

#DIREITOS REAIS EM COISA ALHEIA#

1 – SUPERFÍCIE

1.1 – Conteúdo Do Direito

“Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.”

Obs. Obras no subsolo subtendem-se não autorizadas, salvo se inerente ao objeto da concessão (parágrafo único). **Exceção no ECID (§1º do art. 21).**

1.2 – Escopo

Construir ou plantar em terreno alheio → permite o desdobramento dos poderes da propriedade → separação entre propriedade do terreno e do prédio ou plantação (ENUNCIADO 321, CJF) - - excepciona a regra do art. 1255 (*superfícies solo cedit*) - - bifurcação do domínio → alcance da função social: maior adequação de utilização do solo.

Tempo determinado no art. 1.369 do CC – ECid prevê por tempo indeterminado (art. 21).

1.3 – Forma Especial

Contrato por meio e escritura pública registrada no CRI.

Registro no CRI: como direito real que é, a oponibilidade “erga omnes” só terá efeito como o registro no CRI. O registro é constitutivo, ou seja, sem ele não nasce o direito real de propriedade.

Obs.: pode também ser constituída por ato de ultima vontade (testamento). Embora o CC não preveja, não há óbice e, portanto, é permitida (BEZERRA DE MELO).

Pode ser gratuito ou oneroso (art. 1370). Caso seja gratuita a devolução do bem será com os acréscimos, pelo que se infere que há ganho indireto.

Parece que o artigo 1370 somente exige cláusula expressa no caso de ser onerosa (“se onerosa, estipularão as partes...”). Por isso, pode-se dizer, pela literalidade da lei, que se presume gratuita.

1.4 – Formação da superfície por cisão

CHAVES e ROSENVALD: Possibilidade de constituição em terreno no qual já existia imóvel edificado, mas em condições precárias – plena funcionalização → cisão entre a propriedade do terreno e a do prédio construído.

Nessa hipótese o imóvel já está edificado. Não há o dever de construir ou plantar, o superficiário já a recebe assim para o seu uso. Chamada de superfície por cisão por que há uma cisão, ou se dá a superfície do que está edificado ou do que não está (remanescente do terreno), senão estar-se-á transferindo a propriedade. Se for dada a parte já edificada, distingui-se da locação pelo fato da superfície ser um contrato formal, obrigatória forma publica e registro no registro de imóveis.

ENUNCIADO 250, CJF: “admite-se a constituição do direito de superfície por cisão”.

1.5 – Natureza Jurídica

Posição majoritária: direito real sobre coisa alheia de uso e fruição (vide 1225 CCC), que nasce por meio do registro.

Obs. Há posição no sentido de que seria uma espécie de propriedade (CHAVES e ROSENVALD) – a plantação ou construção seriam bens autônomos em relação à propriedade do solo.

É também um **instrumento de regulação fundiária**. Tanto regula quanto regulariza as relações fundiárias. Esse é um dos seus principais vetores.

É um instrumento, então, constitucional social (art. 182 e 183, CF), ou seja, instrumento de política social do Estado.

1.6 – AUTONOMIA

Há possibilidade de **INCIDÊNCIA DE OUTROS DIREITOS REAIS SOBRE O DIREITO E SUPERFÍCIE**.

ENUNCIADO 249, CJF → “A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474.”.

Obs. Art. 1.474. A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel.

Art. 1473, inc. X, do CC → “pode ser objeto de hipoteca (...) a propriedade superficiária”.

1.7 – Responsabilidade Pelas Obrigações Propter Rem E Tributos

A responsabilidade é do superficiário, nos termos do art. 1371 (**ex.** cota condominial, IPTU, etc.).

Art. 21, §3º do ECID permite a superfície apenas em parcela da área – nesse caso os encargos serão proporcionais.

OBS: O Enunciado 94: liberdade de pactuação desses encargos pelas partes
- Nesse tema, importante ver o art. 132 do CTN: “*Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.*”.

1.8 – Usucapião Do Direito De Superfície?

Divergência:

NÃO: Haveria dificuldade em se identificar o “animus domini” apenas sobre o direito de superfície. Dificuldade de considerar a posse sobre a construção sem abranger o solo no qual está construída.

SIM: Há a possibilidade, desde que haja animo de superficiário pelo tempo necessário, e haja assim face o proprietário. Exemplo: título constitutivo posteriormente declarado nulo, mas com tempo suficiente para aquisição do direito de superfície pela usucapião.

1.9 – Transmissão

Art. 1.372. O direito de superfície pode transferir-se a terceiros e, por morte do superficiário, aos seus herdeiros. Parágrafo único. Não poderá ser estipulado pelo concedente, a nenhum título, qualquer pagamento pela transferência.

O parágrafo único do art. 1372, do CC diz não poder haver cobrança por aquele que cedeu o direito de superfície no caso de transferência do superficiário a terceiro → intuito do legislador de acabar com institutos parecidos com a enfiteuse (BEZERRA DE MELO).

ECID não faz a vedação do parágrafo único do art. 1372 do CC.

1.10 – DIREITO DE PREFERÊNCIA NA ALIENAÇÃO DO IMÓVEL (art. 1373)

Caso exerça o direito de compra haverá a chamada **consolidação**: passa a ser proprietário de tudo, acabando com a cisão entre solo e construção/plantação → terá direito em coisa própria, extinguindo a superfície.

Utilizam-se, por analogia, as regras sobre preferência dos art. 513 a 520. Prazo decadencial de 6 meses, conforme ENUNCIADO 510: “Ao superficiário que não foi previamente notificado pelo proprietário para exercer o direito de preferência previsto no art. 1.373 do CC é assegurado o direito de, no prazo de seis meses, contado do registro da alienação, adjudicar para si o bem mediante depósito do preço.”.

Obs. não há direito de preferência nas alienações gratuitas (como doação), mas apenas nas onerosas.

1.11 – Destinação Diversa

É causa de resolução antes do termo final – art. 1374 → concretização da vedação ao abuso do direito (art. 187).

No ECID há causa de extinção quando não cumprido o que estabelecido no contrato pelo superficiário.

1.12 – Extinção E Seus Efeitos

O proprietário do solo passa a adquirir a construção ou plantação, sem indenização, salvo disposição em contrário (art. 1375).

Se a extinção vier por desapropriação, caberá indenização ao proprietário do terreno e ao superficiário, no correspondente do valor econômico ao direito de cada um – formação de litisconsórcio passivo necessário entre eles (ENUNCIDO 322, CJF).

Extinção deve ser averbada no CRI (art. 167, II, 20 LRP).

Recusa em devolver o bem – ação possessória, já que o cedente tem posse indireta.

#SUPERFÍCIE E INTEGRAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL COM O ESTATUTO DA CIDADE (ART. 21 A 24)#

Tanto o Estatuto da Cidade (Lei 10257/01), quanto o Código Civil regulamentaram o direito real de superfície, em alguns pontos de forma diferente, sendo uma anterior e outra posterior. Coloca-se o problema da eventual revogação do Ecid nesse particular (derrogação) pelo CC.

O ENUNCIADO 93, CJF entende pela não revogação: “As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes

do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano.”.

Pode-se utilizar, em defesa da não revogação, da Teoria do Diálogo das Fontes (Cláudia Lima Marques), muito usada no dialogo do Código Civil com o CDC → é intercomunicabilidade permanente das fontes do direito. Trabalha coma subsistência de fontes diversas do mesmo tema, a partir de circunstâncias distintas. Mata a derogabilidade direta de uma norma anterior por outra posterior. Cada qual atua dentro do próprio quadrante – desse modo não existe antinomia, mas complementaridade entre as leis.

Além disso, pode-se também dizer que não houve revogação do ECID pelo CC, por que apesar dessas duas normas tratarem do mesmo assunto, que é a superfície, elas são, todavia, superfícies distintas – o ECID se confrontado com o CC representa uma lei especial, enquanto o CC é a lei geral. É o que se chama de PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE: a lei especial prevalecerá na hipótese especial (aqui a superfície urbana) e a lei geral prevalecerá nas hipóteses gerais (art. 2º, §2º da LINDB).

O ECID, que é lei especial, trata da superfície em área urbana. Mas isso não revoga o CC nos artigos em que trata do direito real de superfície (art. 1369/1377), pois o CC terá aplicação naquilo em que o ECID não tocar – superfície rural.

Assim, segue quadro comparativo entre o tratamento do direito real de superfície nos dois diplomas:

| <u>Norma legal</u> | <u>Área</u> | <u>Prazo</u> | <u>Objeto</u> | <u>Interesse Tutelado</u> | <u>Normas transacionais</u> |
|--------------------|----------------------|-------------------------------|--|---------------------------|-----------------------------|
| Lei 10.257/01 | Solo urbano. | Determina do ou indeterminado | Solo, subsolo e espaço aéreo. | Público | Não há possibilidade |
| Código Civil | Solo urbano e rural. | Determina do. | Não admite do subsolo. Silente quanto ao espaço aéreo. | Privado | É possível |

Obs. Apesar do silencio quanto à possibilidade de contraprestação pela alienação da superfície no ECid – vedação do pu do 1372 do CC também se aplica aqui – interpretação sistemática e finalística.

2 – DIREITO DE LAJE

Situação atual (1/06/2017) da MP 759/2016: aprovada na forma do projeto de lei de conversão PLV 12/2017, aguardando sanção.

Além de acrescentar o direito à laje, essa MP também estabelece, dentre outras previsões: **(i)** disciplina de forma integral a regularização fundiária rural e urbana, revogando os dispositivos da Lei 11.977/09 com as alterações de 2011; **(ii)** prorroga o prazo da concessão de uso especial para fins de moradia para aquele que ocupe a área objeto do direito até 22/12/2016.

2.1 – Antes da MP 759/2016

Conceito: possibilidade de o superficiário construir sobre prédio já construído.

a-) Dialogava, numa construção doutrinária, com a possibilidade ou não de constituição de direito de superfície no espaço aéreo.

b-) Serviria como um meio de regularização fundiária em assentamentos informais (**ex:** favelas), com o devido assentamento registral e a proteção dos direitos reais – segurança jurídica das situações fáticas consolidadas – forma de enfrentamento do déficit de moradias e do processo de exclusão da população pobre dos centros.

Ou seja, o sujeito constrói no plano inferior e vende a outrem o direito de construir acima.

c-) A sobre-superfície (direito de laje) era vedada pelo nosso ordenamento, segundo a Doutrina majoritária. Isso porque a superfície recai sobre terreno.

FUNDAMENTOS DA POSSIBILIDADE: Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), art. 21, §1º + ENUNCIADO 568, CJF.

d-) questões que eram consideradas:

- o Previsão expressa em contrato desse tipo e direito?

- o Horizontalizando-se a propriedade, a necessidade de observância das leis urbanísticas federal e local, bem como o regime da Lei 4.591/64 (lei de incorporações imobiliárias), no que couber?
- o Necessário ainda, a regularização fiscal?
- o Também a regularização registral: na matrícula do imóvel, ou em cima do registro da superfície? → ATRIBUIÇÃO DE EFICÁCIA “ERGA OMNES” DOS DIREITOS REAIS → mas para isso deve-se ter uma situação de domínio do próprio solo regularizada, o que nem sempre ocorre.
- o Haveria o estabelecimento de um condomínio nas áreas comuns da edificação (tubulações, estruturas de vigas, saída para a rua, etc.)?

Ainda, se quem conceder o direito de sobrelevação não for o proprietário do terreno, mas um superficiário (superfície de segundo grau) seria necessário o consentimento do proprietário, salvo estipulado o contrário.

e-) Tese DPESP → é possível a sobrelevação ou direito de laje → “verticalização da favela”.

Tese institucional DPESP: “É lícito ao superficiário a concessão do direito de construir sobre a sua propriedade superficiária – ‘direito de laje’ -.”

Fundamentos: Doutrina de Ricardo Lira e Cristiano Chaves (*“ direito de sobrelevação ou superfície em segundo grau - O superficiário concede a um segundo concessionário o direito de construir sobre a sua propriedade superficiária. Essa forma de utilização da superfície é contemplada no Código suíço. De resto, a criatividade do brasileiro também a utiliza no direito informal, nas formações favelares, onde o titular da moradia cede a outrem o direito de laje.”* (LIRA, Ricardo. Direito a Moradia, Cidadania e o Estatuto da Cidade, pág. 273).

O direito de sobrelevação não se confunde com o condomínio edilício – em que há fracionamento ideal do solo -, pois na superfície *“haveria uma tripartição de propriedades autônomas: a propriedade do solo, de titularidade do concedente; a propriedade da superfície, pertencente ao superficiário; e a propriedade da sobrelevação, que ingressaria no patrimônio do segundo concessionário.”* (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais, 5ª edição, pág. 405).

2.2 – Depois da MP 759/2016 – Artigo 1.510-A do CC

Art. 1.510-A. O direito real de laje consiste na possibilidade de coexistência de **unidades imobiliárias autônomas de titularidades distintas** situadas em uma mesma área, de maneira a permitir que o **proprietário ceda a superfície de sua construção a fim de que terceiro edifique unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.**

§ 1º O direito real de laje **somente se aplica quando se constatar a impossibilidade de individualização de lotes, a sobreposição ou a solidariedade de edificações ou terrenos.**

§ 2º O direito real de laje contempla o **espaço aéreo ou o subsolo** de TERRENOS PÚBLICOS OU PRIVADOS, **tomados em projeção vertical**, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário do imóvel original.

§ 3º Consideram-se **unidades imobiliárias autônomas** aquelas que **possuam isolamento funcional e acesso independente**, qualquer que seja o seu uso, **DEVENDO SER ABERTA MATRÍCULA PRÓPRIA PARA CADA UMA DAS REFERIDAS UNIDADES.**

§ 4º O titular do direito real de laje responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre a sua unidade.

§ 5º As unidades autônomas constituídas em matrícula própria **poderão ser alienadas e gravadas livremente por seus titulares, não podendo o adquirente instituir sobrelevações sucessivas**, observadas as posturas previstas em legislação local.

§ 6º A instituição do direito real de laje **não implica atribuição de fração ideal de terreno ao beneficiário ou participação proporcional em áreas já edificadas.**

§ 7º O disposto neste artigo não se aplica às edificações ou aos conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não, nos termos deste Código Civil e da legislação específica de condomínios.

§ 8º Os Municípios e o Distrito Federal poderão dispor sobre posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito real de laje.

SOTOLZE e PAMPLONA FILHO: “Com efeito, nos termos das normas vigentes, operou-se o reconhecimento de um novo direito real, em favor de quem imprime destinação

socioeconômica sobre a unidade imobiliária superior, situada em plano vertical, quando se constatar a impossibilidade de individualização de lotes, a sobreposição ou a solidariedade de edificações ou terrenos”.

Titularidades distintas: Pressuposto → Cada piso é uma unidade autônoma e de titularidade distinta → ensejo a matrícula própria.

Proteção tanto ao titular do solo quanto ao titular da laje → ambos têm a proteção de direitos reais e a disposição sobre o seu direito (§5º): aspecto habitacional e econômico.

Não implica a formação de um condomínio edilício → há titularidades exclusivas, distintas e bem definidas (acesso diferenciado e isolamento funcional §3º). Não há fração ideal (§6º).

O §7º evita que condomínios não registrados devidamente possam tentar ser convertidos em aglomerados de lajes.

Autonomia → Em razão da autonomia, inclusive com matrícula própria é que se tem as seguintes disposições: **(i)** de um lado os encargos e tributos são individualizados (obrigações “propter rem”), nos termos do §4º; **(ii)** quanto é possível gravar o direito de laje (exceto quanto a nova laje), conforme dicção do §5º.

Obs. CHAVES e ROSENVALD chamam atenção para o fato de que a regra do §5º não estabeleceu direito de preferência do proprietário cedente do direito de laje em caso de alienação onerosa desse direito (no caso de superfície há esse direito – art. 1.313).

Nada obstante, para os autores a solução mais adequada é o respeito à preferência, dando a oportunidade da consolidação da titularidade, de modo a evitar futuros conflitos comuns em titularidades distintas.

Possibilidade em bens públicos (§2º) → maior atribuição de função social – acesso à terra → mote a regularização fundiária (MP que inseriu o direito de laje promoveu tratamento novo por completo nesse tema de regularização fundiária).

3 – SERVIDÃO

3.1 – Conceito, Pressuposto, Objeto e Natureza Jurídica

Direito real na coisa alheia pelo qual se estabelece um encargo sobre um prédio (dito serviente) em favor de outro (dominante), com finalidade de aumentar a utilidade ou destinação natural do último.

Assim, instituto condizente com a função social da propriedade, já que atento às necessidades da própria destinação do bem.

Art. 1378: *“a servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis.”.*

Pressuposto: prédios de donos diversos. Do contrário, seria apenas um aproveitamento da coisa própria.

Objeto: imóvel vizinho, que não é necessariamente imóvel contíguo (**ex.** fazenda não contigua a outra, que extrai água – BEZERRA DE MELO).

NATUREZA JURÍDICA: Direito real na coisa alheia de gozo.

Relação de direito real – o imóvel serviente serve à coisa (imóvel dominante), e não à pessoa titular da propriedade desde último – traz, portanto, as características do direito real, como ambulatoriedade (aderência, obrigação “propter rem”), oponibilidade “erga omnes”.

Obs. servidão não se confunde com os direitos de vizinhança, como já foi analisado quando do estudo destes.

Servidão exige “declaração expressa”, nos moldes do art. 1378. Por isso não se presume e sua interpretação é restrita.

Exemplos dessa interpretação restritiva estão no art. 1.385 do CC.

Art. 1.385. Restringir-se-á o exercício da servidão às necessidades do prédio dominante, evitando-se, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente.

§ 1º Constituída para certo fim, a servidão não se pode ampliar a outro.

§ 2º Nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa.

§ 3º Se as necessidades da cultura, ou da indústria, do prédio dominante impuserem à servidão maior largueza, o dono do serviente é obrigado a sofrê-la; mas tem direito a ser indenizado pelo excesso.

3.2 – Classificação

Seguem algumas classificações:

a) Quanto à localização → urbanas ou rústicas.

b) Quanto ao modo de exercício:

b.1) positivas – permitem uma conduta do dominante; omissivas – impõe uma omissão numa conduta.

b.2) contínuas – independem da ação constante do titular (transmissão de água); descontínuas – dependem da atuação constante para a sua efetividade (passagem).

c) Quanto ao modo de exteriorização → aparentes – deixam marcas da posse; não aparentes.

Obs. tutela possessória das servidões: **(i)** aparentes – art. 1.213 c/c sumula 415 do STF; **(ii)** servidões não aparentes não gozam de tutela possessória, salvo quando registradas no CRI, situação em que passam a gozar da publicidade necessária à proteção possessória (art. 1213, CC).

3.3 – Modos De Constituição

A-) ATO DE VONTADE: O art. 1.378 do CC prevê a possibilidade de constituição da servidão tanto por contrato quanto por testamento.

Obs. Quanto aos contratos, lembrar-se das seguintes regras: **(1)** art. 108 do CC, que exige escritura pública; **(2)** art. 1.647, inc. I, que exige outorga do cônjuge na constituição de gravames reais.

O registro tem a função de dar oponibilidade “erga omnes”. No caso do testamento, pelo princípio da “saisine” (art. 1.784 do CC), o registro terá fins meramente de publicidade.

Obs. quando possível, a servidão deve ser descrita com precisão no ato constitutivo, em atenção ao princípio a especialização registraria (BEZERRA DE MELO).

B-) DECISÃO JUDICIAL: poderá ser instituída uma servidão por decisão judicial nas ações de divisão de terras particulares (art. 596, inc. II do CPC/15).

C-) USUCAPIÃO EM SERVIDÃO APARENTE (ART. 1379): A usucapião das servidões pode ser: **(i)** ordinária – com justo título, em 10 anos (caput); **(ii)** extraordinária – sem título, em 20 anos.

Apenas os prazos são específicos, os demais requisitos são os comuns à usucapião. Exige-se que seja aparente por conta do requisito da usucapião da ostensividade da posse.

Lembrando que a sentença é meramente declaratória. Por isso, não é o registro que constitui a servidão neste caso.

Sobre o prazo de 20 anos – ENUNCIADO 251: “O prazo máximo para o usucapião extraordinário de servidões deve ser de 15 anos, em conformidade com o sistema geral de usucapião previsto no Código Civil.”.

Contudo, esse enunciado traz uma proposição “contra legem”.

SÚMULA 415, STJ → servidão de trânsito não titulada, mas tomada permanente, sobretudo pela natureza as obras realizadas, considera-se permanente, conferindo direito á proteção possessória.

3.4 – Indivisibilidade (art. 1386)

A servidão grava o prédio serviente num todo, e beneficia o dominante também num todo.

Dispõe o art. 1.386 do CC que caso haja divisão dos imóveis ela subsiste perante os que dela resultarem.

O mesmo ocorre caso seja dividido o prédio dominante.

3.5 – Exercício Das Servidões

Salvo estipulação em contrário cabe ao titular da servidão a conservar. Caso haja mais de um prédio dominante, as despesas serão rateadas respectivamente.

Destaca-se, inicialmente, também a **Menor onerosidade e interpretação restritiva**: São as regras do art. 1.385 do CC, que estão inseridas no capítulo sobre o exercício da servidão, e já foram tratadas.

3.5.1 – Ingresso No Prédio Serviente

Do art. 1380 se retira a possibilidade de o dono do prédio dominante ingressar no prédio serviente – para obras necessárias à conservação e uso da servidão, já que a regra a conservação é seu dever (art. 1381). Porém, como qualquer direito, não poderá ser exercido de forma abusiva (art. 187 do CC – dever de informação, razoabilidade, etc.).

Complementa o art. 1380 o art. 1383, segundo o qual o dono do prédio serviente não pode embaraçar o exercício legítimo do direito de servidão – obrigação de não fazer, na modalidade tolerância ou abstinência. É o “deixar que se faça”. Como direito real que é, afigura-se oponível a todos.

Não há sanção específica prevista no CC pelo descumprimento do art. 1.383. Entretanto, há a possibilidade de ações de obrigação de não fazer, ações possessórias no caso de servidões aparentes e, por fim, perdas e danos pelos prejuízos eventualmente causados.

3.5.2 – Abandono liberatório (art. 1382)

Se for estipulado que as obras de conservação da servidão serão de responsabilidade do dono do prédio serviente, este poderá abandonar a coisa, total ou parcialmente, passando a propriedade para o dono do prédio dominante (modo de aquisição originário de propriedade – não há ato negocial).

Se o proprietário do prédio dominante se recusar a receber a propriedade do prédio serviente, ainda assim terá de custear as despesas de manutenção da servidão.

Abandono é diferente de renúncia. Abandono é ato material e informal.

3.5.3 – Locomoção Ou Direito De Remoção (art. 1384, CC)

Pode haver a locomoção da servidão para o prédio vizinho, desde que diminua não vantagens do prédio dominante.

Havendo a mudança do local, deverá ser averbada no registro em atenção á especialização.

Pode ser proposta por:

- (i) Serviente: à sua custa + não diminuir vantagens do prédio dominante.
- (ii) Dominante: sua custa + considerável incremento na utilidade + não prejudicar serviente.

3.6 – Extinção Da Servidão (1387 a 1389)

Só será extinta quando cancelado o registro (art. 162, II, 2, da LRP) – paralelismo de formas. **Exceção: desapropriações** – ato expropriatório é que extingue.

Caso haja hipoteca no prédio dominante, será necessária o consentimento do credor para a extinção, já que ela poderá subtrair valor do imóvel dominante sob o qual pende a garantia real.

1-) Esse cancelamento pode ser obtido por meios judiciais nas hipóteses do artigo 1388.

Obs. resgate da servidão (inciso III): extinção operada pelo dono do prédio serviente mediante paga de indenização que o libera do ônus. É um distrato e, portanto, deverá conter a mesma forma que o contrato que a instituiu (art. 472 do CC).

2-) Já o art. 1389 traz causas de extinção nas quais o próprio dono do prédio serviente pode promover o cancelamento.

Inciso III prevê o não uso, durante 10 anos contínuos → norma que tutela função social → se não há uso, há perda da utilidade ou do interesse do titular do direito, que é o que embasa, em princípio, a servidão → somente aplicável às servidões descontínuas, que exigem uma ação humana constante para sua efetividade.

4 – USUFRUTO

4.1 – Conceito, Natureza Jurídica, Objeto e Classificação

Direito real na coisa alheia de gozo e fruição pelo qual o usufrutuário adquire o direito temporário de uso e fruição do bem.

Ao proprietário do bem será dado o nome de nu-proprietário, pois deterá a propriedade despida (nua) dos poderes de gozo e fruição.

OBJETO: bem moveis ou imóveis, um ou mais. É possível no imóvel inteiro ou parte deste (art. 1390).

Deve-se ter atenção ao art. 1392, caput – princípio da gravitação → salvo disposição em contrário o usufruto se estende os acessórios e seus acréscidos.

Quanto à fungibilidade ou não dos bens que recai o usufruto pode ser:

(1) Usufruto próprio: aquele que recai sobre bens infungíveis, gerando a obrigação a restituição “in natura” do bem, ao término.

(2) Usufruto impróprio: é o usufruto sobre bens fungíveis. Gera a obrigação de restituição ao final de bem da mesma espécie, qualidade e quantidade. É permitido pelo §1º do art. 1.392, ao falar em “bem consumível”. Assemelha-se ao mútuo, pois transfere-se a coisa, gerando, ao final, o dever de restituição em coisa equivalente.

4.2 – Constituição

- a) LEGAL → constituído pela lei (**ex.** usufruto indígena (art. 231, §2º e art. 20, inc. XI, ambos da CRFB; usufruto do direito de família – art. 1.689, I do CC).
- b) CONVENCIONAL → constituído pela vontade das partes. No caso do contrato, deverá ser registrado para que tenha os efeitos do direito real, tal como oponibilidade “erga omnes” (art. 1.391 do CC).
- c) JUDICIAL → juiz pode determinar a penhora de frutos e rendimentos no processo de execução por quantia certa (art. 867/869 do CPC/15).
- d) Usucapião (art. 1.391) → “quando não resultante de usucapião” – como não há prazo especificado, utilizam-se as regras gerais dos art. 1.238 e 1.242 do CC.

4.3 – Alienação e Cessão do Exercício (art. 1393)

Veda-se a transferência do usufruto por alienação. Mas o mesmo art. 1.393 do CC permite a cessão do exercício do direito.

Assim, não se pode “vender” o direito real de usufruto, mas é possível ceder o seu exercício alugando (modo oneroso) ou o dando em comodato (gratuito).

Não se transfere por morte, sendo essa causa de extinção (art. 1401 do CC).

Não se transferindo por ao “inter vivos” e nem mesmo “causa mortis” se extrai que o usufruto é um ***direito de caráter personalíssimo***.

4.4 - Prazo máximo

Morte (art. 1.401, I do CC) para pessoas físicas ou naturais.

Para pessoa jurídica o prazo máximo é e 30 anos (art. 1.401, III do CC)

4.5 – Direitos

Art. 1394: “O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos.”.

O direito à posse permite ao usufrutuário defender, isto é, reivindicar a coisa de quem quer que injustamente a possua ou detenha. **Obs.** há o dever de informação quando ocorrer qualquer lesão contra a posse (art. 1.406 do CC).

Os direitos ao uso, administração e percepção dos frutos, revelam o importante papel de cumprimento de função social do usufruto – destinação econômica do bem, aproveitando sua potencialidade.

Frutos Civis (art. 1.398): “Art. 1.398. Os frutos civis, vencidos na data inicial do usufruto, pertencem ao proprietário, e ao usufrutuário os vencidos na data em que cessa o usufruto.”. Ou seja, aqueles percebidos até o dia em que o usufruto se extingue são do usufrutuário. Isso em razão de os frutos civis serem percebidos dia a dia, nos termos do art. 1.215.

Obs. não há o direito de extrair produtos, porque estes são aqueles que retirados diminuem a substância da coisa, e no usufruto há o dever de conservação do bem em sua substância e restituição do bem “in natura” ao seu termo.

Modos de fruição e destinação econômica (art. 1.399): “Art. 1.399. O usufrutuário pode usufruir em pessoa, ou mediante arrendamento, o prédio, mas não mudar-lhe a destinação econômica, sem expressa autorização do proprietário.”.

Como visto, o usufruto pode ser objeto de cessão do exercício (art. 1.393).

Veda-se a mudança de finalidade, que é verificada de forma objetiva (art. 187), gerando responsabilidade objetiva por abuso do direito.

4.6 – Deveres

Art. 1440 – deveres: inventariar + caução (se exigida) + conservar + entregar a coisa ao final.

Obs. o doador que reservar o usufruto não é obrigado a dar caução (art. 1440, parágrafo único), já que está exercendo uma liberalidade de forma gratuita.

Obs2. Desgaste natural não obriga indenização (art. 1.402): é da essência do instituto o uso, que por si gera desgastes. Estes não são e restituição obrigatória.

Despesas do usufrutuário: Conservação dos bens e tributos (art. 1443, inc. II).

Conservação que incumbe ao dono (art. 1404 do CC) – despesas extraordinárias e as que não forem módicas (acima de 2/3 do rendimento líquido de 1 ano - §1º).

4.7 – Extinção do Usufruto (art. 1410)

Importante:

- inciso I: impõe duração máxima do usufruto (vedação do usufruto sucessivo – que é diferente do usufruto simultâneo ou conjunto, do art. 1411 [mas que permite o direito de acrescer]). Por isso, também se diz que o **usufruto é personalíssimo**.

- inciso II: característica da temporalidade do usufruto (não pode ser perpétuo).

- inciso III: prazo máximo pra pessoa jurídica – 30 anos.

- inciso VIII: não uso ou não fruição da coisa – espécie de “renúncia tácita” – evidenciação da funcionalização do instituto: ônus de dar ao bem destino útil.

Obs. STJ – inexistência de prazo para esse não uso ou não fruição, afastando-se a aplicação do prazo de 10 anos (art. 205) de forma analógica. Também assim o **ENUNCIADO 252, CJF**: “a extinção do usufruto pelo não uso, de que trata o art. 1410, inc. VIII, independe do prazo previsto no art. 1389, inc. III, operando-se imediatamente. Tem-se por desatendida, nesse caso, a função social do instituto”.

5 – DIREITO DE USO

Direito real sobre coisa alheia – fundamento nas necessidades pessoais da pessoa/família (art. 1.412, caput), e não em finalidades e destinação econômica – por isso o usuário, em regra, tem o poder de usar, mas não o de fruir (gozar) – por isso também, é personalíssimo.

Percepção de Frutos: quando as suas necessidades e de sua família exigirem (parâmetros no §1º e §2º).

APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES RELATIVAS AO USUFRUTO (art. 1413) – donde se extrai a possibilidade da usucapião → uso está contido em usufruto (uso + fruição).

Também se aplicam as normas relativas à extinção, indivisibilidade, caráter personalíssimo, objeto, administração, etc.

6 – DIREITO DE HABITAÇÃO

Contido dentro do direito de uso – é o uso, limitado, em caráter gratuito, à habitação em imóvel alheio.

Por óbvio, recairá sobre bem imóvel.

Caráter personalíssimo – vedações do art. 1.414: *“Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família.”*

MODOS DE CONSTITUIÇÃO: **(i)** legal (exemplo: art. 1831 do CC); **(ii)** convencional; **(iii)** judicial.

1-) Art. 1831 – Direito Real de Habitação no Direito de Família: Esse artigo se refere expressamente ao “cônjuge sobrevivente”, deixando a entender que seria aplicável somente ao casamento. Assim, há quem entenda que o direito real de habitação para o companheiro em união estável sobrevivente é regulado pelo art. 7º, da Lei 9278/96 (não é vitalício, por exemplo). Contudo, é amplamente majoritário que os companheiros em união estável também têm direito real de habitação – no STJ prepondera o argumento de que está revogada toda a legislação, aplicando-se, assim, o art. 1831, CC analogicamente à união estável.

2-) Necessidade do registro para efeitos erga omnes – art. 167, I, n27, LRP; no caso de direito de habitação decorrente de sucessão “causa mortis” o que se leva ao registro é o formal de partilha.

Art. 1415 – direito conferido simultaneamente a duas pessoas → caso apenas uma delas habite, não será devido aluguel à outra; mas não poderá impedir que estas, querendo, também habitem.

Art. 1416 – aplicáveis, no que couber, as normas do usufruto – donde se extrai que é possível a usucapião, além da máxima duração, caução e extinção.

7 – DIREITO DO PROMITENTE COMPRADOR

7.1 – Irretratabilidade e Direito Real

Compromisso de compra e venda irretratável – “em que não se pactuou arrependimento” (art. 1417) → sumula 166/STF: se houver essa cláusula, trata-se de direito obrigacional tão somente → A irretratabilidade é a regra nos contratos preliminares, salvo disposição em contrário.

Lei de Parcelamento do Solo Urbano – LPSU (Lei 6.766/79) → compromisso de compra e venda **nesses casos é necessariamente irretratável, e não se admite disposição em contrário (art. 25)** - - → conferia proteção diante do CC/16, que permitia a retratação a qualquer momento (proteção que veio, num primeiro momento no DL 58/37, que estabeleceu o direito real do promitente comprador, com a consequente possibilidade de oposição a terceiros e adjudicação – a respeito do direito conferido por esse decreto editou-se as Súmulas 166, 167 e 168 do STF).

Na LPSU também a transferência é feita de forma direta quando adimplido, com a apresentação da quitação – algo com maior eficácia do que o direito de adjudicação compulsória (art. 26).

7.2 – Forma e Constituição

Instrumento público ou particular nos imóveis loteados (art. 26, LPSU).

Nas demais, não loteadas, BEZERRA DE MELO cita controvérsia, tendo em conta o art. 108 do CC. Mas aponta para o fato de que sendo este contrato um contrato preliminar, deve guardar todos os requisitos do contrato definitivo, à exceção da forma (art. 462 do CC), motivo pelo qual seria possível o instrumento particular.

Obs. exatamente pela regra do art. 462 do CC, é que será necessária a outorga conjugal no caso de pessoas casadas → para alienação de bens imóveis (contrato definitivo) de pessoas casadas é necessária a outorga uxória ou marital, nos termos do art. 1.647, I do CC. Assim também, se for o caso de venda de pais para filhos, alienação de bens de tutelados e etc.

Requisito ao direito de adjudicação compulsória → registro no CRI – publicidade e oponibilidade “erga omnes”.

Vide **SÚMULA 239/STJ e ENUNCIADO 95, CJF** – dispensabilidade do registro no CRI para o direito à adjudicação compulsória → o registro dá eficácia perante terceiros, mas o contrato já gera eficácia perante as partes.

Vide também **SÚMULA 84/STJ** – autoriza a oposição de embargos de terceiro – alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda, ainda que não registrado no CRI → função social da posse, pois muitas vezes já se transfere a posse quando da pactuação.

ATENÇÃO: SÚMULA 621 do STF → afirmava a impossibilidade de embargos de terceiro quando a promessa de compra e venda não estivesse registrada.

- Súmula anterior a 1988 (última editada antes a CF/88), quando a competência para matérias federais era do STF. Hoje essa competência é do STJ, portanto o posicionamento do STF está superado pelo órgão constitucionalmente competente para tanto nos dias atuais.

7.3 – Natureza Jurídica

Controvérsia, mas a maioria entender ser direito real a coisa alheia de aquisição.

Outras posições: direito real na coisa alheia e gozo e fruição; direito real de garantia.

7.4 – Momento De Transição Da Coisa Alheia Para Coisa Própria

Nos moldes do art. 1418 é o registro no CRI (modo de aquisição/transferência de propriedade imóvel).

Havendo necessidade de adjudicação compulsória pela via judicial a sentença serve como título translativo a ser levado a registro.

7.5 – Constituição em Mora

BEZERRA DE MELO chama a atenção que a mora nos contratos de promessa de compra e venda irrevogável a configuração da mora depende de notificação do devedor, isto é, mora “ex persona”, nos termos do Decreto lei 58/37 e Lei 649/49, seja o imóvel loteado ou não.

São exceções ao art. 397 do CC, portanto.

Obs. para os loteados há regra no art. 32 da LPSU, que também prevê a purgação da mora.

Obs. SÚMULA 76, STJ: “a falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor”.

7.6 – Cláusula De Decaimento

Cláusula de decaimento é aquela que estabelece que o adquirente irá perder todas as prestações pagas durante o contrato caso se mostre inadimplente ou requeira o distrato.

Súmula 543/STJ → Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

O art. 53 do CDC veda a retenção integral das parcelas pagas: “Art. 53. 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.”.

O art. 51 diz, por sua vez que: *Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;*

A resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel por culpa (ou por pedido imotivado) do consumidor gera o direito de retenção, pelo fornecedor, de parte do valor pago. Assim, o STJ entende que é justo e razoável que o vendedor retenha parte das prestações pagas pelo consumidor como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, especialmente as despesas administrativas realizadas com a divulgação, comercialização e corretagem, além do pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pelo comprador. Existem precedentes do STJ afirmando que o percentual máximo que o promitente-vendedor poderia reter seria o de 25% dos valores já pagos, devendo o restante ser devolvido ao promitente comprador. Nesse sentido: STJ. 2ª Seção. EAg 1138183/PE, Rei. Min. Sidnei Beneti, julgado em 27/06/2012. Em alguns casos, a depender da situação concreta, o promitente-vendedor pode comprovar que teve gastos maiores que esses 25% {STJ. 3ª Turma. REsp 1258998/MG, Rei. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18/02/2014}.

BEZERRA DE MELO → Mas, nos contratos meramente civis também não será permitida a cláusula de decaimento, aplicando-se o art. 413 do CC: “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”.

A jurisprudência tem entendido pela vedação da cláusula de decaimento integral, aplicando percentuais variáveis de retenção de parcelas (entre 10 a 30%) dependendo da casuística, visando, essencialmente, evitar o enriquecimento sem causa.