

Cristiano Chaves de Farias
Nelson Rosenvald

Curso de **DIREITO**
CIVIL

20^a

Edição

REVISTA
ATUALIZADA
AMPLIADA

Reais

5

2024



EDITORIA
*Jus***PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO I

Direitos reais

Sumário • 1. Conceito – 2. Características fundamentais dos direitos reais: 2.1 Absolutismo; 2.2 Sequela; 2.3 Preferência; 2.4 Taxatividade; 2.5 Tipicidade – 3. A aproximação entre as situações jurídicas reais e obrigacionais – 4. Classificação – 5. Obrigações *propter rem*: 5.1. Conceito e natureza jurídica; 5.2 Distinção perante os ônus reais.

“A Esperança é o único bem real da vida.”

(Olavo Bilac)

“Em direito civil toda a definição é perigosa.”

(Iavolenus, Digesto)

1. CONCEITO

Apesar de a clássica denominação “Direito das Coisas” capitanear o Livro III do Código Civil de 2002 – repetindo a fórmula consagrada pelo Código Civil de 1916 –, preferimos dar a este trabalho a nomenclatura de “Direitos Reais”, seguindo o batismo de Savigny, a quem se perfilham várias gerações de juristas.

Buscar compreender o significado e o conteúdo de *direito real* tentando extrair da palavra *real* um específico sentido não conduz a nenhuma certeza científica. A expressão *direitos reais* existia nas Ordenações Filipinas. O sentido que lhe dava, por exemplo, Coelho Sampaio era o seguinte: “Por *Direitos Reais* entendemos todos os direitos, faculdades e possessões, que pertencem ao *summo imperante*, e como tal, e como representante da sociedade”. Real tinha o sentido dicionarizado: o relativo ao rei ou realeza. Direito real, no ordenamento jurídico brasileiro, nunca se definiu pela titularidade.¹

Clóvis Beviláqua conceitua os direitos reais como “o complexo das normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem”. O conceito elaborado pelo artífice do Código Civil de 1916 ainda é atual, uma vez que nem todas as coisas corpóreas ou incorpóreas são consideradas bens, mas só aquelas suscetíveis de apropriação e que podem constituir objeto de direito.

Não obstante a existência de sério dissídio acerca da distinção entre coisa e bem, termos utilizados de modo muitas vezes promíscuo, concordamos com o mestre lusitano Menezes Cordeiro, ao advertir que parece ocorrer uma certa tendência a restringir a “coisa” às realidades corpóreas, enquanto os “bens” se alargam a realidades imateriais, falando-se em “bens imateriais” ou “bens da personalidade”.²

Nesse passo, aderimos ao posicionamento de Orlando Gomes, no sentido de se estabelecer uma relação de gênero e espécie entre bem e coisa, sendo possível a existência de bens com ou sem qualquer expressão econômica, enquanto a coisa sempre apresenta economicidade e é inevitavelmente corpórea. A materialidade é o traço que o aparta.³

Portanto, o direito das coisas regula o poder do homem sobre certos bens suscetíveis de valor e os modos de sua utilização econômica. Certamente, ao longo de nossa abordagem, saltará claro que tal poder de atuação sobre bens encontrará seus contornos modernamente definidos pelo princípio da função social.

Insta acentuar que o direito das coisas não pode ser compreendido exatamente como sinônimo de direitos reais. Possui configuração mais ampla, abrangendo, além

-
1. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Direitos Reais Limitados*, p. 8. Ensina o autor que “os atuais direitos reais de nosso ordenamento jurídico eram designados de ônus reais (Lei 1.237, de 1864) e se caracterizavam porque eram deambulatórios, passando com o imóvel para o domínio do comprador ou sucessor”.
 2. CORDEIRO, Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*, p. 24.
 3. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 206.

dos direitos reais propriamente ditos, capítulos destinados ao estudo da posse – cuja natureza jurídica é controversa, tida por alguns como de direito obrigacional – e dos direitos de vizinhança, classificados como obrigações mistas ou *propter rem*.

O Código atual alterou a localização do Livro do Direito das Coisas. No regime anterior, era versado logo após o estudo da Parte Geral e do Livro de Direito de Família. Agora, situa-se a matéria no Livro III, precedida não apenas pela Parte Geral, como pelos Livros de Obrigações e Empresas, porém à frente do Direito de Família, inserido no Livro IV. Essa reformulação arquitetônica revela que a nossa sociedade se alterou profundamente.⁴ O Código Civil de 1916 retratava um Brasil pré-capitalista e essencialmente agrário, baseado na propriedade da terra e no matrimônio como modo seguro de transmissão de propriedade aos herdeiros. Já o Código Civil de 2002 ressalta uma conformação social completamente diferenciada, baseada em relações econômicas impessoais, na qual a noção de propriedade imobiliária é superada pela moderna propriedade empresarial e de ativos financeiros. Daí o deslocamento do direito das coisas para uma posição de retaguarda no Código Reale.

2. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DOS DIREITOS REAIS

Trabalhar com a dogmática jurídica exige a criação de diversas classificações que agem como pontos de organização coerente da matéria. Assim, surgem as tradicionais dicotomias envolvendo direito público e privado, direito objetivo e subjetivo, assim por diante. Tércio Sampaio Ferraz explica que a influência da dicotomia no direito contemporâneo provém do racionalismo do século XVIII, como forma de sistematização completa da matéria jurídica em bases racionais.⁵

Destarte, seriam estas as principais características dos direitos reais:

2.1 Absolutismo

Fundamental, para início da abordagem, é perceber que o absolutismo dos direitos reais não decorre do poder ilimitado de seus titulares sobre os bens que se submetem a sua autoridade. Há muito, a ciência do direito relativizou a sacralidade da propriedade. Como qualquer outro direito fundamental, o ordenamento jurídico a submete a uma ponderação de valores, eis que em um Estado Democrático de Direito marcado pela pluralidade, não há espaço para dogmas.

Portanto, o absolutismo se insere em outra ordem. Vale dizer, os direitos reais podem ser classificados como poderes jurídicos, pois concedem a seu titular verdadeira

4. Aliás, uma das razões da não finalização do Código Civil no Brasil Imperial foi a impossibilidade dos liberais de criarem uma lei para o cidadão em um sistema escravista fundamentado na distinção entre pessoas livres e coisas (escravos). O escravo era considerado propriedade de seu senhor e figuraria no livro do direito das coisas.

5. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 152.

situação de dominação sobre um objeto. Esse poder de agir sobre a coisa é oponível *erga omnes*, eis que os direitos reais acarretam sujeição universal ao dever de abstenção sobre a prática de qualquer ato capaz de interferir na atuação do titular sobre o objeto.

Os direitos subjetivos reais – como qualquer outra espécie de direito subjetivo – apresentam três elementos: sujeitos, objeto e relação jurídica. A relação jurídica de direito real é assim definida: como sujeitos, de um lado, aquele que detém a titularidade formal do direito (*v. g.*, proprietário, usufrutuário, credor hipotecário) e, de outro, a comunidade; como objeto, o bem sobre o qual o titular exerce ingerência socioeconômica.

No Direito Privado, com base no legado do Código napoleônico, tradicionalmente, conhecemos dois grandes grupos de direitos subjetivos patrimoniais: os direitos reais, caracterizados por situações jurídicas de apropriação de bens, e os direitos obrigacionais, pautados em relações jurídicas de cooperação entre pessoas determinadas – ou determináveis –, conectadas pela necessidade de satisfação de uma conduta, vazada em prestações de dar, fazer ou não fazer.

O absolutismo é o traço básico no qual a dogmática sempre se apegou para apartar os direitos reais dos direitos obrigacionais, tradicionalmente marcados pela relatividade. Os direitos reais são excludentes, pois todos se encontram vinculados a não perturbar o exercício do direito real – *jura excludendi omnis alios*. De fato, nas obrigações não há poder jurídico sobre um objeto oponível a toda a coletividade. Pelo contrário, somente surge uma faculdade jurídica de um credor exigir uma atuação positiva ou negativa do devedor, pautada em um comportamento. Tal atuação somente poderá ser reclamada relativamente ao sujeito passivo da relação, não atingindo imediatamente terceiros estranhos ao vínculo. Se, eventualmente, um terceiro intervir ilicitamente em um negócio jurídico, induzindo a relação obrigacional ao inadimplemento, a sua responsabilidade perante o credor será extracontratual.

Nossa posição é justificada pela preferência na adoção da teoria personalista ao invés da teoria realista. Partindo da premissa kantiana que só existem relações jurídicas entre pessoas, é estabelecida uma relação jurídica em que o sujeito ativo é o titular do direito real e o sujeito passivo é a generalidade anônima das pessoas. Para a doutrina realista, o direito real compreenderia a relação jurídica entre a pessoa e a coisa, de forma direta e imediata. Na arguta observação de Caio Mário da Silva Pereira, filosoficamente a teoria personalista é superior, pois do ponto de vista moral não há explicação satisfatória que justifique relações entre pessoas e coisas, eis que todo direito se constitui entre humanos, pouco importando a indeterminação subjetiva.⁶

Antunes Varela ensina que essa concepção personalista não apaga a distinção entre direitos reais e obrigacionais, mas diminui o seu alcance, pois a maior diferença entre os dois grupos residiria na intensidade. Os direitos reais seriam direitos *mais*

6. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*, p. 4.

fortes e os direitos obrigacionais, direitos *mais fracos*, pois a relação se estabeleceria diretamente apenas entre o credor e as pessoas adstritas à prestação, sendo os terceiros somente obrigados a respeitar o direito do credor, não impedindo ou perturbando o seu exercício.⁷

A partir dessa primeira observação, é possível delinear três distinções entre os dois grupos de direitos patrimoniais:

- a) quanto à eficácia: *erga omnes* nos direitos reais e relativa nos direitos obrigacionais. Apesar da diferença de amplitudes, ambas consistem em relações interpessoais;
- b) quanto ao objeto: a coisa nos direitos reais e a prestação nos direitos obrigacionais. O direito real requer a existência atual da coisa. Em contrapartida, a prestação é bem incorpóreo, que existe apenas em abstrato, e como conduta humana virtual só terá consistência no mundo fático ao tempo de seu cumprimento;
- c) quanto ao exercício: nos direitos reais, o titular age direta e imediatamente sobre o bem, satisfazendo as suas necessidades econômicas sem o auxílio ou intervenção de terceiros. Há um direito sobre a coisa (*jus in re*); já nas obrigações, o titular do crédito necessariamente dependerá da colaboração do devedor para a sua satisfação. O credor tem direito a uma coisa (*jus ad rem*), que só será obtida pela atividade do devedor. A sua atuação, no sentido de adimplir a prestação, será fundamental para a realização do sujeito ativo. Os direitos reais são caracterizados pela imediatividade, e os obrigacionais, pela mediatividade, diante da inevitável necessidade de colaboração do devedor para a obtenção da prestação.

De forma geral, é possível entender as razões pelas quais os direitos reais são conhecidos como *jus in re*. Enquanto o titular de direito real submete o bem da vida ao seu poder, sem a necessidade de colaboração da atividade de terceiros, o titular do crédito somente terá acesso “à coisa” mediante uma conduta cooperativa do devedor, no sentido de dar, fazer ou não fazer. Enfim, as relações de direito real caracterizam-se pelo verbo **ter** (poder sobre bens); já os direitos obrigacionais, pelo verbo *agir* (demandar comportamentos alheios).

Por tais razões, percebemos que os direitos reais tendem a uma maior duração e estabilidade que os direitos obrigacionais. É ínsito à natureza humana o ideal de apropriação de bens. Todavia, as obrigações são efêmeras, transitórias, pois enquanto o credor deseja rapidamente satisfazer o crédito, o devedor procura avidamente recuperar a liberdade que cedeu ao tempo da realização do negócio jurídico.

Entre os direitos subjetivos, ressalte-se que a característica do absolutismo também é compartilhada pelos chamados direitos da personalidade, que consistem

7. VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, p. 166.

na proteção dos atributos fundamentais que tutelam a pessoa humana (art. 11 do CC). Todavia, enquanto os direitos reais inserem-se entre os direitos subjetivos patrimoniais, os direitos de personalidade denotam caráter existencial e extrapatrimonial, por não serem aferíveis pecuniariamente, eis que acautelam o ser humano em seus aspectos existenciais e essenciais. Trata-se de direitos subjetivos cujo objeto são os bens fundamentais da personalidade: as características físicas, morais e psíquicas de cada pessoa humana, em sua inerente dignidade.⁸

Como consequência do princípio do absolutismo, surge o princípio da publicidade, por excelência para os bens imóveis. Refuta-se a clandestinidade, eis que os direitos reais só se podem exercer contra todos se forem ostentados publicamente. Vai-se além, admitindo-se atualmente que o direito real só será assim considerado, em sua integridade e potência, quando publicizado, caso contrário, será um direito real minimizado pelo déficit de informações e consequente perda de credibilidade em relação aos terceiros. Assim, pelo registro do título aquisitivo (art. 1.227 do CC) é acautelada a segurança nas transações imobiliárias e também resguardada a boa-fé do adquirente do direito real e de terceiros que com ele se relacionarem. Mesmo nas situações em que o direito real seja constituído por outras vias (*v. g.*, sucessão, usucapião ou acesso), ao modo de aquisição sempre se seguirá o registro, com a função precípua de alardear a publicidade ao direito real.

O princípio da publicidade será observado com ênfase quando do estudo da propriedade. Todavia, é fundamental esclarecer que a necessidade de cognoscibilidade de todas as relações jurídicas que devam produzir efeitos perante terceiros faz com que, a cada dia, valorize-se o registro imobiliário, como fonte primacial de publicidade e, conseqüentemente, de segurança jurídica das transações econômicas e prestígio à boa-fé de terceiros que desejam conhecer a existência de direitos. Só cogitaremos de oponibilidade *erga omnes* quando o ordenamento jurídico deferir em prol da coletividade um sistema organizado de registro, hábil a gerar uma publicidade infinitamente mais eficaz do que qualquer ato de posse ou tradição de bens.

No estágio atual da ciência do Direito, não se pode mais enaltecer a dicotomia entre direitos reais e obrigacionais. Há uma necessária mitigação da eficácia entre os dois grandes direitos subjetivos patrimoniais, a ponto de se afirmar o caráter unitário da relação patrimonial, com base no princípio constitucional da solidariedade, que demanda o respeito por parte de todos às situações jurídicas regularmente estabelecidas, sejam elas reais ou obrigacionais.⁹

A ideia de que a obrigação apenas impõe deveres aos contratantes, excluindo-se completamente da esfera de terceiros, é absolutamente incompatível com a evolução

8. Nas palavras de Capelo de Souza, "dir-se-á que a pessoa é homem, que este constitui necessariamente o fundo básico da emergência da tutela geral de personalidade e que, mesmo do ponto de vista jurídico, é para ele que se preordenará a regulamentação jurídica da tutela da personalidade" (*O Direito Geral da Personalidade*, p. 15).

9. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, p. 142.

do direito. Em raciocínio desenvolvido em nosso livro sobre direito das obrigações, demonstramos que é imperioso o ataque à concepção reducionista da relatividade do direito de crédito, como apenas oponível ao devedor, sem alcançar terceiros. Há uma irresistível tendência à oponibilidade de direitos obrigacionais. Como bem adverte Leonardo Brandelli, “os direitos puramente privados e *inter partes* são cada vez mais raros. As funções social e econômicas dos direitos, aliadas ao interesse público que permeia muitos dos institutos jurídicos, fazem com que haja uma necessidade cada vez mais latente de publicidade, e a instituição registral é o meio hodierno eficaz e de primorosa tecnologia jurídica apta a conseguir tal desiderato”.¹⁰

Pelo princípio da função social do contrato, tanto a noção da relatividade das obrigações como de sua não oponibilidade em relação a terceiros sofrem uma acentuada revisão. Relatividade e oponibilidade são conceitos distintos. Pela relatividade das obrigações, as prestações só poderiam ser exigidas das partes, jamais vinculando terceiros (eficácia interna da obrigação). Em sentido distinto, a oponibilidade requer que terceiros se abstenham de intervir na relação obrigacional (eficácia externa da obrigação). Para tanto, nada mais eficaz do que a cognoscibilidade da situação jurídica. Exemplificadamente, é o que se verifica no direito de preempção do locatário do imóvel urbano. De maneira idêntica ao que ocorre nos direitos reais, esse direito obrigacional só favorecerá o inquilino quando receber a publicidade registral.

Enfim, a flexibilização do princípio da relatividade das obrigações e a consideração da possibilidade de oposição do direito de crédito em face de quem não foi parte da relação obrigacional – a ponto de lhe impor um dever de abstenção – demonstram a necessidade de um reexame do ordenamento sob uma perspectiva relacional. Como ensina Patrícia Cardoso, “o crédito, face à sua importância atual na sociedade e ao aumento da intersubjetividade – diferentemente do que ocorria no período liberal, onde a propriedade imobiliária era a medida por excelência da circulação da riqueza –, não pode mais ser relegado, impondo-se a sua valorização em relação aos direitos reais, o que repercute no reconhecimento da tutela externa do mesmo”.¹¹

2.2 Sequela

Os direitos reais aderem à coisa, sujeitando-a imediatamente ao poder de seu titular, com oponibilidade *erga omnes*. A inerência do direito real ao objeto afetado é tão substancial a ponto de fazer com que o seu titular possa persegui-lo em poder de terceiros onde quer que se encontre.

O atributo da sequela é a mais eloquente manifestação da evidente situação de submissão do bem ao titular do direito real. Pelo fato de não existir relação jurídica entre a pessoa e a coisa, porém apenas entre pessoas, todos os bens se encontram

10. BRANDELLI, Leonardo. *Publicidade registral imobiliária*, p. 242.

11. CARDOSO, Patrícia. “Oponibilidade dos efeitos do contrato”, p. 132.

em estado de pertinência ao exercício dos poderes pelos seus titulares. A seqüela decorre do absolutismo dos direitos reais, pois se posso exigir de todos um dever de abstenção, nada me impede de retirar o bem do poder daquele que viola tal comando.

A seqüela se relaciona ao princípio da inerência ou aderência, no sentido de o direito real aderir à coisa e a perseguir. A seqüela é nota privativa dos direitos reais, pois um objeto determinado é vinculado à atuação de seu titular.

Exemplificando: se *A* concede o seu imóvel em hipoteca em favor de *B* como garantia de um débito e, posteriormente, procede à venda do mesmo bem para *C*, sem que cumpra a obrigação de adimplir o débito hipotecário, poderá o credor *B* retirar o imóvel do poder de *C*, com declaração de ineficácia da compra e venda com base na seqüela, tendo em vista que a coisa estava afetada à sua atuação como titular de um direito real em coisa alheia, com registro prévio no ofício imobiliário.

Em princípio, a seqüela inexistente nos direitos obrigacionais, pois a prestação só se dirige à pessoa do devedor, como sujeito passivo da relação jurídica, e mais ninguém. Em outras palavras, as obrigações vinculam as partes, sendo em princípio estranhas àqueles que não participam da relação jurídica. A título ilustrativo, se *A* se compromete a entregar um veículo a *B* em 30 dias (prestação de dar), mas culmina por entregar o objeto da prestação a *C*, deverá o credor *B* contentar-se com o pleito indenizatório, em face do devedor inadimplente, pois em princípio não poderá alcançar *C*, que não era vinculado ao contrato.

Excepcionalmente, os credores obrigacionais – quirografários –, privados da satisfação da obrigação pela transferência da coisa a outrem, necessitarão demonstrar em juízo os elementos objetivo e subjetivo da ação revocatória ou pauliana (art. 158 do CC), obtendo processualmente a declaração de anulabilidade do ato translativo (art. 171, II, do CC).¹²

Já o titular do direito real prescinde da ação pauliana ou revocatória para recuperar a coisa em poder de terceiros, justamente pela ineficácia de qualquer transação posterior perante o seu direito de seqüela. Encontrando-se o bem previamente afetado ao poder do seu titular, a sua atuação será automática, independentemente da pessoa que tenha ingerência atual sobre a coisa.

Contudo, o titular de um direito obrigacional poderá alcançar o atributo da seqüela sem o ajuizamento da ação pauliana, sendo bastante a constatação da fraude à execução, nas hipóteses descritas no art. 792 do CPC/15, dentre elas, quando ao tempo da alienação ou oneração de bens, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzir o devedor à insolvência. Adverte Alexandre Freitas Câmara que a fraude de execução gera ineficácia originária do ato fraudulento, o que a distingue da fraude pauliana, que gera ineficácia suspensiva, dispensando-se assim o ajuizamento de

12. Apesar de o Código Civil ter perfilhado a tese da anulabilidade do ato praticado em fraude contra credores, defendemos a linha da ineficácia relativa do negócio jurídico, conforme inicialmente preconizado por Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, p. 466.

demanda destinada ao reconhecimento da fraude, sem necessidade de perquirição do elemento subjetivo da fraude.¹³ Ademais, com o registro do mandado de penhora no RGI (art. 828, § 4º, CPC/15), aumenta a gravidade da alienação fraudulenta, pois a partir do instante em que se dá a apreensão judicial da coisa, pouco importará se o devedor se torna ou não insolvente com a alienação do bem penhorado, mantendo-se a conduta fraudulenta mesmo que o devedor ainda possua patrimônio suficiente para arcar com o crédito exequendo. A penhora não é direito real, mas um modelo processual que concede eficácia real a uma relação de natureza obrigacional.

2.3 Preferência

Presente predominantemente nos direitos reais de garantia, consiste no privilégio do titular do direito real em obter o pagamento de um débito com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Havendo o concurso de diversos credores, a coisa dada em garantia é subtraída da execução coletiva, pois o credor real, *v. g.*, pignoratício ou hipotecário, prefere a todos os demais.

Na definição de Mario Júlio de Almeida Costa, “o direito de preferência consiste no facto de o direito real superar todas as situações jurídicas com o mesmo incompatíveis, posteriormente constituídas sobre a coisa em que incide e sem o concurso da vontade do titular daquele”.¹⁴

A preferência dos direitos reais é consequência da sequela (assim como esta é consequência do absolutismo). Assim, *A* concede o seu imóvel em hipoteca em prol de *B*, como garantia de um contrato de mútuo e, posteriormente, torna-se inadimplente. O fato de o devedor *A* ter contraído débitos com vários outros credores não é algo significativo para o credor *B*. Com efeito, encontrando-se o imóvel afetado a seu poder imediato – sequela –, terá o credor *B* preferência para pagar-se após a expropriação do bem em hasta pública (art. 1.419 do CC). Caso, após a arrematação e satisfação do crédito preferencial, ainda remanesça alguma quantia, poderá o restante ser partilhado entre os credores quirografários. O direito real prevalece sobre os direitos obrigacionais, pois o seu titular goza de poder de exclusão em relação a qualquer outra pessoa, estando o seu exercício acautelado por uma ação real.

É notório que a preferência dos direitos reais vem perdendo destaque nos tempos atuais, em razão do advento dos chamados *privilégios legais*, instituídos em atenção ao interesse público voltado a créditos de grande repercussão social, como os acidentários e trabalhistas.¹⁵ Os privilégios legais são direitos obrigacionais que o legislador acolhe como prioritários para a sociedade. São créditos originariamente quirografários,

13. FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*, p. 220.

14. COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, p. 112.

15. “Independentemente de penhora, antecedente ou posterior à falência, os créditos trabalhistas são garantidos prioritariamente, ficando a Fazenda com o que sobrar da dívida trabalhista” (STJ, 2ª T., Rel. Min. Eliane Calmon, REsp. 594.491/RS, DJ 8.6.2005).

que culminam por ultrapassar os direitos reais, quando da verificação de créditos em um concurso de credores. O art. 958 do Código Civil aduz que “os títulos legais de preferência são os privilégios e os direitos reais”, sendo certo que o parágrafo único do art. 1.422, excepciona da regra da preferência dos direitos reais as dívidas que em razão de “outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos”.

As duas categorias são inconfundíveis, pois, enquanto os privilégios criados pelo direito positivo recaem indistintamente sobre todo o patrimônio do devedor – exceto os bens impenhoráveis –, a preferência de direito real localiza-se apenas no valor dos bens especificamente afetados para o pagamento da dívida. No tocante ao restante do patrimônio do devedor, não subsiste qualquer preferência para o titular do direito real. Aliás, alienado o bem que se encontrava afetado pelo direito real e sendo insuficiente o valor apurado para a satisfação do credor, converte-se ele em quirografário pelo saldo restante (art. 1.430 do CC).

Com a edição da Lei nº 11.101/05, houve um fortalecimento da preferência dos direitos reais para os processos que se iniciem a partir da vigência do realçado diploma legal. É cediço que na égide do Decreto-Lei nº 7.661/45, quando da quebra do devedor comerciante, o credor real manteria sua prerrogativa apenas sobre os créditos obrigacionais ordinários, sendo apenas superado pelos privilégios legais trabalhistas e fiscais (art. 102 da LF).

Atualmente, com o advento da lei 14.112/20 (que altera a Lei n 11.101/2005, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária), a classificação dos créditos da falência sofreu nova modificação (art. 83). Os créditos gravados com direito real de garantia até o limite do valor do bem gravado se posicionam em terceiro lugar, mantendo-se em posição inferior às dívidas da massa (art. 84, Lei nº 11.101/05) – créditos extraconcursais, priorizados em relação aos demais créditos admitidos na falência. Igualmente, devem respeitar a primazia da satisfação dos créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor (pois acima do teto será quirografário), e aqueles decorrentes de acidentes de trabalho.

Em regra, só após a satisfação dos credores reais serão atendidos os créditos tributários, com exceção dos tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência (Inciso V, art. 84).

Não se olvide da Súmula 219 do Superior Tribunal de Justiça: “Os créditos decorrentes de serviços prestados à massa falida, inclusive a remuneração do síndico, gozam dos privilégios próprios dos trabalhistas”. Aliás, na atual legislação de 2020 são qualificados como créditos extranconcursais não apenas os créditos trabalhistas relativos ao período posterior à quebra. Ou seja, para além dos credores da massa serão pagos outros valores com precedência sobre os créditos do falido.¹⁶

16. Art. 84, Lei nº 14.112/20: “Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, aqueles relativos: I-A – às quantias referidas nos arts. 150 e 151 desta Lei; I-B – ao valor efetivamente entregue ao devedor em recuperação judicial pelo

Note-se que, no concurso entre diversos titulares de direitos reais sobre o mesmo bem – *v. g.*, várias hipotecas no mesmo imóvel –, aplica-se o brocardo *prior tempore potior jure* (primeiro no tempo, melhor no direito), prevalecendo o direito ao crédito por parte daquele que registrou o direito real com antecedência (art. 1.476 do CC).

2.4 Taxatividade

Destinando-se a operar contra toda a coletividade, não pode qualquer direito real ser reconhecido juridicamente se não houver prévia norma que sobre ele faça previsão. Portanto, inseridos em regime de ordem pública, os direitos reais são *numerus clausus*, de enumeração taxativa, localizados no rol pormenorizado do art. 1.225 do Código Civil e em leis especiais diversas.¹⁷ A própria lei de registros públicos coíbe o registro de direitos reais não “reconhecidos” em lei.¹⁸

Em razão de sua eficácia absoluta, a criação de novos direitos reais depende de reserva legislativa. A taxatividade importa considerar que fora do catálogo legal exclui-se a possibilidade de a autonomia privada conceber direitos reais que produzam consequências *erga omnes*. A vontade humana não pode livremente criar modelos jurídicos que sejam capazes de impor insegurança ao comércio jurídico, prejudicando a regularidade das relações jurídicas exercitadas em comunidade. O princípio do *numerus clausus* tem ainda o mérito de facilitar a operacionalização do registro público, tornando-se conhecidas todas as limitações hábeis a afetar qualquer direito real.

A fórmula *numerus clausus* foi elaborada, em princípio, como modo de preservar o absolutismo do direito de propriedade. Receosos de eventuais restrições que o Estado pudesse impor ao direito de propriedade, os legisladores do século XIX definiram

financiador, em conformidade com o disposto na Seção IV-A do Capítulo III desta Lei; I-C – aos créditos em dinheiro objeto de restituição, conforme previsto no art. 86 desta Lei; I-D – às remunerações devidas ao administrador judicial e aos seus auxiliares, aos reembolsos devidos a membros do Comitê de Credores, e aos créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência; I-E – às obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência; II - às quantias fornecidas à massa falida pelos credores; III - às despesas com arrecadação, administração, realização do ativo, distribuição do seu produto e custas do processo de falência; IV - às custas judiciais relativas às ações e às execuções em que a massa falida tenha sido vencida; V - aos tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei; § 1º As despesas referidas no inciso I-A do caput deste artigo serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa; § 2º O disposto neste artigo não afasta a hipótese prevista no art. 122 desta Lei.

17. “O caráter de tipicidade dos direitos reais não é criação nem do atual Código Civil nem do Código Civil de 1916. Eles simplesmente mantiveram o que já existia. A Lei nº 1237/1864 dizia, em seu art. 6º, que “somente se considerão reaes aqueles ônus expressamente citados pelo artigo. Como se vê, o principio da tipicidade legal dos direitos reais é regra que se faz presente na matéria por quase século e meio” (NASCIMENTO, Tupinamba Miguel Castro do. *Direitos Reais Limitados*, p. 8).
18. Artigo 172 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973: “No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, “inter vivos” ou “mortis causa” quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade”.

CAPÍTULO IV

Direitos de vizinhança

Sumário • 1. Noções gerais – 2. Uso anormal da propriedade: 2.1 Uso normal, causando incômodos normais – solução: nenhum direito para o prejudicado (danos lícitos e ato lícito); 2.2 Uso normal, causando incômodos anormais, mas socialmente necessários – solução: direito do prejudicado à indenização (dano ilícito oriundo de ato lícito); 2.3 Uso anormal, causando danos anormais, sem justificação social, por inexistir interesse coletivo na atividade – solução: o prejudicado pode exigir a cessação do uso (dano ilícito oriundo de ato ilícito) – 3. Árvores limítrofes – 4. Passagem forçada – 5. Da passagem de cabos e tubulações – 6. Das águas – 7. Limites entre prédios e direito de tapagem – 8. Direito de construir: 8.1 O direito de construir e a função social da propriedade; 8.2 O direito de construir no Código Civil.

*“Ama teu vizinho como a ti mesmo,
Mesmo que ele faça barulho,
Mesmo que ele acorde as crianças de madrugada,
Ele também gosta de silêncio,
Mas ele também quer sossego,
Mas acontece que ele vive num horário diferente do teu!”*

(Sá, Zé Rodrix e Guarabira, *Ama teu vizinho*)

1. NOÇÕES GERAIS

As limitações ao direito de propriedade são classificadas por Louis Josserand em quatro grupos: “a) limitações derivadas da função social da propriedade, de seu espírito e de sua finalidade; b) limitações estabelecidas no interesse da coletividade (desapropriações, requisições); c) limitações ditadas pelo interesse das propriedades vizinhas; d) limitações impostas pela vontade do homem (cláusula de inalienabilidade)”. Em sentido semelhante, Cunha Gonçalves reduz a classificação a dois grupos: “a) limitações de interesse público, as quais são destinadas a impedir que o arbítrio ou o egoísmo do proprietário prevaleça em absoluto sobre o interesse da coletividade; b) limitações de interesse privado, que visam conciliar os interesses do proprietário com os de outros particulares; e que se subdividem em limitações de mero interesse privado e limitações de interesse semipúblico, como as que têm por fim tornar menos ásperas e conflituosas as relações entre vizinhos e proteger a utilidade comum dos prédios contíguos”.¹

Nos direitos de vizinhança, a norma jurídica limita a extensão das faculdades de usar e gozar por parte de proprietários e possuidores de prédios vizinhos, impondo-lhes um sacrifício que precisa ser suportado para que a convivência social seja possível e para que a propriedade de cada um seja respeitada. Cada proprietário compensa seu sacrifício com a vantagem que lhe advém do correspondente sacrifício do vizinho. Se assim não fosse, se os proprietários pudessem invocar reciprocamente o seu direito absoluto, na colisão de direitos todos estariam impossibilitados de exercer suas faculdades, pois as propriedades aniquilar-se-iam. Aplica-se a máxima: Nosso direito vai até aonde começa o de nosso semelhante.

Há restrições à propriedade que surgem em face da necessidade de conciliar o exercício por parte de proprietários confinantes, pois a vizinhança, per se, é fonte permanente de conflitos. O conflito de vizinhança nasce sempre que um ato do proprietário ou possuidor de um prédio repercute no prédio vizinho, causando prejuízo ao próprio imóvel ou incômodo ao morador. Merece referência a lúcida percepção de Aldemiro Rezende Dantas Júnior, afirmando que o direito de vizinhança “nada mais é do que um conjunto de direitos e deveres impostos aos vizinhos pelo simples fato de serem vizinhos”.²

Objeto da tutela imediata do legislador com os direitos de vizinhança são os interesses privados dos vizinhos. Todavia, a finalidade mediata da norma é a fundamental alimentação do princípio da função social da propriedade, eis que a preservação da harmonia entre vizinhos permite que cada propriedade seja objeto do mais amplo uso e fruição, podendo assim alcançar os seus objetivos econômicos ao mesmo tempo em que preserva interesses sociais.

1. Apud MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao direito de propriedade, p. 46.

2. DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. O direito de vizinhança, p. 52.

Frise-se que a expressão propriedade vizinha não se aplica restritamente aos prédios confinantes, mas engloba todos os prédios que puderem sofrer repercussão de atos propagados de prédios próximos. A possibilidade de sofrer interferências oriundas de atos praticados em outros prédios é suficiente para delimitar o território do conflito de vizinhança. Explica Marco Aurélio Viana que o sentido de vizinhança é amplo e vai até onde o ato praticado em um prédio possa alcançar outro, “o barulho provocado por um bar, boate, qualquer atividade desse gênero, o perigo de uma explosão, fumaça decorrente de queima de detritos, badalar de um sino, gases expelidos por postos de gasolina, entre vários outros casos, em que se apresenta uma interferência de prédio a prédio, sem importar a distância, desembocam em conflito de vizinhança”.³

Já o vocábulo prédio não distingue entre o imóvel urbano ou rural. Tampouco se indaga se a sua destinação é residencial, comercial ou industrial. Evoca apenas uma edificação de uma casa ou apartamentos em condomínio, independente da finalidade. Mesmo o terreno não edificado é considerado imóvel *lato sensu*. É suficiente que dele emane interferência prejudicial que repercuta no prédio vizinho.

Qual seria a natureza jurídica dos direitos de vizinhança? Segundo o abalizado magistério de Fábio Maria De Mattia, após a promulgação do Código Beviláqua, os autores se dividiram em dois grupos: “De um lado os partidários da natureza obrigacional dos direitos de vizinhança (Sá Pereira, Tito Fulgêncio) e de outro lado a corrente dos adeptos do caráter real dos direitos de vizinhança (Carvalho Santos). Porém, logo a controvérsia esmoreceu e outros passaram a admitir a natureza de obrigação *propter rem*. Esta é a posição atual dos nossos doutrinadores (San Tiago Dantas, Antonio Chaves, Silvio Rodrigues, Serpa Lopes, etc.)”.⁴

Os direitos de vizinhança são obrigações *propter rem*; vinculam-se ao prédio, assumindo-os quem quer que esteja em sua posse. A principal característica de tais obrigações é o fato da determinação indireta dos sujeitos, pois o dever não incide imediatamente sobre A ou B, mas a qualquer um que se vincule a uma situação jurídica de titularidade de direito real ou parcelas dominiais (*v. g.*, usufrutuário) ou, mesmo, a quem exerça um poder fático sobre a coisa (possuidor). A restrição acompanha a propriedade, ainda que haja mutação na titularidade, sendo suficiente que o imóvel permaneça violando o dever jurídico previsto na norma. O sucessor terá os mesmos direitos e obrigações do sucedido perante os vizinhos.

Como bem situa Silvio Rodrigues, “o devedor, por ser titular de um direito sobre uma coisa, fica sujeito a uma determinada prestação que, por conseguinte, não derivou da manifestação expressa ou tácita de sua vontade. O que o faz devedor é a circunstância de ser titular do direito real”.⁵

3. VIANA, Marco Aurélio. Comentários ao novo Código Civil, v. XVI, p. 208.

4. DE MATTIA, Fábio Maria. O direito de vizinhança e a utilização da propriedade imóvel, p. 91.

5. RODRIGUES, Silvio. Direito civil, v. 2, p. 99.

Excluem-se dos conflitos de vizinhança as situações nas quais se configura a chamada interferência direta ou imediata. Explica o civilista amazonense Aldemiro Rezende Dantas Júnior que “a interferência é imediata quando seus efeitos já começam no prédio vizinho (por exemplo: canalizo a fumaça para que ela seja lançada diretamente no prédio de terceiro); e é mediata a interferência quando começa primeiramente no prédio de quem a causa, só depois se transmitindo ao prédio alheio (a fumaça que é produzida em um imóvel, ao se cozinhar, é levada pelo vento para o imóvel alheio). Quando se trata de interferência imediata, o que se tem na verdade é ato ilícito, verdadeira violação da propriedade alheia, que como tal deve ser rechaçada, situando-se fora do terreno de vizinhança”.⁶

Em princípio estariam excluídos da legislação sobre direito de vizinhança todos os conflitos nos quais já existe relação jurídica entre as partes envolvidas. Vale dizer, litígios entre locador e locatário e condôminos em propriedade horizontal devem resolver as suas pendências, respectivamente, pelo contrato de locação e condomínio edilício (art. 1.336, IV, do CC) e incorporação imobiliária (art. 64, Lei nº 4.591/64). Todavia, a par das normas especiais que regem as aludidas relações, nada impede que o locatário e o condômino prejudicados pelo uso anormal da propriedade possam se valer das regras gerais que se aplicam indistintamente a qualquer vizinho.

Urge observar que não se devem confundir os direitos de vizinhança com o direito real de servidão. Não se pode negar uma certa aproximação entre ambos, pois como apontou o grande San Tiago Dantas, o Direito Civil disciplinou as relações de vizinhança por duas maneiras: pela convenção entre eles e pelas normas de direitos de vizinhança. A servidão seria a disciplina voluntária do conflito de vizinhança e, em sua falta, prevaleceriam as normas supletivas referentes à vizinhança.⁷

Porém, são sensíveis as diferenças entre os dois modelos jurídicos. Fabio Maria de Mattia explica que a confusão entre os direitos de vizinhança e as servidões prediais decorre do código de Napoleão, que intitulava os primeiros de servidões legais, mas “os autores alemães foram os primeiros a perceber as diferenças e chamar tais restrições da propriedade imóvel de direito de vizinhança”.⁸

As restrições de vizinhança são sempre recíprocas, afetando igualmente todos os vizinhos. De fato, todos os prédios são servientes e dominantes ao mesmo tempo, pois há uma ideia imanente de coexistência de direitos. Essa bilateralidade não se compadece do instituto da servidão, em que há uma deliberada desigualdade entre os prédios, pois o referido direito real exige um aumento de direito para o prédio dominante e conseqüente diminuição ao prédio serviente, sem possibilidade de compensação de sacrifícios, exceto por eventual direito a uma indenização.⁹

6. DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. O direito de vizinhança, p. 57.

7. DANTAS, San Tiago. O conflito de vizinhança e sua composição, p. 71.

8. DE MATTIA, Fabio Maria. O direito de vizinhança e a utilização da propriedade imóvel, p. 50.

9. “Há de se distinguir as servidões prediais legais das convencionais. As primeiras correspondem aos direitos de vizinhança, tendo como fonte direta a própria lei, incidindo independentemente da vontade das partes.

Há de se perceber que as limitações de vizinhança afetam abstratamente a todos os vizinhos, mas apenas se concretizam em face de alguns. Ou seja, são potencialmente indeterminadas, mas se manifestam apenas em face daquele que se encontra perante a situação afirmada pela norma. Assim, se A estiver com o seu imóvel em situação de encravamento, o seu vizinho B terá que lhe destinar passagem forçada, a teor do exposto no art. 1.285 do Código Civil. Todavia, se por alguma razão, no futuro, B entrar em situação de encravamento, nada lhe impedirá de buscar a necessária passagem pelo terreno de C. Enfim, é bastante a incidência da hipótese a que alude o legislador para que qualquer vizinho possa exigir que o outro suporte algum sacrifício, em maior ou menor grau.

Ademais, os direitos de vizinhança são criados por lei, inerentes ao próprio direito de propriedade, sem a finalidade de incrementar a utilidade de um prédio, mas com o fito de assegurar a convivência amistosa entre vizinhos. Já a servidão é fruto de um ato complexo, iniciado por um negócio jurídico que objetiva aumentar a utilidade ou a beleza de um prédio em detrimento de outro, necessariamente seguido do registro no ofício imobiliário. Daí o equívoco de adotar-se a expressão servidão legal em similitude aos direitos de vizinhança.

Os direitos de vizinhança podem ser gratuitos – quando não geram indenização, por serem compensados por idêntica limitação ao vizinho; ou onerosos – quando a supremacia do interesse público impõe uma invasão na órbita dominial do vizinho, para a sobrevivência do outro, fixando-se a devida verba indenizatória, já que não há reciprocidade.

Os direitos de vizinhança onerosos se aproximam das servidões, não pelo fato de se constituírem em novas espécies de direitos reais, mas pela imposição do ordenamento de deveres cooperativos de um vizinho ao atendimento de necessidades de outro morador. A propriedade de uma pessoa passa a servir aos interesses de outra, que dela poderá extrair necessidades. A título ilustrativo, temos as figuras da construção, passagem de cabos e tubulações e a famosa passagem forçada.

Nascem em função da localização dos prédios, para possibilitar a exploração integral do imóvel dominante ou evitar o surgimento de conflitos entre os respectivos proprietários. As servidões convencionais, por sua vez, não estão previstas em lei, decorrendo do consentimento das partes. Na espécie, é incontroverso que, após o surgimento de conflito sobre a construção de muro lindeiro, as partes celebraram acordo, homologado judicialmente, por meio do qual foram fixadas condições a serem respeitadas pelos recorridos para preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorridos. Não obstante inexistir informação nos autos acerca do registro da transação na matrícula do imóvel, essa composição equipara-se a uma servidão convencional, representando, no mínimo, obrigação a ser respeitada pelos signatários do acordo e seus herdeiros. Nosso ordenamento coíbe o abuso de direito, ou seja, o desvio no exercício do direito, de modo a causar dano a outrem, nos termos do art. 187 do CC/02. Assim, considerando a obrigação assumida, de preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorridos, verifica-se que os recorridos exerceram de forma abusiva o seu direito ao plantio de árvores, descumprindo, ainda que indiretamente, o acordo firmado, na medida em que, por via transversa, sujeitaram os recorridos aos mesmos transtornos causados pelo antigo muro de alvenaria, o qual foi substituído por verdadeiro 'muro verde', que, como antes, impede a vista panorâmica" (STJ. 3ª T., REsp. 935474/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 16.9.2008).

Apesar da atribuição da norma jurídica de limitar a amplitude das faculdades de proprietários e possuidores vizinhos em prol da harmonia social, não cabe ao Direito regular e limitar todas as atividades exercitadas a partir de um prédio. Ao Direito interessa coibir interferências, tão somente à medida que estas se revelem prejudiciais aos seus vizinhos, ameaçando a sua incolumidade e o seu próprio direito de propriedade.

Aliás, é uma tarefa hercúlea tratar de equilíbrio nas relações de vizinhança dentro de um contexto de tamanho desequilíbrio social. Ser vizinho é compartilhar e viver em harmonia. Em uma sociedade deficitária do mínimo existencial, dissertar sobre o uso da propriedade se torna algo menor, diante de milhares de “sem teto” e “sem terra”, cuja vizinhança não passa de outras almas tão desamparadas quanto à dele.

2. USO ANORMAL DA PROPRIEDADE

*“Eu hoje acordei pensando
Num sonho que eu tive a noite,
Sentei-me na cama para pensar
No sonho que eu tive
Fiquei tanto tempo pensando
Em tudo que estive sonhando
Que por um momento
Pensei ser verdade
O sonho que eu tive
Sonhei que entrei
No quintal do vizinho
E plantei uma flor
No dia seguinte
Ele estava sorrindo,
Dizendo que
A primavera chegou.”*

(Roberto Carlos, O quintal do vizinho)

O princípio geral a que se subordinam as relações de vizinhança é o de que o proprietário, ou o possuidor, não podem exercer seu direito de forma que venha a prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que habitam o prédio vizinho.

Os vizinhos devem manter respeito mútuo, observando regras morais e sociais de convívio, exercendo os seus direitos de maneira saudável e tranquila. Porém, como Regina Vera Villas Bôas, “se o vizinho não for atento às regras de boa convivência, utilizando-se de sua propriedade em condições anormais à sua época, meio ou ao grupo de convivência, não conseguirá atender de maneira efetiva à finalidade da vizinhança, posto que a conduta anormal de um vizinho, fatalmente atingirá a

regularidade da conduta de outro vizinho, provocando-lhe alterações não queridas de seus hábitos, perturbando-lhe a tranquilidade, segurança ou saúde”.¹⁰

Certamente, não é apenas o proprietário que se encontra em posição de sofrer consequências do uso anormal do imóvel vizinho. A disciplina jurídica dos direitos de vizinhança se refere à titularidade e também ao possuidor – direto e indireto. Todos são titulares de direitos subjetivos a um comportamento de abstenção de vizinhos, apto a impedir o uso anormal da propriedade e da posse.

A legitimidade ativa para a propositura das ações pertinentes estende-se aos aparentes proprietários, abrangendo os titulares de direitos reais (*v. g.*, usufrutuário, superficiário) e obrigacionais (*v. g.*, locatário, comodatário), que exercitem ingerência socioeconômica sobre o bem imóvel na qualidade de possuidores, sem qualquer relação com o proprietário.

Nesse particular, Luiz Edson Fachin aduz que o Código Civil de 2002 mantém, estruturalmente, os mesmos vícios de abstração e patrimonialismo que marcaram a codificação revogada. As relações jurídicas acabam por se referir às relações entre titulares. Assim, “a tutela dos direitos de vizinhança, antes de se aludir ao ser humano que pode sofrer ou já padece de prejuízo causado pela conduta alheia, refere-se aos prédios na proximidade e na confinância, protegendo-se apenas mediatamente a esfera jurídica de quem se insere nesse espaço de qualificação jurídica como proprietário ou possuidor”.¹¹

O direito de vizinhança tem o seu cerne vinculado ao mau uso da propriedade, pela mensuração de condutas de proprietários e possuidores que excedem o razoável e prejudicam a segurança, sossego e saúde de vizinhos. A matéria consubstancia normas de Direito Público e Privado, bem como institutos de direito real e obrigacional. De fato, basta imaginar que uma construção capaz de causar incômodos à vizinhança sofrerá limitações de direito privado e de normas urbanísticas e edilícias.

A título de verificação histórica, prevalece nessa matéria a Teoria do Uso Normal da Propriedade, de Rudolf von Ihering, que já era adotada pelo Código Civil de 1916. Por essa concepção, resta proibida qualquer utilização do bem que extrapole o uso normal e acarrete uma imissão nociva na posse ou propriedade alheia a ponto de acarretar lesão a saúde, sossego ou segurança dos prédios vizinhos.¹²

O uso normal da propriedade é aquele que busca preservar a segurança, o sossego e a saúde dos moradores da região onde se situa o imóvel. O art. 1.277 do Código Civil colaciona conceitos jurídicos indeterminados, objetivando preservar o morador e o prédio nos seguintes valores:

10. VILLAS BÔAS, Regina Vera. Direito de vizinhança, Revista de direito privado, v. 6, p. 226.

11. FACHIN, Luiz Edson. Direitos de vizinhança e o novo Código Civil brasileiro, p. 53.

12. Apud DANTAS, San Tiago. Conflito de vizinhança e sua composição, p. 25.

a) segurança: atos que possam comprometer a solidez e a estabilidade material do prédio e a incolumidade pessoal de seus moradores. Deve ser afastado qualquer perigo pessoal ou patrimonial. *v. g.*, instalação de indústria de inflamáveis e explosivos;

b) sossego: no estágio atual da sociedade pós-moderna, é bem jurídico inestimável, componente dos direitos da personalidade, intrinsecamente conectado ao direito à privacidade. Não pode ser conceituado como a completa ausência de ruídos, mas a possibilidade de afastar ruídos excessivos que comprometam a incolumidade da pessoa. É o direito dos moradores a um estado de relativa tranquilidade, na qual bailes, algazarras, animais e vibrações intensas provenientes acarretam enorme desgaste à paz do ser humano.

Explica Francisco Loureiro que “examinado o sossego como tranquilidade e, sobretudo, paz de espírito, valores de cunho nitidamente subjetivo, a sua violação agride o equipamento psíquico do homem e, sob tal aspecto, pode e deve ser encarado como um dos direitos à integridade moral do homem, próximo (e às vezes em zona de difícil distinção) com os direitos à intimidade, à imagem e a incolumidade da mente”.¹³

c) saúde: concerne ao estado da pessoa cujas funções biológicas estão normais. A salubridade física ou psíquica pode ser afetada por moléstia à integridade de vizinhos, mediante agentes físicos, químicos e biológicos, como na emissão de gases tóxicos, poluição de águas e matadouros. Não é raro que as reiteradas ofensas ao sossego impliquem atentado à saúde física e psíquica da pessoa.

Na esteira do ensinamento de Waldir de Arruda Miranda, “importante notar que, em muitos casos, as perturbações sonoras podem molestar, simultaneamente, o sossego, a saúde e a própria segurança dos vizinhos. Afora os danos mais facilmente delineáveis, os inúmeros outros se inter-relacionam, como no caso dos ruídos que impedem o repouso, acabando por comprometer a saúde (pela ausência de recuperação de energia, dentre outras) e a própria segurança do indivíduo (pela acentuada queda dos reflexos diante da ausência de descanso necessário)”.¹⁴

O art. 1.277 do Código Civil é *numerus clausus* e não comporta interpretação extensiva. Via de consequência, se as interferências prejudiciais causadas a um morador não repercutirem sob o trinômio: saúde, segurança e sossego, a questão extrapolará do conflito de vizinhança. Basta imaginar um prédio misto – comercial e residencial – em que é iniciada uma atividade ligada à prostituição. É possível que os danos dos demais condôminos resumam-se à ofensa e ao decoro. Nesse caso, a discussão resvalará para a coibição da atividade pela administração.

A segurança, sossego e saúde são direitos da personalidade inerentes a qualquer ser humano, e não apenas a vizinhos. Disso resulta a percepção de que é frequente a situação em que as interferências prejudiciais se estendam a todo um quarteirão, bairro ou região de uma cidade. Exemplificativamente, a poluição sonora se propaga

13. LOUREIRO, Francisco. Direito ao sossego, Cadernos de Direito Civil Constitucional – Cader, p. 111.

14. MIRANDA, Waldir de Arruda. Perturbações sonoras nas edificações urbanas, p. 16.

em níveis assustadores. Bares e restaurantes em zonas residenciais sem isolamento acústico apropriado; cultos em templos religiosos e ensaios de samba e pagode, que prejudicam a tranquilidade e a saúde de todos.

Não é distinta a conclusão alcançada pelo Enunciado nº 319 do Conselho de Justiça Federal: “A condução e a solução das causas envolvendo conflitos de vizinhança devem guardar estreita sintonia com os princípios constitucionais da intimidade, da inviolabilidade da vida privada e da proteção ao meio ambiente”.

Em reforço, o Enunciado 166 da II Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho Nacional de Justiça, de 2021, preconiza que “A mediação é meio eficiente e prioritário para resolver os conflitos de vizinhança, devendo sempre garantir a intimidade e a inviolabilidade da vida privada dos vizinhos, conforme estabelece o Enunciado n. 319 da IV Jornada de Direito Civil”. Com efeito, a condução e a solução das causas envolvendo conflitos de vizinhança devem guardar estreita sintonia com os princípios constitucionais da intimidade, da inviolabilidade da vida privada e da proteção ao meio ambiente”.

Não é bastante a verificação da interferência de um prédio em outro para que a colisão de interesses daí resultante seja automaticamente reconhecida como um conflito de vizinhança. São defesos somente os atos que acarretem ao vizinho dano ou incômodo anormal, de grave intensidade, de acordo com o senso médio do local em que é verificado.

O mau uso da propriedade dá-se pela prática de atos ilegais, abusivos ou excessivos.

Os atos ilegais consistem na conduta voluntária lesiva aos interesses de vizinhos. O proprietário viola um dever legal de cuidado, intencionalmente ou por inobservância da cautela devida. São atos ilícitos subjetivos, tutelados genericamente pelo art. 186 do Código Civil. A título ilustrativo, é a conduta do morador que joga o seu lixo no prédio vizinho. A sanção ao causador do dano já encontra suporte nas normas ordinárias de responsabilidade civil, não havendo necessidade de se socorrer de regras especiais de direito de vizinhança.

Com efeito, o mau uso da propriedade é aferido objetivamente, sem que se perscrute o erro, a falha do causador do dano. O exame do fato, isoladamente, é suficiente para que o vizinho que sofreu as emissões possa fazer uso de suas pretensões. Nessa senda, enfatiza Orlando Gomes que “o conceito de uso nocivo de propriedade determina-se relativamente, mas não se condiciona à intenção do ato praticado pelo proprietário. O propósito de prejudicar, ou incomodar, pode não existir e haver mau uso da propriedade”.¹⁵

Daí decorre a responsabilidade objetiva do proprietário pelo distúrbio provocado, que independe da ideia de culpa. A simples causação de dano ao prédio vizinho

15. GOMES, Orlando. Direitos reais, p. 193.

CAPÍTULO VI

Direitos reais em coisa alheia

Sumário • 1. Introdução – 2. A função social dos direitos reais sobre coisa alheia – 3. Direitos reais de fruição: 3.1 Enfitese; 3.2 Servidão; 3.3 Usufruto; 3.4 Direito real de uso; 3.5 Direito real de habitação – 4. Direitos reais de garantia: 4.1 Teoria geral; 4.2 Penhor; 4.3 Hipoteca; 4.4 Anticrese – 5. Direito real à aquisição – promessa de compra e venda: 5.1 Noções gerais; 5.2 A promessa como contrato preliminar; 5.3 A promessa de compra e venda no universo dos direitos reais; 5.4 A extinção da promessa de compra e venda à luz da Lei n. 13.786/18; 5.5 A desjudicialização do cancelamento da promessa: Lei 14.382/22; 5.6 Temas controvertidos sobre promessa de compra e venda.

“A nós agradam mais as coisas alheias, aos outros, as nossas.”

(Publílio Siro)

“Todo amor que houver nessa vida,

E algum trocado pra dar garantia.”

**(Cazuza, *Todo amor que houver nessa vida*,
de Cazuza e Frejat)**

1. INTRODUÇÃO

Dispõe o art. 1.231 do Código Civil que “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”. Cuida-se do princípio da exclusividade do domínio, pelo qual é vedado o estabelecimento de um direito real onde já exista outro da mesma espécie. Tanto o titular do direito de propriedade como de outros direitos reais possui exclusividade no exercício dominial.

Com efeito, o domínio do bem é uno e indivisível, sendo impossível que, simultaneamente, duas pessoas possam usar, fruir e dispor de um bem de maneira concorrente, a não ser que estejam na posição de comproprietários ou acumulem a titularidade de um outro direito real, circunstância em que os poderes não perdem a sua unidade, só há a peculiaridade de o exercício se dar conjuntamente por todos os titulares. Em suma, é viável o desdobramento do direito subjetivo de propriedade em uma pluralidade de proprietários. Todavia, eles exercitam uma mesma situação dominial sobre o bem, em que cada qual dos proprietários atua sobre a totalidade do bem, sem qualquer restrição. A partição da propriedade em cotas individuais não descaracteriza a plenitude do domínio que cada titular exerce.

Avançando no tema proposto, temos que a propriedade é o único direito subjetivo real de caráter obrigatório no direito brasileiro. Todos os demais direitos reais tipificados no art. 1.225 do Código Civil resultam da possibilidade de o proprietário desmembrar poderes dominiais, constituindo direitos reais em coisa alheia. Enquanto na propriedade há uma relação de pertinência de uma coisa a uma pessoa, nos direitos reais em coisa alheia só se pode alegar uma relação de pertinência respectivamente ao direito.

Os direitos de usar, fruir e dispor integram o domínio e se transmitem a terceiros, apesar de a propriedade remanescer com o seu titular. Com base no princípio da elasticidade, são direitos reais todos aqueles compreendidos no domínio, passível de desdobramento em faculdades autônomas.

Quando a propriedade é plena, temos a certeza que o seu titular consolida o domínio em suas mãos. A titularidade registral corresponde à mesma pessoa que se investe no senhorio e detém a ingerência sobre o bem pelo exercício das faculdades dominiais. A outro giro, a chamada propriedade limitada surgirá no instante em que o proprietário transfere poderes do domínio, sendo o destaque deles o manancial produtor dos demais direitos reais.

Como bem afirma Ricardo Aronne, o domínio não se identifica à propriedade e sim ao conjunto de faculdades que o bem concede ao sujeito, sendo “incongruente pensar que a propriedade se desdobra, por exemplo, na criação de direitos reais limitados, quando o proprietário não tem redução de propriedade e sim uma redução do domínio que enfeixa”.¹

1. ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*, p. 178. Bem explica o doutrinador que “o proprietário não fica menos proprietário com a constituição de direitos reais limitados e sim passa a ter menor espectro de domínio por tê-lo desdobrado em favor do beneficiário [...] e mais, o domínio

Cada um dos poderes elementares do domínio poderá constituir em si um direito real autônomo, que corresponderá às formas mais usuais pelas quais se manifesta a atividade do homem sobre os bens em cada sociedade. Assim, se no Código Civil de 1916 a enfiteuse e as rendas constituídas sobre imóveis eram direitos reais derivados de destaques dominiais, no Código Civil de 2002 não mais representam relevância social, pois não traduzem o estágio vigente da cultura brasileira.

Apesar de indivisível e exclusivo, o domínio pode se desdobrar em parcelas, em favor de uma ou várias pessoas. Surgem os ônus reais ou gravames, que implicam o esvaziamento do domínio do proprietário e o surgimento de novos direitos reais. Esse desdobramento de poderes é chamado de princípio da elasticidade. Vale dizer, da mesma forma que o domínio se desmembra, ele também se consolida após determinado tempo. As contrações dominiais são transitórias, pois mais cedo ou mais tarde os poderes novamente se unificarão com o proprietário, e a propriedade será plena.

Nunca olvidaremos que a constituição de direitos reais em coisa alheia não reduz a dimensão da propriedade; o proprietário continua titular do mesmo jeito, mas em compensação o domínio é severamente atingido. Ou seja, a faculdade desdobrada já não se encontrará ao alcance do proprietário, mesmo assim será um dos atributos que se relacionam à propriedade. Ao se desdobrar o domínio, brotam novos regimes de titularidade, tidos como direitos reais limitados ou direitos reais em coisa alheia.

Por que os direitos reais do art. 1.225, menos a propriedade, se denominam, para alguns doutrinadores, como limitados? Tupinambá Miguel Castro do Nascimento² aduz que, comparativamente à propriedade, o que os direitos reais limitados oferecem a seus titulares é reduzido. Ademais, numa visão simplesmente temporal, a propriedade caracteriza-se como perpétua, não tendo limitação de eficácia no tempo. Os demais direitos reais não se caracterizam pela perpetuidade. Todos eles vigem temporariamente. Essa não perpetuidade, em alguns casos, está inserida na própria natureza estrutural do direito real. No usufruto, uso e habitação, o direito real é vitalício ou, se titularizado em pessoa jurídica, extingue-se pelo decurso de 30 anos. Na superfície e nos penhores há o prazo contratual ou da lei. No direito do promitente comprador do imóvel, a temporariedade é da natureza do instituto. A hipoteca tem prazo legal de eficácia quanto à especialização. A anticrese considera o prazo contratual. Assim, a limitação temporal da eficácia dos direitos reais, afora a propriedade, é o que os define como direitos reais limitados.

O Código Civil de 2002 propõe a constituição de três grupos de direitos reais em coisa alheia: os direitos de fruição (servidão, usufruto, uso e habitação), os direitos de garantia (hipoteca, penhor e anticrese) e o direito real à aquisição, que se trata da promessa de compra e venda registrada. Em cada um dos três grupos há

não se decompõe, apenas se desdobra em favor de outros sujeitos, para constituir institutos da espécie em trato" (op. cit., p. 207).

2. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Direitos Reais limitados*, p. 16.

o destaque de determinados poderes dominiais com maior ou menor intensidade, formando-se novas titularidades.

Ao estudarmos as hipóteses de propriedade resolúvel (propriedade fiduciária e propriedade superficiária), percebemos que a limitação no direito do proprietário não se refere propriamente à subtração de poderes dominiais, mas é de caráter temporal, pois superado o termo ou condição resolutiva, o domínio será transferido a um outro proprietário.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS REAIS SOBRE COISA ALHEIA

“Com a coisa alheia, o homem mal se honra.”

(provérbio português)

Ao estudarmos o direito de propriedade, percebemos com bastante clareza que, em razão do princípio da solidariedade, a relação jurídica de propriedade impõe ao seu titular deveres individuais e difusos perante a coletividade, no sentido de que o seu agir seja voltado não só à satisfação de sua autonomia privada, como também a um positivo conjunto de condutas funcionalizadas, capazes de balancear os interesses individual e social em uma dimensão de ponderação de interesses, eis que tanto a propriedade como a sua função social são direitos fundamentais. Nas palavras de Konrad Hesse, a releitura constitucionalizada do Código Civil requer que não mais se observe a positivação de um regime de exclusão social, mas sim de uma regulação social.³ De fato, no Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é a radical efetivação de direitos fundamentais, o regime de titularidade alcança novos sentido e nuance.

Note bem. A função social não se aplica exclusivamente ao direito de propriedade, mas a qualquer regime de titularidade, capaz de instrumentalizar poderes dominiais. A despatrimonialização e a repersonalização do direito privado não encontram ressonância apenas na propriedade, mas em qualquer outra forma de apropriação de bens regulada no ordenamento.

Apesar de ser a mais importante e ampla expressão de titularidade, por albergar todo manancial do domínio, a propriedade não é a única forma pela qual se expressam relações jurídicas no mundo dos direitos reais. Servidão, hipoteca, usufruto, enfim, qualquer direito real limitado contém o germe da função social. Novamente alicerçados no excelente trabalho de Ricardo Aronne, temos que “a compreensão dos diversos regimes de titularidades que constituem nosso direito das coisas, para além da dimensão codificada, conduz à obrigacionalização do conteúdo externo do domínio, pois concretiza deveres ao titular, informando-o em seu agir”.⁴

3. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*, p. 162.

4. ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*, p. 198.

O direito subjetivo de propriedade não se exerce sobre a coisa, mas perante pessoas, dentro de relações jurídicas complexas. Esse raciocínio se aplica inteiramente ao usufruto, uso, servidão e demais direitos reais, que não recaem sobre bens, pois em qualquer direito real o que é exercido sobre o objeto são os atributos dominiais do uso, fruição e disposição. Vale dizer, o direito real em coisa alheia é o domínio estático do titular sobre a coisa, a relação de subordinação do objeto ao senhorio. Porém, a titularidade, no exercício dos direitos reais limitados, volta-se a relações intersubjetivas dinâmicas e repersonalizadas, nos quais os titulares desses direitos limitados têm a obrigação de coordenar a satisfação de seu interesse com a do proprietário que lhe desdobrou parcelas do domínio, sem se olvidar no exercício de condutas benéficas ao interesse coletivo. Tratando-se a função social de uma cláusula geral, a ser densificada conforme as circunstâncias, na linha da proporcionalidade, em cada situação específica serão sopesados os interesses do proprietário, titular do direito real limitado e da coletividade, a fim de se alcançar a preponderância dos interesses em cada hipótese.

Portanto, deve ser afastada a opinião de que restringe o fenômeno da cooperação social ao âmbito das relações obrigacionais, por entender que somente nesse domínio os sujeitos se encontram ligados por recíprocos direitos e deveres. Especialmente no âmbito dos direitos reais em coisa alheia, em que se verifica a presença de dois centros de interesses bem definidos – o dono da coisa gravada e o titular do direito real limitado – identifica-se o conjunto de direitos e deveres recíprocos que integra e qualifica o direito real constituído pelas partes. As normas de direito das obrigações mostram-se aplicáveis às relações jurídicas reais naquilo que forem pertinentes para a disciplina do dever de colaboração entre os diversos centros de interesse envolvidos. Destaca-se nesse sentido o amplo espectro de incidência da boa-fé objetiva nas relações contratuais constitutivas de direitos reais sobre a coisa alheia, a exigir do proprietário e do titular do direito real limitado que adotem comportamentos adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração com vistas a alcançarem os fins perseguidos na concreta relação jurídica.⁵

3. DIREITOS REAIS DE FRUIÇÃO

Os direitos reais de fruição formam um importante grupo de direitos reais em coisa alheia. Enfiteuse, usufruto, uso, habitação e servidão encontram identidade no desdobramento em maior ou menor grau dos atributos dominiais do uso e fruição do bem. O proprietário sofre redução na sua esfera de domínio na medida em que alguém passa a titularizar um novo direito real.

Em comum, todos os titulares de direitos reais de fruição manterão três formas de relações: (a) relação de dominação perante o objeto móvel ou imóvel (direito real); (b) relação obrigacional com sujeito determinado que lhe outorgou a titularidade

5. RENTERIA, PABLO. Penhor e autonomia privada, p. 230.

(proprietário); (c) relação obrigacional com sujeito passivo universal, no qual ao dever coletivo de abstenção será contraposto o dever do titular de funcionalizar o direito real, harmonizando o seu interesse individual (liberdade) ao interesse social exigido pela Constituição Federal (solidariedade).

Quando cogitamos desses modelos jurídicos podemos de certa forma abrandar a tradicional dicotomia entre situações jurídicas reais e obrigacionais e passarmos a entender a enfiteuse, servidão, usufruto e uso como situações jurídicas complexas que, simultaneamente, servem-se de uma relação jurídica com um sujeito passivo universal (tal como na propriedade) e de obrigações vazadas em prestações de dar, fazer e não fazer como núcleo das relações entre os proprietários e os titulares de direitos reais de fruição.

A noção de situação real, explica Pietro Perlingieri,⁶ deriva da inerência entre o direito e o objeto. Por sua vez, a situação creditória, não tendo uma relação de imanência com uma *res*, realiza-se mediante o adimplemento e a obtenção de um resultado. Na situação real, o resultado útil para o titular se identifica na imediatidade entre situação e utilidade oferecida pela *res*, sem que normalmente seja necessária a intervenção de um terceiro. Já na situação obrigacional, o interesse do titular é satisfeito mediante uma atividade do sujeito obrigado. Em suma, enquanto na propriedade – direito real por excelência – o traço básico é a existência de um dever genérico de abstenção por parte da generalidade dos sujeitos, nas situações reais de fruição, ao lado do dever genérico por parte de terceiros, existe também uma relação entre um centro de interesses (usufruto, enfiteuse, direito de servidão) e um outro já individualizado (nua-propriedade, propriedade do senhorio, direito do prédio serviente) que faz surgir uma série de deveres específicos integrativos. Não existe assim uma nítida separação entre situações creditórias e reais: frequentemente, situações obrigacionais se integram com interesses mais amplos e constituem situações complexas.

3.1 Enfiteuse

3.1.1 Supressão do instituto no Código Civil de 2002

A enfiteuse é uma espécie de locação perpétua. De origem grega, conheceu grande expansão no século IV. O enfiteuta obrigava-se a cultivar a terra concedida e a pagar regularmente uma prestação chamada *canon* (prestação) ou *pensio* (pensão). Na falta de pagamento, o proprietário retomava a terra (*comissio*). Em troca dessas obrigações, o enfiteuta tinha direito aos frutos da terra, transmitindo, por sua morte, a terra aos seus herdeiros legítimos ou testamentários. Também podia alienar a terra *inter vivos*, pelo menos com o consentimento do proprietário.⁷

6. PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, p. 897.

7. Explica o autor que o “colonato” era semelhante à enfiteuse, embora importasse para o colono uma diminuição de sua condição social. Não sendo escravo – pois tinha uma personalidade jurídica, família e patrimônio próprio –, o colono não era inteiramente livre: estava ligado à terra que cultivava, não podia abandoná-la

Apesar de concebida de forma funcionalizada no direito romano, a enfiteuse adquiriu peculiar relevância no período medieval. Adverte Orlando de Carvalho que o seu objetivo era fixar o vassalo e sua família à terra, ante a prevalência dos interesses econômicos, políticos e militares do senhor da terra e não do feudo, no sentido social e do coletivo intersubjetivo.⁸

Forja-se assim um sistema de poder absoluto do senhor sobre a terra, que se prende de forma indissolúvel ao sistema político, impedindo qualquer forma de relativização da propriedade.

No Brasil, explica Raymundo Faoro, a obra política e comercial da colonização tinha como ponto de apoio a distribuição de terras. Aí se fixava o centro da empresa, calcada sobre a agricultura, capaz de condensar populações e criar as cobiçadas riquezas de exportação. A monarquia lusitana, nessa tarefa de povoar o território imenso, encontrou, nas arcas de sua tradição, um modelo legislado: as sesmarias. A história territorial do Brasil começa em Portugal.⁹

A nosso viso, tais problemas fundiários permanecem e se intensificam. A enfiteuse, em um perfil constitucionalizado, poderia ser funcionalizada – retornando as suas origens romanas – às necessidades coletivas de produção de alimentos em um país que vivencia conflitos rurais e precisa enormemente de empregos e moradia. Porém, a opção do legislador foi no sentido de suprimir a enfiteuse do ordenamento privado, talvez pelo estereótipo por ela forjado em um ambiente até então refratário à ideia da função social, na qual a passividade do enfiteuta não era sancionada pelo sistema.

No Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, o art. 2.038 do Código Civil veda a constituição de enfiteuses e subenfiteuses particulares, a partir de 11 de janeiro de 2003. Todavia, em respeito às situações jurídicas consolidadas na vigência do Código Civil de 1916, preserva as enfiteuses já registradas, na conformidade do Código anterior e de leis posteriores.

Atende-se, assim, ao princípio da aplicação imediata da nova lei aos fatos futuros, resguardadas as situações jurídicas consolidadas no regime anterior, com a perspectiva de que, decorridos alguns anos, o modelo da enfiteuse seja desestimulado a ponto de que os direitos reais constituídos sob o manto da lei civil pregressa, paulatinamente, desapareçam.

e era por isso um “escravo da terra”. Como o enfiteuta, ele devia cultivar a terra que lhe fora concedida e pagar uma pensão. Por outro lado, ele estava ainda obrigado a certas corveias ao dono do prédio. Usufruíu os frutos de sua terra, transmitia-a a seus filhos, ao mesmo tempo que lhe transmitia a sua condição, mas não podia dispor dela por ato *inter vivos*. Cf.: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 639640.

8. Apud ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados*.

9. Raymundo Faoro. *Os Donos do Poder*, p. 146. “A sesmaria, meio jurídico para apegar a terra à capacidade de cultivo, serviu para consagrar as extensões latifundiárias. A apropriação da terra em largas porções, transformando um deserto no domínio de uma rala população, fez proliferar o dependente agrícola, o colono de terras aforadas e arrendadas. A casa-grande conquista a paisagem, projetando a sombra da senzala, gravitando, ambas sobre o dinheiro, fator não raro esquecido, em favor da falsa arrogância do plantador e senhor de engenho” (op. cit., p. 151).

O legislador optou pelo direito real de superfície (art. 1.369 do CC), no sentido da execução da tarefa antes reservada à enfiteuse.

Como observaremos nos próximos tópicos, o legislador foi sagaz ao desenvolver um mecanismo de direito intertemporal que não só respeita as situações geradas sob a égide da lei antiga, como também enuncia regras capazes de restringir as vantagens da enfiteuse, objetivando desestimular a continuidade das relações jurídicas em andamento. Assim, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, torna-se expressamente proibida a cobrança de *laudêmio* nas transmissões dos bens aforados, bem como a constituição de *subenfiteuse*.

3.1.2 Noções gerais

É o *direito real limitado* que confere a alguém, perpetuamente, poderes inerentes ao domínio, com a obrigação de pagar ao dono da coisa uma renda anual, conhecida como *foro*. O instituto é denominado também *emprazamento* ou *aforamento*.

Aquele que tem o domínio do imóvel aforado é o *senhorio direto*, titular do domínio eminente ou direto; aquele que o possui imediatamente é o *enfiteuta* ou *foreiro*, o titular do domínio útil (art. 678 do CC/1916).

Dá-se o nome de *domínio útil* porque o foreiro enfeixa em torno de si uma grande soma de poderes. A enfiteuse é o mais amplo direito real na coisa alheia, pois confere a seu titular todas as vantagens materiais da propriedade, permitindo que se comporte como se fosse o dono da coisa. Daí ser percebido como um quase domínio, pela verdadeira aparência de proprietário concedida ao enfiteuta.

Em virtude da perpetuidade, a enfiteuse transmite-se pelo *droit de saisine* na mesma ordem de vocação hereditária genericamente aplicada à posse e à propriedade. Se a enfiteuse for constituída por tempo limitado, por desvirtuada, terá a natureza de direito pessoal de arrendamento (art. 679, CC/1916).

Não obstante a grande concentração de faculdades em favor do enfiteuta, fundamental é assinalar que não há cisão de uma propriedade em duas. O *senhorio direto* é o único e verdadeiro titular do domínio, pois, diante do princípio da exclusividade, é impraticável a coexistência de dois domínios simultâneos sobre a mesma coisa. Não há multipropriedade, apenas desdobramento de faculdades em domínio único.

Nesse sentido, objeta Darcy Bessone que a dualidade dominial atenta contra a ideia de propriedade aceita no direito brasileiro, pois “não há dois domínios – o útil e o direto – sobre uma só coisa, mas, sim, que o domínio sobre desmembramento apenas nas faculdades que lhe são inerentes, para que algumas delas sejam atribuídas a outra pessoa, que passa a exercê-las sobre coisa alheia”.¹⁰

10. BESSONE, Darcy. *Direitos reais*, p. 332.

A enfiteuse muitas vezes se torna desinteressante, pois o direito potestativo de resgate conferido ao enfiteuta, após o exercício do direito por certo tempo, faz do aforamento uma alienação virtual. Quer dizer, decorrido certo tempo, o foreiro tem a faculdade de adquirir a propriedade plena, mediante o simples pagamento de um número certo de anuidades. Por isso, o art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) assegurou-lhe a remição dos aforamentos, prevendo a continuidade da enfiteuse apenas sobre os terrenos de Marinha (Decreto-Lei nº 9.760/46).

Os terrenos de marinha são bens públicos que se destinaram historicamente à defesa territorial e atualmente à proteção do meio ambiente costeiro nos quais é permitida a ocupação por particulares, mediante o pagamento de taxa de ocupação e de laudêmio quando da transferência, em relação eminentemente pública, regida pelas regras do direito administrativo.

3.1.3 Objeto

O direito real de enfiteuse tem por objeto apenas as terras não cultivadas e os terrenos que se destinem à edificação (terras incultas e terrenos baldios), tendo desempenhado larga função social nos períodos iniciais de urbanização. É inadmissível o aforamento de acessórios do solo como árvores e casas, isoladamente considerados, sendo nulo o ato de constituição do aforamento que recaia sobre terras cultivadas ou terrenos edificados (art. 680 do CC/1916).

A enfiteuse também tem como objeto *terrenos de Marinha*. Sendo bens públicos dominiais – que pertencem à União (art. 20, VII, CF) –, constituídos pela faixa de terra que vai até certa distância, a partir da preamar máxima, seu aforamento sujeita-se às regras especiais de Direito Administrativo (Decreto-Lei nº 9.760/46 e Lei nº 9.636/98). Os terrenos de marinha que são objeto de aforamento são regidos por legislação própria, de sorte que a alienação do domínio útil de imóveis da União submetido ao regime enfiteutico somente ocorre após verificado que o transmitente está em dia com as obrigações no patrimônio da União e depois de pago o laudêmio. Em 2022, o STJ decidiu que o fato gerador do laudêmio é o registro do imóvel em Cartório de Registro de Imóveis, que é o momento em que ocorre a transferência do domínio útil do aludido direito real.¹¹

Como corolário dessa propriedade pública, aduz a Súmula 496 do STJ: “Os registros de propriedade particular de imóveis situados em terrenos de marinha não são oponíveis à União”. Ocorre que, assim como o particular, a União Federal também deve respeitar os ditames da legislação especial, a fim de fazer valer seu direito de

11. STJ, Informativo nº 757, 21 de novembro de 2022. “O fato gerador do laudêmio não ocorre quando da celebração do contrato de compra e venda, nem da sua quitação, mas, sim, da data do registro do imóvel em Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.227 do CC/2002), que é o momento em que ocorre a transferência do domínio útil do aludido direito real, razão pela qual deveriam incidir 5%, não meramente sobre o valor do imóvel ao tempo do ajuste, mas sobre o valor atualizado do bem” (REsp 1.833.609-PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/11/2022).

propriedade, sob pena de, não o fazendo, estar exercendo sobre o imóvel o domínio eminente e não o patrimonial. Posicionando a matéria à luz da Lei dos Registros Públicos, se o imóvel está registrado no RI em nome de um particular, sem qualquer menção ao fato de estar localizado em terreno de marinha, perante terceiros é uma propriedade particular, até que se prove o contrário. O registro do título permanecerá surtindo efeitos até que seja cancelado, sendo obrigação do terceiro, que sentir-se prejudicado, obter o competente provimento jurisdicional que determine o cancelamento do registro. E ainda que possa considerar-se que o procedimento demarcatório de terras da União tenha caráter meramente declaratório e o registro da propriedade particular, no Direito Brasileiro, goze de presunção *juris tantum*, admitindo prova em sentido contrário, não há como negar, repita-se, que o Registro Imobiliário tenha atraído a propriedade pública, em especial os bens da União, dado seu caráter (RI) de repositório fiel da propriedade no território e por constituir-se relevante serviço de organização técnica e administrativa apto a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (art. 1º da Lei nº 8.935/1994).¹²

Na enfiteuse de terrenos da União, o foro é fixado em 0,6% do valor do domínio pleno, sendo que o inadimplemento pelo período trienal implicará sua caducidade (art. 101, DL nº 9.760/46). A transferência *inter vivos* requer prévia autorização do Serviço do Patrimônio da União (SPU), sob pena de nulidade do negócio jurídico. O laudêmio importará na quantia de 5% do valor do domínio pleno.

Com a vigência do CC/2002, o legislador perdeu excelente oportunidade de extinguir a enfiteuse de terrenos de Marinha e transferir a propriedade aos particulares que adimplissem as suas obrigações anteriores perante a União Federal. Todavia, o art. 2.038, § 2º, determina a manutenção do instituto, com base na legislação especial (Decreto-Lei nº 9.760/46). Há muito não faz mais sentido manter em poder da União determinados terrenos litorâneos, com a finalidade de resguardar a defesa marítima do país em situações de guerra. Apenas a volúpia arrecadatória da União Federal é capaz de explicar a preservação da enfiteuse sobre esses imóveis, em evidente ofensa ao princípio da função social da propriedade.

A Lei n. 13.465/17 modificou substancialmente a Lei nº 9.636/1998, que trata da alienação de bens imóveis da União: facilitou a extinção da enfiteuse sobre terras de marinha, por meio da remição do foro, inclusive com direito à utilização

12. RODRIGUES, Rodrigo Marcos Antônio. Tratando especificamente do registro de imóveis da marinha, dispõe o autor que “Estando regulamente concluído o processo de identificação e demarcação do bem da União, *in casu* o terreno de marinha, caberá a Secretaria do Patrimônio da União (SPU), órgão este que administra os bens da União Federal, lavrar o termo competente de incorporação do imóvel a este sujeito de direito público, com força de escritura pública, que deverá, juntamente com a certidão de inteiro teor, plantas e outros documentos que permitam a correta caracterização do imóvel, ser apresentado ao Serviço Registral Imobiliário da circunscrição competente, a fim de que seja feito o registro. A disposição acima não é nova, existe desde a entrada em vigor da Lei nº 9.636/98. Como se vê, não há como negar que o Registro de Imóveis atraiu a propriedade pública, em especial os imóveis da União. Se este sujeito de direito público pretende distinguir sua propriedade da particular deverá realizar o registro. In, Curso de Terrenos de Marinha e seus Acrescidos – Laudêmio, taxa de ocupação e foro, p. 48.