos direitos reais. Na verdade, seria equivocada, pois busca justificar que apesar de não possuir seqüela seria um direito real e não seria oponível *erga omnes* pois se oporia a pessoa certa, seria oponível inter-partes. São pessoas determinadas ou ao menos determináveis.

Washington de Barros Monteiro afirma que a retenção é uma sobra da auto-tutela, mas com base legal, seria portanto um Direito Potestativo, provocando uma relação de sujeição da parte contrária, mas esse argumento também não explica se ele seria um direito potestativo real ou pessoal.... a dúvida permanece.

### **O que é retenção?**

**Conceito:** Retenção é a prerrogativa do possuidor direto, cuja posse esta qualificada pela Boa-fé, de não restituir a posse em decorrência da realização de obras que valorizam o bem.

**Prerrogativa:** Direito Potestativo – estado de sujeição.

**Natureza da Posse:** Somente posse de Boa-fé.

**Restituir:** Aduzida em sede de obrigação de restituição – continua possuindo mesmo com a obrigação de restituir – artigos 869 – 873 (atual) e 238 – 242 (Novo CC). Sempre envolvera essa obrigação.

**Nexo de causalidade:** A valorização do bem deve decorrer de obras custeadas pelo possuidor.

**Análise da retenção no plano contratual:** O artigo 1219 é norma geral, nos contratos utilizam-se normas especiais, **p.ex.** artigo 35 da lei do inquilinato.

Salvo disposição em contrário, a norma teria natureza dispositiva, podendo o contrato dispor a afastabilidade do pleito de retenção, entre outros defende esta corrente Capanema.

Uma segunda corrente, sustentada por Nagib Slaibi Filho, Athos Gusmão Carneiro, STJ, Adroaldo Furtado Fabrício, defende que a norma do artigo 35 da lei do inquilinato não é de todo dispositiva, apresentando caráter de ordem pública sendo necessariamente invocado para indenização/ retenção da obra necessária

A retenção é essencialmente temporária, compensando-se o preço da obra com aluguéis não pagos.

### **Contrato de comodato, cabe retenção?**

**A)** Uma primeira corrente, clássica, sustentada por Orlando Gomes, entende que não cabe retenção, somente indenização por obra necessária e extraordinária.

Entende ele que o contrato de comodato é benéfico e gratuito. Por tal razão, aplicável seria o artigo 114 do Novo CC (correspondendo ao 1090 do atual). Sua aplicação seria restritiva. No novo código, o comodato, notadamente no artigo 584, não há menção ao direito de retenção.

Se a exegese é restritiva e a lei não traz tal previsão, a *ratio legis* não era a de permitir a retenção. (no atual código seria o artigo 1090 c/c 1254).

**B)** Uma segunda, sustentada por Alvaro Manoel Rosindo entende que as obras necessárias e extraordinárias ensejariam retenção e indenização.

Seria possível pelo princípio da vedação do enriquecimento sem causa.

### **Contrato de compromisso de compra e venda:**

Aplicável é o artigo 34 da Lei 6766/79. Benfeitorias necessárias e úteis são indenizáveis e ensejam a retenção. A matéria é de ordem pública 'sendo sem nenhum efeito qualquer disposição em contrário', coibindo assim o enriquecimento sem causa.

Violaria portanto uma disposição em contrário os casos descritos artigos 51 XVI e 53 CDC e o artigo 34 da Lei 6766/79. Os do CDC, somente se houver relação de consumo.

### **Contrato de arrendamento rural:**

Aplicável é o artigo 95 da Lei 4504/64 – estatuto da Terra. A norma é de ordem pública, sendo assim, as obras necessárias e úteis são indenizáveis e ensejam retenção. As obras voluptuárias, se autorizadas pelo arrendador, poderão ser indenizadas, mas não caberia a retenção.

**5 – Posição privilegiada do possuidor direto:** Na disputa possessória, o possuidor direto esta em situação superior que o proprietário. **P.ex.** a retenção que pode exercer, o direito de indenização.

## AULA 7 – 22/05/2002

**2 - Propriedade:** é o direito real absoluto, ilimitado, exclusivo e elástico que confere ao titular as faculdades de uso, gozo e disposição sobre a coisa, podendo afastar qualquer ingerência alheia – Marco Aurélio Bezerra de Mello com base no artigo 1228 NCC.

Já Caio Mário define propriedade como o poder jurídico exercido sobre um bem, da forma mais ampla possível e oponível *erga omnes*. Esta definição esbarra na crítica com relação ao vocábulo ‘da forma mais ampla possível’, pois ou é ou não é exercido o poder jurídico.

### **Artigo 524 CC 1916 X Artigo 1228 CC 2002-06-11**

- O artigo 1228 inclui o vocábulo ‘faculdade’ no lugar do ‘Direito’. A mudança foi feita de acordo com a teoria do direito subjetivo, não sendo as expressões ‘usar’, ‘gozar’, e ‘dispor’ direitos, mas sim faculdades.

- A 2ª modificação está no vocábulo ‘detentor’, que na ação possessória não está legitimado, tendo que nomear o esbulhador à autoria. Na ação petítória, o detentor poderia figurar no polo passivo, de acordo com o artigo 1228 CC 2002 em sua interpretação gramatical, entretanto, esta possibilidade ficará a critério dos processualistas.

### **Atributos da propriedade:**

**1 – A Propriedade é elástica:** é uma construção doutrinária que significa que a propriedade pode ser mais ou menos extensa, de acordo com a existência de um direito real sobre a coisa alheia. **P.ex.** ao se criar um usufruto, existe uma redução da propriedade. Se não recair sobre ela nenhum direito real, permanece-se podendo usar, gozar e dispor do bem

**2 – A propriedade é absoluta:** até em decorrência de sua Natureza de direito subjetivo real absoluto. É oponível *erga omnes*. San Tiago Dantas entende que quando se cria uma propriedade, estaria nela inculcando um dever de abstenção.

**3 – A propriedade é ilimitada:** (regra que comporta exceções). Presume-se que o proprietário poderá usar, gozar e dispor do bem como melhor lhe convier. Ocorre que estas faculdades sofrerão restrições tanto em decorrência de normas de ordem pública como também em decorrência de normas de ordem privada.

### **Exemplos 1 – Restrições de Direito Público**

Função social da Propriedade – A CRFB estabelece no artigo 5º, XXIII que a propriedade deverá cumprir sua inafastável função social. O próprio artigo elenca uma série de direitos difusos que devem ser respeitados pela propriedade para que seja cumprida a Função Social. Além desses, muitos outros, previstos em leis especiais devem ser respeitados.

O parágrafo 4º do artigo 1228 CC 2002 prevê forma de perda de propriedade em razão da função social.

Os possuidores deverão pagar indenização para o proprietário, porém, se não arcarem com a indenização restaria ao proprietário entrar com ação de cobrança, no entender de Marco Aurélio Bezerra de Mello.

Trata-se este parágrafo de espécie semelhante ao usucapião especial urbano coletivo, diferindo-se pela indenização.

Para Marco Aurélio, trata-se de uma “espécie atípica de desapropriação”. Para ele, a lei 10257/01 traria uma espécie típica de aquisição de propriedade enquanto a do Código Civil não.

Ademais, na lei, somente poderá recair sobre imóvel urbano;

Lei 8009/90 – Habitação digna da família – Afeta um bem de forma especial para garantir a vida digna da família;

Artigo 1228 §1º - Diz respeito ao meio ambiente;

Pena de perdimento de bens naquelas propriedades onde são plantadas substâncias psicotrópicas;

Restrições eleitorais – requisição dos bens em periodos eleitorais;

Restrições militares – requisição de bens quando houver guerra;

Restrições Administrativas – Como o tombamento do bem;

A Servidão de passagem.

### **Exemplos 2 – Restrições de Direito privado:**

Normas de Direito de vizinhança - Orlando Gomes entende que tal restrição seria de ordem pública. Santiago Dantas e a maioria da doutrina entendem que a restrição é de ordem privada.

Vizinhança é toda aquela área afetada pelas atitudes do proprietário. O artigo 1228 em seu parágrafo 2º veda ao proprietário atos nocivos e ao mesmo tempo desprovidos de conteúdo econômico. Como exemplo temos: soltar fogos, escutar música em volume excessivo, soltar balão.

**4 – A propriedade é exclusiva:** a propriedade só admite uma única existência. Não poderá haver duas propriedades sobre o mesmo bem. O que pode haver é a co-propriedade, que é uma única propriedade fracionada em quota-parte.

**5 – A propriedade é perpétua / irrevogável:** Trata-se de direito real perpétuo, provando-se com base no artigo 1784 CC 2002 que consagra o princípio de Saisine que diz ser a propriedade transmutada com o evento morte, passando para os herdeiros.

- A propriedade é gênero que comporta 2 espécies: a *stricto senso* comportando bens incorpóreos como a posse do estado de casado, fundo de comércio e a linha telefônica. O domínio, por sua vez, recai sobre bens corpóreos.
- Os direitos autorais, de acordo com a Súmula 228 STJ não seriam direitos reais, mas sim pessoais.
- Com as mudanças do novo código a propriedade seria em sentido lato, comportando ambas, a propriedade em sentido estrito e o domínio.

### **Espécies de propriedade:**

**1 – Propriedade plena** – não sofre qualquer restrição em decorrência de Direitos reais sobre coisa alheia.

**2 – Propriedade limitada** – é a que sofre restrição de alguma espécie de direito real, como a gravada pela enfiteuse ou usufruto.

**3 – Propriedade *ad tempus*** – comporta duas espécies, a propriedade resolúvel e a revogável.

É resolúvel quando estiver subordinada a um evento resolutivo, que poderá ser uma condição resolutiva ou termo resolutivo. **P.ex.** a retrovenda com base no artigo 505 NCC, onde o vendedor tem o direito potestativo de, dentro de três anos, devolver o dinheiro pago e reaver a propriedade. Outro exemplo é a propriedade gravada pelo fidecomisso, tornando para o fiduciário a propriedade em resolúvel. Ainda como exemplo temos a venda com reserva de domínio (artigos 521-528 NCC). Quando o vendedor receber toda a quantia referente ao imóvel cessará sua propriedade.

Revogável é aquela que vem a se extinguir por fato superveniente. **P.ex.** revoga-se a doação por inexecução de encargo, por ingratidão; a procedência de uma ação anulatória do registro.

### Aula 8 – 29/05/2002

#### **Continuação dos tipos de propriedade.**

**4 – Quanto a alienação, ela será alienável ou inalienável** – em regra ela é alienável, sendo passível de transferência de titulares, podendo ser feita a título oneroso ou gratuito.

São, basicamente, três causas que tornam a propriedade inalienável:

- Por base legal, por exemplo o bem de família convencional, com base no artigo 1711 do novo código (71 do atual); com base no artigo 1715 do NCC trata-se de um bem que será ignorado para efeito de dívidas, com exceção de dívidas antigas e obrigações *propter rem*
- Convencional, onde as partes convencionam pela inalienabilidade, por exemplo, o testamento que impõe ao herdeiro a inalienabilidade do imóvel.

**Controvérsia:** Nos bens inalienáveis cabe o usucapião para uma corrente e para outra não. Esta segunda entende que se houver usucapião de bem inalienável estaríamos fomentando o instituto de fraude à lei (literalmente obedece o que a lei determina, mas com intenção de burlá-la); porém, para a outra, será possível o usucapião quando o usucapiendi estiver de boa-fé, ou seja, quando não houver conluio entre o proprietário e o usucapiendi.

Predominava a que defendia a não possibilidade do usucapião, pois deve-se provar a posse de Boa-fé.

- Natural, onde os bens não são passíveis de apropriação, como o ar.

**Obs:** Para Leoni, a indisponibilidade da integridade física é relativa. Ele cita os exemplos. O da mulher do circo “utilizada” pelo atirador de facas, o Boxer e a doação de órgãos inter-vivos (desde que não venha a causar a morte do doador).

#### **Formas de aquisição da propriedade imóvel:**

O atual CC indica 4 formas: o registro, o usucapião, o direito hereditário e a acessão. O novo código elenca ainda o casamento com comunhão universal de bens.

**Usucapião:** não é forma de aquisição da propriedade somente, é forma de aquisição de direitos reais, e entre eles, o principal, seria a propriedade.

Ele é a forma mais comum de aquisição da propriedade. O usucapião incidirá sobre a enfiteuse, servidão de passagem, usufruto.

A Súmula 193 STJ determina que a linha telefônica poderia ser usucapida. Trata-se de usucapão do direito real de uso, assunto que hoje não está muito em pauta pelo baixo valor da linha e pela facilidade de acesso a mesma.

O artigo 496 determina que os atos de mera permissão não ensejam o usucapião.

**Controvérsia:** sobre o usucapião de passagem forçada existem duas correntes.

A majoritária, sustentada por José Guilherme Praga Teixeira, José Carlos Moraes Sales, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento e pela RT 623/251 diz não ser possível em decorrência da passagem forçada ter natureza de obrigação *propter rem*. Outro argumento diz que a passagem forçada é precária, podendo cessar a qualquer momento, desde que o imóvel não mais permaneça encravado.

A segunda corrente corresponde a posição isolada de Lenine Nequete defendendo a possibilidade do usucapião na hipótese do imóvel que apresentava uma passagem forçada persista faticamente com esta mesmo quando o imóvel tiver acesso a via pública. Se a situação perdurasse por 20 anos seria possível o usucapião. (Na opinião do professor é um exemplo equivocado, pois no caso exposto ela não teria natureza de passagem forçada, pois esta se extingue com o desencravamento do imóvel, e em persistindo seria convertida em servidão de passagem.

**Natureza Jurídica do usucapião: Controvérsia**

1ª corrente, é majoritária, sendo sustentada por Silvio Rodriguês, Maria Helena Diniz, Santiago Dantas, José Carlos Moraes Sales, Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro, Tupinambá Miguel Castro e Nelson Luiz Pinto entende que o usucapião é forma originária de aquisição de direitos reais, sendo a aquisição originária aquela que não está vinculada a qualquer outra aquisição; independe de qualquer fato pretérito. Não se segue a cadeia de transmissão do domínio, não há voluntariedade da transferência do domínio. (adquire-se o bem por força própria como diz José Carlos Moraes Sales.

A 2ª corrente é sustentada isoladamente por Caio Mário, que se inspirou em Brinz. Ele defende que a aquisição é derivada, pois não se apagará / afastará a ligação entre os bens e seus proprietários pretéritos. Os registros atentam para o princípio da continuidade.

Caio Mário assim sustenta pois Brinz defende que a aquisição originária somente se dará quando o imóvel não teve anteriormente um proprietário, mas esta posição seria falha pois por este entendimento ela teria natureza mista, vez que no imóvel sem registro, o usucapião seria originário.

### **O usucapião é espécie de prescrição? Controvérsia**

A mais técnica é sustentada por Caio Mário, Ruggiero, Lafaiete, Leoni e Maria Helena Diniz. Defende que não, pois o usucapião é um instituto do campo dos direitos reais, e por tal razão não se confundiria com prescrição.

Outro argumento, ainda nesta corrente, diz que são eles vocábulos antagônicos. Enquanto no usucapião prevalece a aquisição, na prescrição prevalece a extinção. Um faz nascer o direito, o outro extingüe.

A segunda corrente, sustentada por Washington de Barros Monteiro, Câmara Leal, José Carlos Moraes Sales, o atual CC e o novo, baseado nos artigos 553 e 1244 respectivamente determina que as causas preclusivas da prescrição são aplicáveis no usucapião.

José Carlos Moraes Sales, apesar de afirmar ser a posição questionável, filia-se a ela. Para ele, prescrição aquisitiva não existe.

### **Em que consiste exceção de domínio?**

Exceção de domínio se dá quando, em sede de ação possessória, um dos possuidores alega ser possuidor do bem (art 965 CPC).

Durante uma ação possessória não se pode entrar com exceção de domínio, exceto quando a disputa se dá em relação de domínio. **P.ex.** ambos possuem escritura do bem. Um indivíduo vendeu o imóvel para ambos. Súmula 487 STF – “*Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.*”

## **AULA 9 – 05/06/2002**

### **Espécies de usucapião:**



## **1 - Extraordinário:** art 1238 NCC.

No artigo 550 do CC 1916, aquele que exercia posse ininterrupta e sem oposição por 20 anos adquiria o domínio, independente da existência ou não de Boa-fé, que no usucapião seria presumida, podendo ser requerida a declaração ao juiz para que sirva de título em transação futura.

Marco Aurélio Bezerra de Melo define usucapião como sendo uma modalidade de aquisição originária da propriedade ou de outro direito real sobre a coisa alheia que consiste da posse ininterrupta, sem oposição e com a intenção de dono, durante o tempo previsto em lei. Prossegue identificando o usucapião como modalidade de prescrição aquisitiva, dizendo que o instituto assegura grande segurança jurídica ao possuidor e às pessoas que com ele vierem a interagir, servindo também como fiscalização da Função Social da propriedade, sendo permanente advertência ao proprietário que se o abandonar ensejará que outro exerça posse sobre o bem, vindo ao final usucapi-lo.

Todos os prazos de usucapião serão reduzidos. No novo código, o prazo pro usucapião extraordinário foi reduzido pra 15 anos, podendo chegar inclusive a 10 anos no caso do parágrafo único. Nele, esta previsto que se o possuidor der destinação social ao bem, utilizando-o como moradia ou meio de produção (se estabelecer um fundo de comércio por exemplo), o prazo será de 10 anos.

A questão da redução de prazo já foi inclusive sumulada pelo STF, na súmula de nº 445, que previa a diminuição do prazo de usucapião de 30 para 20 anos.

A lei que diminui o prazo de usucapião terá aplicação imediata, porém, o tempo já decorrido será zerado com a ressalva de que se o novo prazo for superior ao prazo restante estar-se-á a contagem vinculada ao prazo antigo. Usa-se o prazo que melhor atende ao possuidor, valendo as alterações para os prazos em curso, aplicando-se o disposto no artigo 2030 NCC que prevê o acréscimo de 2 anos após entrar o novo prazo em vigor para que este não pegue o proprietário de surpresa.

### **Requisitos do usucapião:**

- **Posse mansa**
- **Posse ininterrupta**
- **Lapso temporal de 20 anos (CC 1916); 15 ou até 10 anos (NCC)**
- *Animus domini*

- **Res habilis (coisa hábil a ser usucapida).**

**Posse Mansa e pacífica:** Posse mansa, pacífica é a que não vem a ser obstada. Trata-se de requisito impreensindível para a contagem do prazo de usucapião. Este prazo começaria a correr no momento em que é cessada a violência da posse, um vício de natureza relativa (ao contrário da precariedade, que é vício insanável)

A eficácia prejudicial do esbulho será afastada se o *usucapiendi* lograr êxito na reintegração de posse, sendo neste caso afastado o efeito interruptivo do esbulho. A reintegração de posse e o êxito no desforço imediato fazem com que o esbulho “jamais” tenha ocorrido.

A ausência de oposição não se confunde com inconformidade. Uma pessoa que proponha eventual ação possessória e sucumba à pretensão defensiva do réu, não poderá obstar a aquisição da propriedade por meio do usucapião.

**Posse ininterrupta:** O esbulho afasta a posse contínua enquanto não cessado. O fato da pessoa não estar no imóvel não quer dizer que a posse não seja contínua. É comum o possuidor viajar, ou mesmo passar a maior parte do tempo morando em outro lugar, como no caso das casas de praia. O que provoca o hiato na posse é o abandono, que se configura quando inclusive as obrigações para com o imóvel deixam de serem cumpridas. Para efeito de posse, não basta que um fato idônea a tenha produzido, mas sobretudo, exige permanência no fato.

De acordo com o artigo 1243 NCC, a lei admite a soma de posses para configuração do usucapião. O possuidor a título universal (sucessão legítima e testamentária) continuará obrigatoriamente a posse do anterior, mas se a acessão for realizada a título singular (decorre de ato *inter vivos* ou da deixa de um legado) a união das posses será facultativa. Esta, somente se consuma mediante ato transmissivo formalizado para uns ou por prova testemunhal concludente para outros, como Marco Aurélio Bezerra Melo. Nele, para que se somem os prazos, mister se faz que ambas as posses tenham sido exercidas com *animus domini* e com boa-fé, pois a ausência ou presença da Boa-fé alterará o prazo prescricional.

**Lapso Temporal:** O 1238 Caput prevê prazo de 15 anos, reduzindo-se para 10 no caso do parágrafo único quando se atende a função social da propriedade (obras e serviços de caráter produtivo e moradia habitual).

Aqui, ao contrário do usucapião especial urbano, não se faz necessário ser ele o único imóvel. Pode-se haver pluralidade de residência ou domicílio. O artigo também atende tanto as propriedades urbanas quanto as rurais.

### O que seriam obras ou serviços de caráter produtivo?

1228 §4º ≠ 1238 § ún. – No 1238 § ún. temos o usucapião extraordinário, que atende a função social da propriedade, tendo por isso, seu prazo reduzido para 10 anos. Seria uma aquisição originária com base no usucapião. No caso do 1228 §4º teríamos uma exceção ao direito de propriedade, que igualmente decorre da função social da propriedade. Nela, cria-se uma restrição a propriedade alheia. O proprietário perderá seu título se várias pessoas realizarem obras de caráter social. Não há aquisição de propriedade, ocorrendo apenas a privação da propriedade; todavia, temos o §5º que dispõe o pagamento de indenização, como se fosse uma “desapropriação privada”. Não se adquire a propriedade pelo usucapião, mas pelo pagamento da indenização. Para Marco Aurélio no entanto, o não pagamento do preço daria ensejo a execução por quantia certa e não a improcedência da posse.

### Qual a ação adequada para o caso do artigo 1228 §4º?

Para o professor Marcílio Brito seria a demandada adequada a ação ordinária de competência cível.

O prazo de 10 anos do § ún. será sempre acrescido de mais 2 anos no período entre 2003 e 2005, de acordo com o artigo 2030 NCC. O prazo decorrido até a entrada em vigor do novo código seria contado, no entanto, acrescido de 2 anos, demonstrando que nossos legisladores adotam literalmente o entendimento da súmula 445 STF, contrariando o entendimento doutrinário. Esse acréscimo se daria somente para aqueles prazos que findariam entre 2003 e 2005.

A *ratio legis* do artigo 2029 e 2030 leva a crer que o legislador não adotará a posição doutrinária com relação ao prazo de prescrição, vindo a entender e interpretar de forma literal a súmula 445 STF (Para melhor compreender a questão leia Washington de Barros Monteiro vol. 1). **vide aula 15, na qual o professor apresentou novo entendimento que entende ser mais correto. (página 65)**

*Animus domini*: é a intenção de tornar-se proprietário. Não quer dizer que estejamos adotando a teoria subjetiva da posse, mas sim que se trata de um elemento essencial para a configuração do usucapião.

Com base nesse requisito é que o locatário não poderá usucapir o imóvel, pois ele exerce posse contratual, tendo somente *affectio tenendi*.

Passagem do livro de Marco Aurélio Bezerra Melo: “ Este requisito subjetivo da usucapião deve ser visto pelo seu aspecto negativo. Analisa-se a ausência de algum obstáculo objetivo para que se possa ostentar que possui o bem como se fosse seu e alcança-se a presunção absoluta de que o possuidor atua em relação à coisa em nome próprio. A exigência afasta os detentores estudados no art. 1198, os possuidores diretos vistos no artigo 1197 e os não possuidores encontrados no art. 1208. Assim, o caseiro, o locatário e a pessoa que arrebatou um bem violentamente, não poderão usucapir, ressalvada a hipótese de inversão da posse. Por último, cumpre ressaltar que o *animus domini*, não se confunde com o *opinio domini*. De modo que tem *animus domini* uma pessoa que possui um bem como se fosse seu, embora convicta de que existe alguém com melhor direito.

#### O incapaz pode usucapir?

Orlando Gomes – Não, pois o incapaz não tem *animus*, falta-lhe capacidade de fato.

Caio Mário, pelo contrário, entende ser possível e dá o exemplo da criança de 10 anos que ganha uma bicicleta roubada. A criança está de boa-fé, poderá usucapir utilizando-se inclusive do prazo de 3 anos. Quem roubou é que não poderá usucapir.

Entende Caio Mário desta forma pois se aplicaria o conceito natural de posse e mais o artigo 494, II CC (1205, I NCC)

O STJ já se posicionou pela possibilidade de usucapião no furto ou no roubo para terceiro de boa-fé.

#### Poderá o locatário usucapir?

Não, pois falta-lhe *animus domini*, porém, se ocorrer a inversão do título da posse poderá. **P.ex.** O locador morre e a sucessão não é aberta, os herdeiros não tomam qualquer providência, deixando inclusive de cobrar os alugueres.

### O compromissário comprador pode usucapir?

Trata-se de posse contratual, mas com a expectativa de se tornar proprietário. A melhor corrente entende que o compromissário comprador poderá usucapir se já pagou o imóvel integralmente. É relevante por exemplo se o imóvel é comprado de pessoa errada, ou pela inversão do título da posse.

Para usucapir com justo título, somente se tiver integralizado o pagamento. (Isto no caso do argumento ser o contrato de promessa de compra e venda, pois em regra, é vedado o usucapião em posse contratual.

### **AULA 10 – 19/06/2002**

**Obs:** Sobre a prescrição, Marco Aurélio entende que o prazo não zeraria, surgindo problema, por exemplo, no prazo prescricional dos alimentos, que passou de 5 para 2 anos. Aqueles prazos que já tinham passado de 2 anos já estariam prescritos ao entrar em vigor o novo código. Capanema, por sua vez, entende que o prazo teria que ser zerado.

### Pode haver usucapião entre condôminos?

A 1ª corrente, sustentada por José Carlos Moraes Sales, que diz ser esta a posição predominante a nível pretoriano entende que haveria usucapião entre condôminos, pois se faticamente um condômino exerce posse exclusiva sobre a totalidade do bem, ele poderia usucapir. Na posse dele existiria *animus domini* sobre a quota parte alheia.

A 2ª corrente, sustentada por Caio Mário e pelo TJ-RJ diz não haver possibilidade do condômino usucapir a quota parte alheia, pois no sistema jurídico do condomínio, seja qual for sua espécie, a posse direta deve ser exercida através de atos de cooperação, e não de concorrência. Admitindo o usucapião entre condôminos estaríamos fomentando os atos de concorrência. Não existe *animus domini* entre proprietários.

É pacífico o entendimento que áreas comuns com acesso restrito a um único condômino não podem ser usucapidas por este.

**Res habilis – Coisa hábil a ser usucapida:** Objeto hábil a configurar o usucapião.

A grande questão a respeito deste requisito diz respeito aos bens públicos, se estes poderiam ou não ser usucapidos. É certo, que com exceção as terras devolutas, temos unanimidade na doutrina em entender pela impossibilidade, mas sobre estas surge relevante controvérsia.

**1ª corrente:** pode haver usucapião de pelo menos um bem público, que são as terras devolutas. Sustentam esta corrente Celso Ribeiro Bastos, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento e Silvio Rodriguês.

Dois são os fundamentos desta corrente, o 1º é a interpretação gramatical do artigo 188 CRFB. Ao tratar de terras públicas e devolutas, o artigo criou uma dicotomia, diferenciando-as. Desta forma, entendem, que as terras devolutas não são bens públicos, decorrendo daí o 2º fundamento, ou seja, as terras devolutas são bens não-públicos, a base é o artigo 2º da lei 6969/81.

Marco Aurélio Bezerra de Mello entende que pela ciência do artigo 98 CC todos os bens que não são públicos, são privados. Acrescenta ainda um 4º argumento que diz existir um procedimento especial previsto na lei 6383/76 para a discriminação de terras devolutas, cuja sentença ou decisão administrativa, conforme o caso, possui natureza constitutiva, ou seja, apenas após a discriminação da terra é que ela pertencerá ao Poder Público, sendo em consequência impossível sua aquisição por usucapião.

No caso, as terras devolutas podem ser usucapidas por não serem bens públicos.

Di Pietro defende que não é a melhor opção a não possibilidade de usucapião de bem público, acha ela que o legislador deveria ter aberto exceções, coisa que não foi feita. Cita ela o exemplo da praça que perdeu sua afetação, passando a ser usada como estacionamento. Também entende que a lei 6969/81 não teria sido recepcionada pela CRFB.

O professor critica tal corrente pois ainda que admitam o usucapião nas terras devolutas, não poderia se dizer que é admitido o usucapião sobre bens públicos, uma vez que o argumento da doutrina é justamente de que estas não são na realidade bens públicos.

Critica-se ainda devido a ciência do artigo 225 e seu parágrafo 5º CRFB: *“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. / São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.”*, pois ainda que não seja bem público, a CRFB define que são as terras indisponíveis.

**2ª corrente:** é a posição que prevalece, defendida por José Carlos de Moraes Sales, Celso Antônio Bandeira de Mello, Diógenes Gasparini, Maria Sylvia Di Pietro e Natal Nadder. Para eles, não cabe usucapião de qualquer bem público, incluindo as terras devolutas.

Como fundamento primeiro, temos o artigo 183 § 3º CRFB, que prevê que bens públicos não são suscetíveis de usucapião, o segundo é o artigo 191 parágrafo único. O terceiro fundamento é a súmula 335 STF, que estabelece sobre prescrições aquisitivas antigas que desde a edição do CC 1916 não caberia usucapião de bens públicos. O quarto fundamento é de que o artigo 2º da lei 6969/81 não teria sido recepcionado pela CRFB. O quinto fundamento é de que não há dicotomia no artigo 188 CRFB, pois a interpretação correta é de que se aplica a qualquer bem público, inclusive as terras devolutas. O sexto fundamento é o artigo 102 NCC, isto decorre do fato dos bens públicos não estarem sujeitos a prescrição aquisitiva.

## **2 - Usucapião ordinário:**

Os requisitos são os mesmos: posse mansa, contínua, lapso temporal (de 10 anos ou até de 5 anos), *animus domini* e *res habilies*. Adiciona-se ainda o justo título e a Boa-fé (posse qualificada pela Boa-fé).

**Lapso temporal:** no código atual código o prazo seria de 15 anos entre ausentes e 10 anos entre presentes.

Para o código atual, presentes são as partes que tem domicílio no mesmo município e ausentes os que tem domicílio em municípios distintos (art 551 § único). Se as partes residem no mesmo município são presentes, se residem em municípios distintos são ausentes.

Esta distinção era válida em 1916, por todas as dificuldades existentes na época. Nesta época, também se exigia que o imóvel usucapido teria que ser na mesma localidade do domicílio de ambos.

O próprio Clóvis Bevilacqua, Carvalho Santos, Moraes Sales e Tupinambá entendem que o conceito de presença e ausência devem ser considerados em consonância com o local do imóvel, isto é, se o proprietário tem domicílio no mesmo local onde o imóvel se encontra, pouco importando o domicílio do *usucapiendi*.

Se o proprietário tiver domicílio no mesmo município em que se encontra o imóvel a ser usucapido, o prazo seria de 10 anos, pois teria ele mais possibilidade de vigiar sua propriedade. Ao contrário, o que tem domicílio em local distinto, por ter maiores dificuldades para manter vigiada a propriedade, teria o prazo de 15 anos para perdê-la pelo usucapião.

O NCC não faz esta previsão. Devido aos avanços da sociedade, de seus meios de comunicação. O usucapião ordinário está no artigo 1242.

**Título justo:** negócio jurídico que seria hábil para transferir a titularidade do direito real. Ele seria hábil se não fosse a presença de um vício, que passa a gerar uma nulidade. Moraes Sales diz que o vocábulo ‘título justo’ é incorreto, devendo se falar em ‘título que seria justo’. Prossegue: em decorrência de um defeito interno ele perderia a eficácia translativa.

Seu conceito de título justo é o de “ato ou fato translativo que não produziu efeito por padecer de defeito ou por lhe falatr qualidade específica para tanto.” O fato poderá ser translativo, por exemplo a morte e conseqüente abertura de sucessão.

Orlando Gomes entende que são 3 as causas que afastam a justeza do título:

**1.** Na aquisição *a non domino* (quem vende não era o proprietário, o titular do direito.) – alienação por quem não é proprietário, fraude cartorária.

**2.** A aquisição *a domino* estando presente uma hipótese de nulidade relativa ou absoluta. **P. ex.** comprou-se um imóvel mediante coação física. A compra é efetuada do verdadeiro proprietário, existindo um vício, que gera uma nulidade absoluta.

**3.** Erro no mode de aquisição: **p.ex.** quando a forma não reveste o que a lei exige. Para o professor haveria nulidade absoluta, estando portanto enquadrada na segunda causa.

### Para efeito de título justo, o registro é necessário?

Para efeito de aplicação do parágrafo único do artigo 1242, o título justo deve ser levado a registro, o que não ocorre no caput. Desta forma, o NCC acaba solucionando a controvérsia se o justo título teria que ser registrado ou não para ser considerado justo, mas ainda assim, veremos os argumentos de ambas as correntes.

**1ª corrente:** sim, o registro é necessário. defendem este entendimento Beviláqua, Tupinambá e alguns julgados do STF.

Tupinambá diz que se não houvesse registro haveria uma presunção de má-fé, existiria um receiido comprador de levar o título a registro.

**2ª corrente:** entende que não, sendo sustentada por José Carlos de Moraes Sales, Caio Mário e Pontes de Miranda.

### O compromisso de compra e venda é título justo?



Até 1999 o compromisso não representava título justo, mas a modificação do artigo 26 da Lei 6766/79, com a inclusão do §6º o incluiu como título justo. Ele apresenta eficácia de título justo. A modificação da lei 6766 se deu através da Lei 9785/99.

**Boa-fé:** artigo 1202 NCC – conceito: apesar de apresentar vício objetivo, este não é conhecido pelo possuidor. Bevilacqua diz que se trata da posse com convicção de dono, com a crença de que a coisa lhe pertence.

### **AULA 11 – 03/07/2002**

#### **3 - Usucapião especial rural:**

**Base legal – Lei 6969/81; artigo 1239 NCC e artigo 191 CRFB**

#### **Requisitos:**

- Posse mansa;
- Posse contínua;
- Lapso Temporal de 5 anos;
- *res habilies* – imóvel rural de até 50 hectares;
- *Animus domini*
- Não possuir ou ser proprietário de qualquer imóvel rural ou urbano;
- Finalidade residencial (residir no imóvel com a família)
- Tornar o bem produtivo.

#### **Lapso Temporal de 5 anos de posse.**

Com a CRFB 1988 surgiu a indagação se este tipo de usucapião do artigo 191 representaria um direito novo, vez que aumentou a área de 25 para 50 hectares.

Não seria direito novo pois já existia previsão pretérita na antiga Constituição e na própria lei, que é anterior a Constituição de 88.

Para Moraes Sales somente para aquelas áreas cuja extensão não ultrapassasse os 25 hectares da antiga Constituição é que o Direito seria considerado antigo. Todas as áreas com tamanho entre 25 e 50 hectares seriam sim direito novo, assim, o prazo para o usucapião só

começaria a correr após a entrada em vigor da CRFB 1988. Em não sendo considerado direito novo o prazo da posse antes da Constituição poderia ser computado.

Se o indivíduo desmembra o imóvel para alcançar a área de 50 hectares ocorre a fraude a lei, o que causaria improcedência da ação.

#### **Cabe adição da posse na ação de usucapião especial rural?**

Via de regra não se pode utilizar a soma da posse antiga juntando com a própria posse. No que tange a *acetio possessionis* não cabe a adição da posse, pois faltará o requisito de ter residência no imóvel, pois trata-se de direito personalíssimo e a não residência implicaria no não cumprimento do requisito.

A *sucetio possessionis*, via de regra também não é possível, salvo se o sucessor universal já residia no imóvel com o possuidor anterior. **P.ex.** no caso da herança, o pai falece com 2 anos de posse em 1990, como o herdeiro morava com o pai poderia pleitear o usucapião em 1993 após 5 anos.

Com a falta do requisito a ação seria considerada improcedente.

#### ***Res habilis:***

Será direito novo se o imóvel tiver acima de 25 hectares e até 50 hectares. Se o imóvel tiver até 25 hectares o prazo contado antes da CRFB será válido.

#### **O que é imóvel rural para efeitos dessa modalidade de usucapião?**

O critério adotado foi o da localização. Se paga IPTU o imóvel é urbano, se paga ITR o imóvel é rural. Esse critério não costuma ser adotado pelo Direito Civil, sendo, no entanto, adotado neste caso. Imóvel rural é aquele cadastrado junto ao INCRA, logo, paga ITF. Se o imóvel está cadastrado na municipalidade ele paga IPTU e é urbano.

Na lei do inquilinato por exemplo, trabalha-se com o critério da destinação urbana / econômica.

#### **Finalidade residencial:**

O imóvel deve-se apresentar como sede da unidade familiar. Aí está presente a natureza da posse personalíssima. O possuidor deve ser direto. Não cabe a posse pelo arrendamento rural. deve-se atender também a função social, sendo este o requisito seguinte.

#### **Posse direta *pro labore:***

Tornar o bem produtivo, desenvolver alguma atividade rural na residência, podendo ser qualquer tipo de atividade rural, agricultura, pecuária, apicultura, pois a lei nada impõe.

Os familiares devem subsistir de tal atividade rural, a utilização da área para pequena plantação afim de burlar a lei, ou seja, somente para preencher os requisitos implicaria na improcedência da ação. Está configurada esta situação quando a família tem capacidade de subsistência sem auxílio daquela atividade rural. Neste caso, não está presente o requisito da posse direta *pro labore*.

Importante que se diga que nada impede que a família tenha outra fonte de sustento, o que não pode é subsistir exclusivamente com ela.

Quanto a função social da posse o interesse coletivo prevalece sobre o interesse privado. O usucapião coletivo foi criado justamente para favorecer as coletividades. **P.ex.** usucapião especial urbano coletivo – favelas de pequeno porte – art 1º § ún. e 2º, XIV da Lei 10257/01 (estatuto da cidade).

Tratam do uso racional da área em consonância com a preservação do meio ambiente e os interesses da coletividade.

### Qual o procedimento da ação de usucapião especial?

Está errado o que diz na Lei 6969/81, que fala em procedimento sumaríssimo, pois este é rito e não procedimento. Se trabalha na lei é com o Procedimento especial.

**artigo 5º** - é procedimento especial, um exemplo disso é que no rito sumaríssimo não existia a audiência prévia de justificação da posse, audiência esta que estava prevista logo no parágrafo primeiro do artigo 5º. O autor, provando sua posse, seria mantido nela até o final do processo.

Após a reforma de 1994 do CPC, foi afastada a necessidade da audiência de justificação da posse.

### Ainda é aplicável a audiência de justificação da posse?

A posição que predomina é que apesar da lei 6969/81 ser uma norma especial, por só se aplicar ao usucapião especial rural, poderíamos afirmar que as alterações do CPC de 1994 em relação a desnecessidade da audiência de justificação da posse também se aplicam a L. 6969/81. Esta lei, portanto, acabou sofrendo influência da lei geral.

Ela sofreu com as alterações da lei geral, pois a lei especial visa sempre facilitar, agilizar o processo da questão especial, porém, ao se entender que a lei geral é mais ágil que a lei especial, a *ratio legis* é de que: para alcançar uma exegese mais favorável poderia-se aplicar

a dispensa da audiência na L. 6969/81. Utiliza-se o Princípio da subsidiariedade. Apoiam esta tese, entre outros; Tupinambá Miguel Castro e Moraes Sales.

Ressalta-se que ainda há um resíduo doutrinário que defende que a norma geral não revoga norma especial em hipótese alguma.

No mesmo parágrafo, a L. 6969/81 dispensa a juntada nos autos da planta do imóvel, porém, o artigo 942 CPC, com redação nova pela reforma de 94, diz o contrário; qual prevalece?

A nova redação do artigo 942 CPC não prejudica o supra citado parágrafo. Faz-se primeiro a exegese histórica; desde o início, em 1973, a planta já era exigida. A lei especial posterior veio a dispor diferente da lei geral, logo, naquele caso, a planta era dispensada.

Assim, mesmo com a reforma de 94, pela exegese sistemática entende-se que da mesma forma que a redação anterior previa a necessidade da planta, esta continua a ser necessária com a reforma, mas fazendo uso da exegese lógica conclui-se que a planta é exigida em todos os casos, exceto no de Usucapião especial rural.

A planta do imóvel, salienta-se, não há que atender as exigências da Fazenda da União quando vier a ser exigida. Não pode a União criar embaraço quando a própria lei não o faz, de acordo com a princípio da efetividade processual e o próprio princípio da legalidade.

**Artigo 7º L. 6969/81** – Com relação a alegação do usucapião como tese defensiva, faz-se remissão a Súmula 237 STF “O usucapião pode ser alegado como tese defensiva”. Isto também se aplicaria ao artigo 13 da L. 10257/01.

A questão é a seguinte: Se é invocado o usucapião como tese defensiva e esta poderá ser acolhida (em defesa preliminar do mérito) ?

A redação dos artigos 7º (L. 6969/81) e 13 (L. 10257/01) não podem ser utilizados gramaticalmente. Mesmo que se acolha o usucapião como tese defensiva esta decisão não pode ser levada a registro, pois segundo Moraes Sales:

a) O usucapião não decorre simplesmente da sentença, e sim da posse qualificada e exercida pelo *usucapiendi*. Não haveria respeito ao limite subjetivo da coisa julgada, pois a decisão judicial só produz eficácia entre as partes demandantes, não abrangendo os confrontantes. Não se estenderiam os efeitos aos próprios réus da ação de usucapião, as Fazendas, pessoas interessadas que sequer fariam parte da ação em que o usucapião foi acolhido como tese defensiva.

b) Violação ao princípio do Devido Processo Legal. Como se vai usucapir o bem se o trâmite da ação de usucapião não foi respeitado? O proprietário estaria sendo privado de seu bem sem o devido processo legal. A ação em pauta não é a usucapião, mas sim uma ação reivindicatória.

c) Trata-se de equívoco do legislador; mesmo que bem intencionado, pois ele tentou sumarizar o processo de usucapião especial (Sobre o tema, ler livro “Sumarização do Processo” de Kazuo Watanabe).

Também defendem a tese Athos Gusmão Carneiro, Leline Nequete, Tupinambá. Na DPGE poderá se falar na utilização como tese de defesa, sendo argüída como defesa preliminar do mérito. Pelo artigo 7º e 13º, das Leis 6969/81 e 10257/01 é possível. Pode-se sustentar este argumento, porém, deve-se falar da doutrina majoritária, principalmente na violação do Devido Processo Legal, devendo-se citar a Súmula 391 STF “*o confinante certo deve ser citado pessoalmente para a ação de usucapião.*” que estaria também sendo violada.

#### **4 - Usucapião especial urbano singular:**

**Base legal: art 183 CRFB, 1240 NCC, bem como artigo 9º do estatuto da Cidade (L. 10257/01).**

##### **Requisitos:**

- Posse mansa;
- Posse contínua;
- Lapso temporal de 5 anos;
- *res habilis*;
- *animus domini*;
- não possuir outro imóvel;
- residir com a família.

Imóvel urbano é aquele que se localiza em área urbana!!

**Lapso temporal de 5 anos:** O prazo é de 5 anos e somente poderia ser pleiteado em 1993, pois trata-se de um direito novo. A partir de 1988 caberia somente a *sucetio possessionis* se o herdeiro já estivesse imitado anteriormente na posse do imóvel.

#### 250 m<sup>2</sup> se refere ao terreno ou a área edificada?

Predomina na doutrina que essa área corresponde a área do terreno. Entre outros, defende esta posição José Carlos de Moraes Sales e Tupinambá Miguel Castro. Porém, há quem entenda que tal limite de área se refere tanto ao terreno quanto a área edificada, no caso, Celso Ribeiro Bastos.

Entende Moraes Sales que se a área construída for superior a 250 m<sup>2</sup>, mas estiver em um terreno dessa metragem, embora possa não ter sido a intenção da norma, o imóvel é usucapível, pois o que vale é a metragem do terreno. No caso de condomínios horizontais, por exemplo, parte da doutrina defende que se o todo tiver área maior que 250 m<sup>2</sup>, mas as unidades autônomas estiverem dentro do limite, estas poderiam ser usucapidas individualmente.

**Não possuir outro imóvel:** o usucapiendi não pode ser proprietário de qualquer outro imóvel, seja ele comercial ou residencial, tendo ele que comprovar isto mediante certidões. Ao usucapiendi caberá mostrar as certidões da comarca onde se encontra o imóvel, sobre as demais comarcas, caberá ao réu demonstrar, caso o usucapiendi tenha outro imóvel.

Ele não poderá ter qualquer outro imóvel durante este prazo de 5 anos. Ultrapassando este, poderá ele ter quantos imóveis quiser.

### 5 - Usucapião especial urbano coletivo:

#### Requisitos:

- Posse mansa
- Posse pacífica
- Posse contínua
- Lapso temporal de 5 anos
- *animus domini*
- *res habilis*

- **Legitimidade ativa – pessoa de baixa renda**
- **Finalidade residencial**
- **Não ser proprietário de qualquer outro imóvel**

*Res habiles:* imóvel urbano, com mais de 250 m<sup>2</sup>, ocupado por uma coletividade e não sendo possível identificar o imóvel possuído por cada um dos possuidores.

**Legitimidade ativa: pessoas de baixa renda** – para definir quem são as pessoas de baixa renda deve-se ser adotado o mesmo critério da enfiteuse; ou seja, aquelas famílias que tenham renda inferior a 3 salários mínimos. No caso da enfiteuse, aquele considerado de baixa renda não paga o fôro anual. Como no usucapião não encontra-se a matéria regulamentada, o juiz irá analisar casuisticamente.

Certo é que a demanda deve ser feita pela coletividade, que poderá ser representada pela associação de moradores.

Na lei, quem deve usucapir o bem é a coletividade. O entendimento de que a associação poderá usucapir o bem serve para facilitar o acesso a justiça. A vantagem desta proposta está em evitar que ocorram alguns problemas processuais, como por exemplo o surgimento do Litisconsórcio ativo necessário, inexistente no âmbito processual.

Marco Aurélio Bezerra Melo ao comentar o artigo 1240 NCC diz que: “*será lícito aos possuidores, em estado de comosse, ou, servindo-se de substituto processual, ajuizar a ação para declarar a usucapião coletiva.*” Prossegue: “*A associação de moradores, legitimada para propor a demanda, deverá estar devidamente registrada no cartório das pessoas jurídicas e contar com a autorização expressa dos moradores interessados.*”

Sérgio Ferraz entende de forma isolada que o bem pertencerá a associação, que fará a distribuição da área à coletividade.

**Lapso temporal de 5 anos:** Entende se tratar de direito novo, mas Marco Aurélio Melo entende se tratar de direito antigo, mas esta tese vai de encontro com o entendimento acerca do usucapião especial rural. Neste, quando o imóvel tivesse entre 25 e 50 m<sup>2</sup> tratar-se-ia de direito novo para ele. da mesma forma, a CRFB prevê o usucapião de áreas de até 250 m<sup>2</sup> e a lei de áreas acima de 250 m<sup>2</sup>. Ele mesmo se contradiz nessas duas hipóteses análogas.

### **Restrições ao Direito de Propriedade.**

Há restrições de direito público e de direito privado, que serão por nós analisadas. São exemplos das restrições de Direito Público o tombamento, as normas de construção e etc.

**1 – Uso nocivo da propriedade:** está dentro do capítulo do Direito de Vizinhança. Entende-se que o proprietário deve abster-se de qualquer ato de emulação (art 1277 NCC e principalmente 1228 § 2º NCC).

O uso constitui exercício regular do Direito de propriedade, mas sua utilização encontra limites na função social da propriedade, com o efetivo interesse do proprietário ou sua comodidade e nunca como instrumento de capricho, vingança ou intenção de causar dano a outrem.. Este abuso tem natureza de ato ilícito. **P. ex.** Construir um muro bem alto somente para que este faça sombra no terreno vizinho.

A nocividade é aferida casuisticamente, de acordo com critérios como: a natureza de sua utilização, sua localização, entre outros.

A demanda capaz de sanar o uso nocivo da propriedade é uma demanda de preceito cominatório quando o uso nocivo for feito pelo dono do imóvel vizinho. Este, é certo, que deriva sempre de ação humana. Ex. barulho excessivo. **P.ex.** Criação de uma raça perigosíssima de cachorro sem que se tome os cuidados necessários.

No caso da construção nociva teremos a ação de Nunciação de obra nova, isto se a obra estiver em andamento e ação demolitória se a obra já estiver pronta (artigo 1280 NCC).

A ação de dano infecto é uma ação preventiva. Se aquela obra ou uso nocivo vier a causar algum prejuízo, este será indenizado.

O Estatuto da cidade (Lei 10257/01) previu que ao Poder Público municipal deverá definir aqueles empreendimentos e atividades privadas ou públicas em área urbana que dependerão da elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança. este serve tanto pra prevenir os conflitos urbanos entre vizinhos quanto como fonte para dirimir os conflitos já configurados.

### **Direitos de vizinhança:**

Sustenta-se que é o conjunto de normas limitadoras com a finalidade de prevenir conflitos de vizinhança, assim como com a finalidade de criar critérios para a solução dos mesmos. Logo, sua finalidade é dupla: prevenir e solucionar conflitos.

### **Dois são as correntes acerca de sua Natureza Jurídica:**



1 – Santiago Dantas entende se tratar de direito real, pois são limitações ao direito de propriedade. trata-se este de entendimento minoritário

2 – Washington de Barros Monteiro, Serpa Lopes e Laérson Mauro, juntos com a maioria da doutrina sustentam que a natureza jurídica é de obrigação *propter rem*, que são direitos obrigacionais que nascem de direitos reais, prevalecendo a natureza de direito pessoal.

Argumentam que tais limitações são apenas efeitos do Direito Real de propriedade, elas não teriam portanto natureza real; ademais, elas não seriam oponíveis *erga omnes*; por último, nos deparamos com o fato de que nos direitos reais, geralmente, não se ensejam obrigações negativas, o que freqüentemente ocorre nos direitos de vizinhança.

### **Semelhanças e diferenças entre obrigações *propter rem* e os direitos reais.**

1 – Em ambos os casos teremos a aderência. O direito real adere na coisa e não na pessoa, o mesmo ocorrendo com as obrigações *propter rem*.

2 – Ambulatoriedade também está presente em ambos, que admitem a transferência.

3 – Não há seqüela nas obrigações *propter rem*, ao contrário do que ocorre com os direitos reais.

### **Finalidades do Direito de vizinhança.**

A principal é a finalidade preventiva. Previne que haja qualquer conflito entre proprietários vizinhos.

Importante destacar que acerca do conceito de proprietários vizinhos, são assim considerados todos aqueles que possam de alguma forma prejudicar o uso da propriedade alheia, não havendo necessidade dos imóveis serem limítrofes. **P. ex.** Sujeito joga no rio produtos químicos poluentes, vindo a afetar proprietário não limítrofe. Neste caso, ele será reputado vizinho.

A 2ª finalidade é a de solucionar conflitos já existentes.

### **Características do direito de vizinhança:**

1 – Decorrem necessariamente da lei;

2 – Se revelam como obrigações *propter rem*;

3 – Interesse privado. Não há normas de direito público. (posição predominante – Maria Helena Diniz, Caio Mário, Santiago Dantas. Isoladamente, Orlando Gomes defende a existência dessas normas).

4 – Recai sempre sobre propriedade imóvel. O caso da buzina nas proximidades do hospital, por exemplo, não se trata de direito de vizinhança, estando previsto no Código de Transito.

### **Deveres do direito de vizinhança (são 3; positivos, negativos e de tolerância).**

**Positivos:** Constitui uma ação, uma conduta positiva. **P. ex.** normas do direito de construir aplicadas ao direito de vizinhança. (a colocação de janelas para permitir circulação de ar adequada no imóvel edificado).

**Negativos:** Constitui uma vedação, como a proibição de abrir uma janela a menos de 1 metro e ½ do imóvel vizinho (artigo 1301 NCC – remissão – Súmulas 414 e 120 STF (basculhante de até 10x20 é permitido). O artigo 1301 § 2º NCC implica em uma omissão.

**Tolerância:** Não é a mesma coisa de um dever negativo. Deve-se suportar a conduta alheia. **P. ex.** Passagem forçada.

### **Qual o critério adotado pelo CC no que tange aos Direitos de vizinhança?**

**1ª Corrente: Vedação aos atos emulativos** – atos emulativos são os atos deliberadamente praticados com o intuito de lesionar. **P. ex.** barulho excessivo. De certa forma o novo código adota tal posição (artigo 1228 § 2º NCC). no código antigo não havia base legal para sustentar tal posição.

**2ª Corrente: Teoria do abuso de direito** – O código iria evitar o excesso, o abuso de direito no direito de propriedade. Esta teoria não é a mais correta, pois nem sempre a nocividade do uso da propriedade deriva do abuso. **P. ex.** Propriedade industrial que emite mais barulho.

**3ª Corrente: Teoria da Imissão corpórea** – (a mais equivocada na opinião do Professor) – Somente os atos físicos seriam vedados. Ela não explica a poluição sonora ou ambiental.

**4ª Corrente: Teoria do uso necessário** (o professor entende ser a correta) – em regra o uso da propriedade deve atender ao critério da normalidade, porém, em certos momentos, admite-se o uso nocivo quando este é necessário (aperfeiçoamento da Teoria do uso normal criada por Ihering).

**5ª corrente:** Adotada no Brasil, é sustentada por Santiago Dantas. Ela abrange dois princípios. O primeiro é o da coexistência de direitos; isto é, o uso da propriedade não deve impedir o uso da propriedade alheia. Se aplica principalmente em imóveis residenciais. O 2º princípio é o do predomínio do interesse público.

## **AULA 13 – 17/07/2002**

**Diferencie passagem forçada, servidão de passagem e obrigação negativa em tolerar passagem alheia.**

### **Aula do momento 1:**

A passagem forçada será construída por necessidade, pois o imóvel está encravado. Na servidão de passagem o imóvel tem acesso a uma via pública secundária, mas por comodidade se faz a servidão de passagem, tendo a anuência do proprietário, geralmente feita em contrato, ou através do usucapião, que se dá apenas pela extensão da passagem.

Quanto a natureza dos institutos, a passagem forçada apresenta natureza de Direito Potestativo, sendo uma restrição a propriedade alheia derivada do direito de vizinhança, além de ser uma obrigação *propter rem*. Já a servidão de passagem é um direito subjetivo real, se

presentes os requisitos legais; sendo o imóvel que detem a passagem o dominante e aquele da qual a passagem faz parte o serviente.

A passagem forçada pode cessar automaticamente quando o imóvel deixar de ser encravado, o que não ocorre com a servidão de passagem, pois nesta, a passagem existe por comodidade. A passagem forçada, em permanecendo, poderá ser convertida em servidão.

Conforme disposto no artigo 560, CC 1916, a passagem forçada é sempre onerosa, o que nem sempre ocorrerá com a servidão de passagem. Na passagem forçada prepondera o entendimento de que não é possível a sua aquisição por usucapião (O Professor Lenine Nequette entende em contrário). Já na servidão de passagem, com fulcro no artigo 698 CC 1916, cabe o usucapião.

Sobre a obrigação negativa, esta ocorre quando se tem que abster de determinada conduta. A servidão de passagem é direito real que será levado a registro, já a obrigação negativa é um contrato que apenas valerá entre o credor e o devedor; ou seja, na servidão de passagem, ao se vender o imóvel, esta permanece, ela goza de aderência (cola no imóvel). Já na obrigação, o contrato é firmado entre partes específicas, não tendo efeito *erga omnes*, cabendo perdas e danos contra a parte que violá-lo.

**Passagem Forçada de cabos e tubulações: artigos 1286 e 1287 NCC.** Inexistia artigo acerca do tema no antigo código, embora já fosse entendimento doutrinário. Nestes casos, não se faz necessário que o imóvel seja encravado, basta que o custo para a passagem dos tubos por vias públicas seja excessivamente oneroso. Encontra a oposição de alguns autores tal conceito, pois entendem se tratar de mera servidão de passagem.

A indenização paga ao vizinho que tem que dar passagem será, caso não haja acordo, determinada por via judicial. Destaca-se ainda que a cláusula estipulada pela CERJ, ou Light por exemplo, impondo a passagem de seus cabos é abusiva de acordo com o CDC.

Se a passagem implicar em risco para o morador do terreno cedido para a passagem, o artigo 1287 determina a realização de obras para dirimí-lo.

Outra questão, ainda sobre direitos de vizinhança diz respeito ao muro divisório. Trata-se de obrigação *propter rem*, sendo o custo dividido, igualmente pelos proprietários / possuidores. Este muro estará em condomínio entre os vizinhos.

Quando houver dúvidas quanto aos limites, deve-se ajuizar ação demarcatória, que terá prazo para contestação de 20 dias. Todos os proprietários confinantes devem ser citados.

Posição pretoriana admite que quando a demarcação é parcial somente o vizinho limítrofe precisa ser citado.

Nesta ação demarcatória, desde o início terão que ser nomeados dois árbitros e um agrimensor. A ação é petítória, somente quem é proprietário poderá intentá-la. Adroaldo Furtado Fabrício entende que a ação demarcatória já traz, implicitamente, o pedido reivindicatório, inexistindo necessidade de qualificar esta ação em reivindicatória simples ou qualificada.

### **Propriedade Móvel:**

**Formas de aquisição e perda da propriedade móvel:** as formas de aquisição e perda seriam as mesmas, vez que o que representaria a aquisição de uns implicaria na perda de outros.

#### **a) Usucapião: ordinário e extraordinário**

Os requisitos para o usucapião ordinário são: a posse mansa, contínua, a *res habilis* que será qualquer bem móvel, inclusive os semoventes, o lapso temporal de 3 anos, o *animus domini*, o título justo e a boa-fé. O justo título seria o contrato, mesmo o verbal. Quando faltar o justo título e / ou a boa fé, será caso de usucapião extraordinário, que terá o prazo de 5 anos, conforme o artigo 1261 NCC. De acordo com o 1262 NCC no usucapião de propriedade móvel caberia tanto a *actio* quanto a *suctio possessionis*.

**b) Ocupação:** é a aquisição de coisas desprovidas de proprietário, sendo, por isso, forma de aquisição originária. O novo código só permite a ocupação nas *res nullius* (coisa sem dono). O atual CC prevê também a ocupação da *res derelicta* (coisa abandonada). No novo CC, no entanto, este conceito está englobado no primeiro, portanto, também é passível de ocupação. Além disso, estará sujeito, igualmente, a ocupação o objeto renunciado pelo proprietário. Quem se apropria agirá com *affectio tenendi*, como proprietário, pois já o é.

**c) Achado de tesouro:** descoberta de coisa móvel, preciosa e oculta. O objeto deve ter sido intencionalmente ocultado, diferindo da descoberta prevista no artigo 1233 NCC, onde a coisa é perdida, e não ocultada; por isso, nestes casos, o objeto encontrado não vem a ser de propriedade de quem o encontrou, devendo este entregá-lo a autoridade competente.

**Artigo 1264 NCC** – Nem sempre quem encontra o tesouro será proprietário do tesouro, vide casos do 1265 e 1266 NCC.

Pressupõe o tesouro que o objeto seja precioso, causando repercussão econômica. O bem deve ter sido intencionalmente ocultado por seu pretérito proprietário, devendo inexistir o conhecimento quanto a pessoa do proprietário pretérito.

Se o inventor, aquele que achou o tesouro, não entregar a metade ao dono do terreno estará incurso no Art 169, § un., I CP (apropriação de tesouro).

Por fim, não será considerado tesouro se terceiro conseguir provar a propriedade do achado.

### **Tesouro X descoberta:**

- Na descoberta a coisa foi perdida e por isso, deve ser restituído ao seu proprietário; quando não houver ciência deste, aquele que descobriu deverá entregar o bem para a autoridade policial.

Provando que não é forma de aquisição, existe o “achadego”, que é a recompensa a ser paga ao descobridor. O Novo CC determina que o valor mínimo da recompensa será de 5% do valor do bem. (A perda do documento do carro não implicaria no pagamento de 5% do valor deste). Existem ainda as despesas para a conservação do bem que devem ser pagas. O proprietário deverá indenizar o descobridor por todas as despesas que este teve por conta do bem encontrado. **P. ex.** o animal achado na rua. O descobridor deve ser indenizado pelos gastos com a alimentação e os cuidados providos a este.

- A descoberta é um instituto gratuito, só podendo ser o descobridor responsabilizado com base no dolo. Todavia, a culpa grave poderá ensejar a responsabilidade civil. **P. ex.** Se achou um cavalo e não o alimentou, no mínimo o descobridor agiu com dolo eventual. (Súmula 145 STJ – culpa grave). **P. ex. 2** No contrato de simples cortesia, quando se dá uma carona para pessoa na rua e vem a sofrer um acidente por estar em alta velocidade. O acidente se deu devido a imprudência do motorista. Outros exemplos são o de acidente provocado pelo avanço do sinal, dirigir embriagado e etc.

**Artigo 392 NCC** “*Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.*” – Princípio geral do direito de que o contratante que não seja favorecido só será

responsabilizado por dolo. Trata-se da responsabilidade subjetiva, salvo exceções, como nas relações de consumo do CDC, onde a responsabilidade é objetiva ou o caso da súmula 145 já citada.

Remissões – art 12 e 14 CDC (exceções previstas em lei); Decreto-Lei 2681/1912 (Decreto das estradas de ferro) – Responsabilidade objetiva.

**d) Tradição:**

É a translatividade do bem para o adquirente. Através dela ocorre também a transferência da propriedade. Admite várias espécies:

- **Real** – Propriamente dita. Entrega-se o bem ao comprador.
- **Simbólica** – entrega das chaves do carro, que estaria guardado em outro local
- **Convencional / Ficta** – Constituto possessório e *traditio breve manus*.

**Constituto possessório** consiste na fragmentação da posse, quando o possuidor aliena sua posse indireta. Sua posse era plena, tinha portanto a posse direta e a posse indireta que é justamente aquela que é vendida, permanecendo somente com a primeira. Desta forma, ele passa a ser proprietário direto através de novo título, a locação, comodato ou mesmo usufruto, no caso da doação com cláusula de usufruto. A tradição ocorre ficticiamente, evitando a entrega concreta do bem por medida de economia, vez que o proprietário que aliena permanecerá na posse direta (evita a tradição real).

*Traditio breve manus* é justamente o contrário, quando o possuidor direto unificará esta a posse indireta. **P. ex.** O possuidor direto virá a ser o possuidor indireto; Leasing, quando o adquirente opta por adquirir o bem, se utiliza da cláusula; o locador que vem a adquirir o imóvel.

**e) Especificação:** dar forma.

Forma de aquisição que se dá quando o especificador dá forma nova a matéria prima, transformando em bem precioso em decorrência de seu trabalho, sendo irreversível.

O bem terá valor superior a matéria prima. **P. ex.** faz-se uma pulseira de ouro com uma barra. A pulseira será bem mais valioso, sendo que se for derretida e retomar sua forma de barra perderá seu valor. Por este motivo pode ser considerada sua aquisição por aquisição.

Se a especificação se dá com matéria alheia, em havendo boa-fé, aquele que realizou a especificação tornar-se-a proprietário. Se agiu de má-fé perderá o bem, exceto que o bem

especificado tenha valor superior a matéria prima (artigo 1270 – regra – ; 1270 § 1º – exceção – e 1270 § 2º - exceção da exceção (evita o enriquecimento sem causa, tendo no entanto que indenizar o proprietário da matéria prima) – .

### **AULA 14 – 24/07/2002**

**3 – Enfitese** – A enfitese é um direito realde uso e gozo sobre coisa alheia; todavia, em tal direito real, também há atos de disposição (limitados)

**Natureza Jurídica:** Direito mais amplo que existe entre os direitos sobre coisa alheia, pois traz poderes de disposição, ainda que limitada, sendo por isso quase tão ampla quanto a propriedade. O enfiteuta pode alienar sua enfitese para terceiros.

**Origem:** arcaica. Surge nas províncias Helênicas do Império Romano, que funcionavam mais ou menos como um Feudo. Com a impossibilidade de crescer mais, o império incentivava que senhorios ocupassem e produzissem mediante pagamento de um foro anual. O requisito para a enfitese era que não fosse o terreno edificado.

\* A enfitese da Praia de Icaraí é lega, a da Miguel de Frias é convencional.

**Ratio legis:** desenvolver áreas novas. A enfitese é possível em terrenos com imóvel edificado quando, por exemplo, se aliena a enfitese.

\* A enfitese era a única hipótese em que haveria fragmentação do domínio. De um lado o domínio direto, a ser exercido pelo senhorio direto, do outro o domínio útil, a ser exercido pelo enfiteuta. Quem exerce o domínio direto é quem não está imitado no bem. **P. ex.** A igreja na enfitese da Miguel de frias.

A enfitese configura uma exceção a exclusividade do domínio, por criar um domínio direto e outro útil. Todavia, Caio Mário entende que haveria exclusividade, pois cada domínio comportaria apenas um titular.

### **Formas de constituição da enfitese:**

- **Inter vivos:** Através de contrato, escritura pública que será levada a registro.



- **Por usucapião:** Critica-se pois, em verdade, o usucapião não será da enfiteuse, mas do domínio útil. A enfiteuse já existe, havendo modificação do titular do domínio útil. É uma forma originária de aquisição do domínio útil. No caso, seria como se não tivesse existido enfiteuta anteriormente. No caso do bem público por exemplo, não se dá o usucapião deste, que é a enfiteuse, mas do domínio útil.

Washington de Barros Monteiro entende que existe possibilidade de usucapião no domínio direto, nas hipóteses em que o sujeito tem atitudes de senhorio direto, como cobrar o foro anual. Porém, esta possibilidade é apenas teórica, eis que esbarraria sempre na má-fé.

- **Testamento *motis causa*:** Há expectativa de direito que só terá efeito com o evento morte. O professor entende que, ao começar a vigorar o novo código, esta parte do testamento perderia eficácia. A priori, seria aplicada a regra *tempus regit actum*, mas se trata de mera expectativa.

Vale lembrar que o NCC não acabou com o instituto da enfiteuse, pois as que existem não sofrerão modificações, somente, ao morrerem os enfiteutas, esta não persistirá, pois este instituto não está previsto no CC 2002.

### **Objeto da enfiteuse:**

Base legal 680 CC – *ratio legis* – promover o desenvolvimento de área improdutiva, seja porque não edificada ou por não ser cultivada.

### **Prova da PGE – Pode haver contrato de enfiteuse com prazo determinado?**

Não, o contrato de enfiteuse é perpétuo. O contrato é válido, mas será regido como se fosse um arrendamento, seja rural ou urbano (art 679 CC). A perpetuidade é característica principal do instituto, decorrendo daí o fato de se transmitir pelo evento morte.

### **Alienação da enfiteuse:**

Tanto o enfiteuta quanto o senhorio direto podem alienar a enfiteuse, sendo certo que existe o direito de preferência que exerce o domínio, direto no caso do enfiteuta alienar e útil no caso do alienante ser o senhorio direto.

**A) Preferência em proveito do senhorio direto (artigo 683 CC) –** Se a hipótese for de doação não se aplica a preferência. este direito potestativo do senhorio direto ocorrerá somente em atos onerosos, inclusive na hasta pública, sendo a preferência, neste caso, exercida após a

arrematação do bem, quando o senhorio terá um prazo para exercer a preferência, adjudicando o bem para si. Para iste, ele deve cobrir a proposta.

O direito em tela é potestativo, cujo o prazo para seu exercício será decadencial, de 30 dias.

**B) Preferência em proveito do enfiteuta (artigo 684 CC) – mesmo raciocínio quando quem quer alienar é o senhorio direto.**

\* Pode haver ou não a incidência do “laudêmio” (artigo 686 CC). Este apresenta natureza de obrigação *propter rem*, correspondendo a indenização a ser paga ao senhorio direto quando o mesmo não exerce a preferência; isso na hipótese de alienação pelo enfiteuta. Se o senhorio direto exerce o direito de preferência não existe necessidade de se incidir o “laudêmio”.

#### Há incidência do laudêmio no caso de desapropriação?

Caio Mário é contra, pois só incidiria este na alienação voluntária, voluntariedade esta que não esta presente na desapropriação. Porém, Washington de Barros Monteiro, com respaldo em posição do STF entende que incide o laudêmio, mesmo porque, na hasta pública a alienação também é forçada e este cabe, ficando a cargo do vendedor.

**Causas extintivas da enfiteuse – artigos 692 e 693 CC – Direito de resgate da enfiteuse.**

Comisso na enfiteuse é a extinção desta em decorrência do não pagamento do foro anual. Se a enfiteuse for convencional ocorrerá o comisso com o não pagamento do foro anual por 3 anos consecutivos. As súmulas 165 e 169 STF tratam do assunto.

O STF entende que depende de sentença, mesmo na enfiteuse legal, pois caso contrário estaria se ferindo o princípio da ampla defesa. Entende Washington de Barros Monteiro que esta sentença seria declaratória, entretanto o professor entende se tratar de sentença constitutiva negativa.

No artigo 693 CC temos o resgate, que é o direito que o enfiteuta tem de resgatar a enfiteuse pagando o valor de 10 foros anuais. Certo é que este resgate pode ser afastado por disposição contratual,

Quanto a enfiteuse legal, o prazo para ocorrência do comisso será de 3 anos consecutivos ou 4 anos intercalados. (artigo 103 § 1º D.L. 9760/46).

**4 - Direito Real de Superfície** – Já teria amparo em instituto análogo que seria a concessão de uso de bem público em propriedade resolúvel. É como se fosse uma concessão de uso de bem privado, e no Brasil, será sempre temporária.

**Base legal: artigos 1369 – 1377 NCC, além dos artigos 21 -24 da L. 10257/2001.**

#### **Conceito:**

Marco Aurélio Bezerra Melo o define como sendo direito real sobre coisa alheia imóvel que permite o desdobramento dos poderes inerentes a propriedade, onde o superficiário exercerá poderes de uso e fruição em relação as obras e plantações realizadas na propriedade do funcieiro (concedente). Anote-se que a exploração do subsolo não faz parte da concessão, devendo antes de se fazer tal concessão consultar a União, sob pena da não produção dos efeitos desejados pelos contratantes.

O superficiário poderá usar e gozar do direito de superfície por intervalo de tempo determinado, sendo que, ao seu fim não receberão indenização pelas obras feitas, pois estas serão adjudadas pelo concedente. Isso se dá pelo fato desta concessão de uso ter justamente a finalidade de desenvolver a área.

A indenização poderá no entanto ocorrer desde que haja cláusula contratual. O artigo 1375 NCC é que prevê o não pagamento de indenização, prevendo também a possibilidade de ocorrência.

O instituto está ligado a autonomia de vontade, sendo que sua constituição depende de contrato formal por instrumento público, sendo que, para produzir efeitos dos direitos reais sobre bens imóveis torna-se indispensável o registro do contrato no respectivo cartório imobiliário.

#### **Sujeitos:**

Quem exerce a posse direta, explora o bem é o superficiário ou concessionário. O titular do imóvel chama-se fundieiro ou concedente.

#### **Formas de constituição da superfície:**

Contrato ou testamento. No que tange ao usucapião há controvérsia. Haveria possibilidade de se usucapir somente a propriedade superficiária, não podendo haver na propriedade imóvel em si.

#### **Quanto ao aspecto temporário:**

Artigo 1369 NCC e 21 L. 10257/2001. No direito comparado prevalece o entendimento de que a superfície é perpétua, por exemplo, em Portugal.

#### **Superfície X Enfiteuse:**

1 – A superfície é temporária enquanto a enfiteuse é perpétua (estabelecer um tempo absurdamente alto seria fraude a lei. Alguns entendem que o prazo máximo seria aquele estabelecido no usufruto, ou seja, 100 anos.);

2 – A superfície pode recair em qualquer área, edificada ou não; já a enfiteuse, a rigor, só poderá existir sobre imóveis não edificados ou não cultivados (imóveis não produtivos);

3 – Na superfície não há incidência do *laudemio*, ao contrário da enfiteuse;

4 – Na superfície temos a incidência do *solarium*, que é o equivalente ao foro anual da enfiteuse, só mudando o termo.

5 – A superfície não precisa ser onerosa, pode ser gratuita. A enfiteuse é sempre onerosa.

6 – A superfície não admite resgate, enquanto a enfiteuse admite, estando prevista a possibilidade no artigo 693 CC.

#### **AULA 15 – 31/07/2002**

**Servidões de Passagem** – É o direito real de uso e fruição sobre a coisa alheia. Não houve alterações em relação ao novo código. O instituto está previsto no artigo 695 CC e 1378 NCC.

Trata-se as servidões de uma gama de restrições impostas a um prédio em proveito de outro, sendo o prédio que sofre as restrições chamado de prédio serviente, ao passo que o que impõe a servidão é chamado de dominante.

Sua finalidade principal é tornar a propriedade do dono do imóvel dominante mais agradável ou mais condizente com sua destinação natural, o que importará em um ônus para o proprietário do prédio serviente.

## **Princípios básicos das servidões:**

1) Não há servidão sobre a própria coisa, isto é, a servidão exige pluralidade de bens, vide previsões do artigo 695 CC e 1378 NCC.

2) A servidão existe sobre a coisa e não sobre o proprietário (princípios da aderência e da ambulatoriedade). O princípio da aderência diz que a servidão grava a coisa; o da ambulatoriedade que existe a possibilidade de se transferir o bem.

A servidão de passagem é um direito real, perpétuo e apresenta aderência, além de ser usucapível; já a obrigação negativa é um direito pessoal, temporário, que não apresenta aderência, exceto se ela tiver sido levada a registro, quando se tornará uma obrigação de eficácia real, com seus efeitos estendidos *erga omnes* (Santiago Dantas inclusive chama as obrigações de eficácia real de obrigação de eficácia *erga omnes*). Aquele que comprar o imóvel com esta obrigação levada a registro terá que respeitar o que fora previamente acordado entre os contratantes, trata-se pois de uma exceção ao princípio de que o contrato somente gerará efeitos aos contratantes.

3) Não se pode, de uma servidão, construir outra. Significa dizer que não há como se estender a servidão em proveito de outro imóvel, salvo convenção das partes. Uma servidão para a passagem de pessoas não poderá, por exemplo, ser convertida em servidão de passagem de automóveis.

4) As servidões exigem sempre a existência de imóveis contíguos. Eles devem ser limítrofes, exceto nas servidões contínuas, como as servidões de aqueduto, para colocação de fios elétricos, tubulação, pois nestes casos, as servidões poderão passar por vários imóveis.

5) A servidão não se presume. Sua base está no artigo 1385 NCC e no 696 CC. O proprietário do prédio dominante deve provar que existe a servidão pelo prazo de 20 anos se deseja usucapí-la. Desse princípio decorrem três conseqüências:

A primeira é que ela deve ser sempre comprovada, cabendo esse ônus ao que alega ser titular da servidão.

A segunda é que a servidão é uma limitação ao direito de propriedade, e, por isso, sua interpretação deve ser sempre restritiva, para que esta não seja mais restringida ainda.

Por último, temos que o exercício da servidão deve ser o menos oneroso possível. O tamanho dela será sempre o menos oneroso possível. No caso de ser uma servidão para trânsito de pessoas, ela terá o tamanho suficiente para que esta passe. Se for uma servidão para a passagem de automóveis, em geral, será levado em conta o automóvel médio, pois se trata de mera questão de comodidade, uma vez que o imóvel dominante já tem acesso a via pública.

6) Princípio da indivisibilidade; artigo 1386 NCC “*As servidões prediais são indivisíveis, e subsistem, no caso de divisão dos imóveis, em benefício de cada uma das porções do prédio dominante, e continuam a gravar cada uma das do prédio serviente, salvo se, por natureza, ou destino, só se aplicarem a certa parte de um ou de outro.*” No caso de sucessão, não poderá haver divisão entre os herdeiros, eles serão igualmente donos de toda servidão.

7) Somente existe entre bens imóveis.

### **Classificação das Servidões:**

**1 - Quanto a natureza do prédio:** as servidões podem ser urbanas ou rústicas. A rigor, a servidão é urbana quando é mais comum em imóveis urbanos, como a servidão de passagem; serão rústicas as servidões quando forem incomuns em imóveis urbanos, como a servidão de aqueduto, todavia, nada impede que tenhamos servidões rústicas em imóveis urbanos, como por exemplo os Arcos da Lapa, ou mesmo servidão urbana em imóvel rural.

**2 – Quanto a exteriorização:** temos as servidões aparentes, que se externam por obras visíveis, como a servidão de aqueduto e as servidões não aparentes, que não legitimam a proteção possessória, nem são passíveis de usucapião. **P. ex.** Servidão de passagem não aparente e servidão de vista, que consiste em direito real, cuja criação é condicionada a um contrato. Trata-se da alienação de terreno com uma cláusula para que a construção não ultrapasse a determinada altura. Esta não seria usucapível. A servidão de vista é mais segura que a imposição de cláusula no contrato de compra e venda, pois esta só teria validade entre as parte.

**3 – Quanto ao exercício:** a servidão pode ser contínua ou não contínua. A 1ª é aquela que subsiste independentemente de qualquer outra conduta humana (servidão de cabos,

aqüedutos). A servidão não contínua necessita sempre de ato humano. **P. ex.** Servidão de transito, que só existirá se faticamente o homem fizer uso dela.

**4 – Quanto a conduta:** no que tange a conduta, a servidão poderá ser positiva, quando deriva de uma ação humana, como a passagem; ou negativa, que deriva de uma abstenção, sendo a servidão de vista o único exemplo.

**5 – Servidão irregular** é aquela que é alheia ao campo dos direitos reais; **p. ex.** as obrigações derivadas do direito de vizinhança. O exemplo clássico é a servidão para pegar frutos no imóvel vizinho, mas este exemplo estaria ultrapassado, pois nosso código entende que se o fruto cair no imóvel do vizinho, este será proprietário.

#### **Formas de aquisição da servidão:**

**a) Negócio Jurídico**, geralmente um contrato, que deve ser levado a registro para que se aperfeiçoe, produzindo efeito *erga omnes*. Deverá ser feita a escritura pública se o valor do imóvel (servidão) ultrapassar 30 salários mínimos. O contrato, em geral, é oneroso, mas nada impede que seja gratuito

**b) Ato de última vontade**, o testamento, que poderia inclusive ser considerado um negócio jurídico;

**c) Usucapião – Súmula 415 STF** “*servidão de transito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito a proteção possessoria.*” – para que ocorra a servidão deve ser aparente, ou seja, deixar marcas da posse, visto que o pressuposto básico da prescrição é a posse. Além disso, precisa-se satisfazer os requisitos genéricos para a configuração do direito.

#### **Remédios jurídicos:**

**a) Ações possessórias** (cabível para servidões aparentes);

**b) Ação de Nunciação de obra nova;**

**c) Usucapião;**

**d) Ação declaratória positiva** – Trata-se de posição doutrinária, sendo cabível para tornar aparente a servidão não aparente. Serve para que esta seja extenada.

### **Extinção das Servidões:**

**a) Desapropriação** – O artigo 40 do D.L. 3365/41 prevê a possibilidade de se estabelecer servidão predial pelo poder público, mas se, ao contrário, a permanência da servidão não atender aos interesses públicos, esta poderá ser extinta antes mesmo do cancelamento junto ao registro de imóveis. A desapropriação acarretará a perda da propriedade mediante prévia e justa indenização em dinheiro, salvo quando for para fins de reforma agrária, quando a indenização poderá ser feita por títulos da dívida pública.

**b) Pelo cancelamento do registro:** seria a ação declaratória negativa, que decorre do abandono da servidão. O cancelamento está no 1387, ambos do novo CC.

#### **c) Nas hipóteses de extinção judicial com base no 1388 e 1399 NCC:**

- Renúncia, que é um ato unilateral abdicativo de um direito ou interesse. Ocorre quando o dono do prédio dominante abre mão da utilização da servidão, o que desonerará o prédio serviente. Ela somente produzirá efeitos por ocasião do registro do ato junto ao cartório imobiliário competente.

- Extinção pelo desuso, que ocorre após 10 anos de desuso da servidão. É a perda da utilidade, o que vem a demonstrar, uma vez mais, que o elemento caracterizador da servidão predial é a utilidade.

- Resgate se dará com a manifestação de vontade dos donos de ambos os prédios. Consistirá em um distrato, que dará fim ao gravame anteriormente estabelecido. Este deverá ser feito pela forma exigida no contrato e somente produzirá efeito com o cancelamento da servidão no registro de imóveis. Normalmente ele se dá de forma onerosa em favor do dono do prédio dominante.

- Confusão, quando os dois imóveis passam a pertencer ao mesmo proprietário, eis que não existe servidão sobre imóvel próprio. Ocorre quando o proprietário do imóvel dominante compra o imóvel serviente ou vice-versa.

- Supressão das obras; nesse caso, a supressão das obras realizadas possibilitando o exercício da servidão indica uma postura contrária à continuidade da servidão, exigindo a lei que as partes convertam em documento o desfazimento das obras, o que possibilitaria o cancelamento da servidão junto ao registro de imóveis.



- *Usucapio Libertatis* – Se o dono da servidão não a está usando pelo prazo de 10 anos é porque esta não se mostra mais útil. É uma hipótese de prescrição liberatória. Esta modalidade de extinção só poderá se dar quando a servidão não for contínua.

### **Nova posição do Professor acerca do conflito intertemporal dos prazos prescricionais.**

Câmara Leal e Sylvio Capanema entendem que para este conflito existem duas soluções. Ou adotamos o critério francês ou o alemão. No francês, a prescrição que começou a correr fica sempre presa ao imperio da lei antiga. No caso de se adotar este critério, o prazo de usucapião de 20 anos será sempre de 20 anos se começar a correr antes da mudança da lei.

Câmara Leal, no entanto, defende a adoção do BGB, o Código burguês Alemão, que determina que a lei nova sempre se aplica ao prazo prescricional não consumado. Por ele, a partir da lei nova a prescrição irá zerar, salvo se for mais fácil alcançar a prescrição pela lei antiga. Se, concretamente, o prazo foi diminuído de 20 para 15 anos, como no nosso novo código civil, caso já tenham sido transcorridos 15 anos, para não pegar o proprietário de surpresa, será usado o prazo antigo.

Se a lei nova aumenta o prazo, este se aplicará de forma imediata, incluindo-se no prazo novo.

Para o professor, o nosso código não adota nem um sistema nem o outro. Adota sim um sistema totalmente atípico, o sistema objetivo, que está presente no artigo 2028 “*Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.*”

Se na lei antiga o prazo era de 20 anos e na lei nova é de 15 anos, teremos duas hipóteses. Se transcorrido mais da metade do prazo, aplica-se a lei antiga; mas quando na lei antiga transcorreu-se o prazo somente até a metade, no caso 10 anos, se aplica a lei nova sem que seja ignorado o prazo transcorrido. Se passaram 10 anos e 1 dia, o usucapião ocorrerá em 4 anos, 11 meses e 29 dias.

Adota ainda o novo CC, em seu artigo 2029 “*Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.*” um período de carência para os artigos nele citados, o 1238 § ún. e 1242 § ún.

Nesses artigos, a redução prevista no código é muito grande, passando da metade; por isso, se justifica o acréscimo de 2 anos. Na prática, esses dois artigos sofrem uma *vacatio legis* de 3 anos, ao invés do prazo de 1 ano do restante do código. Entre 2003 e 2005 esses artigos terão vigência, mas não terão eficácia.

No que tange o artigo 1228 § 4º, o artigo 2030 NCC prevê que o prazo do artigo anterior será acrescido neste artigo também. Isso se deve pois o que está disposto neste artigo não existia anteriormente. Ele trata de uma desapropriação privada. Para não pegar o proprietário de surpresa este prazo de 2 anos de carência justifica-se nessa hipótese.

## **AULA 16 – 14/08/2002**

### **Extinção das servidões:**

**Pelo cancelamento do registro:** pode ocorrer voluntariamente; **p.ex.** quando o titular da servidão renuncia ao seu direito. Difere-se do abandono pois este é tácito enquanto a renúncia é expressa. Poderá ocorrer de forma não voluntária quando uma decisão judicial extingue a servidão; **p.ex.** ação declaratória negativa que é um remédio jurídico que o proprietário do prédio serviente pode usar para extinguir a servidão. É muito usada para declarar o desuso da servidão, por isso o professor entende que seria desconstitutiva (art 710, II CC e 1389 NCC).

**Causas de extinção judicial:** com base no código atual a doutrina sustenta que estariam elencadas no 709 CC e no Novo no artigo 1388. Quem sustentaria isso seria Washington de Barros Monteiro, porém, o inciso I do artigo se trata de renúncia, e, se há renúncia o interesse de agir some. Faz-se somente uma averbação para desconstituir a servidão. O pleito judicial não só é desnecessário como existe também carência de ação.

A hipótese do inciso II acaba gerando confusão entre servidão de passagem e passagem forçada, mas o professor diz se tratar realmente de servidão. (passagem forçada é obrigação *propter rem*, o que faz com que não seja possível a aquisição por usucapião. Trata-se de direito potestativo, onde se trabalha com a sujeição de direitos.

Neste caso, o Poder Público cria uma via pública, o que faz com que a servidão deixe de existir, como estabelece o atual CC. O novo generaliza as hipóteses, pois sabe-se que o elemento caracterizador das servidões é sua utilidade, e, em cessando esta, cessaria a servidão predial.

**Resgate:** é a aquisição da servidão pelo titular do prédio serviente. Ela se faz de forma onerosa, tal como ocorre na enfiteuse ou no usufruto.

O resgate só é admitido quando convencionalmente ajustado. Depende portanto de um acordo de vontades. O prédio será liberado do ônus real por meio de um distrato que deverá ser feita pela forma exigida para o contrato. Elaborado por Escritura Pública, esta somente terá os efeitos esperados com o cancelamento da servidão no Registro de imóveis.

Ele ocorre quando o proprietário do prédio serviente adquire a servidão, ao passo que a confusão se dá quando se compra o imóvel. Tecnicamente falando a confusão se daria no campo do direito pessoal e nos direitos reais se daria a consolidação (resgate).

**Desapropriação:** por motivo de força maior, decisão judicial.

**Extinção em imóvel hipotecado:** não prevista no atual código prevê que, estando o imóvel gravado com hipoteca, o credor hipotecário que é titular de direito real de garantia sobre o imóvel deverá legitimar a extinção por intermédio de seu consentimento. o artigo 256 da Lei 6015/73 assim prevê: “o cancelamento da servidão, quando do prédio dominante estiver hipotecado, só poderá ser feito com aquiescência do credor, expressamente manifestada.”

**Confusão:** artigo 1389, I NCC: a servidão pressupõe pluralidade de imóveis e proprietários. Com a confusão ou consolidação, que gerará unicidade de proprietários ocorrerá a extinção da servidão, tendo esta que ser levada a registro.

**Supressão das obras:** artigo 1389 II, A supressão das obras realizadas para possibilitar o exercício da servidão denota uma postura contrária a continuidade dela. A lei exige no entanto que as partes convertam em documento o desfazimento das obras, possibilitando, com este proceder, o cancelamento da servidão junto ao registro de imóveis.

**Desuso, abandono:** artigo 1389, III. Abandono por 10 anos. É um raro momento em que o Direito Real é perdido pelo simples abandono, pois ao contrário dos direitos pessoais onde a inércia do indivíduo gera a perda do direito, no direito real a simples inércia não seria suficiente para isso, devendo outros requisitos estarem presentes.

## Usufruto:

**Natureza Jurídica:** Direito real sobre coisa alheia – trata-se de um direito real de uso e fruição. Ao contrário das servidões o usufruto poderá recair sobre bens móveis.

Existe ainda o usufruto impróprio, onde poderá ocorrer sobre bens fungíveis, sendo utilizado nesses casos as regras do contrato de mútuo.

**Conceito:** art 713 CC – Clóvis Bevilacqua – é o direito real conferido a uma pessoa, durante certo tempo, que autoriza retirar da coisa alheia os frutos e utilidades. Os frutos civis são conceituados por Marco Aurélio Bezerra de Melo como rendimentos produzidos pelas coisas quando utilizadas por outrem, como os alugueres, a contraprestação paga pelo superficiário ao proprietário ou o pagamento do foro ao enfiteuta.

Quando se fala “conferido a uma pessoa” sabe-se que se trata de um direito real sobre coisa alheia. Ao contrário dos demais direitos reais, o usufruto é temporário, extingue-se com o evento morte, vez que se trata de instituto gratuito baseado em direitos personalíssimos. Desta forma, em falecendo uma das pessoas extinguiria-se o usufruto. Autores entendem que só se extinguirá se o usufrutuário falecer. O falecimento do nu-proprietário não geraria a extinção do usufruto uma vez que se trabalha com a confiança depositada no usufrutuário. Trata-se de direito vitalício, mas para a maioria da doutrina a extinção do direito só se dará com o falecimento do usufrutuário.

Quando temos pluralidade de usufrutuários, o falecimento de um ocasionará aos outros o direito de acréscimo da parte do falecido, desde que exista uma cláusula de acréscimo. caso contrário, esta parte voltaria ao nu-proprietário, havendo a extinção desta quota-parte (artigo 1411 NCC) A cláusula não se presume, ela terá que constar expressamente.

O usufruto poderá ocorrer em favor de pessoa jurídica que poderá não se extinguir nunca; por isso, na nossa legislação atual trabalha-se com o prazo máximo de durabilidade de 100 anos (artigo 741 CC) e no novo código 30 anos (1410, III), o que mais uma vez comprova o seu caráter temporário. Quanto ao conflito intertemporal o próprio código civil novo traz a solução. O usufruto invariavelmente será constituído por um negócio jurídico (salvo usufruto vitalício do Direito de família). Trabalha-se nestes casos com o artigo 2035 NCC que determina que a validade dos contratos estaria subordinada a lei anterior. Fica-se preso a regra do *tempus regit actum*. Somente quanto aos novos efeitos é que estaria subordinado a lei nova, o que não

ocorrerá com o usufruto, eis que a lei nova somente modifica o prazo, não cria novas obrigações ou direitos.

Os sujeitos do usufruto são dois, o usufrutuário que exerce a posse direta e o nu-proprietário.

### **Usufruto X Enfiteuse:**

**1 – Quanto a extensão:** o usufruto é um direito real menos extenso que a enfiteuse, pois nele não cabe a alienação, que é permitida na enfiteuse. No usufruto pode haver a cessão, que tanto poderá ser onerosa quanto gratuita, sendo que esta cessão se extinguirá com a extinção do usufruto (artigo 1393 NCC). Na cessão o usufrutuário continua sendo o titular do direito. Já a enfiteuse pode ser, segundo a doutrina, objeto de alienação quando o enfiteuta transferirá o domínio útil para outra pessoa, que poderá gerar a confusão, quando o senhorio direto exercer seu direito de preferência; o que gerará o pagamento do laudemio.

**2 – Quanto a perpetuidade:** o usufruto não é perpétuo, no máximo vitalício; já a enfiteuse é perpétua. A enfiteuse temporária seia regida por normas contratuais, ou pela locação ou por arrendamento rural, caso ocorresse o erro ao se registrar enfiteuse temporária.

**3 – Quanto ao objeto:** o usufruto poderá recair tanto sobre bens móveis quanto imóveis, já a enfiteuse somente recairá sobre o bem imóvel.

**4 – Quanto a onerosidade:** o usufruto é sempre gratuita ao passo que a enfiteusa será sempre oneroso. O direito de superfície poderia ser oneroso ou gratuito, o que poderia vir a ser semelhança entre os dois institutos.

### **Classificação do usufruto:**

**1 – Quanto a causa:** Teremos o usufruto legal e o usufruto convencional. O 1º é mais ligado ao direito de família, por exemplo o usufruto vidual do artigo 1611 NCC, ou o usufruto legal dos pais sobre os bens de seus filhos (artigo 260, I, CC – 1652 NCC)

O usufruto convencional derivará tanto do contrato como do testamento.

**2 – Quanto ao objeto:** Poderá ser geral, quando se refere a uma universalidade de bens.

**P.ex.** em testamento deixa todos os bens para “A” em usufruto de “B”.

Pode ser particular quando se refere a um bem em espécie ou a alguns bens especificados.

**3 – Quanto a extensão dos poderes:** Temos o usufruto pleno quando se confere ao usufrutuário todos os poderes de uso e fruição sobre o bem.

Poderá ser também restrito, quando somente alguns poderes de uso ou fruição são permitidos. **P.ex.** quando se impõe que o imóvel só poderá ser utilizado com fins residenciais.

**4 – Quanto a duração:** Pode ser vitalício ou temporário. O primeiro até que haja a morte do usufrutuário e o segundo quando se estabelecer o prazo.

## AULA 17 – 20/08/2002

### **Direitos do usufrutuário:**

O novo CC não prevê qualquer novidade, estando estes previstos entre os artigos 1394 e 1399.

**1** – No artigo 1394 há uma correspondência com o artigo 718 CC. Este artigo seria uma norma supletiva / supletória, pois traz os principais direitos genéricos do usufrutuário, e de certa forma provoca um *bis in idem*, pois quem usa e goza já exerce a posse direta.

O artigo determina que o usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos. Esses direitos representam a própria essência do instituto.

Quanto ao direito à posse, permite o desdobramento da posse em direta e indireta, sendo o nu-proprietário o possuidor indireto e o usufrutuário o possuidor direto. É esse direito que assegura ao usufrutuário a possibilidade de utilização dos remédios possessórios em caso de agressão.

Acerca do direito de uso sobre a coisa, este compete ao usufrutuário, que poderá retirar do bem usufruído tudo aquilo que ele puder proporcionar. **P.ex.** Plantar ou morar no imóvel

O usufrutuário é ainda o administrador do bem dado em usufruto, sendo-lhe permitido resolver qual o melhor destino a ser dado à coisa. Esse direito será perdido no entanto se o

proprietário exigir uma garantia para os bens sobre os quais incide o usufruto e o usufrutuário não as puder dar. Perderá assim o direito de administrar em favor do proprietário.

Por fim, fruir ou gozar significa extrair da coisa todas as vantagens e benefícios que forem possíveis, principalmente sob o ponto de vista econômico.

**2** – Outro direito é o de invocar a proteção possessória. Por exercer a posse, o usufrutuário tem o direito de se utilizar dos interditos possessórios, como a manutenção da posse no caso de turbação, ressaltando que nem sempre a posse injusta está contaminada pela má-fé; **P.ex.** indivíduo compra terreno cujo dono anterior avançou a cerca, exercendo posse clandestina no terreno do vizinho; neste caso, o comprador estaria de boa-fé.

Ana Rita entende que a posse precária, ao contrário do restante da doutrina, poderá cessar, basta que para isso haja interversão da posse (inversão do título da posse / Transmutação da causa de possuir / mudança da Natureza Jurídica da posse).

Pode entrar com reintegração de Posse no caso de esbulho e interdito proibitório. Observa-se que a ação de Imissão da Posse é petitória.

A ação publiciana é invenção doutrinária. Ela não é ação possessória, não podendo o usufrutuário entrar com a mesma. Ela é específica para obter a ação de usucapião pelo possuidor que já preencheu todos os requisitos da usucapião quando exercia posse sobre o bem. Todavia, o autor da ação não mais exerceria a posse direta. É, enfim, a ação para declarar o usucapião daquele eu não é mais possuidor. Ao mesmo tempo ela declara usucapião inter-partes e reivindica o bem do novo possuidor, desde que este já não esteja na posse do imóvel por tempo suficiente para que tenha ocorrido a prescrição aquisitiva, segundo ensinamento de Nelson Nery Junior.

**3** – Terceiro direito do usufrutuário é o direito a percepção dos frutos (artigos 1394, 1396, 1397 e 1398, além da regra geral do artigo 1214)

O 1394, como já mencionado é norma supletiva. O 1395 é o chamado usufruto impróprio, pois recai em cima do crédito, direito pessoal. Usa-se e frui-se dos rendimentos daquele título de crédito. É a única hipótese em que se teria o direito real em cima de bem incorpóreo.

O 1396 trabalha com o momento em que os frutos podem ser percebidos. Os pendentes, salvo disposição contrária, já pertencem ao usufrutuário ao dar-se início ao usufruto. Os frutos são bens acessórios que a coisa frugífera e principal produz periodicamente sem que se destrua

sua substância. Quanto a origem eles poderão ser naturais, industriais e civis. Quanto ao estado poderão ser pendentes, percipiendos e percebidos **(colocar aula do 1º Momento)**.

O 1397 fala das crias dos animais que nada mais são do que frutos, sendo sempre naturais. Marco Aurélio Bezerra de Melo entende serem as crias dos animais frutos industriais, sendo deduzidas neste caso de usufruto como universalidade de fato. Segue-se aqui o princípio da *Res perit domino* – a coisa perece para o proprietário. Se, por exemplo o nu-proprietário dá em usufruto 100 vacas e 3 vem a falecer devido a queda de um raio, mas outras 6 estiverem prenhas, 3 bezerros serão usados para repor os animais perdidos e os outros três pertencerão ao usufrutuário. Cabe ao usufrutuário preservar a substância da coisa, assim, se lhe foi dado em usufruto 100 vacas, ele terá que restituir as 100, não podendo alegar a deterioração por força maior ou por exercício regular do direito. Terá que restituí-las com suas crias.

### **Qual o prazo numa compra e venda de semoventes que apresenta vício redibitório para o ajuizamento de ação edilícia?**

No atual CC o prazo é de 15 dias contados da data de tradição. Entretanto, existem casos em que 15 dias não serão suficientes para que o vício se externe. **P.ex.** Uma vaca que tem uma bactéria que a impeça de produzir leite e que fica 90 dias encubada. Por isso, a doutrina diz que, para semoventes, o prazo do vício redibitório deve ser indicado em lei específica, e, em não havendo esta lei o prazo começará a correr do momento em que o defeito se externar. Isto está no novo CC na parte de obrigações, no artigo 445 §§ 1º e 2º e na jurisprudência, que impõe o prazo máximo de 180 dias para que este vício se externe e que se proponha a ação edilícia, que é gênero comportando duas espécies, a redibitória e a estimatória (*quanti minoris*), surgindo nas relações de consumo uma terceira que seria a sub-rogatória (artigo 18 CDC), sendo esta uma subespécie da redibitória.

### **Obrigações do usufrutuário:**

**1ª Obrigação:** Gozar da coisa frutuária com normalidade. isto é, não se pode alterar a natureza da coisa frutuária. Ele deve agir como pessoa honesta, não poderá alterar a natureza do bem nem usá-lo em demasia.

**2ª Obrigação:** Inventariar o bem (artigo 1399 NCC). Analisar com precisão o que está sendo dado em usufruto e qual o estado em que o objeto está sendo entregue ao usufrutuário, isto para que se possa responsabiliza-lo pela conservação da coisa (artigo 1401 NCC). Observa-



se no entanto que a norma do artigo 1399 é imperfeita, não traz qualquer sanção para o seu descumprimento. Desta forma, soluciona-se da seguinte forma: se não houver inventariança haverá presunção de que os bens foram entregues em perfeito estado de conservação, respondendo o usufrutuário pelo que não for devolvido em perfeito estado, independente da deterioração ter sido provocada ou não por ele. Essas deteriorações a que ele responde são somente as extraordinárias.

A caução não é compulsória, só será dada se o nu-proprietário assim exigir

**3ª Obrigação:** Prestar caução quando exigir o nu-proprietário; essa caução nem sempre é necessária portanto. A razão dela é garantir a restituição devida do bem, em bom estado, ressalvado o desgaste natural do tempo de utilização. Caso não ocorra a restituição devida a caução será para responsabilizar patrimonialmente o usufrutuário que agir de forma incorreta. Se o usufrutuário não puder prestar a caução os bens ficarão sob gerência do nu-proprietário (artigo 1401 NCC).

**4ª Obrigação:** Conservação regular do bem (artigo 1403, I, NCC). O usufrutuário arcará com as despesas ordinárias decorrentes da conservação dos bens recebidos a fim de que os mantenha no mesmo estado em que os recebeu.

**5ª Obrigação:** Arcar com as obrigações *Propter rem* (artigo 1403, II, NCC). Ele também deverá arcar com as obrigações que decorrem da posse do bem ou dos rendimentos da fruição. Desta forma ser-lhe-á incumbido o pagamento dos tributos sobre os bens.

**6ª Obrigação:** Dar ciência ao nu-proprietário quanto a qualquer lesão provocada ao bem (artigo 1406 NCC). Não há sanção específica para o descumprimento do preceito, porém se ficar demonstrado que o dano sofrido poderia ser evitado com a ciência do dono da coisa sobre a lesão o usufrutuário o indenizará por culpa contra a legalidade, uma vez que negligenciou ao dever exigido pela lei.

### **Causas extintivas do usufruto:**

**1ª Causa:** Morte do usufrutuário (artigo 1410, I, NCC). O usufruto é sempre um direito temporário, no máximo vitalício. Ademais, é personalíssimo, não podendo ser transferido por ato inter-vivos ou por sucessão *mortis causa*. Quanto ao falecimento do nu-proprietário, não há

extinção. O direito de propriedade é transferido aos herdeiros legítimos ou testamentários e estes deverão cumprir o que fora estabelecido na constituição do usufruto, tendo em vista a característica da aderência e eficácia *erga omnes* típica dos direitos reais.

**2ª Causa:** Pela renúncia (artigo 1410, I, NCC). O atual CC prevê que terá fim o usufruto pela alienação do bem pelo usufrutuário ao nu-proprietário, essa seria simplesmente a desistência, quando o usufrutuário abrisse mão do bem dado em usufruto em favor do nu-proprietário. O novo CC é mais técnico ao eliminar a expressão “alienar”, pois trata-se de renúncia.

**3ª Causa:** Pelo termo final (artigo 1410, II NCC). A chegada de uma data final prevista para o término do direito tem o condão de extinguir o direito real de usufruto se a morte, obviamente não chegar primeiro.

**4ª Causa:** Pela cessação da causa (artigo 1410, IV, NCC). **P.ex.** dá o imóvel em usufruto para o sobrinho freqüentar curso universitário. Ao ocorrer a colação de grau cessa a causa do usufruto, podendo o interessado pleitear a extinção do usufruto. No usufruto legal em que os pais tem em usufruto bens dos filhos, este cessará com a aquisição da capacidade plena do filho e ainda pela cessação da causa que deu origem ao direito.

**5ª Causa:** Pela extinção da Pessoa Jurídica (artigo 1410, III, NCC). A temporariedade do usufruto fica assegurada pela extinção da pessoa jurídica, ou, se isso não ocorrer, em um prazo máximo de 100 anos pelo atual Código ou 30 pelo novo, reputando-se como não escrita eventual cláusula que estabeleça um prazo maior.

**6ª Causa:** Pela destruição da coisa (artigo 1410, V, NCC). A destruição poderá ser total ou parcial. Se total, extinto estará o direito, entretanto, se for parcial, destaca-se que se for retirada a qualidade de fruição da coisa ou impedir a utilização do bem, haverá, outrossim, a extinção do instituto.

**7ª Causa:** Pela consolidação (artigo 1410, VI, NCC). Quando o nu-proprietário vem a comprar o usufruto ou o usufrutuário vem a comprar a nu-propriedade. O usufruto e a nu-propriedade recaem em uma só pessoa. Ocorre uma hipótese de consolidação com a renúncia,

tratada anteriormente. Hipótese rara é a extinção do usufruto pelo casamento sob regime da comunhão universal de bens entre o proprietário e a usufrutuária.

**8ª Causa:** Pelo Usucapião (artigo 739, VI, CC). O atual não traz esta causa, mas a doutrina entende que cabe.

**9ª Causa:** Por culpa do usufrutuário (artigo 1410, VII, NCC). O usufrutuário não conserva o bem, não arca com as obrigações *propter rem* e etc. O usufrutuário é proibido de alienar, deteriorar ou deixar arruinar os bens que constituem objeto do usufruto, descumprindo qualquer desses preceitos poderá o nu-proprietário requerer em juízo a extinção do usufruto por rescisão do contrato.

**10ª Causa:** Pelo não-uso (artigo 1410, VIII, NCC). Da mesma forma que ocorre com as servidões, ocorreria com o usufruto. O simples fato omissivo do usufrutuário geraria a perda do direito. Por não existir um prazo definido utilizar-se-ia o prazo genérico de 10 anos previsto no artigo 205, tendo em vista que a matéria está inserida na prescrição de direitos reais.

**11ª Causa:** Pela desapropriação. Neste caso, recebe a indenização o nu-proprietário (artigo 1409 NCC), mas haverá a sub-rogação do bem dado em usufruto. Ao invés de ter o usufruto do imóvel, o usufrutuário teria usufruto da indenização.

## **AULA 18 – 21/08/2002**

### **Direito real de uso e habitação:**

São institutos defasados. A habitação somente voltou a tona em razão da lei 9278 (Lei da União estável – artigo 7º, § 1º) que estabelece o Direito real de habitação sobre o bem de convivência da família.

O usufruto vidual está na lei 8\_\_71, artigo 2º e se refere a totalidade dos bens comunicáveis, ao contrário do direito real de habitação, que recai somente sobre o bem de residência.

**Direito real de Uso:** O uso nada mais é do que um usufruto limitado, sendo que, subsidiariamente os dispositivos referentes ao usufruto se estendem tanto ao direito real de uso quanto de habitação. Em relação ao uso, isto está previsto no artigo 1413 NCC e com relação a habitação no 1416 NCC.

Moraes Salles diz que embora impraticável, caberia o usucapião, tanto no uso quanto na habitação. A Súmula 193 STJ inclusive trata do usucapião sobre a linha telefônica (Direito real de uso). A linha telefônica é um bem móvel, por isso cairia no prazo de 5 anos do usucapião extraordinário de bem móvel, vide artigo 126 NCC. Seria difícil vislumbrar usucapião ordinário, salvo nas hipóteses de venda *a non domino*, que geraria um título que seria justo.

A Súmula 193 encontra-se prejudicada atualmente, pois ocorreu demasiada desvalorização da linha, que hoje tem um valor irrisório para que se pleiteio o usucapião. Ademais, se tornou uma relação de consumo.

O Direito Real de Uso é gratuito assim como é o usufruto. **P.ex.** Os bens públicos são inalienáveis, mas admitem a concessão de uso, que nada mais é que o direito real de uso. O artigo 7º do Decreto-Lei 271/67 veio a criar a concessão de uso, que seria o contrato onde o Poder Público outorgaria ao particular, sempre respeitando os interesses públicos o uso dos bens dominicais. O instituto assemelha-se ao direito real de superfície, diferindo pelo fato de que na concessão a outorga tem caráter resolutivo, revertendo-se o bem ao Poder Público se o concessionário der ao bem destinação diversa da que conste do contrato.

No caso da linha telefônica de outrora tratava-se de direito real de uso mediante contra-prestação.

Ele ainda é mais benéfico que o usufruto, pois destina-se a suprir as necessidades do usuário e da família deste. Esta família está no sentido *lato senso*, incluindo até os empregados. A finalidade não precisa ser residencial e não dá ao usuário o direito de gozo da coisa.

O artigo 1412 NCC representa o usufruto limitado, pois não se tem o direito de fruição. Ao comentar o artigo, Marco Aurélio Bezerra de Melo diz que não estaria o usuário privado de fruir do bem, mas apenas limitado a desfrutar dele de acordo com as necessidades da família, que seriam aferidas segundo a investigação da realidade do usuário e de sua família.

A diferença básica entre uso e habitação é que o primeiro não necessita ser residencial, ao passo que o segundo precisa.

O usuário somente poderá usar do bem para a finalidade que este lhe foi dado em uso. Se deu um carro em direito real de uso para que se transporte deficiente para a fisioterapia, este carro só poderá ser utilizado para este fim.

Outro ponto importante do direito real de uso é o fato de ser personalíssimo, não podendo em função da não fruição do bem alugá-lo. No uso não se pode explorar o aluguel como atividade lucrativa, ao contrário do usufruto.

### **Pode haver usucapião do direito real de uso do bem público?**

Para a maioria da doutrina não é possível, mas Marco Aurélio Bezerra de melo e Walter Elyseo sustentam que cabe, pois em relação ao direito real de uso trabalha-se com normas supletivas do usufruto que é usucapível. Acrescenta-se ainda o caráter gratuito do instituto e a função social da posse, que tem como bases o Princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º CRFB); Princípio da moradia (artigo 6º CRFB) e Princípio da Função social da Propriedade que não seriam explícito, mas presumíveis, o que na lição de Pietri Perlinger já é o suficiente em se tratando de princípios constitucionais. A dedução da Função social da Posse está nesses 3 princípios. Não se usucapi o bem público, mas o direito real de uso sobre ele.

### **Compromisso de Compra e Venda (Direito real de aquisição):**

**Natureza Jurídica:** o compromisso de compra e venda é um negócio jurídico bilateral quanto a formação e quanto aos efeitos. Trata-se de um contrato típico, com obrigações recíprocas, todavia, ele pode dar ensejo ao surgimento do direito real de aquisição ou de expectativa.

A rigor, este direito real tem requisitos solenes; o registro do contrato junto ao RGI, a escritura pública, a cláusula de irretratabilidade e o cumprimento da prestação (este requisito não é citado em todos os livros, ele serve para que o contrato mantenha sua eficácia).

O principal efeito desse direito real é provocar uma eficácia impeditiva, impedindo que outrem, exceto o compromissário comprador, venha a se tornar proprietário do imóvel do aludido compromisso. para Orlando Gomes é uma direito real atípico, pois seu principal efeito seria a eficácia impeditiva.

**Base legal:** Artigos 1417 e 1418 Novo CC, além dos Decretos-Lei 58/37, 745/39 e Lei 6766/79. Os artigos 1417 e 1418 tem praticamente a mesma redação dos dispositivos da

legislação extravagante. Elas tratam da eficácia impeditiva do Direito real, além de possibilitar ao compromitente-comprador, através da adjudicação se tornar dono.

Ela pode ser feita por instrumento particular, mas devem se respeitar as hipóteses em que o artigo 108 não permite, exigindo instrumento público.

Este artigo 1417 NCC exige o registro, mas está defasado por ir de encontro com a Súmula 239 STJ, que dispensa o registro, e, um dos motivos, seria a dificuldade financeira, que poderia ser suprida pela declaração de hipossuficiência.

### **AULA 19 – 28/08/2002:**

**Decreto-Lei 58/37** – Seria aplicável somente aos imóveis rurais, todavia, a doutrina fala em aplicá-lo também aos imóveis urbanos, desde que não loteados, como por exemplo apartamentos.

**Lei 6766/79** – Incidiria sobre imóveis urbanos loteados.

<b>Parcelamento do solo urbano</b>	
<b>Loteamento; L. 6766/79</b>	<b>Desmembramento</b>
Espécie de parcelamento do solo urbano com maior complexidade.	Divisão física do bem, ficando a critério do Poder Municipal.
Bens públicos de uso comum	*****
Há criação de vias urbanas	*****

**Decreto-Lei 745/69** – Para que haja a rescisão do compromisso de compra e venda necessário se faz o pronunciamento judicial e a notificação prévia.

A lei 6766/79 não ab-rogou o decreto-lei 58/37, mas apenas derogou-o no que concerne os imóveis urbanos loteados, desta forma o decreto-lei continuaria a ser aplicado no imóveis rurais e nos urbanos não loteados.

\*\*\* Loteamento não se confunde com o condomínio, que é co-propriedade e não precisa derivar necessariamente de um loteamento.

## Controvérsia:

**Execução específica da obrigação de fazer derivada do compromisso de compra e venda; qual a modalidade específica para a execução? Adjudicação compulsória ou ação de outorga de escritura?**

**1ª Corrente – STF:** Não é mais aplicada pois o Supremo não é mais o órgão competente para apreciar o tema. Cavalieri diz ser a corrente arcaica e exagerada.

Segundo a posição do Supremo, a ação de outorga de escritura somente seria possível caso o compromisso de compra e venda apresentasse três requisitos:

- 1 – O compromisso teria que ser reduzido a instrumento público.
- 2 – Registro.
- 3 – Cláusula de resolução nas perdas e danos.

Não haveria condições de obrigar o compromitente-vendedor de emitir sua vontade no compromisso de compra e venda. O STF não admitia a possibilidade da sentença substituir a vontade do vendedor, cerceando sua vontade.

**A ação de obrigação de fazer acabava se transformando numa rescisão contratual com perdas e danos.**

Duas são as críticas. A exigência do registro e instrumento público daria natureza de direito real a ação de outorga de escritura. A segunda crítica diz que a posição já estaria ultrapassada, pois, ao contrário do que defende, seria possível a execução específica da obrigação de fazer, podendo inclusive a sentença substituir a vontade humana.

A diferença básica para o Supremo entre a ação de obrigação de fazer e a ação de adjudicação compulsória é que na 1ª há cláusula de retratabilidade com perdas e danos, já a adjudicação seria irretratável. Com efeito, se existisse esta cláusula, em saindo a sentença, o vencedor da demanda já seria o dono, só precisando levar a registro para que tenha eficácia *erga omnes*.

**2ª Corrente – STJ:** Criticada por ser muito liberal – Súmula 239.

O STJ entende que tanto uma quanto outra ação não necessitam da presença do Direito real, uma vez que seriam ambas ações de direito pessoal.

Dessa forma, as duas acabam se confundindo, não havendo mais como diferenciá-las. Elas dispensariam o registro, o instrumento público e a presença expressa da cláusula de retratabilidade (a cláusula de irretratabilidade já se presume. O contrato é celebrado para ser cumprido – *pacta sunt servanda*.)

**Com base na súmula 239 STJ deve-se entrar direto com a ação de adjudicação compulsória.**

Compromisso de compra e venda é acordo preliminar;

Promessa de compra e venda é ato unilateral;

Compra e venda é contrato de execução espontânea que admite também execução específica.

Na promessa e na compra e venda só há direito pessoal, devendo-se entrar com a ação de obrigação de fazer. No compromisso de compra e venda estaria presente o direito real de aquisição (ignorar neste caso o que diz o STJ). Razão pela qual caberia a adjudicação compulsória ao invés da ação de obrigação de fazer.

Essa posição acaba prevalecendo, pois é para onde se vai pre-questionar.

**3ª Corrente: Majoritária na doutrina: Caio Mário, Orlando Gomes, Barbosa Moreira, Cavalieri, Humberto Theodoro Junior:**

Se os requisitos do direito real de aquisição estiverem presentes aplicar-se-á a ação de adjudicação compulsória. Por outro lado, caso falte um dos requisitos, não restando configurado um direito real de aquisição, aplicável será a ação de outorga de escritura.

Difere-se esta da primeira corrente pois, para Cavalieri, a ação de obrigação de fazer não exige o registro, para o STF se exige. Além disso, aqui, na ação de obrigação de fazer cabe a execução específica com sentença substitutiva da vontade humana. Para o STF não, o que acaba gerando a ½ justiça, só cabendo a execução genérica com perdas e danos.

**4ª Corrente – Décio Erben:**

Afirma que a ação de obrigação de fazer prevista no artigo 639 CPC só é possível no compromisso de compra e venda que seja regido pela lei 6766/79. Seria na opinião do professor a posição mais equivocada, pois não existe absolutamente nada que fale isso. É uma ficção criada pelo doutrinador.

Teria base a ação no artigo 26 § 6º da lei 6766/79 determina que a prova da quitação é a autorização fornecida pelo promissário-vendedor de que o promissário comprador efetuou todos os pagamentos.



## AULA 20 – 04/09/2002

### **Direitos Reais de Garantia:**

#### **Noções básicas:**

Temos basicamente duas espécies de garantia, a pessoal (ava, fiança) e as reais, através de suas quatro figuras; penhor, hipoteca, alienação fiduciária e anticrese.

As garantias reais de fazem necessárias em razão da ineficácia das garantias pessoais em determinados casos. Surgiu primeiramente pela fidúcia do Direito Romano, que se difere da atual alienação fiduciária pois a posse direta do bem não permanecia com o fiduciante, ao contrário do direito real de garantia, pelo qual o devedor transfere a favor do credor a propriedade de uma coisa móvel, permanecendo ele com a posse, e colocando-se na posição de depositário.

A alienação fiduciária por si só não existe, trata-se de um contrato de mútuo gravado com cláusula de alienação fiduciária).

#### **Direitos de garantia X Direitos de fruição:**

a) Os direitos reais de garantia são acessórios, direitos secundários, uma vez que a sua essência é garantir o adimplemento da obrigação principal. Já os direitos reais de fruição são direitos autônomos, existem por si só, recaindo sobre bens alheios (enfiteuse, superfície...).

b) Nos direitos reais de garantia o titular não exerce fruição sobre a coisa alheia. O credor fiduciário que sempre será uma instituição financeira não poderá usar e fruir do bem; no caso da busca e apreensão ele não poderá adjudicar o bem, deverá aliená-lo extra-judicialmente, com o fruto da venda servindo para pagar a dívida do devedor. No caso do valor da venda exceder o valor da dívida o devedor deverá ser restituído da diferença. Já nos direitos reais de fruição esta está na essência do instituto, podendo vir a ter até disposição sobre o bem, mesmo que não seja total.

Existe uma exceção na hipótese da anticrese (artigo 1505 NCC) “perceber o credor em razão da dívida os frutos e rendimentos do bem”. Usar-se-á o bem paulatinamente para pagar a dívida.

e) Os direitos reais de garantia são sempre temporários, até porque, com a prescrição da obrigação principal ocorrerá a extinção do direito real de garantia, mesmo porque é o bem acessório, aplicando-se a regra do acessório seguir o principal. Já os direitos reais de fruição poderão ser temporários (usufruto, habitação, uso), porém, podem ser perpétuos, como é o caso da enfiteuse e até das servidões prediais. A ação que pede declaração da prescrição da obrigação principal gerará a extinção do direito de garantia.

### **Classificação:**

Classificam-se em Penhor, Hipoteca, Alienação Fiduciária e anticrese.

### **Requisitos:**

**Subjetivos:** Os sujeitos, o credor e o devedor como sujeitos ativo e passivo. Analisa-se primeiro a capacidade das partes. Somente pessoas que podem alienar, poderão validamente dar um bem em garantia. O pai só poderá dar em garantia bem pertencente ao seu filho na presença de uma necessidade séria ou evidente interesse da prole, necessitando de prévia autorização do juiz.

Analisa-se ainda a legitimidade. Somente o titular do bem pode cedê-lo em garantia, o devedor tem que ser o proprietário do bem, pois somente o proprietário poderá gravar o bem com um ônus real. A consequência da falta de legitimidade é a nulidade absoluta, conforme leciona Arnaldo Rizzardo; vez que ninguém poderá dispor de bem que não lhe pertence.

Só há uma hipótese em que a alienação *a non domino* não provocará a nulidade absoluta. Essa hipótese tem arrimo no artigo 622 CC. Nele ocorre a venda *a non domino*, mas o comprador de boa-fé vem a adquirir posteriormente do verdadeiro dono, convalidando a alienação desde o momento da venda *a non domino*, operar-se-á o efeito *ex tunc*.

No caso de *res* furtada / roubada, poderia o adquirente de boa-fé adquirir o bem por usucapião. No caso de alienação do bem furtado, o verdadeiro dono, para Cavalieri, teria sofrido o dano do meliante e não do DETRAN, que teria sido omissivo e permitido a transferência da posse do bem furtado, portanto, não haveria nexos causal entre o dano sofrido pelo proprietário e o ato omissivo do DETRAN.

A Teoria adotada pelo CC é a da causalidade adequada (artigo 1060 CC). O dano deriva da venda *a non domino* e não da omissão do DETRAN. Na DPGE poderia se defender a responsabilidade do DETRAN, mas para Cavalieri, este só teria responsabilidade se a omissão

fosse flagrante, fosse facilmente detectável a fraude, ou seja, existisse um conluio com o funcionário do DETRAN. A posição defendida por Cavalieri e também a defendida pelo STF.

**Objetivo:** O objeto é sempre um bem alienável, que possa ter circulação. Se inalienável não poderia ser gravado com ônus real de garantia pelo simples fato de não poder ser o bem utilizado para saldar a dívida, restando a garantia frustrada.

Segundo Caio Mário, três são as causas que provocam a inalienabilidade, a natural, a legal e a convencional. O bem de família convencional é legalmente inalienável (artigos 70-73 CC e 1711-1715 NCC), sendo assim, enquanto persistir a cláusula não poderá o bem ser dado em garantia à dívida.

Também não poderá ser dado em garantia o bem público de uso comum do povo ou de uso especial, enquanto afetados ao interesse público.

O contrato que preveja como garantia bem inalienável é absolutamente ineficaz.

**Formal:** Constituem requisitos formais a especialização e o registro do contrato no cartório competente. O registro é fundamental para que a garantia possua eficácia *erga omnes*, isso para bens imóveis. Para os móveis trabalha-se com a necessidade de ao menos averbá-lo.

### **Efeitos:**

a) Privilégio creditório – artigo 1422 NCC – 759 CC – no eventual concurso creditório o credor com garantia real terá prioridade sobre os demais

b) Seqüela – Poderá o credor buscar o bem onde e com quem quer que esteja. É possível vender um bem gravado com hipoteca, mas essa acompanhará o bem, e, se o devedor principal não salda-la poderá o comprador perdê-lo em face do direito de seqüela do credor.

c) Excussão – venda judicial do bem. Executa-se a dívida e não o direito real de garantia.

d) Indivisibilidade – os direitos reais de garantia são infracionáveis. **P.ex.** artigo 1429 NCC, 766 CC. A coisa toda grava a dívida toda, desta forma, salvo disposição em contrário, a garantia não pode ser resgatada em parte.

## AULA 21 – 18/09/2002

e) Vencimento antecipado – Ocorre quando a garantia real torna-se insuficiente. Está no artigo 1425 NCC e 762 CC. São hipóteses de vencimento antecipado:

I – A deteriorização ou desvalorização do bem, que em consequência se torna insuficiente para garantir o bem principal. A deterioração está ligada à degradação física do objeto, enquanto a depreciação vem a ser a perda ou diminuição do valor econômico do bem. O devedor poderá evitar o vencimento antecipado reforçando a garantia anteriormente dada.

II – Se o devedor cair em insolvência ou falir. A insolvência encontra-se na esfera do Direito Processual Civil, ao passo que a falência diz respeito ao Direito Comercial, estando regulada no Decreto-Lei 7661/45;

III – Pela falta de pontualidade no pagamento das parcelas, sendo que, nem sempre o inadimplemento do devedor acarretará no vencimento antecipado, somente se assim o contrato estipular (caso do inciso III). O credor não será mais obrigado a receber as prestações se houver previsão no contrato de que o pagamento será feito a prestação, mas se aceitar receber a prestação que já se encontra atrasada, a obrigação que tinha sido dividida passa a ser única, indivisível. Receber parcela em momento posterior a da prestação que já se encontrava em atraso representa a renúncia do direito mencionado no caput.

IV – Perecimento do Objeto é a destruição total do bem dado em garantia. Haverá vencimento antecipado quando o bem perece e o devedor não apresenta outro para substituí-lo. Se o bem estiver segurado haverá a substituição do bem percido pelo valor da indenização, sendo por isso bastante comum que o credor condicione o empréstimo com garantia real à realização de um contrato de seguro. Isso não representa venda casada, pois não se condiciona que o seguro seja feito com o próprio credor, caso este exija que o seguro tenha que ser feito com ele estaríamos diante de venda casada. Neste caso, a cláusula se exigindo o contrato de seguro seria abusiva.

V – Pela desapropriação do objeto da garantia real, esta acarretará a perda da propriedade do bem que passará a pertencer ao Poder Público expropriante, mediante paga de prévia e justa indenização em dinheiro ou outorga de títulos da dívida pública federal se realizada para fins de reforma agrária. No caso de estar o bem gravado com garantia real, a dívida considerar-se-á vencida antecipadamente e a indenização será entregue ao credor até o valor total da dívida (haverá a sub-rogação da indenização). Em se tratando de hipoteca a dívida somente será considerada antecipadamente vencida se não houver outros bens garantindo a obrigação.

Todas essas hipóteses configuram exceções a regra de que o credor não poderá exigir o vencimento antecipado da dívida.

### **Pode uma terceira pessoa criar um direito real de garantia em favor de terceiro?**

Sim, mas em depreciando o valor do bem ou perdendo-se o objeto sem a sua culpa não poderá o credor exigir a sub-rogação do bem ou a complementação do preço por outra garantia (artigo 1427 NCC). Este artigo é criticado pois preve que cláusula expressa poderá gerar esta obrigação ao terceiro que presta a garantia sendo assim deveras lesiva para este a norma.

### **Alienação Fiduciária:**

**Natureza Jurídica:** espécie de direito real de garantia sobre bem alheio. Fala-se que a Alienação Fiduciária é também uma espécie de negócio fiduciário; este é aquele que se baseia na confiança depositada no outro contratante (“A expressão propriedade fiduciária deve-se à palavra fidúcia que significa confiança, pois o devedor ao alienar fiduciariamente o bem ao credor o faz na confiança de que ele, após o adimplemento da obrigação devolverá o bem alienado.” Marco Aurélio Bezerra de Melo – página 203).

Duas são as espécies básicas de negócio fiduciário, o fideicomício (não sei como se escreve isso) e a alienação fiduciária. Em ambos o elemento confiança é fundamental; no primeiro a confiança depositada no fiduciário é aquela de que este, ao cessar o impedimento do fideicomissário (o mesmo com relação a isto) irá dar a ele o bem. Na alienação fiduciária o bem fica em confiança do credor, onde uma vez quitada a dívida, a última parcela, este devolveria o bem ao devedor.

A confiança não é recíproca. Se o credor confiasse no devedor não se justificaria o direito real de garantia exigido.

**Sujeitos:** Devedor fiduciante (Quem compra o bem) e credor fiduciário (Que celebra o empréstimo)

A alienação fiduciária vai envolver três negócios jurídicos. A primeira é invariavelmente uma compra e venda, onde temos a relação jurídica do vendedor e comprador. O segundo, que ocorre concomitantemente com a compra e venda é o contrato de mútuo, realizado entre o comprador e uma instituição financeira. Terceiro é a alienação fiduciária, onde a instituição exige do comprador uma garantia real.

O negócio fiduciário se dá entre o comprador e a instituição financeira. O alienante não é parte desta relação fiduciária; ele recebe da instituição financeira, saindo da relação assim que se conclui a compra e venda. A propriedade fiduciária acarreta o desdobramento da posse, ficando o credor como possuidor indireto e o devedor como possuidor direto.

**P.ex.** compra de um carro. Vende-se um carro para o comprador, que para pagá-lo pega um financiamento em instituição financeira. Esta pagará para o vendedor e passará a cobrar do comprador o preço pago em várias prestações, mas como garantia exige que a propriedade do carro fique com ela, sendo transmitida ao comprador somente quando este quitar sua obrigação com a instituição.

### **Quem responderia pela Evicção e pelos Vícios Redibitórios?**

O alienante / vendedor. A instituição financeira não responde, pois ela exige o bem como garantia real apenas. Não há nexos causal entre o vício redibitório ou a evicção do bem e ela, que se torna proprietária fictícia, sendo sua propriedade resolúvel.

### **Características:**

1ª - A alienação fiduciária é um negócio jurídico bilateral. Cria obrigações recíprocas. O devedor fiduciante tem obrigação de conservar o bem e de pagar o valor referente ao negócio jurídico principal. A obrigação do credor fiduciário é o de retribuir o bem, transmitindo sua propriedade ao devedor quando este quitar a dívida.

2ª - A alienação fiduciária é um negócio jurídico oneroso, pois cria obrigações patrimoniais para ambas as partes.

3ª - É um negócio jurídico formal, necessitando de registro junto ao cartório de títulos e documentos.

4ª - É um negócio jurídico acessório.

### **Controvérsias:**

**1 – Quanto a Constitucionalidade do Decreto-Lei 911/69:**

**1ª Corrente:** Trata-se de corrente doutrinária, não tendo aplicação prática junto aos tribunais. Para esta corrente o Decreto-Lei 911/69 seria flagrantemente inconstitucional pelas razões que se seguem:

1 – O Decreto-Lei 911/69 foi editado durante o AI-5, razão pela qual a norma seria extremamente desfavorável ao cidadão brasileiro, tratar-se-ia de norma arbitrária;

2 – Pois em vários momentos o D.L. 911/69 irá restringir direitos do devedor fiduciante, tal como a purga da mora (o artigo 3º, §1º condiciona a purga da mora ao pagamento prévio de 40% do preço total). Observa-se que este artigo é flagrantemente inconstitucional por violar o artigo 170, V, CRFB. Além disso, seria ilógico pois o próprio credor fiduciário é o maior interessado na purga da mora. Sobre este artigo o STF não se pronunciou, mas existem vários pedidos suscitando sua inconstitucionalidade de forma incidental, e, inclusive, esses pedidos vêm sendo acolhidos nos tribunais inferiores.

**2ª Corrente:** Sustenta que o DL 911/69 é perfeitamente constitucional, uma vez que não há lesão ao texto maior, conforme vem entendendo o STF.

**Obs fora do contexto: artigo 53 CDC** “*Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.*”

Este artigo se aplica às alienações fiduciárias após a venda extra-judicial. Após a consolidação da propriedade pela Instituição Financeira e a execução da obrigação. Uma vez vendido extra-judicialmente o bem questionado, não poderá a instituição pegar para proveito próprio o valor já pago pelo devedor, devendo restituí-lo dessas parcelas, ficando somente com o que exceder o valor pago, para, dessa forma compensar seu prejuízo. Da mesma forma se procederia nos casos de leasing.

## **2 – Prisão civil por dívida:**

**1ª Corrente:** Não cabe a prisão civil por dívida. Três são os argumentos desta corrente:

1 – O artigo 7º, item 7 do Decreto 678/93 (Decreto que trouxe ao ordenamento pátrio o Pacto de San Jose) diz que não caberá prisão por dívida, salvo uma exceção que é a do devedor

de prestação alimentícia. Ademais, o rol de direitos e garantias fundamentais é de tipo aberto, podendo ser ampliado por meio de tratados ou pactos de que o Brasil faça parte.

2 – O principal argumento é que o princípio da excepcionalidade da prisão civil determina que o artigo 5º, LXVII, CRFB deve ser interpretado restritivamente, sendo certo que na alienação fiduciária não restaria configurado a figura do depositário infiel, surgindo no máximo um depositário infiel por equiparação.

3 – A posse exercida pelo devedor fiduciante não deriva de um singelo contrato de depósito, uma vez que se trata de propriedade resolúvel (em relação ao credor fiduciário), criando uma expectativa de direito em relação ao devedor fiduciante. Diferentemente do contrato de depósito, o credor fiduciante tem expectativa de vir a se tornar proprietário.

4 – No contrato de depósito a posse direta exercida pelo depositário não admite nem uso nem gozo, o que pode ocorrer na Alienação Fiduciária.

5 – Marco Aurélio Bezerra de Melo cita um último argumento que lhe parece importante, qual seja, “no artigo congênere da Constituição anterior havia ao final do dispositivo a expressão “na forma da lei”, o que não veio a ser repetido pela Constituição atual que suprimiu a expressão, tornando impossível, portanto, a lei ordinária fazer a equiparação do devedor fiduciante a depositário para os fins de considerá-lo depositário infiel e permitir a prisão”.

O STJ não é contra a prisão civil, mas somente neste caso por não estar em tela figura típica do depositário infiel, no entanto, em reunião realizada semana passada com notórios civilistas o STJ aparentemente reconheceu que se tratava de grande desmoralização para a justiça brasileira as duas principais cortes discordarem sobre tal assunto e ao que parece ocorrerá a unificação da posição de ambas, com a do STF prevalecendo. Dentro de poucas semanas o STJ já deve publicar enunciados nesse sentido.

#### **Artigo 4º Decreto-Lei 911/69 X Pacto de San Jose.**

Tendo sido o Pacto recepcionado em nosso ordenamento como Decreto ele busca fundamento de validade na Constituição, assim como o Decreto-Lei 911. O STF diz que ambas são Leis Ordinárias Federais e de fato o Pacto de San Jose seria mais nova, o que na prática faria com que este revogasse tacitamente aquela, pois hierarquicamente estariam no mesmo nível sendo conflitantes no seu conteúdo. Todavia, essa revogação tácita não ocorre em virtude do artigo 2º, §2º da LICC, que diz que a Lei geral (Pacto de San Jose) não pode revogar lei especial (Decreto-Lei 911/69). Cabível portanto é a prisão civil.



**2ª Corrente:** Sustentada pelo STF, é a posição que prevalece, admite a prisão civil por dívida; seu principal argumento é a Súmula 619, uma vez que o pacto de San José configura norma geral e a alienação fiduciária é regida por norma especial.

A Constituição é justamente o fundamento de validade do decreto 678/92, que trouxe o pacto de San José para o ordenamento brasileiro, nela, a prisão civil já é vedada, salvo algumas exceções.

**Obs fora do contexto:** O artigo 50 NCC adota a teoria da despersonalização. esta posição é pacífica, tendo sido inclusive discutida na reunião do STJ. A posição contrária do Professor Alexandre Assunção, de que a teoria adotada teria sido a da responsabilidade da pessoa jurídica, que seria demandada por meio de seu representante que cometera o ato ilícito nem foi mencionada.

## AULA 22 – 25/09/2002

### **Anticrese:**

Caio Mário diz ser um instituto em pleno desuso; em toda sua carreira não foi capaz de presenciar um único caso.

Trata-se a anticrese de um vocábulo grego (antichresis), que quer dizer “uso contrário”. È o único direito real de garantia onde o exercício efetivo da posse direta será exercido pelo credor. Inverte-se o uso e gozo do bem.

Em geral o credor tem um direito eventual, mas no caso exercitará a posse de forma efetiva. Nos outros direitos reais de garantia o que ocorre é a escussão (alienação judicial do bem). Na anticrese o credor vai usar e fruir do bem até que se opere a compensação da dívida principal.

Com a posse direta, paulatinamente, por se tratar de um instituto oneroso, a dívida vai sendo abatida.

### **O que é a anticrese?**

Trata-se de direito real de garantia sobre coisa alheia, imóvel, que enseja na transferência da posse direta ao credor que, paulatinamente irá abater o débito com a percepção dos frutos, periodicamente produzidos, pelo bem principal.

Marco Aurélio Bezerra Melo assim a conceitua: “A anticrese é um direito real de garantia que consiste na transferência da posse de determinado imóvel para o credor a fim de que este, percebendo os frutos gerados pela exploração do imóvel vá-lhos imputando nos juros e no principal da dívida do devedor até que a mesma se extinga pelo pagamento.”

Ele faz críticas ao instituto por entender que se trata de instituto obsoleto, somente mantido por medo de romper com o passado. Para o autor, o principal problema do instituto está no fato do devedor não manter a posse do bem, o que constitui um óbice, um entrave econômico para a circulação de riquezas, vindo a tornar ainda mais difícil a quitação da dívida. Ademais, acrescenta o professor que não interessa ao credor ficar na posse do bem, acarretando contra si a responsabilidade sobre o bem que lhe é dado.

### **Direitos do Credor anticrético (artigo 1507 NCC)**

**Direito de gerenciar o bem;**

**Direito de usar o bem;**

**Direito de perceber os frutos;**

**Direito de indenização pelas benfeitorias (necessárias) feitas no bem;**

**Direito de retenção do bem em face do devedor;**

“Constituem direitos básicos do credor anticrético o de perceber os frutos até que o débito seja liquidado e o direito de retenção do imóvel (art. 1423). Poderá ainda administrar o imóvel, arrendando-o a terceiro se não houver cláusula em contrário no título de constituição.”

### **Deveres do Credor Anticretico (artigo 1508 NCC)**

**Dever de conservação;** Trata-se de responsabilidade civil contratual que decorre da própria estrutura da anticrese, uma vez que é transferida ao credor a posse direta do bem a fim de que, administrando o bem, consiga receber seu crédito”

**Dever de prestar contas:** Se o credor não prestar contas ou prestá-las de forma incorreta poderá o devedor requerer em juízo a conversão da administração em arrendamento, cujo valor do aluguel será fixado pelo juiz.

A anticrese converte-se em arrendamento. Ocorre a inversão da posse, ela é extinta convertendo-se em locação (artigo 1423 C/C 1507 §7º - Interpretação doutrinária). O credor passa a ser arrendatário, mas ao invés de pagar o aluguel ele compensará seu crédito. Caberá ao credor indenizar o devedor anticrético pelas deteriorações que causar ao imóvel, assim como pelos frutos e rendimentos que deixar de perceber devido a sua negligência. Sobre o desgaste natural da coisa logicamente o credor não poderá responder.

**Dever de zelar pela proteção possessória do bem dado em anticrese (seqüela – Maria Helena Diniz) – art. 1509:** A anticrese dota o credor anticrético de seqüela, uma vez que o efeito da referida garantia real atingirá adquirente do bem, assim como eventuais credores quirografários e hipotecários que tenham prenotados os seus títulos registrados após a constituição da anticrese.

O artigo 1510 NCC é mais uma base legal da ação de Imissão na posse, que alguns falam ser juridicamente impossível por inexistência de base legal. Ovídio Baptista diz que se trata de espécie de ação reivindicatória, onde o autor quer reaver a posse do bem. No caso, ocorre quando o credor anticrético não restitui ao devedor o bem ao ser quitada a dívida.

### **Extinção da Anticrese:**

**Pelo decurso do prazo (artigo 1423 NCC):** Ela não poderá durar mais de 15 anos.

**Pela remição da dívida** (pelo pagamento dela);

**Pela remissão da dívida** (pela anistia, pelo perdão da dívida);

**Pela perda do objeto** (que poderá se dar inclusive pela desapropriação do bem).

### **Penhor:**

Direito real de garantia que vai gravar apenas bens móveis. Também enseja a tradição real do bem dado em garantia, pois o bem é móvel, o que gera receio de que o devedor venha a alienar o bem que foi dado em garantia.

A posse do bem fica com o credor pignoratício, tal como no depósito. É uma posse sem uso ou fruição, sendo ela tal como a do depositário, não chegando no entanto a ser o credor

mero detentor, eis que, se o bem estiver deteriorando-se ele poderá vendê-lo para evitar sua perda, ou seja, ele possui alguma disposição sobre o bem.

Há um caso raro em que o credor pignoratício poderá exercer a fruição, é quando o bem dado em penhor produzir frutos, pois o credor pignoratício poderá perceber os frutos. **P.ex.** Penhor rural – animais semoventes – se derem cria esta será do credor, que é possuidor de boa-fé. A produção de leite que também é um fruto e que não desgasta o bem principal (art. 1431 §ún. NCC) é outro exemplo...

### **Direitos do Credor Pignoratício (artigo 1433 NCC):**

**Direito a posse (restrita) do bem:** Haverá desdobramento da posse, a direta pertencerá ao credor pignoratício e a indireta restará concedida em favor do devedor pignoratício. É restrito pois deve ser utilizado somente para fins de garantia. O possuidor atípico não poderia se utilizar do bem posto que é mero depositário da coisa.

A lei somente assegura ao credor pignoratício a posse direta a fim de que possa conceder maior eficácia à garantia real criada, pois os bens móveis se transmitem com a simples tradição e se o bem ficasse com o devedor, poderia este transmitir o bem a outrem, prejudicando o credor e terceiros adquirentes de boa fé. Além disto, a posse direta do credor pignoratício lhe assegura o manejo de qualquer uma das modalidades de tutela da posse.

#### **Direito de indenização pelas benfeitorias necessárias realizadas;**

**Direito de Retenção:** Aqui o direito de retenção é deferido ao credor pignoratício a fim de lhe assegurar o recebimento das despesas realizadas com a custódia da coisa. Para exercer esse direito a despesa não poderá ter sido ocasionada por culpa sua.

**Direito de ser indenizado pelo prejuízo provocado pelo vício do bem dado em penhor;**

**Promover a execução judicial da garantia real:** mas ao promovê-la o credor não poderá adjudicar o bem para que se evite lucro exagerado de sua parte. Ele terá que vendê-los a terceiros.

**Promover a venda antecipada nos termos do artigo 1433, VI:** fundamento para a promoção da venda antecipada é o receio fundado de que a coisa empenhada se deteriore ou se perca. Para que ocorra essa venda é necessária a autorização judicial e ela poderá ainda ser evitada pela substituição do bem dado em penhor pelo credor.

Quando se trabalha com o desgaste natural do bem usa-se a regra *res perit domino* (a coisa perece para o proprietário), por isso o credor poderá pedir sua substituição.

### **Obrigações do Credor Pignoratício (artigo 1435):**

**Custódia:** Responde tal como depositário pela conservação do bem. Diz-se que o credor pignoratício deve zelar pela coisa com a diligência ordinária de um bom pai de família na velha dicção oriunda do direito romano (*bonus pater familiae*).

**Ressarcimento do dano causado por sua culpa:** Decorre da custódia. O credor deve indenizar o devedor, ressarcí-lo dos danos causados por sua culpa. esta compensação poderá ser abatida do valor da dívida principal.

**Zelar pela proteção possessória do bem dado em penhor:** Com a transferência da posse direta, o credor tem a obrigação de cientificar o devedor das circunstâncias fáticas que o levaram a exercer a ação possessória.

**Dever de restituição:** Com o término da obrigação principal pelo adimplemento, o credor deverestituir o bem dado em garantia com os seus frutos e acessões. A percepção dos frutos, mesmo sendo o credor de boa-fé, não se dará após o término da obrigação.

**Prestação de contas:** quando o bem for rentável, **p.ex.** penhor de título de crédito (art. 1461).

**Entregar ao devedor o valor que exceder a dívida:** sob pena de enriquecimento sem causa deverá o credor prestar contas ao devedor, devendo entregar-lhe a importância conseguida na venda do bem que exceda à dívida.

### **Extinção do Penhor (art. 1433 NCC):**

**Extinguindo-se a obrigação principal;**

**Perecendo a coisa** (esses dois primeiros decorrem do princípio de que o acessório segue o principal);

**Pela renúncia do credor;**

**Pela confusão:** (consolidação – na mesma pessoa estiverem presentes os atributos de credor e devedor. **P.ex.** O pai empresta um bem ao filho exigindo um bem em garantia, ocorre que ele vem a falecer e o filho, antes devedor do bem emprestado torna-se herdeiro do mesmo.

**Pela remissão** (anistia);

**Pela venda devido a deterioração do bem** (poderá haver a sub-rogação real se o devedor substituir o bem dado em garantia.

### **Espécies de Penhor:**

**Penhor Mercantil;**  
**Penhor de Veículos;**  
**Penhor de Títulos de Crédito (muito raro);**  
**Penhor Legal;**  
**Penhor Rural – Agrícola ou Pecuário.**

**Nota Final...**

**Infelizmente não se completou o programa. Como se pode perceber a parte de Direitos reais de garantia foram mal e porcamente dada, sob alegação de que não cai nunca em prova; a parte de hipoteca sequer foi lecionada. Talvez um dia eu venha a completá-la. Faltou ainda a parte de condomínio na qual o professor destacou serem mais importantes os seguintes temas: dissolução do condomínio e obrigações *propter rem* em condomínio edilício. Também pretendo abordar esse assunto...**