

**SULAIMAN MIGUEL NETO**

**AS OBRIGAÇÕES *PROPTER REM* NO CÓDIGO CIVIL**

**FRANCA  
2007**

**SULAIMAN MIGUEL NETO**

**AS OBRIGAÇÕES *PROPTER REM* NO CÓDIGO CIVIL**

**Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Obrigacional Público e Privado.**

**Orientador: Prof. Dr. Luiz Antonio Soares Hentz**

**FRANCA**

**2007**

Miguel Neto, Sulaiman

As obrigações *Propter Rem* no Código Civil / Sulaiman Miguel Neto. –Franca : UNESP, 2007

Dissertação – Mestrado – Direito – Faculdade de História, Direito e Serviço Social – UNESP.

1. Direito civil – Obrigações – Contribuição condominial.
2. Direitos reais. 3. Condomínio – Direito civil.

CDD – 342.1238

**SULAIMAN MIGUEL NETO**

**AS OBRIGAÇÕES *PROPTER REM* NO CÓDIGO CIVIL**

Dissertação apresentada à Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de Concentração: Direito Obrigacional Público e Privado.

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** \_\_\_\_\_  
**Prof. Dr. Luiz Antonio Soares Hentz**

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_

**Franca, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2007**

À infinita força de Deus, que realiza as  
obras da nossa vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, o Prof. Dr. Luiz Antonio Soares Hentz, pela orientação motivadora, dispensada desde o princípio, além do valioso reconhecimento creditado à esta pesquisa, bem como, pelos relevantes subsídios jurídicos cordialmente transmitidos.

Agradeço o apoio dos colegas da UNESP/APAMAGIS, notadamente ao eminente idealizador e incansável mestre, Dr. Artur Marques, que capitaneou a histórica turma.

Aos amigos e familiares que fortaleceram as diuturnas incursões na extensa bibliografia examinada e que oportunizaram o desenvolvimento deste estudo.

Ninguém, neste mundo, confundiu ainda créditos e obrigações civis com direitos individuais. O direito individual existe no indivíduo contra todas as outras individualidades. O direito convencional resultante da obrigação, num indivíduo contra o indivíduo que a contraiu. Do direito individual todos os indivíduos são credores contra o Estado, no respeito que este lhes deve. Da obrigação só é credor contra o Estado o indivíduo, com quem ele a contratou. Em relação aos direitos individuais a posição legal do Estado consiste em se abster de invadi-los. Em relação aos direitos, que ajustou, em satisfazê-los com a prestação ajustada.

Rui Barbosa

Deve-se, portanto, num Estado bem constituído, observar cuidadosamente que nada se faça contra as leis e os costumes, e sobretudo prestar atenção, desde o começo, nos abusos, por pequenos que sejam. A corrupção introduz-se imperceptivelmente; é que, como as pequenas despesas, repetidas, consomem o patrimônio de uma família. Só se sente o mal quando está consumado. Como ele não acontece de uma só vez, seus progressos, escapam ao entendimento e se parecem àquele sofisma que do fato de cada parte ser pequena, se infere que o todo seja pequeno. Ora, se é indubitável que o total seja composto de coisas pequenas, é falso que ele próprio seja pequeno. O ponto capital, portanto, é deter o mal desde o começo.

Aristóteles

## RESUMO

O presente estudo tem por escopo principal fixar, à luz das normas civis e das atividades desenvolvidas no comércio jurídico, a natureza, a amplitude e as características das obrigações *propter rem*. Assim, o exame acurado do tema produz a necessidade de se extrair das noções fundamentais postas pelo legislador e estudadas na doutrina, algumas características no amplo contexto dos direitos reais, fixando o objeto e delimitando os seus fundamentos; não obstante posições conflitantes entre os clássicos, a definição dos limites para a hipótese do estudo, surge dentro da área das obrigações reais, e o que é mencionado como obrigação *propter rem*. Não podemos nos eximir de classificá-la dentro do gênero obrigação real, espécie de obrigação adjetivada dessa forma, porque revestida da prerrogativa de estar vinculada a uma coisa. Nesse passo, são inúmeros os casos referentes à aplicação da obrigação *propter rem*, tratadas no novo Código Civil, especialmente entre os efeitos dos institutos mencionados no artigo 1.225, que tipifica os direitos reais por excelência, dos quais, decorre obrigação envolvendo a responsabilidade resultante da posse momentânea ou definitiva da coisa móvel ou imóvel. Com efeito, nos direitos de vizinhança, no uso normal ou anormal da propriedade, na passagem forçada, na passagem de cabos e tubulações, na propriedade alheia, nos limites entre os prédios e no direito de tapagem, no direito de construir, na titularidade e na garantia, vislumbra-se a modalidade em estudo. Vale dizer, que se as obrigações reais são as que estão a cargo de um sujeito de direito, na medida em que este é proprietário de uma coisa ou titular de um direito de uso e de gozo dela. As obrigações *propter rem*, por sua vez, correspondem a uma categoria especial de obrigação real. Contém um misto de direito real e direito pessoal, na medida em que não admitem o abandono liberatório em todas as circunstâncias e estão envolvidas por uma vinculação que se protraí no tempo. No caráter próprio do direito real está em síntese uma atitude passiva, enquanto na obrigação *propter rem*, se imporá ao contrário, uma prestação positiva. A obrigação *propter rem* é a particularização de uma obrigação real que se materializa na vinculação de determinada pessoa em face de certo direito real. A vista disso, é que ela é compreendida como uma espécie no universo desses direitos, das obrigações reais propriamente ditas, revelando as características especialíssimas de um fenômeno jurídico diverso daquele resultante das chamadas responsabilidades passivas universais. Podendo ser visualizada como uma limitação materialmente adequada, dentro do sistema em vigor.

**Palavras-chave:** direito real; obrigação real; obrigação *propter rem*; obrigações decorrentes da coisa; obrigação deambulatória; contribuição condominial.

## SÍNTESI

Lo studio presente ha per scopo principale fissare, alla luce delle norme civili e delle attività sviluppate nel mestiere giuridico, la natura, l'ampiezza e le caratteristiche delle obbligazioni *propter rem*. Così, l'esame perfezionato del tema produce il bisogno di estrarre dalle nozioni fondamentali messe dal legislatore e studiate nella dottrina, delle caratteristiche nell'ampio contesto dei diritti reali, fissando l'obbietto e delimitando le loro fondamenta; nonostante posizioni contrastanti fra i classici, la definizione dei limiti per l'ipotesi dello studio, appare dentro l'area delle vere obbligazioni, e quello che è menzionato come obbligazione *propter rem*. Noi non possiamo esentarci di classificarla dentro il genere obbligazione reale, specie di obbligazione aggettivale, perché rivestita dalla prerogativa di essere collegato ad una cosa. Quindi, sono innumerevoli i casi riguardo all'applicazione dell'obbligazione *propter rem*, curati nel nuovo Codice Civile, specialmente fra gli effetti degli istituti menzionati nell'articolo 1.225 che tipizza i diritti reali per eccellenza, dai quali, trascorre obbligazione che implica la responsabilità risultante della proprietà momentanea o definitiva della cosa mobile o immobile. In effetti, nei diritti di vicinanza di quartiere nell'uso normale o anormale della proprietà, nel passaggio forzato, nel passaggio di cavi e condotti, nella proprietà altrui, nei limiti fra gli edifici e il diritto di ostruzione, nel diritto di costruire nella titolarità e nella garanzia, si intravede la modalità in studio. Vale dire, che se le vere obbligazioni sono ciò che sono sotto la responsabilità di un tale diritto, in modo che questo è proprietario di una cosa o titolare di un diritto di usanza e godere essa. Le obbligazioni *propter rem* corrispondono ad una categoria speciale di obbligazione reale. Contengono un misto di diritto reale e diritto personale, nel senso che non ammettono l'abbandono del liberatorio in tutte le circostanze e sono coinvolte da un vincolare che se protrae nel tempo. Nel carattere proprio del diritto reale, è in sintesi un atteggiamento passivo, mentre nell'obbligazione *propter rem*, sarà imposto all'opposto, una prestazione positiva. L'obbligazione *propter rem* è la particolarizzazione di una obbligazione reale che si materializza nel vincolare una certa persona a un tale diritto reale. La prospettiva di quello, è che lei è la cosiddetta come una specie nell'universo dei diritti delle obbligazioni reali, mentre rivelando le caratteristiche specialissime di un fenomeno giuridico diverso di quello risultante delle cosiddette responsabilità passive ed universali. Potendo essere visualizzata come una limitazione materialmente adatta, dentro il sistema in vigore.

**Parola-chiave:** diritto reale; obbligazione reale; obbligazione *propter rem*; obbligazione risultante delle cose; obbligazione deambulatorie; contribuzione condominiale.

## SUMÁRIO

### CAPÍTULO 1

|                                                                                           |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>AS OBRIGAÇÕES <i>PROPTER REM</i></b> .....                                             | <b>11</b> |
| 1.1 Objetivo e utilidade .....                                                            | 11        |
| 1.2 O Negócio Jurídico .....                                                              | 14        |
| 1.3 O Negócio Jurídico como fonte de obrigações <i>propter rem</i> Noção e Conceito ..... | 15        |
| 1.4 Classificação das obrigações .....                                                    | 17        |
| 1.5 Formas de interpretação dos negócios originários das obrigações .....                 | 19        |
| 1.6 Elementos constitutivos das obrigações <i>propter rem</i> .....                       | 20        |

### CAPÍTULO 2

|                                                                               |           |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>A FORMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES</b> .....                                        | <b>24</b> |
| 2.1 Evolução histórica .....                                                  | 24        |
| 2.2 Noção e conceito.....                                                     | 25        |
| 2.3 Natureza econômica e patrimonial .....                                    | 27        |
| 2.4 Natureza jurídica.....                                                    | 29        |
| 2.5 Formas de apresentação.....                                               | 33        |
| 2.6 Fontes gerais das obrigações.....                                         | 35        |
| 2.7 Modalidades genéricas de obrigações .....                                 | 37        |
| 2.8 Extensão das denominações usuais .....                                    | 38        |
| 2.9 Origem da expressão .....                                                 | 40        |
| 2.10 Noções correlatas .....                                                  | 41        |
| 2.11 Obrigação <i>propter rem</i> e relação jurídica <i>propter rem</i> ..... | 42        |
| 2.12 Origem do instituto.....                                                 | 43        |
| 2.13 Sujeitos da obrigação <i>propter rem</i> .....                           | 44        |
| 2.14 Caráter ambulatorio das obrigações <i>propter rem</i> .....              | 45        |
| 2.15 Abandono liberatório .....                                               | 48        |

## **CAPÍTULO 3**

|                                                                        |           |
|------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>SISTEMATIZAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO .....</b> | <b>51</b> |
| <b>3.1 Direitos reais .....</b>                                        | <b>51</b> |
| <b>3.2 Definição .....</b>                                             | <b>52</b> |
| <b>3.3 Sistematização .....</b>                                        | <b>52</b> |
| <b>3.4 Distinção .....</b>                                             | <b>55</b> |
| <b>3.5 Os tipos do artigo 1.225.....</b>                               | <b>57</b> |
| 3.5.1 A Propriedade .....                                              | 57        |
| 3.5.2 A Superfície .....                                               | 59        |
| 3.5.3 As Servidões .....                                               | 61        |
| 3.5.4 O Usufruto .....                                                 | 63        |
| 3.5.5 O Uso .....                                                      | 64        |
| 3.5.6 A Habitação .....                                                | 66        |
| 3.5.7 O Direito do Promitente Comprador .....                          | 67        |
| 3.5.8 O Penhor .....                                                   | 72        |
| 3.5.9 A Hipoteca .....                                                 | 81        |
| 3.5.10 Anticrese .....                                                 | 89        |
| 3.5.11 A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia .....          | 93        |
| 3.5.12 A concessão de Direito Real de Uso .....                        | 96        |
| <b>3.6 A obrigatoriedade de conservação .....</b>                      | <b>97</b> |

## **CAPÍTULO 4**

|                                                           |            |
|-----------------------------------------------------------|------------|
| <b>A CONTRIBUIÇÃO CONDOMINIAL .....</b>                   | <b>100</b> |
| <b>4.1 Introdução .....</b>                               | <b>100</b> |
| <b>4.2 Natureza jurídica das despesas .....</b>           | <b>101</b> |
| <b>4.3 Sujeitos passivos da relação obrigacional.....</b> | <b>103</b> |
| <b>4.4 Despesas ordinárias e extraordinárias.....</b>     | <b>105</b> |
| <b>4.5 O tratamento fiscal das unidades.....</b>          | <b>107</b> |
| <b>4.6 A utilização dos bens pelos condôminos .....</b>   | <b>111</b> |
| <b>4.7 A regra do Código Civil .....</b>                  | <b>113</b> |
| <b>4.8 A fixação pelo regime de cotas.....</b>            | <b>114</b> |
| <b>4.9 A mora .....</b>                                   | <b>114</b> |

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.10 O seguro da edificação .....                                                                | 115 |
| 4.11 A cobrança do débito.....                                                                   | 116 |
| 4.12 A cobrança judicial das despesas do condomínio e a impenhorabilidade do bem de família..... | 117 |

## **CAPÍTULO 5**

### **FUNDAMENTOS PARA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS**

|                                            |            |
|--------------------------------------------|------------|
| <b>OBRIGAÇÕES <i>PROPTER REM</i> .....</b> | <b>120</b> |
|--------------------------------------------|------------|

|                                                                                                                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5.1 O Direito Civil Constitucional.....                                                                         | 120 |
| 5.2 A importância dos princípios na formação do Direito.....                                                    | 121 |
| 5.3 O princípio da boa-fé objetiva.....                                                                         | 123 |
| 5.4 O princípio da dignidade da pessoa humana ou igual dignidade social<br>( <i>pari dignità sociale</i> )..... | 124 |
| 5.5 O princípio da igualdade.....                                                                               | 125 |
| 5.6 O princípio da função social .....                                                                          | 126 |

|                       |            |
|-----------------------|------------|
| <b>CONCLUSÃO.....</b> | <b>129</b> |
|-----------------------|------------|

|                          |            |
|--------------------------|------------|
| <b>REFERÊNCIAS .....</b> | <b>134</b> |
|--------------------------|------------|

## CAPÍTULO 1

### AS OBRIGAÇÕES *PROPTER REM*

#### 1.1 O objetivo e a utilidade

As obrigações se identificam no mundo atual como uma das mais importantes relações do desenvolvimento e elevação do padrão social do homem, revelando o dia a dia das atividades jurídicas, um papel de destaque no contexto. Essas noções resultam assim, na consequência de valores econômicos ou patrimoniais relevantes, que preponderam na ordem jurídica, onde a sujeição do titular sobre uma coisa, trás reflexos à coletividade e dela está a exigir alguma sujeição.

Assim, no novo sistema, indivíduo e sociedade são dois pólos que se contrabalançam, assim como, segurança e liberdade, mantendo o equilíbrio de relações civis, nas quais o ser humano como elemento principal da vida do Direito, coexiste intimamente e como grupo. E o negócio jurídico passa a não ter mais origem exclusiva na vontade de um emissor, mas passa a levar em consideração a relação bipolar das partes respectivamente envolvidas.

Dando suporte a essa idéia, toda uma gama de princípios informadores, pode ser vista na lei civil, garantindo a liberdade própria às emanações das vontades das partes. Entre eles, é de se destacar genericamente, a despeito da descrição em capítulo próprio, a questão da eticidade ou da boa fé objetiva, segundo o qual todas as relações se pautam no cumprimento desse primado que lhe empresta vigor moral. Além dessa, a socialidade, que diz respeito à força social das relações; e da operatividade, ou seja, da necessidade de produzir efeito; e ainda, da atividade, que se irradiou no Código atual, e na sua consequência, não haverá inativos ou simples espectadores, idéia que está implícita, na palavra negócio, ou “nec” “otium”, que é negativa de ócio.

Nesse sentido, é que a obrigação *propter rem* envolvendo determinada pessoa, tanto quanto certo grupo de pessoas, próximas daquela relação, se constitui na sujeição à prática de um determinado ato ou à uma abstenção, produzindo um direito obrigacional em favor de

um ou de outrem, como derivada da coisa que tenha a seu favor ou encargo.

Já no direito romano, ensina a doutrina, definia-se a obrigação como vínculo jurídico em virtude do qual alguém devia fazer uma prestação em favor de outrem e o direito moderno construiu o conceito de obrigação atendendo à natureza relativa do direito e ao conteúdo econômico da prestação.<sup>1</sup>

Assim, a obrigação que deriva de bens exteriores é aquela que produz uma relação jurídica à qual se vinculam uma ou mais pessoas, determinadas ou não, em favor de outra ou outras, que detenham uma prestação de caráter patrimonial.

Por outras palavras, as obrigações reais ou obrigações *propter rem*, são aquelas derivadas de vínculos temporários ou não, pelas quais alguém pode exigir ou fica adstrito a satisfazer, em razão da titularidade da coisa que gera esse dever. Exurgindo uma obrigação patrimonial específica que acarreta a oportunidade de ser exigida inclusive judicialmente se não satisfeita de forma espontânea, mas em razão do evento próprio que a gerou.

Nessa tônica, são seus elementos subjetivos: os sujeitos que a devem satisfazer e os que a exigem, o objeto que produz a consequência, sempre em razão de uma titularidade exercida ou transferida; além, do vínculo jurídico que possibilita e alimenta essa relação.

Os sujeitos serão os credores ou os devedores (uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas). O objeto, a relação de titularidade sobre a coisa ou a transferência por cessão, locação ou qualquer forma regular que autoriza a utilização precária, temporária, direta e que mencione ou clause este evento. A prestação real será aquela de conteúdo patrimonial, lícito, possível, determinada ou determinável.

Um exemplo clássico e inafastável dessas obrigações, dentre os que estão evidenciados no sistema legal, é o dever jurídico do comprador do imóvel satisfazer as dívidas oriundas dessa relação real, e que se traduzem em despesas de conservação, de natureza tributária específica, e outras que resultem da utilidade de determinados serviços valiosos e indispensáveis à própria condição do direito.

É de se entrever que a expressão obrigação real ou obrigação *propter rem* pode ser utilizada tanto como indicativo da relação jurídica obrigacional de todos em face do titular,

---

<sup>1</sup> WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7.

revelando seu aspecto ativo, e que diz respeito ao poder derivado da titularidade; quanto o débito ou o aspecto passivo, do titular em relação a pessoas, entidades, públicas ou privadas, que se vejam detentoras de haveres por serviços ou de sujeição decorrente da coisa.

O conteúdo dessas obrigações, muito discutido na doutrina, que via na necessidade do interesse econômico da prestação o seu caráter relevante, deve forçosamente ser substituído por outro mais amplo e mais eficiente, traduzindo sua importância; qual se expressa no interesse moral do titular.

Com tal ponto de vista, e relacionando as opiniões, para obter um conceito genérico de obrigação, não é demais lembrar que Ihering<sup>2</sup>, Windscheid<sup>3</sup> e Salleilles<sup>4</sup>, entre outros, confirmam o entendimento de que qualquer espécie de interesse justifica a existência de uma obrigação; mas apenas pode merecer a conceituação técnica de obrigação real, o dever jurídico de caráter obrigacional que resulta da existência e prevalência da coisa ou o bem considerado nessa categoria.

Tanto assim, que as obrigações expressam e exteriorizam o direito, afastando suas noções da mera linguagem normativa, para instituí-lo na vida diária dos cidadãos. Vale a lição reconhecida até pelos mais férteis estudiosos, de que: “Não há direito sem obrigação; e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta”<sup>5</sup>. E esta cria o dever do qual deriva o liame lógico necessário.

E o dever jurídico que não implique num ônus, para quem quer que seja e que não possa se transformar num valor econômico e convertido numa indenização, por não ser avaliável nessa proporção, não será uma obrigação real. Sem querer crer que um determinado evento moral, não possa nessa ordem, ser convertido numa multa ou pena convencional, dando caráter econômico a uma providência que normalmente não o teria de plano. Essa é a característica de uma obrigação *propter rem*, a resultante de uma relação de direito real e sua conversibilidade num valor patrimonial.

---

<sup>2</sup> IHERING, Rudolf von. **Des restriction impostes aux propriétaires fanceiers dans l'intérêt des voisins**. Paris: Oeuvres choisies, 1893. v. 2.

<sup>3</sup> WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle pandette**. Torino: Utet, 1902. v. 2.

<sup>4</sup> SALEILLES, Raymond. **Théorie générale de l'obligation**. 3ème. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925. (Cours de droit civil français, v. 7).

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 8.

## 1.2 O Negócio Jurídico

O fato do qual decorre o vínculo obrigacional, lhe confere nascimento e existência real e representa a pedra de toque que cria a responsabilidade nessa seara. Assim, convém ao estudo jurídico das obrigações reais, seja precedido do conhecimento de suas fontes. Nem tanto por ser esta sede própria da matéria, mas por assinalar a influência que o fato gerador da obrigação exerce sobre sua disciplina.

Não é por outra razão que o negócio jurídico pelo qual se adquire a responsabilidade real assume relevância no tema. Valendo assinalar que na fenomenologia da vida social produzem-se modalidades várias dessas relações creditórias e debitórias. A forma da aquisição do direito patrimonial dará a tônica para o cumprimento da obrigação real.

As obrigações, com todos os poderes e deveres que se enfeixam no seu tronco, integram-se por um processo conjunto de atos, logicamente encadeados entre si e subordinados aos ditames da aquisição, conduzindo a forma de seu cumprimento. Revelando este estado, um modo normal de extinção das obrigações; na medida, que pressupõe um funcionamento regular do vínculo.

A distinção nas obrigações reais, é que esse vínculo se constitui para durar, especialmente nos direitos de gozo, proporcionando ao titular o uso ou fruição da coisa própria ou de certas utilidades das coisas alheias. Advindo, os direitos de crédito e débito, para ser cumpridos e extintos individualmente, sem extinguir o direito real em si.

Surgem assim, cooperações econômicas entre as pessoas, em regra assente na espontânea iniciativa dos indivíduos, mas muitas vezes impostas pela lei, indicadoras de múltiplos aspectos.

As acepções formadoras ou produtoras do direito real, não resultam apenas de cessão onerosa, mas alcança até o titular que o tenha obtido gratuitamente. Pois, se reconhece na sua validade a resultante de uma condição.

Portanto, diferentemente dos outros campos a tipicidade dos direitos reais se norteia por princípios próprios, gerados nos contornos dogmáticos, moldando a autonomia da vontade, para situações de eficácia merecedoras de tutela nesse campo.

### 1.3 O Negócio Jurídico como Fonte das Obrigações *propter rem* Noção e Conceito

O exame dessas obrigações não dispensa referência ao negócio jurídico, que é em síntese a grande fonte das relações ditas obrigacionais e geradoras, por exemplo, do direito de propriedade ou decorrente da aquisição e apropriação. Na seqüência, situações em que o devedor é por vezes sujeito passivo ou ativo da obrigação, apenas porque é proprietário ou possuidor, qualquer pessoa que vier a sucedê-lo nessa posição, adquirirá um conjunto de deveres e direitos equivalentes.

Assim, negócio jurídico é designação específica que corresponde a todas as formas aquisitivas de direito, inclusive os reais, é o ato de autonomia privada, com o qual o particular regula para si os próprios interesses, sendo por outras palavras, o ato regulamentador dos interesses privados.

Logo, tanto pela teoria voluntarista que o concebe como declaração da vontade dirigida a provocar efeitos tutelados pela ordem jurídica, como pela teoria objetiva, que o expõe na auto-regulamentação dos interesses particulares, reconhecidos no ordenamento legal, dando força criativa ao negócio; estarão criando direitos reais que geram obrigações nessa correspondência, das quais o titular só se libera, quando elas forem satisfeitas, ou transferir a fonte que personifica esse vínculo.

O negócio jurídico típico, expresso no contrato ou na manifestação da vontade, destaca sempre uma convenção, na qual seus partícipes conservam o dever de se conduzir de determinado modo, um em face do outro. Esse “dever ser”, que no sentido dado por Kelsen, representa não só o sentido subjetivo do ato jurídico negocial, mas também o seu sentido objetivo, na medida, portanto, que pode gerar a obrigação real própria para o direito a ser adquirido nesse campo.

Portanto, como o negócio jurídico é um fato produtor do direito, é uma norma jurídica negocialmente criada, independentemente de sanções, ele institui tanto uma relação pessoal, quanto uma relação real, em seu prisma respectivo.

Valendo destacar, que o negócio jurídico repousa na idéia de um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. Seu fundamento é a vontade humana, desde que esta atue na conformidade da

ordem jurídica. Seu *habitat* é a ordem jurídica. Seu efeito é a criação de direitos e obrigações. É a norma jurídica que confere à vontade esse efeito, seja quando o agente procede unilateralmente, seja quando a declaração volitiva marcha na conformidade de outra congênere, concorrendo numa dupla emissão da vontade.<sup>6</sup>

A presença necessária da emissão da vontade no negócio jurídico e sua conformidade com a lei realçam os elementos determinantes do ato negocial e do direito real dele derivado. Pois, haverá hipóteses em que faltará a vontade expressa para figurar como devedor da obrigação real, mas aquela que foi manifestada em direção do negócio jurídico aquisitivo, acarretando a sujeição ao que dele for consequência.

Nas obrigações reais, a autonomia privada se exerce na seara dos atos jurídicos comuns, com fundamento numa situação de fato, que caracterizada e regulada legalmente, produz *ex lege*, sem consideração da vontade do agente, sujeição relevante e indisponível isoladamente.

Assim, no negócio jurídico, o fim procurado pelas partes baseia-se no reconhecimento da autonomia privada a que o ordenamento confere efeitos jurídicos distintos. Entre eles, no campo dos direitos reais, as obrigações deles derivadas, e tanto indissociáveis, quanto vinculadas, só se extinguindo pelo cumprimento ou pela transferência ou abandono. Com equivalência a alguns limites que a convivência social subordina no título, de imposições de ordem pública.

A obrigação adquirida no negócio jurídico se torna seu objeto, porque em relação à função, o ordenamento admite a autonomia privada; não se podendo dizer o mesmo, em relação ao que dele deriva; assim, sem afastar a relevância das obrigações advindas ao titular em face do ato jurídico celebrado. Tal objeto vincula-se a realização do interesse cuja satisfação é ordenada segundo a rigidez da previsão normativa.

O negócio jurídico leva em consideração o escopo das partes interessadas na sua celebração e a esse fim, a ordem jurídica adapta alguns efeitos ditos próprios e permanentes, que acompanham a coisa; prevalecendo a função que o ordenamento estabeleceu para o próprio ato e o objetivo colimado pelo agente ao cumpri-lo.

Vale dizer, no que diz respeito ao aspecto finalista do negócio jurídico, que os

---

<sup>6</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 274.

momentos fundamentais da vida do direito subjetivo, relativamente ao agente, estão representados na aquisição, modificação e extinção, ou seja, aqueles em que o direito original se funde no sujeito atual, advindo as eventuais alterações por que passa, extinguindo ou criando ou novo elo, seja por via de uma trasladação ou de uma transferência de direitos subjetivos, coincidentemente com a modificação da relação jurídica. Sendo conveniente acrescer-se ainda, que se tem a conservação do direito, como finalidade do ato negocial.<sup>7</sup>

Assim, embora na maioria dos civilistas estejam os que admitam a teoria objetiva segundo a qual, o negócio jurídico funda-se na autonomia privada, ou seja, no poder de auto-regulação dos interesses que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno, apresenta-se o negócio jurídico como uma norma concreta estabelecida pelas partes<sup>8</sup>; e nessa proporção, nas obrigações *propter rem*, que delas resultem, nem haverá sujeição consciente.

Nessa concepção, não basta a mera manifestação da vontade para a aquisição, conservação, transferência, modificação ou extinção de um direito. Mas que o efeito buscado pelo interessado tenha conformidade com o preconizado na norma, já que a própria ordem jurídico-positiva permite a cada pessoa, no exercício dos direitos de sua personalidade, a prática de negócios e celebração de relações que produzem os efeitos próprios. E, no âmbito da autonomia privada, os sujeitos de direito podem auto-regular seus interesses particulares nos limites legais.<sup>9</sup> E nessa consequência se vinculam às outras obrigações que não eram vistas diretamente como principais, mas que sujeitam o próprio direito que tenha sido objeto da aquisição.

#### 1.4 Classificação das obrigações

A classificação do instituto obedece aos diversos aspectos abrangidos por sua atuação como bem da vida. Assim, quanto às vantagens proporcionadas ao titular - os negócios jurídicos capazes de produzir essas obrigações, por sua vez, classificam-se quanto às vantagens que venham a produzir em favor dos envolvidos, em gratuitos e onerosos.

---

<sup>7</sup> RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 73.

<sup>8</sup> GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 117.

<sup>9</sup> ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37.

Na primeira circunstância estariam os que produzem benefícios ou enriquecimentos patrimoniais sem contraprestação (doações), e na seguinte, se os sujeitos visarem reciprocamente, a obtenção de vantagens para si ou para outrem; assim, se suas prestações forem equivalentes e certas, serão comutativas (compra e venda); se não forem, serão aleatórios (contrato de seguro).

Quanto às formalidades - Ainda, quanto à forma as obrigações serão solenes se, houver sido estabelecido na lei, um formato especial, uma providência oportuna, a exemplo dos testamentos; e não solenes, se não exigida forma legal para sua efetivação, como hipótese da alienação de bem móvel. Quanto ao conteúdo - Nessa particularidade, se classificam em patrimoniais se versarem sobre questões susceptíveis de aferição econômica, podendo apresentar-se ora como negócios reais, ora como negócios obrigacionais; e extra-patrimoniais, se atinentes aos direitos personalíssimos, de estado ou indisponíveis.

Quanto à forma da manifestação da vontade - Com efeito, referente a forma de manifestação da vontade, poderão ser unilaterais, se o ato volitivo provier de um ou mais sujeitos, desde que estejam na mesma direção, colimando um único objetivo (testamento, renúncia, promessa de recompensa), subdividindo-se em receptícios, se os seus efeitos só se produzirem após o conhecimento da declaração pelo destinatário (mora *ex persona*); e não receptícios, se sua efetivação independer do endereço a certo destinatário, como a renúncia de direito à propriedade; e bilaterais, se a declaração volitiva emanar de duas ou mais pessoas, porém dirigidas em sentido contrário, podendo ser simples, quando concederem benefício a uma das partes e encargo à outra (doação, depósito gratuito), e sinalagmáticos, quando conferirem vantagens e ônus a ambos os sujeitos (compra e venda, locação)<sup>10</sup>.

Quanto ao tempo - Ainda, quanto ao tempo em que produzem seus efeitos, serão *inter vivos* se acarretarem conseqüências jurídicas em vida dos interessados (troca, mandato) e *mortis causa*, se regularem relações de direito após a morte do sujeito (legado, testamento). Quanto aos efeitos - Por sua vez, quanto aos seus efeitos, serão constitutivos, se a eficácia operar-se *ex nunc*, ou seja, a partir do momento da conclusão (compra e venda, adoção), e declarativos, aqueles em que a eficácia é *ex tunc*, só se efetiva a partir do momento em que se operou o fato a que se vincula a declaração de vontade (divisão de condomínio, partilha). Quanto à existência - nesse aspecto relevante, por sua vez, se classificam em principais, se

---

<sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil:** teoria geral das obrigações. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

existirem por si mesmos, independentemente de qualquer outro (locação), e acessórios, se sua existência estiver subordinada à dos principais (como a hipótese da fiança).

Tendo por referência a forma do exercício dos direitos, classificam-se em negócios de disposição, se implicarem no exercício de amplos direitos sobre o objeto (doação), e de simples administração, se concernentes ao exercício de direitos restritos sobre o objeto, sem que haja alteração em sua substância (mútuo, locação de imóvel)<sup>11</sup>.

### **1.5 Formas de interpretação dos negócios originários das obrigações**

Originando-se todo negócio jurídico, de um ato volitivo, que se dirige a realização de um objetivo, criando em face de normas jurídicas, um direito subjetivo para as partes e impondo, por outro lado, obrigações jurídicas de natureza pessoal ou real; essas relações requerem sempre interpretações para seus cumprimentos, tanto por ser várias as possibilidades do negócio jurídico, advindo controvérsias por obscuridades, resistências, conflitos, inadimplemento, e outras hipóteses que se constituem em obstáculo a solução natural das avenças.

Assim, a interpretação dos negócios jurídicos, por ser, declaratória, se tiver por objetivo expressar a intenção dos interessados ou partícipes; integrativa, se dirigida ao preenchimento de lacunas, através do uso de normas supletivas, dos usos e costumes; e construtiva, quando objetivar reconstruir o ato negocial com intuito de preservá-lo ou recuperar sua validade.

Vale dizer que, a interpretação decorre do exame do conteúdo da declaração de vontade das partes, fixando-se o intérprete em normas empíricas, mas dotadas de conteúdo lógico e prático; sem se afastar de eventual indicação normativa.

O Código Civil, por sua vez, menciona expressamente, alguns preceitos interpretativos a considerar-se. Valendo como primeira regra, o seguinte preceito: – Nas declarações de vontade atender-se-á mais a intenção que o sentido literal da linguagem. Assim, o intérprete

---

<sup>11</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

no sentido negocial não deve ater-se unicamente a exegese do negócio jurídico, ao exame gramatical de seus termos, mas em fixar a vontade, procurando suas consequências jurídicas, indagando a intenção.

A segunda regra, por sua vez, é a de que a transação seja interpretada restritivamente. A seguinte, a de que a fiança dar-se a por escrito e não admitirá interpretação extensiva. A quarta regra diz respeito a interpretação estrita dos contratos benéficos. E a última da prevalência da cláusula que assegura a observância da vontade do declarante, nas unilaterais quando forem susceptíveis de interpretações conflitantes.

Por outro lado, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, têm considerado, numa apertada síntese, que nos contratos as palavras que admitem duplo sentido devem preferir o que mais convier a sua natureza, atentando-se a boa fé, as necessidades de crédito e a equidade. Não se aplicando princípios dos negócios inter vivos aos negócios *causa mortis*. Na compra e venda, interpreta-se na dimensão do bem, o que for favorável ao comprador, inclusive em relação das dúvidas surgidas.

A ambigüidade é interpretada conforme o costume, o contrato atendendo as normas jurídicas correspondentes; as estipulações obrigacionais ao modo menos oneroso ao devedor. Sobre os termos do contrato, considera-se que por mais genéricos que sejam, eles abrangem os bens sobre os quais os interessados contrataram e não os de que não cogitaram. Nas cláusulas duvidosas prevalece o entendimento de que favorece quem se obriga.

Destarte, o negócio jurídico como fato gerador ou fonte da obrigação *propter rem* deve ser aquele chancelado pelo ordenamento jurídico, derivando diretamente da vontade e regradada na norma, como menciona a doutrina.<sup>12</sup>

## **1.6 Elementos constitutivos das obrigações *propter rem***

Os elementos constitutivos definidos no conjunto de normas destinadas a regular as relações jurídicas concernentes a bens corpóreos ou materiais e incorpóreos ou imateriais,

---

<sup>12</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2. p. 69.

susceptíveis de apropriação pelo homem, dotados de conteúdo econômico, relevante e significativo, são formados no campo dos direitos reais e deles derivam as obrigações *propter rem*.

Não é por outra sorte, que o artigo 1.225 do Código Civil inclui entre eles, a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, o penhor, a hipoteca, a anticrese, a concessão de uso especial para fins de moradia e concessão de direito real de uso. Todos como consequência do direito de usar, gozar, dispor da coisa.

Assim, o direito de propriedade, o direito de superfície, o direito de servir-se e usufruir-se, inclusive da coisa alheia, particular ou pública; além das garantias sobre elas, são circunstâncias suficientes para produzir na órbita jurídica, as obrigações que acarretam ao exercente dos direitos, nessa preferência, o ônus de fazer frente a cada uma delas. Possibilitando o sistema legal, a sujeição a uma obrigação *propter rem*, mesmo daquele que não disponha de atributo pleno de direito real, mas esteja sujeito a seus efeitos em face do contrato ou da possibilidade legítima posta ou não vedada na lei.

Com efeito, especialmente nas relações advindas da propriedade imobiliária, que se aperfeiçoa com título aquisitivo pela pública forma levada ao Oficial do Registro de Imóveis competente, advirão os elementos constitutivos de uma obrigação real, ainda que sequer dispuserem dele de forma plena, nos termos da lei civil.

No caso dos bens móveis, a aquisição do direito real, e por consequência da obrigação dele decorrente, entre elas a propriedade, é precedida da tradição do bem, da transferência física, não sendo suficiente o contrato. Não se entrevendo antes disso um direito real constituído e dotado das características estudadas. Conclui-se, que o registro ou tradição solene nos bens imóveis, ou a singela tradição física dos bem móveis, tem o condão de criar direitos reais e criar direito real de propriedade, mas ainda que assim não seja, poderão ser criadas obrigações reais dele derivadas.

Portanto, embora essa categoria de obrigação possa vir mencionada pela doutrina como obrigação real e em outras circunstâncias como obrigação *propter rem*, não podemos nos eximir de classificar dentro do gênero, as espécies de obrigações adjetivadas dessa forma, porque revestidas das prerrogativas de estarem vinculadas a uma coisa.

Assim, são inúmeros os casos referentes à aplicação da obrigação *propter rem*, tratadas no Código Civil em vigor desde 10.01.2002, e modificações que se seguiram, cabendo destaque para as hipóteses elencadas no artigo 1.225, além das que se seguem no artigo 1.277, até o artigo 1.510, onde se notam obrigações envolvendo a responsabilidade resultante da utilização eventual ou definitiva da coisa móvel ou imóvel, inclusive pública mediante concessão.

Nos direitos de vizinhança, no uso normal e anormal da propriedade, na passagem forçada, na passagem de cabos e tubulações, na propriedade alheia, nos limites entre os prédios e no direito de tapagem, no direito de construir, na titularidade e na garantia, vislumbra-se a modalidade em estudo, como consequência da aquisição desses direitos reais e da pretensão de exercê-los.

Com efeito, o mero exercício de um direito real originário ou derivado, acomete ao titular, uma obrigação compulsória, da qual não se livra sem o cumprimento, porque consequência de ser proprietário de uma coisa ou titular de um direito de uso de gozo dela. As obrigações *propter rem*, correspondendo a uma categoria especial de obrigação real, porque contém um misto de direito real e direito pessoal, nem admitem o abandono liberatório em todas as circunstâncias e estão envolvidas por uma vinculação que se protraí no tempo.

Pode-se pressupor que no caráter próprio do direito real, está em síntese uma atitude passiva, enquanto na obrigação *propter rem*, se imporá ao contrário, uma prestação positiva. A obrigação *propter rem* é a particularização de uma obrigação real que se materializa na vinculação de determinada pessoa em face de certo direito real.

À vista disso, é que se compreende a obrigação *propter rem*, como uma espécie no universo dos direitos reais e das obrigações reais propriamente ditas, revelando as características especialíssimas de um fenômeno jurídico diverso daquele resultante das chamadas responsabilidades passivas universais. Visualizando-se no conceito, as premissas materialmente projetadas e padronizadas no Código Civil.

Nessa tônica, pode ser vista, como destaca parte de renomada doutrina, como “uma figura autônoma situada entre o direito real e o direito pessoal, já que contém uma relação jurídico-real em que se insere o poder de reclamar certa prestação positiva ou negativa do

devedor”<sup>13</sup>. Haveria assim, uma obrigação acessória mista, por vincular-se a direito real, objetivando uma prestação devida ao seu titular.

Desse aspecto *sui generis*, derivaria seu caráter híbrido, já que seu objeto serão relações obrigacionais dotadas de prestação específica, no caráter genérico dessas relações, mas incorporadas a um direito real formalizado, do qual ela advém como prestação derivada.<sup>14</sup> Só passando a figurar no pólo passivo e ocupar a condição de devedor, aquele que se encontrar numa circunstância própria, em face de relação derivada, direta ou indiretamente, do domínio ou posse de alguma coisa.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> DINIZ, 2007, v. 2, op. cit, p. 14.

<sup>14</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direitos reais. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4.

<sup>15</sup> LOPES, Manoel Maria de Serpa. **Curso de direito civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. v. 2. p. 57.

## CAPÍTULO 2

### A FORMAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

#### 2.1 Evolução histórica

Embora o Direito Romano no período clássico, de onde vieram os institutos jurídicos mais importantes no sistema latino, não conhecia o termo obrigação, não constando no texto mais importante da época, a Lei das XII Tábuas, qualquer referência específica a esse instituto, permanecia vivo nas relações desse período, a relevância do cumprimento de haveres com esse intuito. Assim, na usual expressão *nexum*, se conferia poder ao credor de exigir o cumprimento, respondendo o devedor com seu próprio corpo.<sup>16</sup>

Vale dizer, que, quer na fase do direito antigo, arcaico ou pré-clássico (que se inicia na origem de Roma até a *Lex aebutia*, entre 149 e 126 a.C.); ou na fase do período clássico (até o término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.); e na fase do direito pós-clássico ou romano-helênico (que vai até a morte de Justiniano, em 565 d.C.)<sup>17</sup>, poucas foram as alterações nesse campo.

Desde o primeiro período, reconhecia-se um vínculo material e não jurídico entre credor e devedor, em razão do qual o devedor respondia pela dívida com seu próprio corpo. Isto aconteceu até o advento da *Lex poetelia papiria* (326 a.C.), a partir da qual, o patrimônio do devedor passou a responder por suas dívidas.<sup>18</sup>

Portanto, embora não dispondo de um conceito genérico de *obligatio*, mas apenas contando com relações jurídicas decorrentes de determinados atos ilícitos (*delicta*) e de atos lícitos (*contractus*), como as previstas no *ius civile*, que eram denominadas *obligationes*., o sistema da época dispunha de outras relações jurídicas, ainda denominadas de *debita*, eram institutos do *ius honorarium*, o direito elaborado pelo pretor.<sup>19</sup>

No período pós-clássico, houve uma fusão das relações jurídicas *obligatio*

---

<sup>16</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 28.

<sup>17</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**: história do direito romano; instituições do direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1. p. 2.

<sup>18</sup> Id. **Direito romano**: instituições de direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v.2. p. 7.

<sup>19</sup> Ibid., p. 8.

(responsabilidade) e *debitum* (dever de prestação), passando a se constituir numa só relação jurídica chamada *obligatio*. Isto ocorreu em virtude do desaparecimento da distinção entre o *ius civile* e o *ius honorarium*. Desse modo, não havendo mais determinadas obligationes, passou a existir um conceito genérico de obrigação, a relação jurídica pela qual alguém deve realizar uma prestação, de conteúdo econômico, em favor de outrem.<sup>20</sup>

No Direito Romano, é possível se encontrar nos textos atribuídos a Florentino, uma definição de obrigação, que em vernáculo pode ser traduzido como um vínculo jurídico pelo qual se obriga alguém a pagar alguma coisa, segundo o direito da cidade, para outrem, ou seja, *obligatio este iuris uinculum, quo necessitate adstringimur alicuius soluendae rei secundum nostrae civitatis iura*.<sup>21</sup>

Outra definição está em escritos atribuídos a Paulo pelos estudiosos, e se refere ao objeto da obrigação, ponderando que sua essência não consiste em tornar alguém proprietário ou adquirente de uma servidão, mas em obrigar alguém a dar, fazer ou prestar alguma coisa, ou na língua original do autor, *obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut sruitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid uel faciendum uel praestandum*.<sup>22</sup>

## 2.2 Noção e Conceito

Modernamente, obrigação é vista como a relação jurídica entre credor e devedor, que tem por objeto uma prestação de caráter econômico, podendo se consistir em dar, fazer ou não fazer.

A doutrina consagrou que,

[...] obrigação é a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa economicamente apreciável, em proveito de alguém, que, por ato nosso, ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude de lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> ALVES, v. 2, op. cit., p. 8.

<sup>21</sup> Ibid., p. 3.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. São Paulo Saraiva, 2003. v. 4. p. 7.

Constando ainda, outros definindo no contexto, que “obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra”<sup>24</sup>.

Assim, esse “vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação economicamente apreciável”<sup>25</sup>, pressupõe duas informações importantes; uma delas é o caráter transitório da relação jurídica, pois uma obrigação perpétua implicaria em escravidão, que é inadmissível no regime de respeito aos direitos humanos. Advindo ainda, a outra característica, qual destaca a natureza econômica, mesmo que indiretamente. E assim, mais particularmente à obrigação *propter rem* se poderia conceituá-la, como sendo, a relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer, deixar fazer, alguma providência economicamente apreciável, em proveito de outrem, em decorrência da aquisição de um direito real, gerador independente da vontade do devedor, da oportunidade de exigir a prestação.

No conceito estará sempre a idéia da obrigação positiva, à qual se submete o titular da coisa. E nessa noção acompanha o instituto desde os primórdios, quando se exigia do usuário, possuidor ou titular da coisa, uma contraprestação resultante da condição exercida.

Numa síntese necessária, não é demais destacar que a obrigação *propter rem* passa a existir quando o titular do direito real é obrigado, na consequência da sua condição, vir a satisfazer certa prestação.<sup>26</sup> A espécie jurídica que ficaria entre o direito real e o direito pessoal consistir-se-ia nessa órbita, nos direitos e deveres de natureza real que emanam do domínio; resultando, portanto, da detenção ou da titularidade da coisa. A força vinculante dessas obrigações manifesta-se conforme a situação do devedor ante uma coisa, quer seja na qualidade de titular do domínio, quer na condição de possuidor legítimo.

Com efeito, o devedor se determina na conformidade de sua relação com a coisa que lhe sustenta a qualidade. Essa atividade conexas o débito com seu fato gerador, tal seja, o bem que venha por ele a ser utilizado em face de um título considerado regular.

Vale dizer, que essa obrigação provém de um direito real e sujeita seu titular, de forma

---

<sup>24</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 2. p. 11.

<sup>25</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil: teoria das obrigações**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2. p. 5.

<sup>26</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. p. 11.

que na eventual transmissão, por meio de cessão, sucessão, compra e venda, sub-rogação, ou qualquer forma legal, ela o seguirá nas suas mutações subjetivas, assumindo o novo figurante, a responsabilidade de satisfazer perante outrem.<sup>27</sup>

A característica marcante das obrigações *propter rem* está no fato de que tanto o devedor quanto o credor, são titulares de um direito real, que emana da mesma coisa. Entretanto, essas obrigações se diferenciam dos direitos reais propriamente ditos, porque estes são oponíveis *erga omnes* e aquelas são dotadas de uma oponibilidade que se reflete apenas no titular do direito exigido. Valendo dizer, que as obrigações *propter rem* não interessam a terceiros como os direitos reais. E assim, embora sendo uma manifestação de um direito real, não tem a autonomia de um direito real comum. Portanto, ainda que se apresente como:

[...] modo de solucionar um conflito de direitos reais, a obrigação *propter rem* destina-se a permitir o exercício simultâneo de direitos, recaindo sobre a mesma coisa ou sobre duas coisas vizinhas, exprimindo a oponibilidade do direito em relação ao terceiro titular de um direito concorrente. O direito real ordinariamente só impõe ao terceiro uma atitude passiva; já a obrigação *propter rem* pode impor prestações positivas ao terceiro titular de um direito real.<sup>28</sup>

### 2.3 Natureza econômica ou patrimonial

Por corresponder a um caráter relevante do instituto, não se desvincula de sua natureza, o aspecto patrimonial, sempre presente nessa espécie de relação, não sendo demais comentar que na sua natureza, os direitos subjetivos podem ser classificados em patrimoniais (obrigacionais ou reais) e morais (não patrimoniais ou ideais). Os patrimoniais são aqueles que dizem respeito aos créditos e bens assim considerados, enquanto que os morais dizem respeito aos direitos da personalidade, às vezes indisponíveis e intransferíveis.<sup>29</sup>

O Direito das Obrigações é o ramo que estuda relações jurídicas de estrutura pessoal; não obstante, se reconheçam direitos de estrutura pessoal que se encontram fora desse

---

<sup>27</sup> PODESTÁ, Fábio Henrique. Obrigação *propter rem*. **Revista da Faculdade de Direito das FMU**, São Paulo, v. 9, n. 12, p. 246, nov. 1995.

<sup>28</sup> ABERKANE, Hassen. **Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français**. Paris: LGDJ, 1957. (n. 21, 28, 29, 36).

<sup>29</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 80.

campo.<sup>30</sup> E tem por objetivo disciplinar as relações jurídicas de estrutura pessoal que tenham natureza patrimonial. Assim, de cunho patrimonial são todos os bens, direitos e obrigações, que compõem o acervo de uma pessoa, física ou jurídica, suscetíveis de apropriação e estimação pecuniária. Tais direitos podem ser pessoais ou reais. Desse modo, o direito das obrigações se situa dentro dos direitos patrimoniais pessoais.

À vista das definições de obrigação colhidas na doutrina, é de se concluir que o direito brasileiro não comporta dúvidas acerca do ao caráter patrimonial da obrigação, revelando a doutrina, que tradicionalmente, Savigni foi um dos maiores defensores desta idéia, valendo-se de um texto de Ulpiano (*ae enim in obligatione consistere quae pecúnia lui praestarique possunt*)<sup>31</sup>. De outro lado, Ihering atribuindo três funções ao dinheiro, ponderava que a equivalência, adviria quando é possível determinar em pecúnia a utilidade do cumprimento para o credor; a penalidade, ocorrente na pactuação da cláusula penal; enquanto a satisfação, surgiria na oportunidade em que é atribuída ao credor a soma em dinheiro correspondente a reparação e compensação pela falta de adimplemento da prestação.<sup>32</sup>

Nessa tônica, ainda que a princípio não se trate de um interesse apreciável economicamente, a obrigação terá sempre por ocasião de seu cumprimento, um cunho patrimonial a ser exigido do devedor. Esse aspecto fica bem demonstrado, naquelas derivadas das imputações de responsabilidade por dano moral, quando advém condenação do ofensor ao pagamento de determinada quantia por força de uma dor moral reconhecida e suportada pelo ofendido. Este valor fixado não terá caráter sancionatório, mas reparatório, pressupondo-se nessa conformidade, já que a Constituição Federal (art. 5º, V e X) usa a expressão “indenização”, no significado de compensação ou retribuição monetária. Sendo a conversibilidade num valor patrimonial, a mais nítida característica da obrigação.<sup>33</sup>

Com efeito, a maior parte das obrigações da modalidade que se examina, são resolvidas através de uma prestação pecuniária, já que representam uma obrigação ativa de parte do titular de direito real sobre a coisa.

---

<sup>30</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 22. p. 8.

<sup>31</sup> LOPES, Manoel Maria Serpa. **Curso de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. v. 2. p. 24.

<sup>32</sup> Ibid., p. 25.

<sup>33</sup> WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 27.

## 2.4 Natureza jurídica

A natureza jurídica desta espécie de obrigação, também se mostra coberta por densa controvérsia, pois para alguns, trata-se de um direito pessoal, para outros, seria um direito real, mas para uma terceira corrente, que nos parecer ser a majoritária, trata-se de um *tertium genus*.

Nesse passo, há o entendimento de que as *obligatio ob rem* não se situam no campo dos direitos pessoais, mas dos direitos reais, e “tal encargo não constitui obrigação real, mas ônus real, porque incide diretamente sobre a coisa”<sup>34</sup>.

Há entendimentos, em sentido diverso, de que estas obrigações se situam no campo do direito pessoal e não do direito real, explica o que segue “a despeito de ser predominante no direito positivo brasileiro a tese da realidade das obrigações *propter rem*, é irrecusável que, em substância, constituem vínculo jurídico pelo qual uma pessoa, embora substituível, fica adstrita a satisfazer uma prestação no interesse da outra”<sup>35</sup>.

Ainda que se entreveja a obrigação real, como situada no terreno fronteiro entre os direitos reais os pessoais, não sendo um direito real porque não tem uma coisa como objeto, mas uma prestação do devedor; também não é um direito pessoal, pois os direitos pessoais não se extinguem pelo abandono e nem se transmitem ao sucessor a título singular, e isto acontece com as obrigações *propter rem*.<sup>36</sup>

Vale lembrar, que outra corrente sustenta, apresentar-se a obrigação *propter rem* sempre relacionada a um direito real, como acessório, podendo sua natureza ser considerada mista”<sup>37</sup>. Nesta enfatiza-se que a obrigação tem como objeto uma prestação específica, mas é uma *obligatio in re* por estar sempre incrustada no direito real, sendo então acessória e mista.<sup>38</sup>

Como uma figura mista, de fisionomia autônoma, situada em zona intermediária, ou

---

<sup>34</sup> MONTEIRO, 2003, v. 4, op.cit., p.16, nota 16.

<sup>35</sup> GOMES, 1986, v. 2, op.cit., p. 27-28.

<sup>36</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2. p. 108-109.

<sup>37</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2. p. 56.

<sup>38</sup> PEREIRA, 2004, v. 2, op. cit., p. 32.

seja, é um *tertium genus* ao lado do direito pessoal e do direito real<sup>39</sup>. Surgindo essas obrigações “*ex vi legis*, atreladas aos direitos reais - como sectárias, pois – mas com eles não se confundem, em sua estruturação, distanciando-se também das obrigações comuns”<sup>40</sup>. A imaginação também adere à teoria mista, constando em alguns que haverá: um misto de obrigação de direito real, uma espécie de réplica, no mundo ontológico do Direito, àquelas figuras mitológicas de cabeça de mulher e cauda de peixe, de cabeça de homem e corpo de cavalo. E, por isso mesmo, a doutrina tem chamado a algumas delas, sugestivamente, de obrigações reais.<sup>41</sup>

A melhor forma de entender a obrigação em estudo é invocar a fusão entre os dois direitos (reais e pessoais), vale dizer, uma obrigação dotada, apesar de sua qualidade acessória, de um direito real principal, de uma autonomia que a separa num grau igual ao direito de crédito ou obrigação pessoal do direito real.<sup>42</sup>

Podendo se concluir que as obrigações *ob rem* dentro de uma categoria mista, dotada de particularidades ou excepcionalidades, como dito, um *tertium genus*, ou seja, uma figura híbrida situada entre o direito pessoal e o direito real, melhor retratariam o instituto. Pois, não se trata de uma obrigação comum, já que o devedor não está vinculado a este dever em razão do exercício de sua vontade, como acontece no campo dos contratos, mas vincula-se pelo simples fato de ser titular de um direito real.

De outro lado, nas obrigações reais, em muitos casos, se o devedor abandonar a coisa não mais estará obrigado a cumprir a obrigação. Isto não acontece no campo do direito obrigacional, pois o devedor se libera da obrigação somente através das formas previstas pelo Código Civil: pagamento, consignação em pagamento, pagamento com sub-rogação, imputação do pagamento, remissão, dação em pagamento, novação, compensação, transação e confusão; consideradas estas últimas, formas especiais de pagamento.

Pode-se argumentar, ainda, com o fato de que uma obrigação comum não se transmite ao sucessor a título singular, ao passo que o adquirente de um bem imóvel está obrigado a contribuir com a construção e conservação de tapumes divisórios, como menciona a norma do artigo 1.297 do Código Civil.

---

<sup>39</sup> MAIA, Paulo Carneiro. Obrigação *propter rem*. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de direito. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 55. p. 361.

<sup>40</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. São Paulo: Universitária, 1994. v. 1. p. 330.

<sup>41</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 43.

<sup>42</sup> PODESTÁ, op.cit., p. 249.

Nem se diga que haveria exclusivo ônus real, pois, o proprietário de um imóvel que esteja gravado nessa conformidade, com uma hipoteca, não estaria obrigado a levantá-la; embora fique sujeito às consequências da inércia. Sem coercibilidade no ônus em face do titular do direito real, ao passo que o credor de uma obrigação *propter rem* pode forçar o seu cumprimento pelo titular do direito real.

O fato de o ônus real ser um gravame sobre a coisa, restringe o direito do titular de um direito real, ao passo que nas obrigações *propter rem* não há restrição do exercício do direito real ao qual a obrigação adere.<sup>43</sup> Acrescente-se ainda, que o ônus real fica limitado ao valor da coisa, enquanto que na obrigação *propter rem* o devedor responderá com o seu patrimônio, sem que tal prestação se limite ao valor do bem; dependendo do montante devido, o próprio bem poderá não ser suficiente para saldar a dívida, como acontece com as despesas de condomínio, podendo ser penhorados outros bens do devedor no processo de execução.

Não se confunde a obrigação passiva universal com a obrigação *ob rem*. A obrigação passiva universal é o dever que todos têm de se abster de praticar atos que embaracem o exercício do direito real alheio. Esta é gerada pelo direito real, e diz respeito a todas as demais pessoas, pois é universal (capaz de ser exercido *erga omnes*), ao passo que a obrigação real, refere-se sempre a um único sujeito passivo, o titular do direito real.

Ainda que se considere como obrigações reais, todas as relações caracterizadas por um *facere*, na doutrina pátria predomina o entendimento de que as obrigações reais podem representar um dever positivo ou negativo. Havendo distinção entre a obrigação real e a servidão, no fato de a primeira comportar uma relação positiva ou de conteúdo negativo e a segunda não poder ter por objeto um *facere*<sup>44</sup>.

A definição de obrigação *propter rem* dada na doutrina francesa, deixa claro essa possibilidade, já que uma obrigação de conteúdo positivo,

[...] é uma obrigação dotada, apesar de sua qualidade acessória, de um direito real principal, de uma autonomia que a separa num grau igual do direito de crédito ou obrigação pessoal do direito real; ela impõe ao seu devedor, como em seguida aos detentores sucessivos da coisa, mas exclusivamente em razão e na medida da detenção desta, um ato positivo sem que por isso a obrigação real se transforme em nenhum caso em direito real ou em direito de crédito.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> VENOSA, 2003, v. 2, op. cit., p. 58.

<sup>44</sup> LOPES, 1966, v. 2, op. cit., p.53.

<sup>45</sup> Ibid., p. 52-53.

A existência de obrigações negativas, com essa natureza jurídica, nem é negada pela doutrina pátria, contudo, ao se comparar a obrigação real com a obrigação passiva universal do direito real, diz-se:

[...] por aqui, vemos que o direito real impõe uma atitude passiva a todos, de respeitar em síntese, a propriedade, em razão do seu caráter *erga omnes*, com relação à obrigação *ob rem* impõe, ao contrário, prestações positivas (embora existam reais negativas) ao titular rival de um direito real.<sup>46</sup>

Nesse entendimento se insere a obrigação real do proprietário de apartamento em condomínio horizontal não alterar sua fachada.<sup>47</sup> E ainda, a lembrança de que as obrigações *propter rem* são obrigações de fazer, que não se confundem com as servidões, podendo consistir em obrigações de abstenção.<sup>48</sup>

Havendo, como dito, quem defenda a tese de que as obrigações em estudo são sempre deveres positivos, dizendo o seguinte:

[...] como obrigação *propter rem* devem qualificar-se apenas as obrigações de conteúdo positivo que, em consequência do estatuto de um direito real, impedem sobre o respectivo titular. Ficam fora do conceito, portanto, todos os casos em que ao sujeito de um *ius in re* seja imposto determinado comportamento de abstenção, ainda que em benefício de outro ou outros sujeitos.<sup>49</sup>

Nessa consonância, quando a lei determina que o proprietário deve edificar, fazendo de maneira que o beiral do seu telhado não despeje água da chuva sobre prédio vizinho, deixando entre este e o beiral, um intervalo de dez centímetros não se estaria diante de uma obrigação real, por se tratar de uma abstenção, um dever de conteúdo negativo, e não um “dar” ou “fazer”. O objetivo destas proibições, ou obrigações negativas, seria tão somente o de determinar o conteúdo do direito de propriedade.<sup>50</sup>

Conforme este pensamento, estes casos de comportamento negativo exigido pela lei, não estariam envolvendo o proprietário de uma relação intersubjetiva, ou seja, não estariam criando

---

<sup>46</sup> VENOSA, v. 2, op. cit., p. 57. (destaque do autor).

<sup>47</sup> DINIZ, 2007, v. 2, op. cit., p.12.

<sup>48</sup> BITTAR, 1994, v. 1, op. cit., p. 330.

<sup>49</sup> MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 266.

<sup>50</sup> Ibid., p. 267.

obrigações no sentido técnico, mas apenas fixando os limites de atuação do domínio<sup>51</sup>.

No entanto, sustentam outros, discordando dessa assertiva, que os limites do exercício ou atuação do direito real são dados pelo próprio limite da coisa. Porém, há casos em que o exercício da propriedade vai além desse limite, como por exemplo, quando a lei dá permissão ao proprietário para utilizar o prédio vizinho, nas eventuais obras de reparo, como prevê o artigo 1.313, do Código Civil. A inobservância destes deveres negativos não viola um dever obrigacional, mas a esfera de domínio de seu vizinho.

Valendo crer que em algumas hipóteses, a violação de um destes deveres negativos do direito de vizinhança faria nascer uma obrigação *propter rem*. Pelo menos, quando esta importar em transformações materiais que contrariem a lei, pois nestes casos, a obrigação de desfazer tais obras será do proprietário, e o seu vizinho terá o direito de exigir sua remoção.

Com efeito, se uma obra ou edificação vir a causar dano ao prédio vizinho, mesmo que tenham sido utilizados todos os recursos técnicos, seu beneficiado deverá ressarcir o dano advindo. Pode-se dizer que esta responsabilidade é consequência de uma obrigação *propter rem*. Porém, resultante do dever de indenizar que acomete o causador do dano. Somente haverá isenção desta responsabilidade se ficar provado que o dano não ocorreu pela construção, mas em razão da precariedade do próprio prédio prejudicado. E neste caso, a liberação advirá da ausência de nexo de causalidade, fato relevante na aferição da culpa.

## 2.5 Formas de apresentação

Na formação dessas relações, o elemento subjetivo ou pessoal da obrigação se apresenta na forma ativa e passiva. Não é indispensável a permanência dos sujeitos originais, pois a lei permite a transmissão da relação jurídica, seja por cessão de crédito ou por sucessão<sup>52</sup>. Por outro lado, há necessidade de que esses sujeitos sejam individualizados, porém, é possível que um dos sujeitos não seja determinado em certo momento, mas seja determinável.

---

<sup>51</sup> MESQUITA, 2000, op. cit., p. 268.

<sup>52</sup> DINIZ, 2003, v. 2, p. 36.

De se crer que a indeterminação pode acontecer tanto no pólo passivo quanto no pólo ativo. Um exemplo de indeterminação no pólo ativo é o do cheque ao portador, pois ele é circulável, não se podendo prever quem será o favorecido a ir descontá-lo no banco, mas no momento do recebimento será possível a identificação do credor. A indeterminação pode ser do sujeito passivo, como nas obrigações reais, pois, como veremos, sendo transmitido o bem sobre o qual ela incide, o adquirente será o devedor.

O vínculo jurídico surge como outro elemento importante nesse enfoque, e é a ligação imaterial entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. Segundo a doutrina dualista, o vínculo jurídico “une dois sujeitos, abrangendo o dever da pessoa obrigada (*debitum*) e sua responsabilidade, em caso de inadimplemento (*obligatio*)”<sup>53</sup>.

Este último aspecto, a *obligatio* (responsabilidade), é o que garante o cumprimento da obrigação, possibilita a realização coercitiva através da via judicial. O elemento seguinte a ser examinado na obrigação, é o material, mencionado ainda como o objeto da obrigação, que é a prestação. Ela tem sempre um conteúdo econômico e se constitui em um ato humano de dar, fazer ou não fazer. Cabendo a ressalva de que na obrigação *propter rem* haverá uma tendência para entreve-la, sempre numa conduta ativa do devedor.

Com efeito, o objeto da obrigação comum é a prestação, reconhecendo-se, conjuntamente, o ato humano positivo ou negativo pelo qual o credor deverá exigí-la do devedor. Assim, haverá o objeto da obrigação, e o objeto da prestação. Sendo relevante considerar que em uma obrigação de entregar determinado bem, este é o objeto da prestação, ao passo que o ato de entregar é o objetivo da obrigação.<sup>54</sup> Na doutrina menciona-se objeto imediato e objeto mediato. A prestação, a atividade humana é o objeto imediato, e o bem material é o seu objeto mediato<sup>55</sup>. Com relação a esta, não é demais destacar, que a prestação deverá ser materialmente e juridicamente possível.

Ninguém pode se obrigar a proporcionar situações materialmente impossíveis. Não se pode, também, ter como objeto de um contrato herança de pessoa viva, pois o artigo 426 do Código Civil proíbe expressamente; é a chamada *pacta corvina*, proibição que vem desde o Direito Romano.

---

<sup>53</sup> DINIZ, 2003, v. 2, p. 40.

<sup>54</sup> Ibid., p. 37.

<sup>55</sup> VENOSA, v. 2, op. cit., p.38.

Uma obrigação deverá ter por objeto uma prestação lícita, ou seja, ela deverá estar em conformidade com o direito, com a moral, com os bons costumes e a ordem pública. Por sua vez, é preciso que a prestação seja determinada, ou pelo menos, determinável. Ela será determinada quando for possível individualizar o seu objeto com todas as suas características; e determinável quando a sua individualização ficar postergada ao momento do cumprimento. Isto ocorre nas obrigações de dar coisa incerta cujo objeto é indicado pelo gênero e quantidade. O ato pelo qual a prestação se torna determinada se chama concentração e vem previsto no artigo 243 do Código Civil, pressupondo a necessária indicação do seu objeto.

Nas obrigações *propter rem* o objeto da prestação será sempre uma conduta ativa do devedor, o que afasta essa modalidade, da regra comum aplicável às outras de caráter exclusivamente pessoal.

## **2.6 Fontes gerais das obrigações**

A referência às fontes do direito, diz respeito às origens, fatos geradores ou formas, através das quais se manifesta o instituto e que são a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência. Por outro lado, quando nos reportamos às fontes das obrigações, estamos querendo indicar os atos ou fatos dos quais as obrigações nascem e se confirmam no mundo jurídico.

Nesse sentido, é que se pode pressupor decorrerem todas as obrigações, mediatemente, de uma norma jurídica (lei em sentido amplo), e imediatamente de um fato jurídico (isto é, de um fato voluntário, ou não, a que a norma jurídica atribui o poder de fazer surgir uma obrigação)”<sup>56</sup>.

O sistema do direito romano conhecia como fontes das obrigações: o contrato e o delito, conforme as Institutas de Gaio, constando que: “a principal divisão das obrigações está deduzida em duas espécies; porque toda obrigação ou nasce do contrato ou do delito”<sup>57</sup>. Em texto posterior, foi apresentado um terceiro elemento genérico como fonte das obrigações, que

---

<sup>56</sup> ALVES, v. 2, op. cit., p.27.

<sup>57</sup> AZEVEDO, 1997, op. cit., p. 41.

ele chama de “várias figuras de causas”<sup>58</sup>.

Justiniano, menciona que as obrigações “ou nascem de um contrato, ou como de um contrato ou de um delito ou como de um delito”, ou seja, “contrato ou quase-contrato e delito e quase-delito”<sup>59</sup>.

O contrato é o acordo de vontades entre as partes, é a *conventio* do direito romano que possuía ação em juízo e por isso tinha força de obrigar.<sup>60</sup> O quase-contrato, por sua vez, é uma situação parecida com um contrato, mas não há acordo de vontades, ou seja, não há convenção, elemento essencial nos contratos, conservando, no entanto o caráter vinculatório, como ocorre, na gestão de negócios tratada o artigo 861 do Código Civil.

Por sua vez, o delito é o ato ilícito, doloso voluntário como o homicídio, a lesão corporal e a injúria, são fontes de obrigação. E finalmente, o quase-delito, que é o ato ilícito culposos.

A doutrina confirma duas grandes fontes, o contrato e o ato ilícito, referindo-se a todo ato ou fato idôneo a produzi-la de acordo com o ordenamento jurídico, destacando como exemplos destas situações de fato, as obrigações alimentares e as obrigações *propter rem*, surgidas não de um contrato, mas de fatos que a lei regulamenta, pois não existe obrigação *ex lege*.<sup>61</sup>

Uma obrigação *propter rem* surgida nessas circunstâncias, seria a existência ou formação de dois prédios vizinhos; enquanto que uma obrigação alimentar adviria do fato de duas ou mais pessoas estarem ligadas pelos laços do parentesco, que são situações regulamentadas na lei, correspondendo a norma como fonte mediata, porque previu com anterioridade a situação assim considerada.

Embora a doutrina não destaque opinião unânime, no que diz respeito às fontes das obrigações, não há como contestar que as obrigações nascem da lei (fonte mediata), da vontade humana e do ato ilícito doloso ou culposos (fontes imediatas).

---

<sup>58</sup> ALVES, v. 2., op. cit., p. 28.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Ibid., p.70.

## 2.7 Modalidades genéricas de obrigações

O Código Civil apresenta três modalidades: obrigação de dar (coisa certa ou incerta) de fazer, positiva, e a de não fazer, negativa. Trata-se de uma classificação inspirada no Direito Romano, pois toma por base o objeto. Para os romanos a prestação podia consistir em uma *dare, facere ou prestare* (há divergência quanto ao significado de *praestare*, por isso o nosso Código afastou-se desta classificação e acrescentou a obrigação de não fazer).

A obrigação de dar é aquela em que o devedor se vincula a transferir ao credor algum bem ou quantia em dinheiro. No sistema do Direito Romano esta obrigação tinha a oportunidade de transmitir um direito real, mas não gerava direito real por si só, pois isto dependia da tradição.<sup>62</sup>

A distinção entre dar e fazer tem sofrido restrições na doutrina contemporânea, pois na realidade, dar não deixa de ser “fazer alguma coisa”<sup>63</sup>. Na obrigação de fazer (*facere*) o devedor se obriga a praticar determinado ato em favor de um credor, ou seja, se obriga a realizar um serviço ou uma obra. Esta abrange também a de não fazer (*non facere*).

Existem situações, nas quais, o objeto da prestação não equivale a uma ação distinta, mas guarda providência complexa, tanto oportuna à uma obrigação de dar quanto a de fazer, como por exemplo, na compra e venda de um imóvel, onde o vendedor se obriga a outorgar a escritura, considerada uma obrigação de fazer, não obstante, através desse ato se pretenda a transferência do bem, que é uma obrigação de dar coisa certa.

Veja-se que a distinção entre as obrigações de dar e as de fazer somente terão importância na execução, pois na primeira procede-se uma execução específica e em outra, resolve-se com perdas e danos.<sup>64</sup>

De outro lado, as obrigações reais, ainda que contenham uma prestação de dar ou de fazer, conforme abalizada doutrina, consistir-se-ia de abstenções, não se mostrando nessa qualidade específica, mas na de meros limites do exercício do direito de propriedade, como ocorre no direito de vizinhança.

---

<sup>62</sup> VENOSA, v. 2, p. 74..

<sup>63</sup> WALD, op.cit., p. 35.

<sup>64</sup> Ibid., p. 36.

Assim, obrigações de dar e de fazer, denominadas obrigações positivas, teriam caráter distinto nas obrigações reais, das obrigações de não fazer, reconhecidas obrigações negativas, envolvendo uma abstenção por parte do devedor. Estas últimas estariam ligadas ao direito de vizinhança ou a matéria de condomínio, podendo, no entanto, ocorrer na hipótese da convenção proibitiva de determinada atuação.

Não é demais destacar, que a doutrina ainda classifica as obrigações quanto ao objeto, quanto a forma de cumprimento (simples, cumulativa, alternativa e facultativa); quanto ao tempo do cumprimento (momentânea ou instantânea e de execução continuada ou periódica); quanto aos elementos acidentais (pura, condicional, modal ou a termo); quanto à pluralidade de sujeitos (divisível e indivisível; solidária); quanto ao fim (de meio, de resultado e de garantia).<sup>65</sup>

Constando ainda, as chamadas obrigações especiais, e dentre elas estarão as obrigações naturais, aquelas destituídas do tegumento protetor do direito, e as obrigações *propter rem*, ou reais e que derivam da coisa.

## 2.8 Extensão das denominações usuais

No conceito genérico destacado na doutrina, “a obrigação *propter rem* é aquela em que 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”<sup>66</sup>.

As expressões conservam similitude, e seriam “as obrigações reais ou *propter rem* (também conhecidas como *ob rem*) aquelas que estão a cargo de um sujeito, na medida em que este é proprietário de uma coisa ou titular de um direito real de uso e gozo dela”<sup>67</sup>.

Por sua vez, outros sustentam haver “obrigações que nascem de um direito real do devedor sobre determinada coisa, a que aderem, acompanhando-o em suas mutações

---

<sup>65</sup> DINIZ, 2007, v. 2, op.cit., p.49.

<sup>66</sup> RODRIGUES, v. 2, op. cit., p. 105.

<sup>67</sup> VENOSA, v. 2, op.cit., p. 26.

subjetivas”<sup>68</sup>. Preferindo alguns, dizer que a obrigação *propter rem* “é o tipo de obrigação ambulatória, a cargo de uma pessoa, em função e na medida de proprietário de uma coisa ou titular de um direito real de uso e gozo sobre a mesma coisa”<sup>69</sup>.

Assim, ainda que denominadas por uma ou por outra expressão, as obrigações reais podem ser descritas como sendo os vários deveres e conteúdo positivo, impostos ou permitidos por normas de direito privado e que incidem sobre o titular de um direito real. Seriam as “obrigações legais, estabelecidas por normas que, principalmente, são de ordem pública, cujo sentido é o de estabelecer restrições e limites legais a cada um dos direitos reais e cuja função consiste, portanto, em determinar negativamente, o conteúdo normal de cada um dos direitos reais”<sup>70</sup>.

Também denominadas *ob rem*, se diz que “há uma obrigação real sempre que o dever de prestar vincule quem for titular de um direito sobre determinada coisa, sendo a prestação imposta precisamente por causa nessa titularidade”<sup>71</sup>.

As principais características destas obrigações, são as de vincularem o titular de um direito real (propriedade, servidão, usufruto) e o possuidor em razão desta titularidade; a do devedor poder livrar-se dela através do abandono liberatório, característica típica de direito real; e que a obrigação se transmite aos sucessores a título singular do devedor, fenômeno que não acontece com os direitos pessoais que somente se transmitem aos sucessores a título universal; ela não está vinculada ao valor do bem objeto do direito real, mas o devedor responde com o seu patrimônio; trata-se de uma obrigação ambulatória, ou seja, tem um sujeito passivo indeterminado, porém determinável, acompanhando a coisa.

Não é demais destacar entre algumas das categorias de obrigações *ob rem* aquelas relativas ao direito de vizinhança, tais como as concernentes ao uso normal da propriedade (tratadas no artigo 1.277 do Código Civil); a caução pelo dano iminente (do artigo 1.280); a garantia por eventual prejuízo (artigo 1.281): as obrigações relativas às árvores limítrofes (artigos 1.282 a 1.284); as obrigações concernentes ao direito de passagem forçada (artigo 1.285).

Além das que dizem respeito à passagem de cabos e tubulações (artigos 1.286 e

---

<sup>68</sup> GOMES, 1986, op.cit., p. 26.

<sup>69</sup> MAIA, op. cit., p. 360.

<sup>70</sup> VENOSA, v. 2, op.cit., p. 30.

<sup>71</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 1997. v. 1. p. 43.

1.287); as regras sobre a demarcação entre os prédios (artigos 1.297 e 1.298); algumas restrições do direito de construir (anotadas especialmente nos artigos 1.300 a 1.303, e 1.308 a 1.313); as obrigações dos condôminos (artigos 1.314 e 1.315, além de 1.336 e 1.340); a obrigação de efetuar as despesas e conservação na servidão (artigos 1.380 e 1.381); as obrigações do usufrutuário de inventariar, prestar caução e pagar as despesas ordinárias (artigos 1.400, 1.403 e 1.404) todos do Código Civil.

## 2.9 Origem da expressão

A expressão terminologica usada para tratar o instituto, que vem na preposição latina *propter*, quer dizer, “em razão de”, ou “em vista de”. Ao passo que a preposição *ob* significa “diante de”, ou “por causa de”. Assim, a obrigação *propter rem* ou *ob rem* é uma espécie de obrigação que existe uma razão da coisa ou por causa da coisa. Por isto, são chamadas de obrigações reais, ou obrigações reipersecutórias, pois seguem a coisa. Alguns doutrinadores ainda utilizam *rei cohaerens* ou *cohaerentes*<sup>72</sup>.

Com efeito, a denominação latina *propter rem* mais admitida na doutrina, revela sobremaneira, uma obrigação de caráter ativo, advinda da titularidade da coisa, à qual se submete o titular, perseguindo-a definitivamente, ainda que se modifique essa condição subjetiva.

Vale dizer, que sendo uma obrigação que existe em razão da coisa, alcançará quem a estiver detendo em condições ideais previstas na norma. Conservando a tipicidade necessária a direitos dessa ordem, e admitindo a adequação da expressão usada para distingui-la.

Nem se pode afastar a oportunidade do *nomen iuris* em apreço, sob o argumento de que algumas das obrigações assim designadas estariam destituídas das características originais aplicáveis a outras. Pois, de certo, o que valoriza a designação é a indicação específica da sua origem.

---

<sup>72</sup> MAIA, op.cit., p. 359.

## 2.10 Noções correlatas

A matéria sob exame evidencia noções correlatas. E assim, não obstante a doutrina trate os termos obrigação e responsabilidade, como sinônimo eles não se confundem. Veja-se que os alemães foram os primeiros a vislumbrar esta distinção. A doutrina germânica, expondo o tema, detectou na obrigação dois momentos distintos: um é o débito (*shuld*), que é a obrigação de o devedor realizar a prestação de maneira espontânea; outro é o da responsabilidade (*haftung*), pela qual o credor tem a faculdade de atacar o patrimônio do devedor para conseguir o pagamento que era devido, ou então, o equivalente em dinheiro, mais as perdas e danos.<sup>73</sup>

Aí está a corrente dualista, segundo a qual na obrigação há duas situações, a incumbência de o devedor realizar a prestação e o estado de sujeição de seu patrimônio. Para o credor surgem dois direitos: o direito de receber a prestação e o direito de garantia ou execução. São a dívida e a responsabilidade.

Na contraposição, está a corrente monista, que é a dos clássicos, que defende o ponto de vista de que a essência da obrigação se encontra na dominação do credor sobre um determinado ato do devedor.<sup>74</sup> Não havendo para eles distinção entre o cumprimento voluntário e o cumprimento forçado.<sup>75</sup>

Vale destacar, que o direito romano, reconhecia-se no *debitum* o elemento não coativo, pois o devedor é livre para não realizar a prestação; e na *obligatio*, o elemento coativo, pois se não for realizada a prestação, surge a responsabilidade para o devedor pelo não cumprimento.<sup>76</sup>

A obrigação surgiria num primeiro momento e a responsabilidade adviria fase posterior. A obrigação resulta de uma relação jurídica originária, enquanto que a responsabilidade, de uma relação jurídica derivada.<sup>77</sup> Na distinção percebe-se que pode haver responsabilidade sem obrigação, como no caso do fiador, que é responsável, mas não é obrigado; e sob outro ângulo, pode haver obrigação sem responsabilidade, como acontece nas

---

<sup>73</sup> WALD, op. cit., p. 29.

<sup>74</sup> LOPES, 1966, v. 2, op. cit., p. 11.

<sup>75</sup> DINIZ, 2007, v.2, op. cit., p. 40.

<sup>76</sup> ALVES, v. 2, op. cit., p. 4-5.

<sup>77</sup> AZEVEDO, 1997, op. cit., p. 38.

obrigações naturais e nas dívidas prescritas.<sup>78</sup>

Nesse sentido, em sede das obrigações *propter rem*, a obrigação adviria no instante em que o devedor houvesse ocupado a condição de titular do direito real sobre a coisa, enquanto que a responsabilidade no instante em que fosse comunicado da necessidade de satisfazê-la, ou vencimento e exigibilidade pelo credor, não podendo liberar-se antes do cumprimento, enquanto estiver exercendo a titularidade.

## 2.11 Obrigação *propter rem* e relação jurídica *propter rem*

Vale lembrar que a distinção feita por alguns, entre obrigação *propter rem*, ou real e situação jurídica *propter rem*, ou real, tem interesse na medida que separa algumas hipóteses, nas quais se visualiza particularidades do tema. Estar-se-ia diante de uma obrigação *propter rem*, muito parecida com as obrigações reais, mas meras relações jurídicas reais, porque nelas se destacaria um caráter de direito pessoal.

A expressão “situação jurídica *propter rem*” para designar as “obrigações *propter rem*”, adotada por alguns, conclui que a situação jurídica *propter rem*, ou a obrigação *propter rem*, é gênero que tem como espécie a relação jurídica real.<sup>79</sup>

Assim, a noção de relação jurídica *propter rem* é fruto de vasto processo de revisão que se tem operado no campo das chamadas obrigações *propter rem*. Falando em relação jurídica *propter rem* é possível ampliar o âmbito incluindo-se hipóteses em que se não encontram sequer obrigações.

A estrutura da relação *propter rem* não deve ser considerada, necessariamente, creditícia. O conceito pode estender-se com grande vantagem e outras relações. Estar empenhado numa relação, mesmo que de estrutura creditícia, pode não significar necessariamente o mesmo que estar sujeito a uma obrigação. Vimos já que da relação jurídica não brotam sempre, imediatamente, poderes e deveres. A vinculação, que já existe, pode só concretizar-se numa posição subjetiva determinada num momento posterior. Seria, portanto,

---

<sup>78</sup> AZEVEDO, 1997, op. cit., p. 38.

<sup>79</sup> MATTIA, Fábio Maria de. **O direito de vizinhança e a utilização da propriedade imóvel**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 94.

inadequado falar de obrigações *propter rem* para designar espécies que nada têm com essa figura.

Nesse conceito se inseririam entre as relações jurídicas reais, a hipoteca e a servidão, que como veremos, são direitos reais, mas também relações jurídicas que surgem em caráter *propter rem*, ou seja, em razão da coisa, tendo em vista que o credor hipotecário não tem qualquer direito subjetivo contra o proprietário do imóvel hipotecado, e assim, examinada ainda a hipótese da servidão, é força convir que a obrigação surgirá se for obstaculizado o exercício da servidão. O que não exclui a validade da expressão, mas valoriza a oportunidade de cada espécie manter um conjunto de requisitos próprios, sem excluir a permanência no gênero.

Podendo, portanto, ser admitida, a relação jurídica *propter rem*, independentemente do surgimento da obrigação, pois ligada à exigibilidade e ao interesse do sujeito ativo.

## 2.12 Origem do instituto

A obrigação em estudo, embora controvertida na doutrina, resta indicada historicamente como originária:

[...] das seguintes circunstâncias: a todo ofício eclesiástico correspondia, em direito canônico, um benefício, isto é, um conjunto de bens cujos rendimentos eram destinados à manutenção do titular, o qual dispunha de um *jus in re* sobre a totalidade destes bens, direito real que nem podia ser assimilado à propriedade nem à enfiteuse. Todavia, a transmissão desses *jus in re* só se dava pela colação, isto é, a investidura no cargo. Mas tal coisa dependia de uma apresentação ou de uma eleição, e só a partir dela é que o candidato passava a possuir direito, por conseguinte, refere Rigaud, antes da colação. Tratava-se de um direito inferior ao *jus in re*, atento a que era reputado como uma expectativa de direito real, ou um direito real imperfeito, dependendo da colação. A confusão aumentou em torno dessa figura de *propter rem*, pelo fato de haverem os canonistas classificado dentre as pessoais, as ações que o sancionaram. A idéia do *jus ad rem* divulgou-se rapidamente e como tal foi qualificada a investidura do vassalo, que teve essa denominação.<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> LOPES, 1966, v. 2, op. cit., p. 47.

Por sua vez, outros estudiosos sustentam que essas obrigações já eram conhecidas pelos romanos, em cujo sistema já havia uma obrigação de fazer ligada a *servitus oneris ferendi* (servidão de apoiar construção em parede ou prédio vizinho), que consistia em reparar a parede ou a coluna a qual o edifício alheio se apoiava, ou a obrigação de o superficiário pagar ao proprietário do solo um *salarium* anual, e muitas outras relações em que estão reunidos os elementos real e obrigacional.<sup>81</sup>

No entanto, há quem sustente que a primeira manifestação das obrigações *propter rem* se deu em um fragmento de Ulpiano (Digesto 44, 4, 33, 3) que se refere às ações *in rem scripta* pra distinguir das *actionem in personam* e *actionem in rem*. No período clássico a classificação das ações tinha ligação direta com o direito a ser protegido, daí a importância desta classificação; nesta época, ao lado das *actiones in personam*, cuja *intentio* exprimia uma obrigação do réu, e era dirigida *erga omnes*, havia um terceiro gênero de ação que era a *actio in rem scripta*. Partindo do conceito da *actio* a doutrina romanística teria chegado ao de obrigação *propter rem*.

Chamava-se *actio in rem scripta* a ação que não decorria de um direito real, mas cuja fórmula não indicava a pessoa do réu e, por isso, se podia intentar contra quem quer que fosse. A hipótese típica de *actio in rem scripta* é a *actio quod metus causa*, que poderia ser proposta não só contra o autor da violência, mas também contra o possuidor da coisa por violência de outrem.<sup>82</sup>

Esse relato confirma, portanto, que embora conhecida atualmente, com fundamentos diversos daqueles de sua origem, o instituto, mantém sua especialidade em relação às demais, no campo obrigacional.

## 2.13 Sujeitos das obrigações *propter rem*

Nas várias espécies de obrigações, haverá um ou vários sujeitos ativos, que são os credores, titulares do direito pessoal, e um ou vários sujeitos passivos, que são os devedores, contra os quais o credor exercerá o seu direito. Na maioria dos casos, é possível destacar de

---

<sup>81</sup> PODESTÁ, op.cit., p. 247.

<sup>82</sup> CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. p. 84.

plano os elementos subjetivos da obrigação, no seu nascedouro, no momento de sua formação.

Com relação às obrigações ora examinadas, o sujeito passivo, ou devedor, é determinável e não determinado, pois ele variará, tendo em vista que, na maioria dos casos, a obrigação acompanha a coisa e não o titular da coisa; variando o titular do direito real, variará o sujeito passivo.

Assim, o surgimento de uma obrigação *propter rem* advém de um conflito de direitos reais, pois o sujeito ativo desta obrigação será o titular de um outro direito real, como acontece no direito de vizinhança. Estes direitos reais podem dizer respeito à mesma coisa, nos casos de uma superposição de direitos reais, como no condomínio (artigo 1.314 do Código Civil).

Não é por outra sorte que se menciona, “para o surgimento de uma obrigação *propter rem* há necessidade, portanto, de dois direitos reais em conflito, quer este conflito resulte da vizinhança ou do que se pode chamar de superposição de direitos reais, como ocorre, por exemplo, no usufruto”. Nesta hipótese, tanto o nu-proprietário como o usufrutuário, têm obrigações um para o outro, sendo único o objeto do direito real.<sup>83</sup>

Destarte, o sujeito ativo da obrigação *propter rem* pode ou não ser um titular de direito real, no entanto, o sujeito passivo, será sempre uma daquelas pessoas que figuram como titulares de um direito real, assim considerados, uma das figuras constantes do rol do artigo 1.225 do Código Civil.

## **2.14 Caráter ambulatório das obrigações *propter rem***

A doutrina reconhece no campo obrigacional, as obrigações ditas ambulatórias, como sendo aquelas que podem ser transferidas sem qualquer formalidade, de um titular para outro. Elas se chamam ambulatórias porque *ambulare* em latim significa andar, sendo assim, são obrigações que andam de um titular para outro, sendo transferidas a título singular.

---

<sup>83</sup> VENOSA, v. 2, op. cit., p. 57.

Nessa possibilidade prevista no sistema, advém uma variação de sujeitos, sendo que alguns autores classificam as obrigações reais como obrigações ambulatorias.<sup>84</sup> Havendo referência expressa, inclusive, entre os que compartilham desta opinião, à ambulatoriedade passiva.<sup>85</sup>

Sobre o elemento subjetivo das obrigações, menciona-se a possibilidade de indeterminação do sujeito ativo, como acontece nos títulos ao portador, e também do devedor,

[...] o mesmo acontece quando a indeterminação for do sujeito passivo, do devedor. Realmente, no caso das despesas de condomínio, são elas devidas pelo proprietário de um apartamento, por exemplo; se o apartamento é vendido, essas despesas passam a ser devidas pelo novo dono, porque a obrigação é ambulatoria, transeunte, passa de um indivíduo a outro, sendo certo que, em determinadas ocasiões, não se sabe, exatamente, qual é o devedor, pois no caso do exemplo dado, o devedor das despesas condominiais será sempre o proprietário do referido apartamento.<sup>86</sup>

A possibilidade de transferência da obrigação para o atual titular do direito real, ou da posse, é característica da obrigação real. A jurisprudência, por sua vez, no trato do tema, costuma classificar como *propter rem* toda obrigação existente em razão da coisa, que se transfere ao novo titular do direito sobre o bem.<sup>87</sup>

No entanto, na doutrina as obrigações reais não se confundem com as obrigações ambulatorias, pois estas podem ser transferidas sem formalidades, como por exemplo, os títulos ao portador, espécie de obrigação onde somente se descobre o seu titular quando este se apresenta, no momento do cumprimento. Ao passo que nas obrigações reais basta saber-se quem é o titular do direito real sobre a coisa para se conhecer seu devedor.<sup>88</sup>

A parcela da doutrina que admite a ambulatoriedade, embora predominante, reconhece, porém, a existência de situações específicas nas quais haverá dificuldades de se visualizar essa transmissibilidade. Especialmente na circunstância em que o usufrutuário transfere este direito a outra pessoa, sem cumprir a obrigação de fazer os reparos ordinários por ele exigido. Considera-se transferido o direito, mas permanece a obrigação antes

---

<sup>84</sup> VENOSA, v. 2, op. cit., p. 360.

<sup>85</sup> Ibid., p. 19.

<sup>86</sup> AZEVEDO, 1997, op. cit., p. 47.

<sup>87</sup> RT 774/306 – “Despesas condominiais – Ônus *propter rem* – Débito que se transfere ao comprador do imóvel, que deve saldá-lo para manter equilíbrio econômico-financeiro da comunidade que passou a integrar – Adquirente, no entanto, que tem ação de regresso contra o antecessor” (2º TACivSP).

<sup>88</sup> WALD, op. cit., p. 54.

reconhecida, e exigível de quem a admitira.

Assim, surgida a obrigação desse gênero cessará a ambulatoriedade, tornando-se uma obrigação do titular do direito real à época do surgimento, como acontece com as obrigações comuns ou pessoais, sem se transmitir ao novo titular.<sup>89</sup> Não é sem razão, portanto, que outros entendem que nas obrigações reais o devedor responde apenas pelas prestações ocorrentes após o início de sua relação com a coisa, e ele usa característica para diferenciá-las dos ônus reais, pois neste instituto, o proprietário se responsabiliza pelas prestações anteriores.

Modernamente, há um lado muito discutido da ambulatoriedade, no que diz respeito às despesas condominais, surgindo com frequência nos pretórios, várias indagações. Assim, se o antigo proprietário não pagou as despesas de condomínio, mas veio a alienar o imóvel a outrem, nada se dispondo sobre o débito. Mostra-se regular ao condomínio, propor execução contra o adquirente e penhorar a unidade em face da dívida. E imaginada a hipótese do adquirente ajuizar embargos de terceiro, não teria sua pretensão acolhida, nem poderia alegar em seu benefício que a constrição deveria ser feita nos bens do antigo proprietário. A premissa sugere alguma controvérsia. No entanto, ainda que o adquirente possa ser visto como terceiro notadamente porque a relação jurídica que deu causa a dívida, ao tempo de sua formação, fora estabelecida com o alienante, a dívida deambula em direção do titular da coisa.

Com efeito, pressupondo-se que uma das características das obrigações *propter rem* é a possibilidade de sua transmissão ao sucessor a título particular, caberá ao adquirente arcar com a obrigação e exigi-la posteriormente do transmitente, que em última análise, numa relação de direito pessoal ou de obrigação comum, era o responsável indireto da dívida”<sup>90</sup>.

Na doutrina sugere-se solução similar, já que o titular deve ser responsabilizado por aquelas obrigações que tenham decorrido do próprio gozo da coisa, sendo assim, aquelas obrigações constituídas antes da transferência da coisa caberão ao antigo titular e não ao adquirente. Dentro deste raciocínio, se as despesas se referirem aos proveitos que ainda serão usufruídos, elas caberão ao novo titular, qual haverá de deles gozar.<sup>91</sup>

Por sua vez, a norma do parágrafo único do artigo 4º, da Lei 4.591/64, dispõe que a alienação ou transferência da unidade depende de prova de quitação das obrigações do

---

<sup>89</sup> MESQUITA, Manoel Henrique. **Obrigações reais e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 323.

<sup>90</sup> PODESTÁ, op. cit., p. 251.

<sup>91</sup> MESQUITA, 2000, op. cit., p. 342.

alienante para com o respectivo condomínio. O Código Civil coloca em princípio, alguma luz na controvérsia e acompanhando o que já vinha sendo decidido nos tribunais optou pela ambulatoriedade da obrigação de pagar as despesas condominiais. Tanto assim, que o artigo 1.345, anota expressamente que “o adquirente da unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multa e juros moratórios”; podendo ajuizar ação para exercer o seu direito de regresso em face do alienante.

Destarte, não se operam transferências em relação aos impostos que incidem sobre bens imóveis, se observado o intuito da lei registraria, ao pressupor a comprovação da quitação, na oportunidade dos atos notariais necessários. Assim, é que o Decreto n. 93.240/86, que regulamenta a Lei 7.433/85 e dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas (artigo 1º, II, “a”) que para esses atos notariais, relativos a imóveis, serão precedidos de certidões fiscais relativas a esses imóveis urbanos quanto a tributos que incidam sobre ele.

Nessa tônica, o parágrafo 2º, do mesmo dispositivo, confirma que estas certidões serão exigidas para lavratura de ato que importe em transferência do domínio; porém, o adquirente poderá dispensar sua apresentação, e neste caso, ele ficará responsável pelo pagamento dos débitos fiscais existentes.

## **2.15 Abandono liberatório**

O abandono do bem sobre o qual incide a obrigação, como meio liberatório do devedor é uma das características da obrigação real, já que ela lhe é exigida em decorrência da titularidade. Esta possibilidade merece destaque para demonstrar que não se trata de uma obrigação pessoal, como aquelas que surgem de um acordo de vontades, ou de um ato ilícito, mas que se trata de um terceiro gênero intermediário entre o direito real e o direito pessoal.

No entanto essa forma de liberação não pode ser tomada como regra geral, na medida em que, algumas hipóteses de abandono, não comportam este efeito, tal seja, o de liberar o devedor. Assim, não são todas as obrigações *propter rem* que admitem esse resultado. A cota parte nas despesas de conservação da coisa, devida pelo condômino, representa uma das situações de fato, em que mesmo o abandono por parte do proprietário não o libera da dívida.

Veja-se que o Código Civil de 1916, não mencionava a possibilidade de abandono ou de renúncia que tivesse o condão de liberar o devedor das despesas de condomínio, mas o novo Código traz essa possibilidade expressa no artigo 1.316, cujo teor confirma que: “pode o condômino eximir-se do pagamento das despesas e dívidas, renunciando à parte ideal”.

Por sua vez, o artigo 12, par. 5º, da Lei nº. 4.591/64, que trata do condomínio edilício, diz expressamente que “a renúncia de qualquer condômino aos seus direitos, em caso algum valerá como escusa para exonerá-lo de seus encargos”.

Com efeito, o sentido jurídico de abandono é o de ato pelo qual, tendo perdido a coisa, não diligencia seu proprietário no sentido de encontrá-la, deixando-a abandonada. Podendo ainda ser entendido como tal, o ato expresso onde o dano da coisa renuncia seu direito de propriedade, ou mesmo um direito real, em proveito de outrem.

Não é demais lembrar, que tem tradição no sistema jurídico pátrio, a regra de que se perde a coisa imóvel, pela alienação, renúncia, abandono ou perecimento, na esteira do que dispunha o artigo 589 do Código Civil de 1916. Sendo certo que essa premissa, restou repetida no artigo 1.275 do Código de 2002. Por sua vez, confirmado na doutrina o entendimento de que a renúncia é um “ato unilateral através do qual o titular se despe do direito em prol de outrem, submetido também a registro para a produção do efeito translativo”. E independente de aceitação<sup>92</sup>, um efeito liberatório por tal causa abrangeria direito, não dever.

O abandono, por sua vez, é ato positivo de simples repulsa e independe de registro. Ditado por força de razões variáveis, detectadas, na experiência jurídica, diante da incidência de ônus pesados sobre o bem, da impossibilidade de manutenção e da excessiva tributação, o fenômeno reduz-se à manifestação volitiva de não mais ter o imóvel sob seu domínio.<sup>93</sup> O que representaria mais do que simples renúncia de direito.

Não é demais destacar que o ordenamento jurídico nacional umas vezes se refere ao abandono, outras a renúncia como o ato capaz de liberar alguém de uma obrigação real. O artigo 1.316, como se pode notar, menciona expressamente, à renúncia capaz de liberar o devedor de uma obrigação real, nela compreendida uma conduta inequívoca com esse

---

<sup>92</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.108.

<sup>93</sup> Ibid., p.109.

propósito.

Por outro lado, o artigo 1.276, refere-se a uma outra forma quando dispõe textualmente acerca do imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais conserva-lo em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado como bem vago, passando após três anos à propriedade ao Município ou do Distrito Federal, achando-se ele nas respectivas circunscrições. Vale lembrar, que o parágrafo 2º, deste dispositivo, referencia ainda, que “presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais”.

As palavras postas na norma realçam que o legislador teve o intuito de deixar patente que a renúncia e o abandono são formas distintas de perda da propriedade imóvel, mas ambas geram a liberação do ônus *propter rem*. Não sendo diversa a colocação da doutrina, que considera o abandono liberatório, ato que beneficia o credor da obrigação real, ou seja, é uma renúncia em favor de alguém e não um abandono no sentido de derrilhação.<sup>94</sup>

Com efeito, para se entrever a figura do abandono liberatório é necessário que o titular do bem sobre o qual incide a obrigação real renuncie ao seu direito de propriedade em favor do credor. Esta renúncia deve ser feita mediante notificação ao credor, que tem o efeito de deixar o bem à sua disposição. Se houver aceitação por parte do credor, esta deve ser expressa. Somente após a aceitação expressa do credor, passa o bem para o seu patrimônio.<sup>95</sup> Sendo de se crer, que ninguém pode ter a sua esfera jurídica afetada apenas por uma declaração unilateral; sem embargo de opiniões em contrário, para quem o “abandono liberatório” refere-se à simples derrilhação e também à renúncia.

---

<sup>94</sup> BITTAR, op. cit., p. 364.

<sup>95</sup> Ibid., p. 365.

## CAPÍTULO 3

### A SISTEMATIZAÇÃO E A CLASSIFICAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

#### 3.1 Direitos reais

Entende-se como direito real, o conjunto de normas destinadas a regular as relações jurídicas concernentes a bens corpóreos (materiais) ou incorpóreos (imateriais) suscetíveis de apropriação pelo homem e, bem assim, dotados de conteúdo econômico relevante e significativo. Seus deveres traduzem-se num feixe de poderes diretos e imediatos sobre uma coisa, que o titular de modo exclusivo e discricionário, tem a faculdade de exercer.<sup>96</sup>

Assim, o sistema adotado pelo legislador pátrio estabeleceu o princípio da tipicidade dos direitos reais com a problemática resultante da limitação legal dessa categoria. Não é por outra razão, que a doutrina debate a construção de uma teoria geral sob a tipicidade real. Estabelecendo-se os critérios de validade para a intervenção da autonomia da vontade nesse campo e em face das reservas postas pela lei.

Ao certo, os contornos dogmáticos adotados na norma, não podem afastar a possibilidade de modelação dos títulos estabelecidos pela autonomia da contratação atuação da vontade humana como fonte de modelação de seus conteúdos jurídicos. Nessa tônica, a conceituação dos deveres de conteúdo positivo impostos ao titular de um direito real, tanto em face de normas de direito privado quando por aquelas de direito público, são relevantes na compreensão do caráter *propter rem* dessas relações.

Vale dizer, que a despeito da existência do princípio de *numerus clausus*, pode se partir da premissa que se estabeleça a oportunidade de situações jurídicas com eficácia real, com controle de legitimidade na autonomia da vontade, para não transgredir o sistema.

É de se crer que os critérios de legitimação para os modelos dos tipos de direito real, venham fixados a luz da disciplina civil constitucional da atividade econômica privada, da boa fé contratual e da função social da propriedade.

---

<sup>96</sup> MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 9.

### 3.2 Definição

A melhor definição de direito real, não pode se afastar do princípio da autonomia privada na formação de relações, características da nossa cultura jurídica, nascidas nas codificações dos séculos XVIII e XIX. A auto-regulamentação dos indivíduos tem limites em cada um dos ramos do direito privado, em função dos valores próprios e a estes referentes.

Nesse contexto a liberdade de contratar, que encontra amplo espaço de atuação no direito obrigacional, tem em relação ao direito real um número fechado estando vedada a constituição de formas ou figuras a este título, não previstas em lei.

Podemos concluir que o princípio do *numerus clausus* se refere a impossibilidade de criação, pela autonomia da vontade, de outras categorias de direitos reais que não as estabelecidas em lei, ou ainda, que os direitos reais não podem resultar de uma convenção entre sujeitos jurídicos.

Por outro lado, o princípio da tipicidade dos direitos reais significa, em apertada síntese, que o estabelecimento destes direitos não pode contrariar o conteúdo estrutural dos poderes conferidos, pelo ordenamento, ao titular da situação jurídica de direito real. Esta necessidade de respeito à estruturação dos poderes conferidos ao titular decorre do conteúdo típico dos direitos reais previstos em lei. A tipicidade é assim um corolário necessário do princípio do *numerus clausus*, pelo qual há competência exclusiva do legislador para a criação de categorias de direitos reais. Em outras palavras, enquanto o princípio da tipicidade se refere ao conteúdo estrutural do direito real, e portanto, à modalidade de seu exercício, o princípio do *merus clausus* diz respeito única e exclusivamente à fonte do direito real.

### 3.3 Sistematização

A consideração bipartite dos direitos, contemplada na legislação civil moderna, não nasceu nos primórdios da civilização, tendo sido construída pela doutrina, a partir da sistematização alcançada no desenvolvimento da ciência jurídica. Assim, se nos dias atuais,

adveio nesse contexto a distinção entre direitos reais e direitos pessoais, é certo que no período clássico não se conheciam duas noções. A expressão latina “*ius in re*”, que para nós hoje é usada para designar os direitos reais, nem é vista com tal significado nas fontes do Direito Romano<sup>97</sup>.

Portanto, a sistematização contemporânea nessa seara, onde se designa direito real como o poder sobre a coisa, que é oponível *erga omnes*, e o outro, que menciona direito pessoal, com a qualidade de vínculo jurídico entre pessoas, permitindo uma exigir da outra, cumprimento de prestações que podem ser de dar, fazer, ou não fazer algo, se constitui numa modernidade consagrada no utilitarismo. Certamente derivado da distinção no plano do Direito Processual, que dividia as ações em *actio in rem* (ação real) e *actio in personam* (ação pessoal).

No direito romano, a *actio in rem* era uma ação através da qual o autor afirmava o seu direito sobre a coisa, sendo o réu a pessoa que havia se colocado entre o autor e a coisa que lhe pertencia. Na *intentio* não figurava o nome do demandado, pois o autor apenas reclamava de um terceiro o respeito ao seu direito sobre determinada coisa, “que podia ser a *plena in re potestas* como um *ius in re aliena*”. O réu não estava ligado ao autor por alguma espécie de obrigação, mas caso o direito do demandante fosse reconhecido pelo pretor ele deveria se abster de embaraçar este direito, assim como todas as demais pessoas.<sup>98</sup> É por esta razão que José Carlos Moreira Alves diz que a *actio in rem* era uma ação *erga omnes* (contra todos)<sup>99</sup>.

A doutrina confirma a lição de que da indeterminação do demandado na *intentio*, adveio classificação até hoje utilizada, de direitos absolutos e relativos. “Os juristas romanos conheceram, pois as ações em que o réu estava devidamente identificado como pessoa (ações pessoais) e outras que visavam conseguir ou obter certo objetivo, sem cuidar do sujeito passivo, fazendo-se a reivindicação contra quem tivesse a coisa em seu poder (ações reais)”<sup>100</sup>.

Nessa classificação, são absolutos todos os direitos em que os sujeitos passivos são indeterminados, e relativos, o que possuem sujeitos passivos determinados. Por sua vez, os direitos absolutos podem dizer respeito a bens que estão na própria pessoa de seu titular, e são

---

<sup>97</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**: história do direito romano; instituições do direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1. p. 258.

<sup>98</sup> MESQUITA, Manuel Henrique. **Direitos reais**. Coimbra: Petroni, 1967. p. 43.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>100</sup> WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10.

denominados, neste caso, direitos da personalidade, como por exemplo, o direito à vida, à saúde, à integridade física, ao nome etc. Por outro lado, os direitos absolutos podem dizer respeito a bens exteriores à pessoa do titular, ou seja, podem relacionar-se a coisas; são os direitos reais.<sup>101</sup>

Assim, o direito real para os romanos, seriam aqueles que, se fossem violados, poderiam ser protegidos pelas *actiones in rem*. Sendo eles eram agrupados em duas categorias, de um lado o direito de propriedade, e de outro os *iura in re aliena*, que são direitos reais limitados. Estes poderiam ser de gozo, como as *servitutes* (servidões), o *usufructus* (usufruto) e o *usus* (uso). Poderiam ser de garantia, como o *pignus datum* (penhor) *pignus conuentum* ou *hypotheca* (hipoteca). Posteriormente, foram incorporados aos *iura in re aliena* de gozo a *emphiteusis* (enfiteuse) e a superfícies (superfície)<sup>102</sup>.

A bem da verdade a definição de direito real, só foi explicitada na idade média pela escola dos glosadores, que uniram as idéias de *ius in re* e *ius in re aliena*, e através do que ambos tinham em comum, formulou-se uma definição de direito real.<sup>103</sup>

O destaque merece nota, à vista da controvérsia constante da doutrina, acerca do entendimento de que as obrigações decorrentes da coisa, chamadas *propter rem* se situariam no âmbito do direito pessoal e não no direito real.

Veja-se que na tradição do sistema, o direito real é conceituado como um poder direto de uma pessoa sobre uma coisa, ou uma “relação jurídica” estabelecida entre o sujeito e o respectivo objeto. Sendo comum a expressão de que o direito real consiste numa relação entre uma pessoa e a coisa, porém, esta afirmação é feita unicamente para melhorar o entendimento do assunto, “pois não se admite a relação jurídica entre uma pessoa e uma coisa”.<sup>104</sup>

Levantando crítica veemente a esse conceito que prevaleceu por longo período na história, surgiu no século XIX, fundada no pensamento de Kant, corrente filosófica que preconizava a inter-subjetividade essencial de toda relação jurídica, não admitindo por esse fundamento, sua instalação entre o sujeito e a coisa.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> WALD, op. cit., p. 11.

<sup>102</sup> ALVES, v. 1, op. cit., p. 258-259.

<sup>103</sup> MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 2000. p. 44.

<sup>104</sup> PODESTÁ, Fábio Henrique. Obrigação *propter rem*. **Revista da Faculdade de Direito das FMU**, São Paulo, v. 9, n. 12, p. 246, nov. 1995.

<sup>105</sup> MESQUITA, 2000., op. cit., p. 47.

A essa crítica segue-se uma outra, a da existência de direitos reais que não conferem poder direto sobre a coisa, como por exemplo, a hipoteca; e ainda, dos direitos pessoais que conferem poder direto sobre a coisa, como acontece no contrato de locação. Sendo assim, de acordo com este entendimento, o poder imediato e direto sobre ela não pode ser incluído na condição de característica de todo direito real.

Essa premissa realça uma ótica personalista, através da qual o poder conferido ao titular de um direito sobre uma coisa, excluiria todas as demais pessoas de qualquer ingerência sobre a mesma, sempre que esta for incompatível com o conteúdo do direito. Assim, sua eficácia, num primeiro momento, seria oponível contra todos, mas passaria a ser individualizada, na violação; e seu titular, por isso, poderia buscá-la (direito de seqüela) em poder de quem a tivesse injustamente detendo, numa posse ilícita<sup>106</sup>.

A *actio in personam*, por sua vez, seria exercida em face de determinada pessoa (o devedor), mediante a qual o autor reclamava adimplemento de obrigação que o réu não havia cumprido. Nesta ação, somente poderia figurar no pólo passivo o devedor, sendo conhecido desde a formação da obrigação. Atualmente o preceito não poderia ser visto como uma regra, pois existem as obrigações ambulatorias.

### 3.4 Distinção

Para fixar-se a distinção se faz relevante considerar o sujeito de direito. Os direitos pessoais possuem uma dualidade de sujeitos determinados, ou determináveis, que são o sujeito ativo e o sujeito passivo. E isto caracteriza a relação jurídica obrigacional; ao passo que nos direitos reais há apenas um sujeito determinado, que é o titular, uma vez que os direitos reais regulamentam a relação entre homem e a coisa<sup>107</sup>.

Com efeito, sendo os direitos reais, direitos absolutos, oponíveis *erga omnes*, não implica crer, no entanto, que possam ser opostos contra qualquer pessoa, mas apenas contra

---

<sup>106</sup> PODESTÁ, op. cit., 1995.

<sup>107</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 8.

quem os ameace ou deles se aproprie.<sup>108</sup> Dentro desta classificação, os direitos pessoais são direitos relativos, pois são oponíveis somente a quem faça parte da relação jurídica controvertida.

Vale dizer, que o direito real terá sempre por objeto uma coisa corpórea ou incorpórea (propriedade intelectual), enquanto que o direito pessoal atuará sempre em face de uma prestação.

No âmbito do direito real não é possível a criação de espécies não previstas na lei, na medida que o princípio da taxatividade ou do *numerus clausus*, implica no exaurimento da classificação entre as figuras nominadas pelo legislador. Por outro lado, no campo do direito pessoal vige o princípio da autonomia da vontade, já que as partes podem criar contratos inominados, desde que não contrariem o direito, os bons costumes, a moral e a ordem pública.

A extinção no campo do direito pessoal advém pela inércia do sujeito, ao passo que o direito real continua existindo até que advenha uma situação contrária aos seus pressupostos atingindo o titular. E ainda, quando houver renúncia e abandono, ou quando a coisa perecer.<sup>109</sup>

As obrigações de forma geral, têm natureza transitória; nascendo para cumprir a função econômica, social e jurídica, lhes atribuída pelo sistema. Extinguem-se por seu cumprimento, pela realização do objeto. Assim, o direito real, em regra, é permanente, mas existem direitos reais que são limitados no tempo, como por exemplo, o usufruto, e também há obrigações que se protraem no tempo, como algumas obrigações negativas.

No que tange ao direito de seqüela, tal seja, o de buscar o bem onde quer que ele esteja e das mãos de quem quer o injustamente detenha, este é atributo exclusivo dos direitos reais. Nos direitos pessoais, não há vinculação de terceiro, salvo nos casos de obrigações reais, em que o adquirente, em face dessa condição assumida, torna-se devedor, do que sobre a coisa pesar.<sup>110</sup>

Nesse diapasão, o exercício do direito de seqüela, como atributo do direito real, reclama a individualização da coisa; enquanto que nos direitos pessoais, a prestação pode ter como objeto coisas determináveis pelo gênero, quantidade e qualidade, nas espécies

---

<sup>108</sup> GOMES, 1967, op. cit., p. 34.

<sup>109</sup> LOPES, Manoel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. v. 2. p. 19.

<sup>110</sup> Ibid., p. 21

fungíveis.

A liberação do encargo pelo abandono, por sua vez, é uma característica do direito real, podendo o titular, abandonar o bem móvel ou imóvel com essa finalidade. Hipótese inexistente no campo dos direitos pessoais, onde a obrigação se constitui pelo objeto anotado no título e em relação ao sujeito passivo, vinculado ao cumprimento.

Nada mais distintivo, no entanto, que a prescrição aquisitiva dos direitos reais, podem ser objeto da usucapião, evento impossível pela natureza dos direitos de crédito. O direito real é *ius in rem*, ou seja, direito sobre a coisa, ao passo que certos direitos pessoais são *ius ad rem*, ou seja, direito à coisa, como as obrigações de entregar coisas para sobre elas construir o domínio.

### **3.5 Os tipos do artigo 1.225**

O Código Civil adotando o critério da tipologia exemplificativa descreve os chamados direitos reais, e que acarretam na seqüência, as obrigações ditas *propter rem*, à qual se sujeitam os que tiverem a propriedade, conforme indica no primeiro inciso do dispositivo legal, cujos atributos ativos são impostos a todas as demais pessoas na condição de atributo do proprietário. E entre os passivos, surgem os deveres decorrentes dessa titularidade, em face das pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, que reclamem do interessado uma conduta própria, quer seja reconhecendo seus direitos subjetivos, quer seja, satisfazendo alguma contraprestação.

#### **3.5.1 A Propriedade**

No pólo ativo desse instituto, está o proprietário da coisa, que passa a responder por todas as obrigações que resultem do imóvel, mesmo as oriundas de períodos anteriores a aquisição. E em relação a terceiros que eventualmente estejam vinculados a uma conduta ativa advinda desse direito, em decorrência por qualquer forma legítima, entre elas a lei ou o contrato.

Assim, a característica original dos direitos reais, transfere ao adquirente, os ônus incidentes sobre a coisa e sendo a propriedade, o direito real mais amplo, dela deflue as obrigações *propter rem*, independentemente da vontade do titular.

Nesse poder de senhorio, descrito de forma analítica pela lei civil, como atributos do proprietário (*ius utendi, fruendi, abutendi*), se insere a coisa no seu sentido global, inclusive em relação aos encargos que originariamente não correspondiam aos interesses imediatos do adquirente.

Nesse tônica entre outros se avolumam as limitações a tais poderes, que esbarram nos direitos de vizinhança, vedando-lhe o uso nocivo, na observância da função social da propriedade, que presentes em normas de ordem pública; constituindo-se algumas delas, obrigações *propter rem* de caráter impositivo, das quais não se libera o titular, enquanto não satisfeitas.

Portanto, a faculdade de usar, pressupõe a coisa a serviço de seu titular sem altera-lhe a substância; podendo nele habitar ou permitir que terceiro o faça; o que inclui uma conduta estática, mantendo a coisa em seu poder, até sem uma utilização dinâmica, quando assim entender, servindo-se de uma forma geral da coisa. Extraíndo por sua vez, no gozo, os benefícios e vantagens da percepção de frutos naturais ou civis. Na livre disposição, tem a oportunidade de consumir o bem e alterar-lhe a substância, aliená-lo ou gravá-lo; sendo o poder mais abrangente, caracteriza efetivamente a titularidade, à par do direito de seqüela, qual o legitima a buscar a coisa junto a quem quer que a injustamente detenha.

Destarte, ainda que ao proprietário não se garanta o exercício ilimitado, *ad sidera et ad inferos*, como se sustentava no direito intermédio, não podendo ser utilizado de forma abusiva, sem finalidade irregular ou abusiva, haverá de ser presumida plena e exclusiva, até prova em contrário.

Não é demais destacar, como pondera de forma razoável a doutrina<sup>111</sup>, que existe um conceito flexível do direito de propriedade, pois, no seu estágio atual, tal como reflete nosso Código, sua estrutura jurídica caminha na determinação de sua realidade sociológica, absorvendo as transformações tão substanciais, quanto àquelas que caracterizaram o instituto e inspiraram sua concepção feudal.

---

<sup>111</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil: direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4. p. 81.

Portanto, se a princípio foi o fato que a concebeu, num pressuposto individualista, mais tarde foi a norma que a disciplinou, aperfeiçoando-a às exigências sociais e à harmonia da coexistência. No atual regime constitucional, os interesses patrimoniais da propriedade, acham-se disciplinados no sentido de compatibilizar a situação jurídica de proprietários com a de não proprietários, derivando da tal compatibilidade, o preciso conteúdo da noção contemporânea da propriedade.<sup>112</sup>

Nessa tônica, a propriedade que é apresentada como o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida psíquica e moral<sup>113</sup>, se exterioriza nos atos específicos declinados pelo legislador, no artigo 1.228 do Código; mas se formaliza no domínio, como direito real que vincula legalmente e submete ao poder da vontade, a coisa corpórea<sup>114</sup>. E, por direito de propriedade, se pode concluir, como sendo aquele que tem uma pessoa, de tirar diretamente de uma coisa, toda a sua utilidade jurídica<sup>115</sup>.

Com efeito, materializados os atributos do domínio na vontade consciente do titular, e seguido do título aquisitivo formal, compreender-se a propriedade plena, oponível *erga omnes*, mas exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, sem abusividade e intuito prejudicial.

Assim, ressalvadas as intervenções e restrições administrativas, algumas atuando através de obrigações ditas *propter rem*, as limitações também decorrem de ato voluntário, correspondendo a meras faculdades da concessão de outros direitos reais.

### 3.5.2 A Superfície

Consta a seguir no inciso II, o direito de superfície, que proporciona a seu exercente, a oportunidade de construção ou plantação sobre solo alheio, sem que as acessões venham a se integrar ao principal durante sua vigência.

---

<sup>112</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 283.

<sup>113</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das coisas**: posse, propriedade, direitos autônomos, direitos reais de gozo sobre coisas alheias. Brasília, DF: Senado Federal, 2003. v. 1. p. 34.

<sup>114</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Brasília, DF: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 24.

<sup>115</sup> FULGÊNCIO, Tito. **Direito real de hipoteca**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1. p. 7.

Assim, até que o direito concedido alcance o seu termo final, o domínio do que ali houver sido implantado pelo superficiário, a este pertencerá com exclusividade, a título de propriedade resolúvel separada da propriedade do solo, não deixando este de pertencer ao *dominus soli*.

Mas, chegando o direito de superfície ao termo por que foi constituído, cessa o motivo da suspensão da acessão e esta retoma seu efeito aquisitivo no total de seu vigor, por isso que o acessório passa, de imediato, a seguir a sorte do principal (solo) e o *dominus soli* adquire, em consequência, a propriedade da construção ou plantação, de pleno direito, com ou sem a obrigação de indenizar, pois a acessão é modo de adquirir.<sup>116</sup>

No âmbito do direito real, a noção se distancia do sentido meramente etimológico, indicativo da parte superior da coisa corpórea, mas abrange orientação superior à da própria geometria, considerando as dimensões externas, a largura, o comprimento e altura, onde florescem plantações, criações ou edificações do solo e subsolo, se inerente ao objeto da concessão.

O superficiário assume a utilidade direta da coisa, conservando-se o concedente, posse indireta; sem que lhe seja lícito turbar o exercício do direito concedido. No dizer da doutrina: “Alguns aspectos marcantes podem ser destacados nesse instituto, que é altamente complexo, havendo um direito de propriedade do solo, que pertence necessariamente ao fundeiro; um direito de plantar ou edificar, o direito de implante; e há o *direito ao cânon*, ou pagamento, se a concessão for onerosa”<sup>117</sup>.

Após a implantação da atividade pelo titular do direito de superfície, merece destaque a propriedade da obra, que cabe ao superficiário, seguida da expectativa de aquisição pelo fundeiro e o direito de preferência atribuído ao proprietário ou ao superficiário, para a hipótese de haver sido alienados os respectivos direitos.<sup>118</sup>

Trata a regra do artigo 1.369, do Código Civil, de uma concessão que o proprietário faz a terceiro, para a utilização do bem nos termos da avença. A norma do nosso sistema jurídico, não menciona direito correlato, expresso no Código Civil Português, tal seja, o de que manter no local as plantações e construções já existentes; sem que isso afaste essa oportunidade, ainda que não prevista no contrato, à vista da função social lhe comunicada por

<sup>116</sup> TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O direito real de superfície**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993. p. 54. (destaque do autor).

<sup>117</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5. p. 391.

<sup>118</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito civil: reais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1987. p. 466.

extensão.

Com efeito, os acréscimos lançados em obra inacabada e que venha a ser concluída pelo superficiário, denominados sobrelevação pela doutrina lusitana, ficam ao final da concessão, integrados, já que o direito concedido abrange a utilização do solo e espaço aéreo, obedecendo-se a legislação urbanística. É o implante que se acresce ao existente na superfície. Valendo destacar que o contrato gera efeitos pessoais entre as partes e que a eficácia de direito real, somente se obtém com o registro imobiliário. Pressupondo ainda a lei civil, no artigo 1.377, que o direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, se rege por essa norma, no que não for disciplinado por regra especial.

Ademais, o direito de superfície de imóveis urbanos, por sua vez, vem tratado no chamado Estatuto da Cidade, a Lei 10.257/01, no artigo 21 até o artigo 23, cujo regramento prevalece nessas circunstâncias, em princípio em face de lei posterior, à vista da especialidade, podendo observar prazo determinado ou indeterminado; enquanto a regra civil preconiza apenas a primeira hipótese.

Prevalece no trato desse instituto, a possibilidade de transmissão do direito a terceiro e aos herdeiros na sucessão *causa mortis*, tendo em vista a sua natureza; podendo a concessão ser extinta por infração contratual, ou dar margem à uma ação de cobrança. Beneficiando as partes, ainda, o direito de preempção, tanto na alienação do imóvel como do direito de superfície, em igualdade de condições com outros interessados. Figurando o desaparecimento da coisa, como evento que afeta e produz a extinção da concessão de superfície, antes do seu termo regular.

### 3.5.3 As Servidões

Na seqüência, a norma faz referência expressa no inciso III, às servidões, compreendendo-se entre elas as de uso e de passagem, reconhecidos direitos reais sobre coisas alheias, que restringem sobremaneira o absolutismo do direito de propriedade, criando para o beneficiário a submissão do proprietário ao direito alheio, inclusive no aspecto *propter rem* da obrigação advinda.

A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, gravando o serviente, que embora seja de titularidade diversa, passará a atender a necessidade do imóvel próximo, constituindo-se mediante declaração de seus titulares, ou decisão judicial, lançadas formalmente, em qualquer hipótese, no Cartório de Registro de Imóveis. Tem por objeto, proporcionar utilidade para o encravado, ainda que à custa de uma restrição ao vizinho, não necessariamente contíguo.

Os sujeitos ativos e passivos que emergem nas servidões são seus proprietários, ainda que, seria ônus sobre o prédio, pois não há relação jurídica sem os figurantes nesses pólos. Havendo ao certo, uma possível transitoriedade que alcança sempre aquele que estiver na condição de titular. Uma obrigação considerada *propter rem*, e que permanece enquanto dever positivo de observação, vinculado a titularidade. Admitindo o abandono liberatório, excepcionalmente, por acompanhar a coisa como encargo personalístico.

A doutrina confirma o entendimento de que:

[...] sobreleva-se e acentua-se a natureza eminentemente real desse direito sobre coisa alheia. Sendo esse, portanto, o conteúdo das servidões. Busca-se a utilidade, a maior comodidade, o incremento do valor econômico do prédio dominante. Interessante notar que não cinde a propriedade; exerce-se sobre a propriedade de outrem, ambas permanecendo íntegras.<sup>119</sup>

Haverá, assim, uma vantagem de utilização no conteúdo da servidão, em favor de um dos imóveis e a restrição de gozo para o outro. São os dois aspectos correlatos, na servidão e que se estabelecem com natureza real e permanente. Não admitindo origem indiscriminada, mas um interesse finalista utilitário. Harmoniza convivência e facilita a utilização, possibilitando a correção de desigualdades naturais entre prédios vizinhos ou próximos.

Como visto, resulta do direito de vizinhança, facilitando o aproveitamento de prédios, não decorrendo de imperativo na vontade, mas num direito de acesso que torna cômoda a utilização, e na obrigatoriedade de permissão. Exigindo-se inclusive atitude omissiva em relação à providência que normalmente poderia ser exercida, mas que passa a ser limitada no prédio dominante em favor do serviente.

Resultando a classificação das servidões, em positivas e negativas, no que diz respeito à conduta ou permissão da prática de atos ou abstenções; além das aparentes e não aparentes,

---

<sup>119</sup> VENOSA, v. 5, op. cit., p. 401.

cuja distinção diz respeito à exteriorização do direito real, sendo estas as imperceptíveis e não visíveis, como as de não construir. Admitindo o artigo 1.379 do Código Civil atual, a oportunidade do reconhecimento antes do registro imobiliário. As de caminho podem ser consideradas aparentes se deixados sinais localizados, como marcas de rolamento no solo.

O gravame decorrente da servidão, como princípio clássico de direito privado, pode em concreto ter relevância para assegurar obras e serviços públicos, advindo a denominada servidão administrativa, onde não existe a noção de prédio dominante ou serviente, mas restrição ao direito de propriedade privada em prol de benefício público relevante. As formas e circunstâncias da restrição, podendo ou não, carrear indenização do particular.

As características postas pela jurisprudência, a seu turno, desde a Súmula 414 do STF, conferem às servidões de passagem, a tutela possessória, nas hipóteses de indiscutível aparência e continuidade, ainda que não tituladas. Negando-se a possibilidade às descontínuas e não aparentes.

Cabendo para concluir, que elas se ligam ao imóvel alheio por vínculo real acessório e não subsistem destacadas dos prédios, sob pena de se constituir instituto diverso, podendo ser estabelecida, inclusive em favor da enfiteuse e do usufruto.<sup>120</sup>

#### 3.5.4 O Usufruto

Por oportuno, segue-se o usufruto, do inciso IV, nas suas respectivas particularidades, equivalendo a um direito real transitório que garante a seu titular o poder de usar, gozar e fruir, durante certo tempo e sob certa condição, inclusive vitaliciamente, de bem que pertença a outra pessoa.

Nesse passo, embora qualificado como direito real de utilidade razoável em bens corpóreos, pode alcançar os incorpóreos, como créditos e direitos autorais, não classificados como tais, sem perder a condição de direito para usar e gozar de coisa alheia.

A valer a denominação romana contida no Digesto, cuidar-se-ia de direito *utendi* e

---

<sup>120</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v.17. p.189.

*fruendi*, sem que o usufrutuário seja titular do *ius abutendi*, tal seja, o direito de alienar e consumir o bem na sua substância; que se reserva ao nu-proprietário. Assim, a finalidade ou essência do instituto, sempre se relacionou com o direito de família, para salvaguardar pessoas que não ingressavam na cadeia sucessória, ou se tornando herdeiras dispusessem da utilidade do patrimônio, do seu caráter alimentar, afastando o estado de penúria, sem dispor em prejuízo de outrem.

Com efeito, exige transcrição imobiliária no respectivo registro, averbação junto à matrícula, garante direito de seqüela em favor do usufrutuário, que conserva sua posse, sendo o nu-proprietário, o possuidor indireto. Vale dizer que fruirá da coisa auferindo frutos naturais ou civis, podendo cedê-la, dá-la em locação, celebrando eventuais negócios atípicos com essa finalidade.

### 3.5.5 O Uso

Ainda, o uso, do inciso V, assinalado como um direito real sobre coisa alheia, diferentemente do usufruto, não pode quanto ao seu direito e seu exercício ser cedido.

O artigo 1.412, *caput*, do Código Civil preceitua que “o usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quando o exigirem as necessidades suas e de sua família”. A avaliação das necessidades pessoais do usuário e de se sua família, bem como os elementos que a compõe, devem ser levadas a efeito, segundo o critério estabelecido na norma jurídica (artigo 1.412, §§ 1º e 2º), mas se o detentor do uso tiver sob sua dependência econômica alguma outra pessoa, que não as arroladas na norma citada e fizer a prova da necessidade, judicialmente, advirá aplicação do dispositivo, por não contrariar a natureza desse instituto.<sup>121</sup>

Nesse passo, a constituição do direito de uso impõe restrição ao titular do domínio, que se opera durante todo o período de vigência do instrumento constitutivo, quando então se transfere ao usuário a utilização imediata do bem para que use a coisa e perceba os seus frutos de acordo com as suas necessidades e de sua família, havendo a possibilidade de ser ampliado ou diminuído, conforme a sua condição social e o local em que vive, porém esse direito e o

---

<sup>121</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3. p. 327-328.

seu exercício não pode ser cedido em face de ser intransmissível e personalíssimo. Vale dizer, que se o usuário falecer o uso não se transmitirá aos seus herdeiros.

Diante dessa particularidade, o uso se apresenta como sendo direito um real, transitório, indivisível, intransmissível ou incessível e personalíssimo.<sup>122</sup> E quanto ao seu objeto, o direito de uso pode recair tanto em bens móveis (infungíveis e inconsumíveis), imóveis, bens corpóreos ou incorpóreos. A doutrina tradicional, nessa seara, preleciona que o bem incorpóreo só pode ser objeto de uso o direito real de reprodução, se gratuitamente.<sup>123</sup>

Com efeito, é de se destacar que o direito a concessão gratuita de uso especial (imóvel público até 250m<sup>2</sup> – área urbana) para fins de moradia àquele que até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente, e sem oposição, fazendo do mesmo a sua morada e de sua família, desde que não proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Esse direito é transmitido por ato *inter vivos* ou *causa mortis* e sua extinção se opera quando o concessionário dar ao imóvel destinação diversa a moradia, adquirir propriedade ou obter concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural. Atendidas as mesmas condições, exceto quanto à moradia, o Poder Público poderá consentir, gratuitamente, o uso do imóvel para fins comerciais. O instrumento de concessão de direito real de uso de imóvel público, deve ser inscrito no cartório de registro de imóveis e a sua extinção deverá ser averbada (Medida Provisória n. 2.220/2001 e Lei 6.015/73).

Quanto ao ato de se constituir o uso, imprescindível a presença do constituinte (a pessoa que é proprietária do bem e cede o seu uso) e do usuário (a pessoa beneficiada por tal direito), com a observância da capacidade e legitimidade das partes, para a concretização da relação jurídica e de seus efeitos, pois o uso provém: a) de ato jurídico “*inter vivos*”, isto é, pela vontade das partes que se concretiza, se imóvel através de escritura pública transcrita no registro imobiliário, se móvel pela tradição; b) ato jurídico “*mortis causa*”, ou seja, através testamento, sentença judicial e por usucapião, desde que atendidos os requisitos prescritos na lei.<sup>124</sup>

A constituição do direito real de uso sobre coisa alheia transmite ao usuário, respectivamente, direitos e deveres, entre eles, fruir a utilidade da coisa, extrair os frutos para satisfazer as suas necessidades e às de sua família, introduzir benfeitorias; empregar os meios

---

<sup>122</sup> PEREIRA, 2004, v. 4, op. cit., p. 253.

<sup>123</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 11. p. 419.

<sup>124</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4. p. 443.

necessários para a conservação da coisa para devolvê-la como a recebeu, não opor impedimento ao exercício dos direitos do proprietário, devolver a coisa na época e nas condições fixadas, sob pena de responder por perda e danos a que sua mora der causa.<sup>125</sup>

Na hipótese da extinção do uso são aplicáveis, exceto no que for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto, por força da norma do artigo 1.413 do Código Civil.

### 3.5.6 A Habitação

O direito de habitação vem a seguir, no inciso VI, confirmando sua categoria autônoma de direito real e o artigo 1.414 a sua temporariedade, sendo que o seu objeto é um bem imóvel (não exclusivamente urbano), cuja destinação é prestar moradia gratuita, não se estendendo a estabelecimento de fundo de comércio ou de indústria.

Todavia, a destinação do imóvel à moradia não impede que o habitador exerça atividades compatíveis com o direito de residência tais como prestação de serviços e pequeno comércio.<sup>126</sup>

As restrições contidas na segunda parte do *caput* do artigo 1.414 dão conta de que esse direito é limitado e personalíssimo, em razão de seu titular não poder alugar e nem emprestar o imóvel alheio, mas tão somente ocupá-lo com sua família.

Entretanto, se o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa (habitação conjunta), conforme previsto na norma jurídica (artigo 1415), um não poderá inibir o outro de exercer esse direito e aquele que desistir da moradia não poderá cobrar do outro o pagamento do aluguel.

Outra característica do direito real de habitação é que não fixa o domicílio, pois a habitação é permanência temporária sem ânimo definitivo de ali permanecer, entretanto não retira do habitador direitos, entre eles, a exigência de respeito ao direito de moradia, defesa de sua posse e receber indenização pelas benfeitorias necessárias que fizer; e deveres, tais sejam, guardar e conservar o prédio; não alugar e nem emprestar o imóvel, além de pagar os tributos

---

<sup>125</sup> DINIZ, 2007, v. 4, op. cit., p. 444.

<sup>126</sup> VENOSA, v. 5, op. cit., p. 451

que recaírem sobre ele.<sup>127</sup>

Nessa consequência, o direito real de habitação, por sua peculiaridade, é limitado, personalíssimo, temporário, indivisível, intransmissível e gratuito.<sup>128</sup> Assim, a norma do artigo 1.831, do Código Civil, prescreve, expressamente, o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens e sem prejuízo na participação na herança, desde que o imóvel destinado à residência familiar seja o único a inventariar. Esse direito real sucessório se fixa no momento da abertura da sucessão e comporta renúncia, que deve ser expressa, por meio de escritura pública ou por termo nos autos.

De qualquer modo, o direito de habitação só se torna direito real com o registro imobiliário, não constando essa providência formal, haverá mera relação obrigacional entre o instituidor e o instituído, sem eficácia real.<sup>129</sup>

O direito real de habitação extingue-se, nessa consonância, do mesmo modo que o usufruto (artigo 1.416), guardando ambos, uma similitude e equivalência derivada da finalidade e forma de exercício.

### 3.5.7 O Direito do Promitente Comprador do Imóvel

Na proporção, o legislador menciona ainda, no inciso VII, o direito do promitente comprador do imóvel, e inovando no sistema legal pátrio, confirma na aquisição por mera promessa, todos os atributos que se aperfeiçoam com a plena transmissão pela pública forma, antes de sua efetivação.

Vale dizer, que sem negar a tradição de nosso sistema jurídico, na pessoa do compromissário comprador, se acentuam as obrigações derivadas da coisa recebida por simples promessa.

Nesse passo, o mais antigo dos contratos, praticado desde os primórdios, quando ainda

---

<sup>127</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 329-330.

<sup>128</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 448.

<sup>129</sup> VENOSA, v. 5, op. cit., p. 451-452.

nem se tinham cunhado as primeiras moedas<sup>130</sup>, ganha no sistema, foro de direito real, possibilitando que os credores das obrigações *propter rem* venham a demandar por conta dos débitos derivados da coisa, a figura dos meros compromissários. Bastando que esses exteriorizem a praticam de atos próprios de titulares. A exteriorização de atos equivalentes ao do titular do domínio, evidencia no compromissário, sua equiparação ao obrigado pelo cumprimento.

A norma codificada, num inegável avanço, deixa de entrever como responsável pelo adimplemento das obrigações *propter rem*, apenas o proprietário da coisa, pressupondo que a pessoa do compromissário comprador do imóvel, vem a ser responsável pelas dívidas oriundas da titularidade.

Nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais, por sua vez, tem confirmado esse entendimento, não sendo demais destacar nos arestos que seguem, as idéias básicas que fundamentam a premissa:

Recurso Especial. Cotas Condominiais. Promessa de compra e venda. Responsabilidade. 1. Alienada a propriedade por "compromisso de compra e venda", "enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel" (Art. 1.245, § 1º, do novo Código Civil). 2. Se não há elemento seguro a indicar que o promitente comprador exerceu posse direta sobre o imóvel, a responsabilidade pelo pagamento das cotas condominiais é do promitente vendedor.<sup>131</sup>

Além de:

Ação de obrigação de fazer. Instalação de toldo na sacada sem a autorização do síndico. Unidade vendida sem escritura registrada. Legitimidade passiva do promitente vendedor. 1. O promitente vendedor de unidade imobiliária, posto que não registrada a escritura, não tem legitimidade passiva para responder ação destinada a fazer retirar toldo instalado em sacada do imóvel, ainda mais quando sabia o condomínio da transação efetuada tanto que já emitia a cobrança das despesas condominiais para o promitente comprador, único capaz de cumprir a ordem judicial se procedente o pedido. 2. Recurso especial conhecido e provido.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil: contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004. v. 3. p. 171.

<sup>131</sup> STJ - REsp. 722.501/SP, Rel. Min.Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Min.Humberto Gomes de Barros, 3ª. T., julg.em 27.02.2007, DJU 28.05.2007. p. 326.

<sup>132</sup> STJ - REsp. 657.506/SP, Rel. Min. Menezes Direito, 3ª. T., julg.em 21.11.2006, DJU 19.03.2007. p. 321.

E ainda:

Recurso Especial - Embargos do devedor - Promessa de Venda e Compra - Rescisão Judicial - Determinação de restituição pelo promitente-vendedor de parte do montante pago - Correção monetária - Juros de mora - Termo inicial - Recurso parcialmente provido. 1. É assente nesta E. Corte de Uniformização Infraconstitucional que a correção monetária não constitui gravame ao devedor, não é um *plus* na condenação, mas tão-somente fator que garante a *integra restitutio*, que representa a recomposição do valor real da moeda aviltada pela inflação. Destarte, para que a devolução se opere de modo integral a incidência da correção monetária deve ter por termo inicial o momento dos respectivos desembolsos, quando aquele que hoje deve restituir já podia fazer uso das importâncias recebidas. 2. De igual modo é mansa a orientação no sentido de que os juros de mora, como acessórios do capital, são exigíveis, ainda que não haja pedido expresso ou determinação na sentença, na qual se reputam implicitamente incluídos, consoante enunciado sumular n.º 254 do Colendo Supremo Tribunal Federal. 3. A situação *sub examen* envolve particularidades que merecem destaque, quais sejam: a rescisão contratual foi postulada pelo ora recorrente em razão do inadimplemento da recorrida e havia expressa previsão contratual de decaimento de todas as parcelas pagas na hipótese de rescisão por culpa da promitente-compradora. Assim, afigura-se cristalino que a obrigação de reembolso de percentual do montante pago somente surgiu com a redução da cláusula penal determinada, já em sede de apelação, na ação de conhecimento. 4. Se antes do v. acórdão que concluiu pelo reembolso de parte do valor pago não se pode falar sequer na existência da obrigação de restituição, revela-se claro que somente com a passagem em julgado de tal decisão é que se tem por devida a prestação, não se podendo falar, até então, na constituição em mora. Logo, os juros decorrentes da mora devem ser computados, in casu, a partir do trânsito em julgado da decisão proferida no processo de conhecimento. 5. Recurso parcialmente provido.<sup>133</sup>

Com efeito, ainda que a titularidade apenas se aperfeiçoe com a transmissão pela forma pública estabelecida na lei civil, o promitente comprador já exercita os poderes inerentes ao proprietário e como tal, personifica as obrigações advindas nessa órbita, tanto principal, quanto acessória.

Assim, é força convir que valores relevantes na ordem social e econômica, liberam o cidadão de sofrer eventuais perdas em seu patrimônio, assegurando ao compromissário comprador, a possibilidade de garantir as relações dele derivadas, inclusive no plano obrigacional, onde passa a responder diretamente pelo cumprimento de importantes encargos.

Portanto, conquanto não opere a transmissão do domínio, podendo limitar-se a transferir a posse, *vacuum possessionem tradere*, como diziam os romanos, o contrato ou o

---

<sup>133</sup> STJ - REsp. 737.856/RJ, Rel. Min.Jorge Scartezzini, 4ª. T., julg. em 12.12.2006, DJU 26.02.2007. p. 598.

compromisso, se mostram hábeis a gerar a propriedade, pressupondo a *traditio* e a *mancipatio*<sup>134</sup>. Nessa ótica, destaca-se a distribuição do fenômeno em duas fases, obrigação e real, fundamentando o princípio informativo em que se baseou o legislador, para adotar na teoria dos efeitos da compra e venda, o momento constitutivo e gerador da obrigação, e aquele da execução e da transferência.

Assim, com fundamento no direito positivo, passa-se a ter no compromisso de compra e venda, que gera esse benefício, um contrato, onde uma pessoa (vendedor) se obriga a transferir a outra (comprador), todos os atributos que detinha sobre a coisa corpórea, mediante o pagamento do preço estabelecido.

Dessa noção, como confirma a doutrina<sup>135</sup>, se ressalta o ponto essencial que marca a posição do nosso Direito, fiel a tradição romana e à determinação histórica existente, reconhecendo que a compra e venda não opera a transmissão do domínio, mas se mantém como causa determinante das relações jurídicas nessa seara, gerando uma obrigação de entregar a *res vendita* e proporcionando ao comprador, a faculdade de acionar o vendedor, inclusive no que diga respeito a haver eventuais perdas e danos. À vista desses aspectos, o compromissário que recebe a posse, a partir dali, se investe na qualidade que gera sujeição às obrigações derivadas daquela coisa, tida como sua, nos termos da convenção, substituindo plenamente o compromissário vendedor, para esses efeitos legais.

Tanto assim, que a caracterização jurídica da relação, na opinião dos mais renomados civilistas<sup>136</sup>, é a bilateralidade, onerosidade, comutatividade, consensualidade e translatividade, pois, cria obrigação para o vendedor e o comprador, ambos dele extraem vantagens, mediante prestações equivalentes, resultante do acordo de vontades formalizadas, não operando a transferência, mas sendo ato causal desta.

Vale crer, como sustenta abalizada doutrina<sup>137</sup>, que o reconhecimento desse direito real, depende sempre de seus requisitos, não bastando mero contrato preliminar, mas sendo fundamental, aquele que contenha a força da irretratabilidade, a inscrição no registro, a outorga uxória, a individuação do bem e a descrição do preço, garantindo ao comprador, a oponibilidade a terceiros; a cessibilidade da promessa, além da oportunidade de buscar a

---

<sup>134</sup> RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas, SP: Bookseller, 1999. v. 2.

<sup>135</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3. op. cit., p. 172.

<sup>136</sup> Tito Fulgêncio, Espínola, Carvalho de Mendonça, Cunha Gonçalves, entre outros.

<sup>137</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 4, op. cit., p. 448.

adjudicação compulsória e conseqüente reivindicação de quem quer que o injustamente detenha.

Não se pode negar a existência de um obstáculo para a validade do ato aquisitivo, no qual a criação de uma obrigação *propter rem* não tutelaria o promissário se houvesse adquirido o bem e sobre a coisa houvesse um direito real de garantia. Assim, tendo o promissário o direito de exigir a transmissão da propriedade da coisa pela celebração de um contrato de compra e venda, não o poderia fazê-lo sobre o domínio onerado<sup>138</sup>. E o cumprimento do direito real de aquisição só se aperfeiçoará após a satisfação da dívida.

Vale dizer, no entanto, que prevalece a aquisição com eficácia real do promissário, podendo dela se valer e obter na via judicial, em sede de tutela específica, uma sentença constitutiva à vista do que lhe fora prometido. Assim, embora a lei não o diga, deve-se lhe assistir esse direito, a despeito da oneração da coisa prometida.<sup>139</sup>

No tráfego diário das relações sociais social, entende a norma legal que basta a simplicidade da sua celebração, considerando-o, perfeito e obrigatório, desde que as partes acordem no objeto e no preço. Prevalecendo por conta disso, a singela confirmação das condições ideais do direito do legítimo compromissário comprador do imóvel. E assim, enquanto não advinda eventual rescisão, mas evidente o direito derivado dessa cláusula, deverá ele responder pelas obrigações *propter rem* dela decorrentes, dispensado o titular do domínio que contratou nesse sentido.

Como se depreende não haverá margem para discutir a sujeição do contratante se a própria relação não estiver sob controvérsia. Mas, se imaginada a ocorrência de uma impossibilidade de entregar a coisa, ou ainda de uma demanda rescisória da compra e venda com fundamento numa *exceptio non adimpleti contractus*, a quem caberá a responsabilidade pelas obrigações atuais, derivadas da coisa, se não ao próprio comprador que a tenha recebido. Pressupondo-se, contudo, ao proprietário ou vendedor, se com ele tenha ficado a coisa. Não se parecendo que possa um outro desate provisório ser dado à controvérsia, por força do pressuposto evidente do legislador atual, na inserção do novel direito real.

Essa lógica tem comento na doutrina<sup>140</sup>, que enfocando a deficiência do Direito

---

<sup>138</sup> MESQUITA, 2000, op. cit., p. 237.

<sup>139</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 1. p. 337.

<sup>140</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Exceções substanciais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968. p. 160

positivo de então (qual persiste nos dias atuais, apesar do avanço experimentado), arvora-se no Direito germânico, entrevendo a continuidade da fase declaratória da ação, para a executória, com o intuito de produzir um efeito imediato de impor a prestação a quem por ela deva ser responsabilizado. Podendo ser tanto um como o outro, condenados a cumprir o contrato reciprocamente.

A conclusão mais lógica e consentânea com o sistema repousaria no reconhecimento de que o direito real do compromissário comprador do imóvel, ainda que nos contratos de execução continuada, havendo sido prevista a entrega da coisa ao adquirente, lhe atribuiria a responsabilidade pelas obrigações *propter rem* que dela derivassem, permanecendo a exigibilidade em relação ao transmitente, quanto ele conservasse a posse em nome próprio; arcando, diretamente com o ônus, se dele vier a ser exigida a responsabilidade, podendo buscar na via autônoma, a compensação do que despende a esse título.

### 3.5.8 O Penhor

Por outro lado, no inciso VIII, está o penhor que se opera pela transferência efetiva de bens móveis, passíveis de alienação, pelo devedor ou terceiro a favor do credor, com o objetivo de se garantir o pagamento da dívida. E se apresenta com os seguintes caracteres jurídicos: a) *é um direito real de garantia*, em face do vínculo entre o bem empenhado e o pagamento do débito, que se constituído por contrato com registro no Cartório de Títulos e Documentos (CC, artigo 1.432) trará para o credor um direito real de ação e de seqüela; b) *é direito acessório* da obrigação que gera a dívida que se visa garantir, malgrado possa ser constituído, posteriormente, e por instrumento distinto.<sup>141</sup>

Via de regra, o penhor segue a obrigação principal, assim, se esta se extinguir, pela prescrição ou for decretada nula, desaparece o direito real<sup>142</sup>; mas de se ver a exceção, prevista no artigo 1.433, II, do Código Civil que permite ao credor reter o bem até receber a indenização sobre a totalidade dos prejuízos sofridos, em consequência de vícios que a coisa empenhada continha (artigo 1.433, III)<sup>143</sup>; c) *Depende da tradição*, que se perfaz com a

---

<sup>141</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 480-481.

<sup>142</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 360

<sup>143</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 481

entrega real da coisa e sua posse pelo credor, não se aceitando a tradição simbólica e nem o constituto-possessório<sup>144</sup>, porém essa exigência não é absoluta, conforme prescreve a norma legal (parágrafo único do artigo 1.431). Formalizada a tradição o credor passa a ser o depositário do objeto empenhado e se responsabiliza por ele, isto é, não o pode desviar, abandonar ou permitir que deprecie ou pereça; d) *recai, em regra, sobre coisa móvel*, pode ser singular ou coletiva, corpórea ou incorpórea.

Diz-se que o penhor é irregular quando recai sobre bem fungível, sem individuação. Nessa circunstância, o credor não fica vinculado à sua conservação e restituição, mas a coisa do mesmo gênero e quantidade, levando ainda o nome de “caução” ou “depósito em caução”, para garantia de débitos futuros ou eventuais<sup>145</sup>; e) *alienabilidade do objeto*, para a solução do débito, além da venda, deve ser a coisa suscetível de disposição por parte de quem a constitui (artigo 1.420); f) *que o bem empenhado pertença ao devedor*, busca-se evitar a nulidade, salvo o domínio superveniente (artigo 1.420, § 1º) e garantia de terceiros (artigo 1.427); g) *não se admite o pacto comissório* (artigo 1.428), pois o credor pignoratício não poderá se apropriar do bem empenhado; h) *é um direito real uno e indivisível*, uma vez que parte do pagamento não libera o bem empenhado, salvo se o contrário se estipulou no título ou na quitação; i) *é temporário*, não pode ultrapassar o prazo estabelecido.<sup>146</sup>

O penhor pode constituir-se por convenção ou por lei. Na primeira hipótese, o credor e o devedor ajustam a garantia pignoratícia para atender ao que lhes convêm, que deverá ser formalizado por instrumento público ou particular (solene), sendo que esse deverá ser levado ao registro no Cartório de Títulos e Documentos (artigo 1.432) para que venha produzir efeitos contra terceiros, sendo que para sua eficácia deverão conter os requisitos previstos no artigo 1.424, incisos, do Código Civil, com a ressalva de que no penhor rural e industrial é necessário mencionar a propriedade em que acham os efeitos empenhados.<sup>147</sup>

Veja-se que, conforme previsto nos dispositivos 1.467, I e 1.470 do Código Civil, a norma confere a esta categoria de credores, tais sejam, os hospedeiros ou fornecedores de pousada ou alimentos, o direito de efetuar o penhor de certos bens, retendo-os, até que recebam o pagamento dos valores que lhes são devidos.

---

<sup>144</sup> RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973. § 110.

<sup>145</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 4, op. cit., p. 282-283.

<sup>146</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 360-361.

<sup>147</sup> Ibid., op. cit., p. 363

Como direito real de garantia, o penhor gera para o credor pignoratício os seguintes direitos: estar na posse da coisa empenhada; invocar a proteção possessória contra terceiros; reter o objeto empenhado até o pagamento da obrigação e das despesas, desde que justificadas e não tenha dado causa a elas; promover a venda judicial do bem gravado; preferência no recebimento da coisa vendida.

Além de exigir, se for o caso, reforço da garantia; ressarcir-se de qualquer dano ou prejuízo em virtude de vício da coisa gravada, desde que ignorado sua existência; receber, em caso de perecimento dos bens ou animais empenhados; apropriar-se dos frutos da coisa empenhada; solicitar a venda antecipada, mediante prévia autorização, sempre que haja fundado receio de que a coisa empenhada se perca ou se deteriore; não ser constrangido a devolver a coisa, ou parte dela, antes de ser totalmente pago.<sup>148</sup>

E, também, deveres, dentre eles, de não usar a coisa; manter o bem gravado, empenhando-se na sua conservação e comunicar o dono da coisa, os riscos de perecimento eventualmente havidos; indenizar ao dono a perda ou a deterioração da coisa se incorreu em culpa; devolver o bem gravado, uma vez que paga a dívida com os frutos e acessões; entregar o excesso do preço, no ato do pagamento da dívida, seja a que título for (excussão judicial ou venda amigável), uma vez que o direito do credor abrange, além do principal, juros, reembolso de despesas justificadas e indenização de perdas e danos.<sup>149</sup>

Ainda, o de defender a posse da coisa empenhada e na apropriação dos frutos, imputar o valor das despesas de sua guarda e conservação, dos juros e do capital, sucessivamente (artigo 1.435, II e III).

Veja-se que para o devedor pignoratício seguem outros deveres, tais sejam, manter o domínio da coisa dada em penhor, bem como os frutos e acessões; conservar a posse indireta do bem gravado; não deixar que o credor use a coisa empenhada; exigir do credor, se haver perda ou deterioração da coisa por culpa deste, o ressarcimento de eventual prejuízo; receber o sobejo do preço da venda judicial; reaver o objeto empenhado, quando do pagamento da dívida; fazer uso, dependendo do valor da causa, do processo previsto no artigo 275, I, do Código de Processo Civil, se o credor se negar a devolver a coisa empenhada depois da dívida

---

<sup>148</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., 485-486

<sup>149</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 287.

paga.<sup>150</sup>

Obrigando-se ainda, a pagar as despesas efetuadas pelo credor, relativas a guarda, conservação e defesa da coisa gravada; indenizar o credor se constatado prejuízos, em razão de vícios ou defeitos ocultos na coisa empenhada; reforçar o ônus real, quando necessário; obter autorização do credor para a alienação do bem onerado; e pagar a dívida e apresentar todos os bens empenhados, na execução do penhor, sob pena de ficar adstrito à prisão administrativa<sup>151</sup>.

Outrossim, o penhor se apresenta em nosso sistema nas suas várias espécies. O *penhor legal* tem por escopo assegurar o pagamento de certas dívidas a determinados credores pignoratícios, que em decorrência de sua natureza reclamam tratamento especial. Assim, preenchidas as condições e formalidades legais os credores ficam autorizados a se apossarem dos bens do devedor, revestidos de seqüela, preferência e ação real exercitável *erga omnes*<sup>152</sup>.

Com efeito, o disposto no artigo 1.467 do Código Civil propõe que são credores pignoratícios, independentemente de convenção: a) “Os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito”; b) “O dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarneendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas”.

O dispositivo legal visa proteger o credor, na medida que esse não tem como se certificar antecipadamente, se o freguês é solvível, antes de lhe prestar o serviço solicitado<sup>153</sup>. Note-se, ainda, por força da norma do artigo 964, VI, do Código Civil, o privilégio especial que o Senhorio ou o credor de aluguéis tem sobre as alfaías e utensílios domésticos, nos prédios rústicos e urbanos, no que tange as prestações do ano corrente e do ano anterior. Entretanto, a mera apreensão não se traduz na constituição do penhor, pois este só se completa com a homologação judicial, que legaliza a detenção da coisa pelo credor, dando origem ao direito real de garantia<sup>154</sup>.

Assim, o *penhor rural* previsto na Lei nº 492/37 compreende o agrícola e o pecuário,

---

<sup>150</sup> GOMES, 1967, op. cit., p. 363.

<sup>151</sup> MONTEIRO, v. 3., op. cit., p. 366

<sup>152</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2, p. 369.

<sup>153</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 287

<sup>154</sup> Ibid., p. 289 e MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 369.

modalidade que vem disciplinada modernamente, nos artigos 1.442 e 1.443, além dos artigos 1.444 a 1.446 do Código Civil, sendo que o penhor agrícola grava culturas e bens (máquinas e instrumentos de agricultura, colheitas pendentes ou em via de formação, frutos armazenados ou acondicionados, lenha cortada e carvão vegetal, animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola), enquanto que o pecuário, os animais que formam as atividades, pastoril, agrícola ou de laticínios.

O penhor rural tem assim, por objeto, além dos bens móveis, os imóveis por acessão física ou intelectual, pois, em face dos dispositivos 79 e 93 do Código Civil, são considerados como imóveis os frutos pendentes, as culturas, as máquinas e os animais empregados no serviço de uma propriedade rural.<sup>155</sup>

Vale dizer, que a constituição do penhor rural pode-se dar por instrumento público ou particular, porém, para ter eficácia perante terceiros, deve ser levado ao Registro de Imóveis da circunscrição em que estiverem situados os bens ou os animais empenhados, cabendo consignar que para a sua constituição não se requer outorga uxória ou marital, dispensando-se, também a anuência do credor hipotecário para a formação do penhor agrícola e pecuário (artigo 1.440).

Entretanto deve se observar que para o primeiro o prazo não pode ser superior a três anos, prorrogável por mais três e para o segundo não poderá ser maior que quatro anos, prorrogável por mais quatro, desde que atendidas, em ambas as hipóteses, as formalidades legais, previstas nos dispositivos 1.439, § 2º do Código Civil.

Por sua vez, o *penhor industrial*, terá por objeto, nos termos do artigo 1.447 do Código Civil, máquinas, aparelhos, materiais, instrumentos instalados e em funcionamento, com os acessórios ou sem eles; animais utilizados na indústria; sal e bens destinados à exploração das salinas; produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados; matérias primas e produtos industrializados.

Essa modalidade de penhor pode ser constituída por instrumento público ou particular, devendo ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis, onde o bem gravado estiver situado, e se destaca pela dispensa da tradição da coisa onerada, pois o devedor continua na posse da coisa empenhada.

---

<sup>155</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 372.

Com efeito, se o devedor se obrigar a pagar a dívida pignoratícia em dinheiro poderá emitir, em favor do credor, cédula de crédito industrial, na forma e para os fins que a lei especial determinar; sendo assim considerado título formalizado revestido da certeza liquidez e exigibilidade quanto aos atributos exigidos na lei especial, buscando a norma, facilitar a circulação da riqueza contida na cédula.<sup>156</sup>

No mais, sem autorização por escrito do credor, é defeso ao devedor: alterar a coisa gravada e aliená-la de forma onerosa ou gratuita, exceto quanto ao penhor industrial de produtos de suinocultura, desde que prévia a anuência do credor e haja substituição por outro da mesma espécie, ficando esse sub-rogado no penhor.<sup>157</sup>

Ao final, é de se considerar que o Código Civil, no artigo 1.448, concedeu disciplina própria ao penhor industrial; fazendo referência específica ainda, ao *penhor mercantil*, sem distinções do penhor civil, na sua essência, porém, excetuada a natureza da obrigação que visa garantir, qual decorre da atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços.

Apresenta-se com as características de recair sobre bem móvel (mercadoria, produtos etc.) a garantir o pagamento da dívida, não abarcando os imóveis (estabelecimentos comerciais) e marcas de fábrica, que são impenhoráveis. Não ensejar a tradição da coisa onerada ao credor; ser um contrato acessório, ter por escopo a garantia de obrigação principal; não divisível, estando a coisa empenhada, submetida a integral solução da dívida, quer tenha sido constituído por instrumento público ou particular.

Porém sua validade contra terceiros, está condicionada à observância dos requisitos previstos no artigo 1.424 (o valor do crédito, sua estimação ou valor máximo; o prazo fixado para pagamento; a taxa dos juros se houver; o bem dado em garantia com as suas especificações), não dispensando o registro no Cartório Imobiliário da localidade do bem empenhado.

Sendo, facultado ao devedor que promete o pagamento da dívida garantida com penhor, a emissão em favor do credor, de cédula de crédito mercantil, na forma e para a finalidade que a lei especial determinar; sujeitando-se este, à obtenção do consentimento do credor, por escrito, para alterar, mudar ou alienar o bem empenhado. E nesta última hipótese, o substituirá por outro da mesma natureza, ao qual se estenderá a garantia.

---

<sup>156</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 498

<sup>157</sup> Ibid., p. 498

Por sua vez, a norma do artigo 1.450 do Código Civil, ainda confere ao credor o direito de verificar o estado da coisa empenhada, inspecionando-a onde se achar, pessoalmente ou por pessoa que credenciar por procuração (mandatário) ou mera autorização.<sup>158</sup>

Nessa tônica, o *penhor de direitos*, conforme trata o artigo 1.451, pode ter por objeto, aqueles direitos, suscetíveis de cessão, na conformidade das coisas móveis. Valendo destacar na doutrina, a opinião de que haverá direitos sobre direitos recebendo a matéria, uma de suas aplicações mais fecundas, pois a extensão do penhor a tais bens empresta à sua função econômica específica notável importância. O penhor comum deixara de ser instrumento usual de garantia, tornando-se escasso o seu emprego. Especializou-se em formas que lhe restituíram a utilidade como estimulante do crédito, modificando-se em sua estrutura clássica. A mais interessante dessas modalidades e, sem dúvida, o penhor de direitos.<sup>159</sup>

O que vale dizer, não apenas os direitos de crédito podem ser objeto de penhor, mas também, os bens incorpóreos relativos, aos direitos de autor ou de propriedade industrial, as patentes de invenções, ações negociadas em bolsas de valores ou no mercado futuro etc. Assim, para a sua constituição exige instrumento público ou particular com registro no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor para conhecimento de terceiros da relação jurídica pignoratícia, ante a sua oponibilidade *erga omnes*.

Essa relação traz para o credor a obrigatoriedade de praticar os atos necessários à conservação e defesa do direito empenhado, bem como a de cobrar os juros e prestações acessórias compreendidas na garantia para receber o valor dos títulos caucionados. E mais, os artigos 1.455 e 1.456 do Código Civil prescrevem, respectivamente, que o credor pignoratício deverá cobrar o crédito empenhado assim que se tornar exigível, e se tal crédito for objeto de vários penhores, o devedor deverá pagar apenas ao credor pignoratício com direito de preferência, em relação aos outros, por ter sido o primeiro a registrar o instrumento constitutivo do penhor (prioridade do assento).

Oportuno ressaltar, que o dispositivo não define o critério de preferência entre os credores pignoratícios, o que seria de bom alvitre. Assim, permaneceria a regra natural de que o mais antigo prefere ao mais recente. E assim, o critério de preferência entre os credores, estaria determinado pela antecedência do registro do instrumento público ou particular de

---

<sup>158</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p.500.

<sup>159</sup> GOMES, 2000, op. cit., 496.

penhor de direito no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor pignoratício. Portanto, para receber o pagamento, o titular do crédito empenhado, deverá valer-se da anuência, por escrito, do credor pignoratício, extinguindo-se a garantia.

Por sua vez, o *penhor de títulos de crédito*, nos termos do artigo 1.458, constituir-se à através instrumento público ou particular ou endosso pignoratício, com a tradição do título ao credor. Verifica-se, assim, que o seu objeto é o próprio título que documenta o direito, quer seja, letra de câmbio, nota promissória; mantendo o direito de crédito corporificado no título.<sup>160</sup>

Com efeito, pode haver incidência desse penhor sobre os títulos nominativos de dívida pública (da União, dos Estados e dos Municípios) e sobre títulos de créditos particulares. Assim, para oposição eventual a terceiros, os públicos devem ser registrados na repartição fiscal pertinente e no Registro de Títulos e Documentos. Já quanto ao segundo, imprescindível a tradição, se for ao portador, se nominativo a transferência opera-se por meio de endosso pignoratício, dependendo do registro, já citado, para valer contra terceiros.<sup>161</sup>

Nesse passo, cabe ao credor manter a posse do título contra qualquer detentor e utilizar todos os meios processuais cabíveis, para assegurar os seus direitos e do credor, com o objetivo de resguardar a integridade da relação creditícia contida no título<sup>162</sup>; na ausência de pagamento intimar o devedor do título empenhado; receber a importância consubstanciada no título e os respectivos juros, quando devidos, e restituir o título ao devedor quando este solver a obrigação; e denunciar o penhor, intimar o devedor do título empenhado para que não pague ao seu credor enquanto durar a caução, sob pena de responder por perdas e danos, perante o credor pignoratício.

A norma civil prossegue tratando do *penhor de veículos*, nos artigos 1.461 a 1.466, propiciando um outro instrumento de crédito e fomentando a indústria automobilística, à vista das peculiaridades que cercam essa atividade<sup>163</sup>; pressupondo a permanência da garantia real, na sua relevância jurídica e econômica.

Vale dizer, que esse penhor se estende aos veículos usados em qualquer espécie de transportes, isto é, de pessoas ou de mercadorias e constitui-se mediante instrumento público ou particular, com prazo máximo de dois anos, podendo ser prorrogado por igual período,

---

<sup>160</sup> GOMES, 1967, op. cit., p. 504

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 295.

<sup>163</sup> GOMES, 1967, op. cit., 495.

com a obrigatoriedade de ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor e anotado no certificado de propriedade para produzir o efeito *erga omnes*.

Os dispositivos legais em esboço confirmam essa natureza, a medida que o devedor promete pagar a dívida garantida e autoriza o credor a emitir cédula de crédito, na forma e para os fins que a lei especial determinar, admitida a transferência por endosso, sendo defeso o penhor dos veículos que não estejam previamente segurados, e a mudança, do veículo empenhado, sem prévia comunicação ao credor, importa no vencimento antecipado do crédito pignoratício.

Ao final, segundo o disposto na norma, resolve-se o penhor: a) com a extinção da dívida, em face da relação acessória que liga o penhor à obrigação principal, que cessada pelo pagamento do débito ou por outro meio extintivo, desaparece o direito real que a garantia; b) com o perecimento da coisa empenhada, extingui-se o penhor, dada a impossibilidade de sua execução, mas o penhor subsistirá, pelo remanescente, se houver deterioração ou destruição parcial da coisa gravada, ensejando ao credor pignoratício a possibilidade de requerer o reforço da garantia, sob pena de vencimento antecipado da dívida, em face do princípio da indivisibilidade, inerente aos direitos reais de garantia<sup>164</sup>; c) com a renúncia do credor, que pode abrir mão do ônus real, desde que esse seja capaz e tenha livre disposição de seus bens, mas para a sua efetivação deve ser feita por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, por escrito e com as devidas formalidades ou por termo nos autos.<sup>165</sup>

Advinda adjudicação judicial, remição ou a venda da coisa empenhada, faz-se necessária a iniciativa, anuência ou autorização do credor, nos autos da execução pignoratícia. Na eventual ocorrência de confusão, que resulta da mesma pessoa reunir a qualidade de credor e em seguida titular da coisa gravada, por aquisição *inter vivos* ou *causa mortis*. No entanto, se a confusão se efetuar sobre uma parte da dívida pignoratícia, permanecerá, por inteiro, o penhor, dada a indivisibilidade inerente aos direitos reais de garantia.

Veja-se, que a doutrina ainda menciona estar o credor que eventualmente buscou a coisa empenhada, obrigado a restituí-la, extinguindo-se a garantia, se advier a resolução da propriedade em desfavor de quem constituiu o ônus real, como no caso de se revogar doação.<sup>166</sup> Com a nulidade da obrigação principal, cuja adimplência é garantida por penhor. Com a prescrição da obrigação principal; a reivindicação do bem gravado, julgada

---

<sup>164</sup> ALMEIDA, Lacerda de. **Dos efeitos das obrigações**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 508-509.

<sup>165</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 385.

<sup>166</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 511.

procedente. Ainda com o escoamento do prazo, havendo o ônus real sido dado a termo certo, resolve-se com o decurso do tempo, livre da solvência da obrigação.<sup>167</sup> E mais, com a remissão ou perdão da dívida.<sup>168</sup> Produzindo-se os efeitos liberatórios do ônus real, após averbação e cancelamento do registro.

### 3.5.9 A Hipoteca

É o direito real sobre coisa alheia, prevista no inciso IX, sendo-lhe aplicável os princípios gerais estabelecidos nos artigos 1.419 a 1.430 do Código Civil. Assim sendo, grava bem imóvel, podendo esse pertencer ao devedor ou a terceiro, sem transmissão de posse ao credor, porém lhe é conferida o direito de promover a venda judicial do bem, pagando-se, preferencialmente, se inadimplente o devedor.<sup>169</sup>

Esse direito real de garantia estimula o desenvolvimento econômico, proporciona a abertura de créditos, a execução de planos habitacionais, a realização de negócios e a movimentação das riquezas ligadas ao solo.<sup>170</sup>

Assim, a hipoteca tem as seguintes características jurídicas, a de ser um direito real de garantia, dada a imediata vinculação do bem gravado com a solução da dívida, portanto, oponível *erga omnes*, gerando para o credor o direito de seqüela e a excussão da coisa onerada, para se pagar, preferencialmente, com sua venda judicial.<sup>171</sup> Ter natureza civil, em razão de sua estrutura e efeitos e pelo fato da hipoteca estar disciplinada nos artigos 1.473 a 1505 do Código Civil, não tendo importância a qualificação das pessoas do devedor ou do credor e a natureza (civil ou comercial) da dívida que se pretende garantir.<sup>172</sup>

Valendo considerar que é um negócio jurídico, requer a presença do sujeito ativo (credor hipotecário), cujo crédito está garantido pela hipoteca, e do passivo (devedor hipotecante), que dá o bem à garantir o pagamento da dívida.<sup>173</sup> E que o bem gravado tanto

---

<sup>167</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 299.

<sup>168</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 386.

<sup>169</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 526.

<sup>170</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 304; MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 399.

<sup>171</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 306; MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 397.

<sup>172</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 304.

<sup>173</sup> GOMES, 1967, op. cit., p. 376.

pode ser de propriedade do devedor como de terceiro, que dá seu imóvel para garantir a obrigação do devedor.<sup>174</sup> Ficando o devedor hipotecante, na posse do imóvel onerado, exercendo sobre ele os seus direitos, inclusive de receber os frutos, sendo que só a perderá quando da excussão hipotecária, caso deixe de cumprir sua obrigação, porque nula qualquer cláusula comissória que confira ao credor a posse da coisa dada em garantia.<sup>175</sup>

Vale considerar ainda, que é indivisível, pois o ônus real grava o bem em sua totalidade, mesmo que tenha havido pagamento parcial do débito, pois essa indivisibilidade não é do bem onerado ou da dívida garantida, mas sim do vínculo real que continua a recair sobre o bem, na sua integralidade, e se tiver vários devedores o ônus real não se levanta sem o pagamento total da dívida, ainda que não se trate de solidariedade passiva; esse caráter indivisível da hipoteca pode ser afastado se for ajustado por convenção que o pagamento parcial libera alguns bens gravados, mormente se forem diversos e autônomos como unidades econômicas<sup>176</sup> e se o imóvel hipotecado vier a ser loteado ou nele se constituir condomínio edilício, mediante requerimento das partes interessadas, o juiz poderá dividir o ônus real, em relação a cada lote ou unidade autônoma, proporcionalmente, ao valor de cada um deles e do crédito, sendo que esse desmembramento não exonera o devedor original de responsabilidade, pois, continuará obrigado se, executada a hipoteca, o produto não for suficiente para o pagamento da dívida e das despesas judiciais, exceto se houver anuência do credor, conforme previsto no dispositivo 1.488 e 1.430 do Código Civil; figurando como acessório de uma dívida, cujo pagamento pretende assegurar, pode vir a ser suscetível de garantia hipotecária, qualquer obrigação de natureza econômica, isto é, de dar, de fazer ou não fazer e pode se constituir para garantir débito futuro ou condicionado desde que definido o valor máximo do crédito a ser garantido, para servir de parâmetro à eventual execução, em caso de inadimplemento obrigacional.<sup>177</sup>

Delineados os caracteres jurídicos, não se pode afastar da idéia de que validade e eficácia da hipoteca reclamam a presença dos requisitos de natureza objetiva, subjetiva e formal. Assim, são requisitos objetivos da hipoteca que incide sobre bens imóveis, que eles pertençam ao devedor e que sejam alienáveis. Podendo em casos especiais, recair sobre coisas

---

<sup>174</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 306.

<sup>175</sup> Ibid., p. 307.

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 528-529.

móveis, que, por lei, são passíveis de ser hipotecadas sem perderem sua mobilidade.<sup>178</sup>

O Código Civil, no artigo 1.473, reconhece a possibilidade de ser objeto de hipoteca: os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; o domínio direto; o domínio útil; as estradas de ferro; os recursos naturais a que se refere o artigo 1230, independentemente do solo onde se acham; os navios, as aeronaves, sendo que os dois últimos serão regidos por Lei Especial.

Por sua vez, são requisitos subjetivos desse direito real de garantia, que o devedor seja capaz; que seja constituída pelo proprietário, pessoalmente ou por procurador especial, sendo nula se esse mandatário não tiver poderes especiais expressos.<sup>179</sup>

Os requisitos formais correspondem aos meios de sua constituição, podendo ser através de contrato (hipoteca convencional), por disposição legal (hipoteca legal) e por sentença (hipoteca judicial).

Vale destacar que, na *hipoteca convencional* a garantia é estabelecida pelos interessados, ou seja, quem recebe o ônus real (credor hipotecário) e quem dá (devedor principal ou terceiro hipotecante), qual para ser formalizada exige a presença de testemunhas instrumentárias, e escritura pública, no caso de imóvel.

Na *hipoteca legal* o título constitutivo é a sentença de especialização e na judicial, a carta de sentença ou mandado judicial, contendo a indicação das coisas gravadas e a dívida garantida<sup>180</sup>, sendo que esses títulos são elementos preparatórios desse gravame, qual obtém a condição de um direito real, através do imprescindível ato registral, lhe estendendo a oponibilidade *erga omnes*, inclusive contra os credores quirografários do devedor, os terceiros adquirentes e a outro credor hipotecário sem registro do título. Ainda, a quem tenha adquirido um outro direito real, sobre o imóvel onerado.<sup>181</sup>

Com efeito, o registro da hipoteca serve, também, como elemento de publicidade e deve ser efetivado, se houver mais de um imóvel e situado em Comarca diversa, será levado a efeito em todos os ofícios onde os bens gravados estiverem matriculados<sup>182</sup>. Se houver dois títulos, versando sobre um mesmo bem, a prioridade será de quem apresentou a primeira

---

<sup>178</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., 308.

<sup>179</sup> MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 398; GOMES, 1967, op. cit., p. 376.

<sup>180</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 316-7.

<sup>181</sup> GOMES, 1967, op. cit., p. 378; PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 319.

<sup>182</sup> GOMES, 1967, op. cit., p. 378.

requisição e havendo sido suscitada dúvida sobre a legalidade do registro o Oficial fará a prenotação do pedido. Sendo esta julgada improcedente observar-se-á para o registro o mesmo número que teria na data da prenotação, mas se procedente, esta será cancelada, recebendo o registro, número correspondente à data em que se tornar a requerer, conforme anotam expressamente, os artigos 1.493 e 1496 do Código Civil.

Nesse passo, convém ressaltar que o registro marca a data da constituição e do termo final da hipoteca convencional, com vigência pelo prazo de trinta anos, contados da data do contrato, podendo as partes renovarem por novo título e registro, mantendo-se com isso a precedência correspondente; cessando-se os efeitos da hipoteca, com o seu cancelamento ou com o decurso do prazo de trinta anos.<sup>183</sup>

Entre os seus efeitos, está o de vincular o bem imóvel ao cumprimento integral da obrigação e limitar os direitos do devedor sobre o bem onerado, possibilitando a liberação gravame, após a quitação da dívida, facultando-se até a antecipação do seu pagamento, à vista ou de maneira parcelada, cabendo ao credor exigir que a amortização não seja inferior a 25% do valor inicial do débito.<sup>184</sup> E podendo exigir a conservação do bem onerado, e se vencida e não paga a dívida, promoverá a excussão da hipoteca, por meio do processo próprio, exceto nos casos de perecimento da coisa ou de sua desapropriação, quando ocorre a sub-rogação real na indenização paga pela seguradora ou pelo poder expropriante.<sup>185</sup>

Advindo a insuficiência do apurado na execução para o pagamento da dívida, o exequente poderá penhorar outros bens do devedor, mas se sobrevier falência deste, suspender-se-á ação, nos termos do artigo 6º da Lei nº 11.101/2005.<sup>186</sup>

Oportuno salientar que o Decreto-lei nº 70/66 autorizava a execução de créditos hipotecários, extrajudicialmente, sendo que a Lei nº 5.471/71 instituiu para as ações de cobrança de dívidas hipotecárias, atreladas ao sistema financeiro da habitação, o rito sumário.<sup>187</sup> E, o referido decreto atribuiu a um “agente fiduciário” a venda extrajudicial e sumária do bem onerado, quando o credor é instituição financeira.<sup>188</sup>

Vale destacar, ainda, sobre os seus efeitos, no que concerne à relação jurídica, em si

---

<sup>183</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 540; Súmula 445 do STF.

<sup>184</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 323-324.

<sup>185</sup> GOMES, 1967, op. cit., p. 389; PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 324.

<sup>186</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 413.

<sup>187</sup> GOMES, 1967, op. cit., p. 394.

<sup>188</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 325.

mesma, que a hipoteca convencional pode ser ajustada por qualquer prazo, já, a legal permanecerá indefinidamente, enquanto mantida a situação jurídica cuja garantia tenha sido destinada<sup>189</sup>; o credor hipotecário tem o direito de preferência, não se sujeitando a concursos ou rateios; gera um vínculo real entre o credor e o imóvel onerado, podendo ele promover a execução, mesmo que este bem não mais pertença ao devedor, sendo que a efetividade do seu direito de seqüela se mostra no instante em que se opera a excussão do bem nas mãos de terceiro.<sup>190</sup>

Em relação a terceiros, produzirá os seus efeitos, na condição de direito real, sendo lícita à alienação do imóvel gravado a terceiro, que o recebe e aceita o ônus que o grava, todavia, ele não está, pessoalmente, obrigado ao pagamento da dívida ao credor hipotecário, assim, poderá desobrigar-se da hipoteca se deixar o imóvel à ação do credor, para fins de excussão judicial<sup>191</sup>; não é válido a outro credor promover a venda judicial do imóvel, sem notificar o credor do imóvel onerado; cabível a cessão do crédito hipotecário, sem o consentimento do devedor, podendo-se averbá-la à margem do registro hipotecário<sup>192</sup>, pela forma pública ou particular da hipoteca, nos termos do artigo 289 do Código Civil e; é permitida a sub-rogação, na hipoteca, que se opera com a substituição do credor satisfeito por aquele que paga a dívida ou fornece numerário para a *solutio*<sup>193</sup>.

Por sua vez, quanto aos bens gravados e os seus efeitos, é de se ressaltar que a hipoteca adere ao imóvel e o acompanha em todas as alterações subjetivas até a sua extinção; havendo a destruição do bem onerado, desaparece o ônus real; se reconstruído o imóvel pelo responsável, o credor não poderá exigir o preço; abrange-se às benfeitorias ou acessões trazidas ao bem gravado, pela mão do homem ou acontecimentos naturais; a hipoteca garante o cumprimento das obrigações acessórias, isto é, juros, multas, custas judiciais, despesas de fiscalização.<sup>194</sup>

Entre os eventos que geram efeitos na hipoteca, não é demais destacar aqueles advindos da remição, pois ela libera o imóvel gravado, pelo pagamento da dívida, independentemente da permissão do credor<sup>195</sup>. Assim, a norma legal confere o direito de resgatar o imóvel hipotecado ao credor sub-hipotecário, desde que vencida a primeira hipoteca, sem que o devedor se ofereça para pagá-la; e também ao adquirente do imóvel

---

<sup>189</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 410.

<sup>190</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 326.

<sup>191</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 546.

<sup>192</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 327.

<sup>193</sup> Ibid., p. 327.

<sup>194</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 548.

<sup>195</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 330.

hipotecado, mediante o pagamento da quantia devida ao credor, no prazo de trinta dias, contados do registro de seu contrato. Ainda, ao devedor da hipoteca ou aos membros de sua família, desde que ofereçam, após a realização da praça, mas antes da assinatura do auto de arrematação ou da publicação da sentença de adjudicação, preço igual ao do maior lance ou na ausência de licitante, o valor igual à da avaliação, procedendo-se o depósito judicial da importância da dívida, juros, custas e honorários advocatícios.<sup>196</sup>

Também a massa falida, se pedido pelo administrador judicial ou pelos credores em concurso, nos casos de falência ou insolvência, sendo defeso ao credor hipotecário recusar o pagamento do preço pela avaliação oficial do imóvel.

Com efeito, na *hipoteca judicial* o escopo é garantir plena execução das decisões judiciais condenatórias, tratando-se de um efeito conferido pela lei a todo julgado que condena o devedor<sup>197</sup>. Por sua vez, são seus requisitos, que a referida hipoteca, não advenha de sentenças declaratórias (jurisdição voluntária), nem oriundas de processos preparatórios, preventivos e incidentes (condenação em alimentos provisionais), ou proferidas por tribunais estrangeiros, antes de homologadas pelo Supremo Tribunal Federal e de decisões de Tribunal Administrativo (Tribunal Marítimo e Tribunal de Impostos e Taxas)<sup>198</sup>. No entanto, os Tribunais de Contas quando decidem questões contenciosas de sua jurisdição e as decisões arbitrais, se vierem a obter força executória (Lei nº 9.307/96, artigo 31), poderão criar essa modalidade de hipoteca.<sup>199</sup>

A necessidade de liquidez dessas sentenças obriga o magistrado a fixar o *quantum* preciso da coisa devida e a fazer menção à quantidade e a qualidade do bem, mas se ilíquida a sentença só depois de liquidada, na forma prescrita na lei adjetiva, é que será possível a hipoteca judicial.<sup>200</sup> Havendo obrigatoriamente, de ter se operado o trânsito em julgado da decisão; e que a especialização, contenha a exata individuação do imóvel hipotecado e da dívida que se pretende garantir.<sup>201</sup> Devendo ser ordenado pelo órgão judicante o registro no cartório de imóveis, através de mandado judicial, na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.<sup>202</sup>

Essa hipoteca pode ser inscrita independentemente da pendência de recurso e de

---

<sup>196</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 550.

<sup>197</sup> VENOSA, v. 5, op. cit., p. 529.

<sup>198</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 558.

<sup>199</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 416.

<sup>200</sup> Ibid. e PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 343.

<sup>201</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 343.

<sup>202</sup> GOMES, 1967, op. cit., p. 384-385; PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 343.

especialização em prévio procedimento, pois ela resulta de um efeito imediato da decisão, para oferecer uma pronta garantia ao credor, podendo-se inscrevê-la mediante simples mandado ao juiz.<sup>203</sup>

O cumprimento desses requisitos faz a caracterização de uma hipoteca judicial, como um direito real de garantia e autoriza o vencedor da ação a perseguir o imóvel gravado, caso seja transmitido à terceiro, penhorando-o e promovendo sua excussão.<sup>204</sup>

Na *hipoteca cédular*, por sua vez, haverá a constituição de cédula hipotecária, quando formada por um título representativo de crédito, com ônus real, nominativa, transferível por endosso e emitida pelo credor, voltada a financiamentos do Sistema Financeiro da Habitação, em face das disposições legais, contidas no Decreto-lei 70/66, Decreto-lei 1.494/76, na Lei 5.741/71 e no artigo 1.486 do Código Civil.

Nesse passo, a cédula hipotecária transferida por endosso em preto, lançado no seu verso, sub-rosa o beneficiado em todos os direitos do endossante, mas o devedor deverá ser notificado dessa emissão, judicialmente ou por correspondência registrada, sob pena do emitente e endossante ficarem solidariamente pela liquidação do crédito. Vale registrar que essa cédula só é admitida nas operações relativas ao sistema financeiro da habitação e nas hipotecas aplicadas a uma instituição financeira ou companhia seguradora e deverão conter o nome, a qualificação e o endereço do credor e do devedor, o valor do crédito que a representa, número, data, livro e folha do registro da hipoteca e averbação da própria cédula, a individuação do imóvel gravado, a data da emissão e do vencimento e o local do pagamento.<sup>205</sup>

A cédula rural hipotecária, por sua vez, vem constituída em face do Decreto-lei nº 167/67, que contempla o financiamento rural concedido pelos órgãos integrantes do sistema nacional de crédito rural. Deverá estar formalizada com os requisitos do artigo 20, I a IX, constando ainda nos artigos 21 e 23, que essa modalidade de hipoteca abrange as construções, os respectivos terrenos, maquinários, instalações e benfeitorias, podendo ter ela por objeto, imóveis rurais e urbanos.<sup>206</sup>

Destaque-se que o artigo 1.499 do Código Civil, prescreve a extinção da hipoteca, pela extinção da obrigação principal, cessando a garantia real, com a supressão da dívida

---

<sup>203</sup> REPERTÓRIO JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. São Paulo: Juruá, 1994, n. 147, p. 254.

<sup>204</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 343.

<sup>205</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 559.

<sup>206</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 437-438.

assegurada; e pelo perecimento da coisa, pois a hipoteca perde o seu objeto; ainda pela resolução da propriedade, já que com o implemento da condição resolutiva ter-se-á a perda do domínio previsto no título constitutivo e, via de consequência, a extinção da garantia real; e mais, pela renúncia do credor, que deve ser inequívoca<sup>207</sup>, além de expressa, isto é, quando o credor e o devedor, juntos, requerem o cancelamento da hipoteca<sup>208</sup>, mas podendo ser tácita, quando o credor consente que o imóvel seja dado em hipoteca a outrem, sendo necessária para a sua validade, que o renunciante seja capaz e possa dispor do bem, advindo como efeito imediato, o de converter o credor hipotecário em quirografário<sup>209</sup>, com a ressalva, de que a renúncia não é permitida na hipoteca legal, que revela interesse de ordem pública<sup>210</sup>.

Haverá ainda a extinção pela remição, que é o resgate do bem onerado e pode se dar pelo devedor ou sua família, pelo credor sub-hipotecário e pelo terceiro adquirente. Também por força da arrematação ou adjudicação do imóvel onerado, desde que tenham sido notificados judicialmente outros credores hipotecários, que não são partes na execução.

A doutrina faz referência a outras formas de extinção da hipoteca, entre as quais, pela sentença transitada em julgado, e que tenha decretado a nulidade ou anulabilidade do ônus real, em face da ausência de alguns dos requisitos objetivos, subjetivos e formais, bem como, se existir vício de consentimento (erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão) ou defeito social (simulação e fraude)<sup>211</sup>.

Ainda pela prescrição aquisitiva<sup>212</sup>, na hipótese de terceira pessoa adquirir o bem gravado, como livre e desembaraçado de ônus qualquer, e não for incomodada, no prazo de 10 anos, consuma-se a prescrição aquisitiva<sup>213</sup>. Pela confusão, consolidando-se na mesma pessoa a qualidade de credor hipotecário e proprietário do imóvel. Assim, se credor hipotecário adquire o domínio do bem gravado, a hipoteca deixa de existir.<sup>214</sup>

Também, pela perempção legal ou usucapião de liberdade, quando passados trinta anos de seu registro e não tendo havido a renovação da hipoteca convencional extinguir-se-á, não sendo admitida qualquer prorrogação. Nesse caso, a liberação do imóvel gravado se dá

---

<sup>207</sup> RT 132/746.

<sup>208</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916. v. 3. p. 135.

<sup>209</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 344; GOMES, 1967, op. cit., p. 392.

<sup>210</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 347.

<sup>211</sup> Ibid., p. 348.

<sup>212</sup> Ibid., p. 349.

<sup>213</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 435.

<sup>214</sup> GOMES, 1967, op. cit., p. 293.

pelo decurso desse lapso de tempo, mas só produzirá efeitos perante terceiros, depois de averbada a extinção do ônus real no respectivo Cartório de Imóveis, que poderá ser formalizada pelo devedor, na sua falta, seus herdeiros ou representantes, pelo dono do prédio hipotecado, pelo adquirente e pelo credor com hipoteca posterior.<sup>215</sup>

Vale destacar ainda, que o artigo 10 da Lei 11.481/07, com referência a esse instituto, acrescentou parágrafo segundo ao artigo 1.473 do Código Civil, com a redação específica de que os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos IX e X do *caput* deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado. Teve o legislador contemporâneo, o intuito de manter esses direitos reais aos seus padrões originais, limitando os efeitos de seus alcances a seus termos de vigência convencionados, já que inserira no artigo 1.225, mais duas espécies de direitos reais tratados na seqüência.

#### 3.5.10 A Anticrese

Este instituto, que vem anotado no inciso X, ostenta a condição de direito real sobre imóvel alheio, em virtude do qual o credor obtém a posse da coisa, a fim de perceber-lhe os frutos e imputá-los no pagamento da dívida, juros e capital, sendo, porém, permitido estipular que os frutos sejam, na sua totalidade, percebidos à conta de juros.<sup>216</sup>

A doutrina contemporânea confirma a noção de que a anticrese é instituição que fica ao lado do penhor e da hipoteca, sendo que no penhor típico, a posse da coisa é transferida ao credor, que dela não pode se utilizar, enquanto na hipoteca o bem continua na posse do devedor, e na anticrese o credor assume necessariamente a posse do bem para usufruir seus frutos, a fim de amortizar a dívida ou receber juros.<sup>217</sup>

No contexto, tem a anticrese dupla função: garantia de pagamento da dívida, pois o credor anticrético tem o direito de reter o imóvel até a sua extinção e meio de execução direta da dívida, pois é dado ao credor o direito de receber os frutos e imputar-lhes no pagamento

---

<sup>215</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., 563-564.

<sup>216</sup> BEVILÁQUA, v. 3, op. cit., p. 403

<sup>217</sup> VENOSA, v. 5, op. cit., p. 505.

dos juros e do capital.<sup>218</sup>

Nesse sentido, o artigo 1.506, § 1º, do Código Civil, prevê expressamente que os frutos e os rendimentos do imóvel sejam recebidos pelo credor à conta de juros, mas se o valor ultrapassar à taxa permitida em lei para as operações financeiras, o remanescente será imputado ao capital.

Assim, a anticrese se apresenta com algumas nuances que lhe são próprias e que lhe dão o caráter jurídico especial. Entre elas, a de direito real de garantia porque: a) vincula ao imóvel para que o credor receba os seus frutos, rendimentos ou utilidades; b) o credor pode opor o seu direito ao adquirente do imóvel gravado, por tem ação real e direito de seqüela; c) o credor pode opor o seu *jus utendi e fruendi*, bem como o de retenção, aos credores quirografários do devedor e aos hipotecários; d) os frutos da coisa onerada não podem ser penhorados por outros credores do devedor; e) é indivisível e atende à regra geral que rege os direitos de garantia.<sup>219</sup>

Nesse passo, o instituto requer capacidade das partes, isto é, do credor e do devedor anticrético, mas não impede que terceiro possa ceder ao credor o direito de receber os frutos e rendimentos de um bem de raiz que lhe pertence para pagar dívida do devedor, sendo que esse e o terceiro não ficam impedidos de alienar o bem onerado, podendo o credor anticrético ir buscá-lo das mãos do adquirente, para retirar os frutos e pagar-se de seu crédito.<sup>220</sup>

Não estabelece, contudo, preferência ao anticresista em relação ao pagamento do crédito com a importância obtida na excussão do bem onerado, mas poderá se opor, alegando direito de retenção, quando necessário para receber o seu crédito com os rendimentos do imóvel, sendo que esse direito se extingue em quinze anos a contar da data de sua constituição. E por sua vez, o credor anticrético só poderá aplicar as rendas que auferir com a retenção do bem de raiz, no pagamento da obrigação garantida.<sup>221</sup>

De outro lado, a pública forma é o meio e a escritura pública acompanhada do respectivo registro no Cartório de Imóveis, se mostra imprescindível para sua constituição, pois, conforme prescreve o artigo 108 do Código Civil, esta é essencial nos atos que visem a constituição de direito real sobre esses bens; não podendo ser convencionada por um só dos cônjuges, sendo

---

<sup>218</sup> VENOSA, v. 5, op. cit., p. 506.

<sup>219</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 517.

<sup>220</sup> GOMES, 1967, op. cit., p. 372.

<sup>221</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 356.

indispensável a autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta.

Por sua vez, recaindo seu objeto sobre coisa imóvel alienável, poderá ser fruído pelo anticresista, direta ou indiretamente (arrendamento do bem gravado a terceiro), adquirindo nessa hipótese, o credor anticrético, os frutos civis da coisa, através do recebimento dos aluguéis. Contudo, poder-se-á ajustar no título constitutivo que o anticresista deverá fruir diretamente do imóvel (CC, art.1507, § 2º)<sup>222</sup>.

No cumprimento do objetivo contratual, o instituto requer a tradição real do imóvel, tal seja, que o credor anticrético venha a deter a posse direta do bem gravado, com a percepção dos frutos e rendimentos, para quitação de seu crédito.<sup>223</sup> De outro lado, quanto aos direitos do credor anticrético, tem-se que no seu exercício pleno, ele poderá reter o imóvel do devedor até que o seu crédito seja pago; mantê-lo em sua posse, podendo gozar e perceber os seus frutos e rendimentos; exigir seus direitos contra eventual adquirente do imóvel ou credores quirografários e hipotecários posteriores ao registro da anticrese, na esteira da norma do artigo 1.509 do Código Civil; administrando o imóvel, em seu proveito, fazendo jus a tudo o que neste se produzir, até que a obrigação seja solvida.<sup>224</sup>

Não se furtando a apresentar balanço anual de sua administração; mas conservando a preferência sobre qualquer crédito posterior, desde que, previamente, oposto o direito de retenção para impedir que outro credor venha a buscar a constrição do imóvel por não pagamento de dívida, mas não haverá preferência sobre a indenização de seguro (destruição do prédio) e nem sobre o preço de sua desapropriação, pois ocorrendo essas hipóteses ter-se-á por extinta a anticrese, remanescendo o mero direito creditório, de caráter pessoal, e despido de garantia real.<sup>225</sup>

Podendo reivindicar, em caso de falência, o valor que puder obter do produto da venda do bem anticrético até o limite do valor do bem onerado ou no caso de alienação em bloco o valor de avaliação do bem individualmente considerado<sup>226</sup>; buscando eventualmente adjudicar os bens penhorados, se negativa a praça, com oferta do preço não inferior ao do edital; além de defender sua posse e liquidar o débito.

---

<sup>222</sup> GOMES, 1967, op. cit., p. 373-374.

<sup>223</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 356; MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 391.

<sup>224</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 391.

<sup>225</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 520.

<sup>226</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 394; GOMES, 1967, op. cit., p. 374.

No que tange as obrigações do credor anticrético pode-se dizer, como principais, as de guarda e conservação do imóvel; respondendo pelas deteriorações que, por sua culpa, o imóvel vier a sofrer e pelos frutos e rendimentos que, por sua negligência, deixar de receber; prestar contas de sua administração ao proprietário do imóvel e restituí-lo ao devedor, findo o prazo contratual ou quando o débito for liquidado, com baixa no cartório de registro.<sup>227</sup>

Não é demais destacar, entre os direitos do devedor anticrético, os de permanecer como proprietário do imóvel dado em garantia, embora possa vendê-lo, se quiser; e ainda, impedir que o credor modifique o imóvel ou desvirtue a sua finalidade, bem como exigir a conservação do mesmo; obter o ressarcimento das deteriorações ocasionadas ao imóvel por culpa do credor e o valor dos frutos que este, por negligência, deixou de receber; podendo solicitar prestação de contas ao anticresista de sua gestão, para averiguar se este exorbitou no exercício de seus direitos<sup>228</sup>; reaver o bem onerado quando da liquidação de seu débito.

As obrigações, a seu turno, se resumem em transferir a posse do imóvel ao credor anticresista; solver o débito e permitir que o imóvel onerado permaneça com o seu credor até a totalidade do pagamento<sup>229</sup>; ceder ao credor o direito de receber os frutos e os rendimentos do seu bem imóvel e respeitar o contrato até o final.

Como visto, o instituto tem suas características especiais, que o tornam embora pouco usual, de relevância para as relações jurídicas do gênero, sujeitando o titular às obrigações próprias, se esta forma de limitação vier a convencionar; devendo se consignar que a anticrese se resolve pelo pagamento da dívida (obrigação principal), qual extinta faz desaparecer o ônus real; ou pelo término do prazo legal (quinze anos); e ainda pelo perecimento do bem anticrético; pela desapropriação; pela renúncia do anticresista; pela excussão de outros credores, se o anticrético não opuser seu direito de retenção; e pelo resgate do bem dado em anticrese, se o adquirente efetuar o pagamento antecipado da dívida, na sua totalidade, à data do pedido de remição e emitindo-se na posse, se for o caso<sup>230</sup>, conforme prescreve o artigo 1.510 do Código Civil.

---

<sup>227</sup> PEREIRA, C. M. S., v. 3, op. cit., p. 358.

<sup>228</sup> MONTEIRO, v. 3, op. cit., p. 391 e 394.

<sup>229</sup> Ibid., p. 394.

<sup>230</sup> DINIZ, v. 4, op. cit., p. 522-523.

### 3.5.11 A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia

Foi acrescentada através do inciso XI, ao sistema originalmente enunciado no Código, por força do artigo 10 da Lei 11.481/2007, prevendo medidas voltadas à regularização fundiária de interesse social em imóvel da União; que o insere também no artigo 1.473, inciso VIII, do estatuto civil, o direito de uso especial para fins de moradia.

Com efeito, as ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e regularização de ocupações levadas a efeito em áreas que sejam objeto de assentamentos informais de população carente e de baixa renda, com objetivo residencial, passam a ser possíveis em face dessa categoria de imóvel, com posterior outorga de título individual ou coletivo.

Nesse sentido, a inscrição da ocupação perante a Secretaria do Patrimônio da União, embora seja um ato administrativo precário e resolúvel a qualquer tempo, pressupõe o efetivo aproveitamento do terreno pelo ocupante; e observada a conveniência e oportunidade, gera a obrigação de pagamento anual da taxa de ocupação, sujeita esta, na condição de crédito originado em receita patrimonial, ao lançamento e às restrições decorrentes da decadência e de inexigibilidade previstos na lei, além da cobrança do respectivo ocupante responsável (sem comunicabilidade ao novo titular).

Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos IX e X do caput deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado.

A inserção do inciso XI, ao rol de direitos reais do artigo 1.225, do Código Civil, por força do artigo 10, da Lei 11.481/07, garante a tipicidade para o instituto e a sua registrabilidade no fôlio real. Essa providência legislativa decorre da necessidade de cumprimento ao princípio constitucional da função social da propriedade, prevista na Constituição Federal, no artigo 5º, XXIII, e artigo 170, III, além do artigo 182, § 2º.

A compreensão do instituto concessionário de uso faz pressupor um direito real limitado e de mera fruição de coisa alheia, personalíssimo, intransferível, indivisível, transmissível a título gratuito ou oneroso, já que por sua natureza, o uso almeja prover necessidade temporária do usuário ou de sua família, incidente sobre móvel infungível e

inconsumível, ou imóvel, como preceitua o artigo 674, IV, e artigos 742 a 745, além do artigo 1.225, V, e artigo 1.412, todos do Código Civil.

Sua origem estava no artigo 56 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, o chamado Estatuto da Cidade, sendo que o instituto reclamava providência de natureza formal, advindo-lhe a necessidade de ser objeto de registro no serviço de registro imobiliário de títulos administrativos e judiciais, outorgantes de concessão de uso especial de imóvel público, situado em zona urbana, destinado a moradia unipessoal ou familiar.

A concessão de uso de imóvel público urbano para fins de moradia, fundada nesse peculiar, é alienável, e sua outorga, suporta a classificação, de simples ou coletiva. Nesse sentido a outorga simples remete ao direito real de uso especial. Grava imóvel público urbano com área de até duzentos e cinquenta metros quadrados, para provimento temporário de necessidade de moradia de usuário, ou sua família, que lhe detém posse quinquenal, ininterrupta e sem oposição até 30 de junho de 2001, e desde que o pretendente usuário, não seja proprietário ou concessionário, a título oneroso ou gratuito, de outro imóvel urbano ou rural.

A outorga coletiva onera o imóvel público urbano maior que duzentos e cinquenta metros quadrados, e tem por objetivo atender provisoriamente a necessidade de moradia de "*população de baixa renda*", possuidora da terra pública por quinquênio ininterrupto e sem oposição até 30 de junho de 2001. O possuidor aspirante a usuário não pode ser proprietário ou concessionário, por título oneroso ou gratuito, de outro imóvel urbano ou rural.

Vale dizer, que essa outorga coletiva de concessão do uso especial deverá indicar de forma individualizada a fração ideal, não superior a 250 metros quadrados, outorgada a cada possuidor, pessoa física ou sua família; podendo a individualização ser atribuída unilateralmente, pelo poder público, ou, voluntariamente, mediante acordo escrito entre os ocupantes, homologado pelo Poder concedente.

A outorga do direito real de uso especial para moradia é gratuita, personalíssima, e não renovável, figurando como sujeitos dessa relação jurídica, o ocupante de imóvel urbano público de até 250 metros quadrados, que esteja regularmente inscrito; a pessoa física possuidora; seu herdeiro legítimo, e ainda a entidade familiar, como anotado no artigo 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, que venha a se formar em torno da pessoa física possuidora ou ocupante.

O uso especial para fim de moradia, só corresponde a um direito real sobre imóvel público urbano específico, após a concessão; assim, poderá ser pretendido pelo possuidor de outro imóvel. A vedação legal a proprietário ou concessionário de outro imóvel, não alcança aquele que tem apenas posse de um bem dessa natureza. Outrossim, no direito real de uso especial para fins de moradia, o cessionário pode transferir o respectivo direito de concessão, por ato entre vivo ou testamentário.

Não é demais trazer a lume, uma referência sobre a concessão de uso, que é essencialmente Contrato Administrativo, por meio dele a Administração confere fruição temporária e privativa de bem público para particular, visando fim público. A outorga se formaliza por contrato nominado *de concessão de uso especial para fins de moradia* sob a forma de outorga ordinária ou extraordinária. A outorga ordinária emanada na via administrativa ou extrajudicial obedece a procedimento instaurado nessa órbita, cujo termo final é aprazado em doze meses, contados da entrega do requerimento junto ao órgão administrativo. A outorga extraordinária é derivada de sentença judicial, cuja natureza é declaratória, e ocorrerá excepcionalmente.

É permissível a autorização do uso de imóvel urbano público para fim comercial, por outorga gratuita a possuidor que preencha os requisitos da concessão. Veja-se que embora ela não esteja incluída na norma, uma vez deferida como direito real de uso, torna-se passível de registro no CRI correspondente, imprimindo publicidade e efeito *erga omnes* à delegação concessionária.

No exame de registrabilidade dos atos de concessão de uso especial para fins de moradia, o delegado registrador atentar-se-á, na hipótese de concessão extrajudicial, para o preenchimento dos requisitos legais do contrato, sem adentrar seu mérito. Por sua vez, na concessão judicial, além dos requisitos dos artigos 222 a 225, da Lei 8.215/73, a norma de regência dos atos dessa natureza, assinalará a ocorrência do trânsito em julgado da sentença concessória. Consignando ainda, o recolhimento das obrigações incidentes na espécie, conforme preceituado no artigo 862 do Código Civil, ainda na Lei dos Registros Públicos, nos artigos 14, 217, 289, e artigo 30, XI; além do artigo 6º., da Lei nº 10.169/01.

### 3.5.12 A Concessão de Direito Real de Uso

No mesmo intuito do item anterior, este inciso XII, foi acrescido ao sistema, pelo artigo 10 da Lei 11.481/07, com reflexo no artigo 1.473 do Código Civil, inciso IX, e difere do uso mencionado no inciso V, do artigo 1.225, porque diz respeito ao acesso e utilização de imóvel público, com características especiais do instituto originalmente tratado e que reservava por objeto um bem particular.

Vale destacar, que a inserção dessa nova modalidade de uso, com o foro de direito real, pressupõe a oportunidade prevista na norma, de estender o efeito *erga omnes* ao cidadão que ocupar bem público, fazendo valer a garantia real plena, valorizando a função social e utilitária do imóvel, em oposição à intangibilidade de bens dessa categoria.

Assim, reconhecida a natureza contratual da concessão, é força convir que se conserva seu caráter de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado *intuitu personae*. O elemento fundamental na concessão de direito real de uso é aquele relativo à finalidade, que se pressupõe, deva ficar expressa, podendo nessa modalidade, ser diferenciado daquele do inciso XI, e o bem imóvel concedido ser utilizado com objetivos diversos da moradia, mas de equivalência na sua função e interesse público ou social.

Nessas circunstâncias, em decorrência da concessão, a parcela de bem público concedida, fica com sua destinação desviada para finalidade diversa da original<sup>231</sup>, e o uso comum a que o bem estava afetado substitui-se, pelo que vier a ser realizado pelo concessionário. Resultando alguma estabilidade para este, já que outorgada sob a forma contratual e, em geral, por prazos mais prolongados, não podendo ser despojado desse direito de utilização privativa antes do termo estabelecido, a não ser por motivo de superior interesse público relevante e mediante justa indenização.

Não é demais lembrar, que o emprego de institutos do direito privado para transferência de uso dos bens públicos, só é possível no caso de bens dominicais, considerados incluídos no comércio jurídico nessa seara. Isso porque, a aplicação pura e simples de contratos de Direito Civil aos bens patrimoniais disponíveis, implica renúncia, por parte do Estado, da supremacia de seu patrimônio sobre o particular, e nessa consequência, à

---

<sup>231</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 567.

possibilidade de sujeitá-lo às chamadas cláusulas exorbitantes admitidas nos contratos administrativos, a fim de assegurar o melhor atendimento do interesse público. Veja-se que no contrato comum, de direito privado, as partes colocam-se em igualdade de posições, não podendo o Estado alterá-lo ou rescindi-lo unilateralmente por motivo ligado a seu mérito.

O que se verifica nessa sede, é que enquanto a utilização privativa dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial, só podem ser consentidos por títulos de direito público, entre eles a concessão sob exame, a utilização dos bens dominicais pode ser outorgada, que por instrumentos públicos, quanto por institutos de Direito Civil, aplicados com observâncias de normas que assegurem à pessoa jurídica de direito público, a oportunidade de rescindir a concessão e subtrair o bem do comércio jurídico privado no interesse da administração. Não se olvidando que a concessão deve observar o interesse público e social, assegurando a obtenção de renda ao Estado, permitindo adequada exploração do patrimônio público, em favor de toda a sociedade.

### **3.6 A obrigatoriedade de conservação**

Haverá ainda uma obrigação *propter rem*, conforme tem reconhecido a jurisprudência<sup>232</sup>, sempre que a lei impuser um ônus em face da qualidade do bem imóvel, cumprindo a seu titular conservá-lo naquelas condições específicas. A necessidade do uso pacífico, sem abusividade, livrando-o de causar qualquer incômodo, sujeita o titular e o persegue em face de uma objetividade jurídica difusa, holística e social.

Assim, a obrigação de conservar reserva florestal e da recuperação da referida área, que tenha sido objeto de devastação, sem licença da autoridade competente, produz ao titular atual, ainda que mero adquirente do imóvel, sem ter sido o responsável pelo desmatamento.

Vale dizer, que ao perpetuar-se a lesão ao meio ambiente – não obstante tenha a ação, sido cometida pelos proprietários registraes anteriores, o resultado reflete no presente, como se o atual possuidor e adquirente estivesse praticando o ilícito. Nem se diga que a aquisição do imóvel desmatado possa excluí-lo desse dever, pois é inclusive, de conservação.

---

<sup>232</sup> STJ – REsp. 217.858-PR.

Veja-se a propósito, o entendimento dos tribunais superiores, acerca da obrigação legal do proprietário:

Recurso Especial. Faixa ciliar. Área de preservação permanente. Reserva legal. Terreno adquirido pelo recorrente já desmatado. Impossibilidade de exploração econômica. Responsabilidade objetiva. Obrigação *propter rem*. Tanto a faixa ciliar quanto a reserva legal, em qualquer propriedade, incluída a da recorrente, não podem ser objeto de exploração econômica, de maneira que, ainda que se não dê o reflorestamento imediato, referidas zonas não podem servir como pastagens. Não há cogitar, pois, de ausência de nexo causal, visto que aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito. A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental. Recurso especial não conhecido.<sup>233</sup>

E ainda:

Reserva florestal. Novo proprietário. Responsabilidade objetiva. 1. A responsabilidade por eventual dano ambiental ocorrido em reserva florestal legal é objetiva, devendo o proprietário das terras onde se situa tal faixa territorial, ao tempo em que conclamado para cumprir obrigação de reparação ambiental e restauração da cobertura vegetal, responder por ela. 2. A reserva legal que compõe parte de terras de domínio privado constitui verdadeira restrição do direito de propriedade. Assim, a aquisição da propriedade rural sem a delimitação da reserva legal não exime o novo adquirente da obrigação de recompor tal reserva. 3. Recurso especial conhecido e improvido.<sup>234</sup>

No quanto se observa no atual sistema de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, introduzidos a partir do advento da Lei 6.938/81, que instituiu a nova Política Nacional do Meio Ambiente, além das disposições da Magna Carta de 1988, baseado na obrigação do titular e na responsabilidade objetiva do agente na sua reparação integral, considera a função social e ambiental da propriedade e espaços territoriais protegidos.

Vale a lição da doutrina, para quem o princípio em tela dá o fundamento constitucional da imposição coativa ao proprietário, inclusive pela via judicial, da obrigação de recompor a área de vegetação permanente, independentemente de ter sido ele o responsável ou não pelo desmatamento e ainda que jamais tenha existido vegetação na área

---

<sup>233</sup> STJ - REsp. 343741/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª. T., j. em 04.06.2002, DJU 07.10.2002. p. 225.

<sup>234</sup> STJ - REsp. 263.383/PR, Rel. Min. Otávio Noronha, 2ª. T., j. em 16.06.2005, DJU 22.08.2005. p. 187.

em questão. Há uma obrigação legal de manterem-se as áreas de preservação permanente, com vegetação e os proprietários devem se sujeitar a ela em qualquer circunstância, por força do princípio da função social e ambiental da propriedade, que impõe o exercício da titularidade, conforme à diretrizes de proteção do meio ambiente.

Destarte, o caráter objetivo e *propter rem* da responsabilidade ambiental, afasta qualquer limite à reparabilidade, inserindo o sucessor nas obrigações pelo que houver sido danoso à coisa alienada. A premissa se justifica, pois a alienação não pode figurar como fato extintivo ou obstáculo à restauração direta do dano civil produzido pelo poluidor.

Nesse contexto, se sujeitará sempre o titular da coisa, ao dever de preservação e observância das limitações e exigências abstratamente estabelecida na lei, inclusive no que diga respeito a integridade dos atributos que justificaram a instituição de regime jurídico especial de proteção.

É bem verdade, que a par da obrigação *propter rem* do titular, convive a responsabilidade do Estado e da coletividade, de defender e preservar o meio ambiente, mantendo-o ecologicamente equilibrado, por se tratar de direito de terceira geração, de titularidade coletiva e caráter transindividual.<sup>235</sup>

Assim, se presente o responsável pela degradação, havendo ela sido perpetrada contra o interesse do titular, não prevalece sua obrigação exclusiva de reparar o dano, por conta do princípio da responsabilidade objetiva do proprietário, da função social da propriedade e de se tratar de uma obrigação *propter rem*. E eventual utilização abusiva, ainda que no interesse de uma atividade pública, poderá ser objeto da imposição da obrigação de fazer cessá-la. Haverá a responsabilidade da Prefeitura e não do proprietário da área, que não tem atuação predatória conjunta, mormente se contra a sua vontade, ela mantém depósito de lixo no terreno particular.<sup>236</sup>

---

<sup>235</sup> Supremo Tribunal Federal, RT- 847/99.

<sup>236</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, RT-854/209.

## **CAPÍTULO 4**

### **A CONTRIBUIÇÃO CONDOMINIAL**

#### **4.1 Introdução**

A explosão demográfica ocasionada pelos movimentos migratórios aos núcleos de maiores atividades econômicas e culturais, a questão da segurança pública, além de diversos outros fatores particulares do interesse e da utilidade dos cidadãos contemporâneos, levaram ao surgimento de grandes metrópoles e limitações nos espaços habitacionais, ganhando relevância a propriedade horizontal nos edifícios de apartamentos e a obrigação de arcarem os condôminos com o reembolso das despesas na conservação da coisa comum.

Assim, ainda no regime especial da Lei nº 4.591/64, a idéia básica que estabelecia a diferença entre a propriedade horizontal e o condomínio comum, com a justaposição de dois tipos de titularidades, era a da propriedade exclusiva da unidade autônoma e a propriedade coletiva das áreas comuns.

Nessa conformidade, ao contrário do condomínio ordinário, a comunhão horizontal é forçada pela qualidade da coisa e utilitarismo dos usuários, mostrando áreas bem definidas de uso individual e indivisibilidade em relação às áreas comuns. Ressalte-se que de forma geral, a unidade autônoma não sofre qualquer limitação aos poderes de usar, fruir e dispor do seu titular.

No plano doutrinário, várias teorias se construíram sobre a natureza jurídica do condomínio, dentre elas: a) a chamada acéfala, qual nega a existência de verdadeira propriedade nessa forma de condomínio; b) a que considera a propriedade horizontal como equiparada ao instituto da servidão, adotada pelo direito francês; c) além daquela que entreve na propriedade horizontal, os contornos do direito de superfície, e francamente adotada pelo direito alemão. Para outros, ainda, haverá nessa espécie, uma pessoa jurídica formada pela reunião das várias outras pessoas físicas e jurídicas, proprietários das unidades.

Por sua vez, a corrente mais aceita, entretanto, descreve o presente condomínio, como

um ente despersonalizado, que, apesar de não estar classificado como pessoa jurídica, tem direitos que podem ser exercidos e deveres que devem ser observados. Ressalte-se de que o condomínio pode celebrar contratos, ilustrando a existência de vontade única, ainda que *ficta*, emanada de um ente despersonalizado.

Vale dizer, que a Lei nº 4.591/64, no seu capítulo III, utiliza a expressão "das despesas do condomínio", mas não apresenta um conceito formal do instituto, ou seja, não o expressa uma noção ou expressão capaz de esclarecer todos os aspectos inerentes a sua formação ou atuação no mundo jurídico. Portanto, o conceito de despesas do condomínio, que resta ao exame, é analítico, ou seja, derivado de sua operacionalidade no contexto econômico e utilitário.

Nessa ótica, as despesas do condomínio, são os gastos feitos com a conservação, manutenção e administração das partes comuns e dos serviços gerais do prédio.<sup>237</sup>

Assim, os gastos levados a efeito com a conservação e manutenção são os resultantes do uso e dos danos provocados pelos agentes externos, pelo tempo e pela utilização da coisa comum, pois os condôminos visam a perpetuação das condições originais do imóvel. Os gastos feitos com a administração da coisa são os concernentes à comissão do síndico, ao salário de empregados, e tudo o mais que possa ser considerado resultante da sua atividade finalista.

## 4.2 A natureza jurídica das despesas

No âmbito desse estudo, a taxa de condomínio é exemplo típico da obrigação examinada, na qual se circunscrevem os requisitos de uma taxa de âmbito privado, sendo de regra, corresponde a uma contraprestação pecuniária dos serviços prestados ou postos à disposição do condômino, criados em proveito do uso e da fruição dos bens, serviços e coisas comuns.

Vale notar que as despesas do condomínio representam obrigações acessórias mistas,

---

<sup>237</sup> MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **Teoria e prática do condomínio**: comentários à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Rio de Janeiro: José Konfino, 1966. p. 98-225.

pois se vinculam ao direito real, objetivando uma prestação devida por seu titular. O seu caráter é híbrido, vez que tem como objeto uma prestação específica, mas está incorporada a um direito real, do qual se origina. Assim, representam obrigações *propter rem*.

Na doutrina, a maioria dos autores, afirma que a obrigação *propter rem* encontra-se no terreno limítrofe entre os direitos reais e os pessoais. Apesar de ser uma decorrência daqueles direitos, pois segue o titular, não obstante tem características de um direito de crédito, vez que há um liame que vincula duas pessoas<sup>238</sup>, isto é, um sujeito ativo e um sujeito passivo, ainda que apenas por um determinado tempo, tendo por objeto uma prestação positiva ou negativa.

Não é demais destacar, que apesar da existência de traços relativos aos direitos reais e aos direitos pessoais, pode-se notar a ausência de alguns traços ontológicos dos direitos citados, dentre outros, o objeto da obrigação *propter rem* não é o imóvel, mas a prestação pecuniária, além disto, pode haver cessão de débito sem a eminência do credor.

Com efeito, alguns afirmam ainda que a obrigação *propter rem* deve ser classificada como um direito pessoal, vez que a maioria dos elementos encontrados naquela obrigação está relacionada ao direito pessoal. Outros autores reconhecem nelas, uma categoria jurídica autônoma, que não se enquadra no âmbito dos direitos reais, nem se adequa aos direitos obrigacionais, pois participa de ambos.<sup>239</sup>

Em que pesem os argumentos favoráveis de ambos, a primeira corrente parece mais acertada, vez que, apesar da formação híbrida, nas obrigações *propter rem*, as características de direito obrigacional se sobrepõe às características de direito real, tanto em relação ao aspecto quantitativo, quando em relação ao aspecto ontológico.

As noções e os conceitos de direitos reais e de direitos pessoais, revelam à saciedade a tese da sobreposição, pois os direitos reais indicam o exercício direto de um poder sobre a coisa, sem intermediação, interferência ou qualquer relação com outra pessoa ou ente; já os direitos pessoais exigem interferência, intermediação ou relação jurídica entre um sujeito e a pessoa ou ente, para que lhe seja acessível o bem querido.

No presente caso, sempre haverá uma pessoa ou ente entre o credor e o bem desejado,

---

<sup>238</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 216-219.

<sup>239</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1. p. 188-197.

ou seja, ainda que o sujeito passivo da relação obrigacional, na condição de intermediador, possa parecer inconstante, sujeito a relações secundárias ou condicionais, relevando interferências de terceiros que figurarem nas eventuais outras avenças que tratem da coisa, haverá sempre um devedor, cuja responsabilidade será decorrência da sua posse direta.

Observe-se que o intermediador não pode ser confundido com o sujeito passivo universal, que segundo a escola clássica é o sujeito passivo do direito real (obrigação passiva universal), vez que o intermediador da obrigação *propter rem* poderá sempre ser individualizado e identificado, ainda que não se configure qualquer lesão a direitos. Ao contrário do que acontece em relação ao direito real, a determinação do sujeito passivo, nas obrigações em tela, será sempre possível, mesmo que sejam realizadas alterações na titularidade do direito real.

A existência do devedor e do credor revela, também, a preponderância dos elementos de direito obrigacional, quando se trata de obrigações *propter rem*, pois a figura do sujeito passivo não está relacionada a uma lesão qualquer de direito.

#### 4.3 Os sujeitos passivos da relação obrigacional

Nas despesas do condomínio, a despeito do seu caráter e natureza de obrigação *propter rem*, portanto, na mesma esteira das relações obrigacionais comuns, contém as duas partes determinadas ou determináveis<sup>240</sup>: um sujeito ativo, o credor (*accipiens*) e um sujeito passivo, o devedor (*solvens*).

Aquele, o credor pode ser definido como o ente que tem a expectativa de obter do devedor o cumprimento da obrigação, ou seja, o fornecimento da prestação, a entrega de seu objeto, enquanto o devedor é aquele que tem o dever legal, contratual ou decorrente de ato ilícito, de satisfazê-la, através da entrega da prestação estabelecida.

Na relação em espeque, o credor é o condomínio, na medida que o artigo 1.336, I, do Código Civil inscreve o dever do condômino em contribuir para as despesas na proporção de suas

---

<sup>240</sup> RODRIGUES, 1997, op. cit., reconhece essa condição e utiliza a palavra "determináveis", valorizando a premissa de que a obrigação *propter rem* figura, ontologicamente, no âmbito das obrigações. Ressalte-se, porém, que, nessas obrigações, o sujeito é determinado.

frações ideais, sujeitando-se aos encargos legais (parágrafo primeiro e segundo), entre eles a cobrança do débito em juízo, sendo reconhecida sua capacidade processual; e este ente que por força da norma do artigo 1.332, *caput*, é instituído por ato do qual constarão inclusive os requisitos da legislação especial, não pode ser subsumido<sup>241</sup> ao regime legal das pessoas criadas pela técnica jurídica, conservando e evidenciando um conjunto de direitos e obrigações.

Assim, o condomínio pode exigir a prestação que foi estabelecida no capítulo III, Lei nº 4591/64, inclusive judicialmente. O devedor, por sua vez, é o titular de um direito real sobre a unidade autônoma, ou seja, um direito que, em virtude da sua irrestrita publicidade, possa ser notado por todos, especialmente pelo condomínio (credor). Ainda que uma relação de direito pessoal, porventura celebrada entre o titular e um locatário, pressuponham uma obrigação reflexa, permanecerá a originária e legal. Salvo se cumprida ou satisfeita pelo terceiro interessado.

Vale dizer, que as relações obrigacionais travadas entre o titular do direito real sobre a unidade autônoma e terceiros não surtem qualquer efeito em relação ao condomínio. O sujeito passivo das despesas perante o condomínio continua sendo o titular do direito real.

Nesse parâmetro, nota-se um outro aspecto real inafastável, quando o adquirente de qualquer unidade autônoma é responsabilizado pelos débitos do alienante, inclusive multas, em relação ao condomínio, pois a obrigação *propter rem* é caracterizada pelo direito de seqüela, inerente à propriedade, de modo que o adquirente se sub-roga *ex vi lege* nas obrigações do alienante, obviamente, sem prejuízo do direito de regresso.

Destarte, embora se confirme a responsabilidade do titular da coisa, pelas obrigações resultantes das despesas de sua conservação, é certo que os tribunais têm admitido a exigência daquele que consta nos registros como seu proprietário.

Não é demais conferir no julgado que segue, as hipóteses de alguma variante:

Condomínio. Cobrança de taxas condominiais. Execução extrajudicial. Arrematação posterior. Precedentes da Corte. 1. A nossa jurisprudência está orientada no sentido de que a "responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso

---

<sup>241</sup> A subsunção Kantiana citada por BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Campus. 1992. p. 64, é basicamente a adequação típica do conceito descrito pela proposição jurídica ao fato indicado na idéia.

concreto" (REsp nº 138.389/MG, Segunda Seção, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 13/9/99). 2. No caso concreto, ajuizada a ação antes da execução extrajudicial, deve seguir-se precedente da Corte no sentido de que é responsabilidade da proprietária as "despesas condominiais desde a data da aquisição até quando o imóvel foi arrematado pela CEF" (REsp nº 479.782/DF, Quarta Turma, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 4/8/03). 3. Recurso especial conhecido e provido".<sup>242</sup>

#### 4.4 As despesas ordinárias e as extraordinárias

Por sua vez, essas obrigações *propter rem*, podem ser classificadas quanto ao fato gerador, em despesas ordinárias e extraordinárias. As ordinárias visam o custeio normal das áreas e serviços comuns, ou seja, destinam-se de maneira geral a cobrir gastos com o funcionamento dos serviços e com pequenas despesas de conservação das áreas comuns. As extraordinárias estão ligadas aos gastos vultosos normalmente gerados em ocasiões esporádicas.

Vale trazer à lume, o conceito lapidar admitido com fluência, de que elas se classificam em ordinárias e extraordinárias, conforme se refiram a necessidades de rotina ou a situações financeiras, criadas por necessidades urgentes ou imprevistas.<sup>243</sup> Nessa relação, a classificação das despesas do condomínio horizontal contém um aspecto interessante e que deve ser esclarecido: as despesas ordinárias e extraordinárias não são descritas pela Lei 4.591/64, sim pela norma locatícia, a Lei 8.245/91.

Assim, os artigos 22 e 23 dessa lei anotam expressamente que, o locador é obrigado a pagar as despesas extraordinárias de condomínio, e por estas são entendidas, as que não se refiram a gastos rotineiros, dependidos na manutenção do edifício; entre elas as obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel; pintura das fachadas, empenos, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas; obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício; indenizações trabalhistas e previdenciárias

---

<sup>242</sup> STJ – 3ª. Turma – REsp. 651.060/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 14.12.2006, DJU 23.04.2007, p. 255.

<sup>243</sup> MAGALHÃES, op. cit., p. 118.

pelas despesas de empregados ocorridas em data anterior ao início da locação; instalação de equipamentos de segurança e de incêndio, de telefone, de intercomunicação, de esporte e de lazer; despesas de decoração e paisagismo nas partes de uso comum; além do numerário destinado a constituição de fundo de reserva.

Portanto, na previsão de obrigar-se o locatário, a pagar as despesas ordinárias de condomínio, por elas se entenderão, aquelas necessárias à administração respectiva, especialmente, dos salários, encargos trabalhistas, contribuições previdenciárias e sociais dos empregados do condomínio, consumo de água e esgoto, gás, luz e força das áreas de uso comum, de limpeza, conservação e pintura das instalações e dependências de uso comum, de manutenção e conservação das instalações e equipamentos hidráulicos, elétricos, mecânicos e de segurança, também aquelas de uso comum, na manutenção e conservação das instalações e equipamentos destinados à prática de esportes e de lazer, elevadores, porteiro eletrônico e antenas coletivas, pequenos reparos nas dependências e instalações elétricas e hidráulicas, e inclusive as decorrentes de rateios de saldo devedor, reposição de fundo de reserva utilizado, salvo se referentes a período anterior ao início da locação.

Destarte, cuidando a relação locatícia, em face da figura do Condomínio como entidade, do que os romanos já denominavam “*res inter alios*”, ainda que o contrato atribua esse ônus ao inquilino, a condição não libera o proprietário enquanto ela não houver sido satisfeita. Só o pagamento libera o titular da coisa, ainda que realizado pelo locatário.

A jurisprudência tem confirmado inclusive, a possibilidade da cobrança ao antigo proprietário, se a alienação não é conhecida da entidade:

Condomínio. Cotas em atraso. Cobrança feita ao antigo condômino. Imóvel alienado mediante contrato não registrado. Valores relativos a período posterior. Falta de comunicação ao Condomínio. Responsabilidade do antigo proprietário. Remanesce a legitimidade passiva do proprietário de imóvel que não comunica ao condomínio credor a alienação do bem através de contrato de compromisso de compra e venda com terceiro não registrado. Agravo parcialmente provido para determinar a continuidade do processo em primeiro grau.<sup>244</sup>

Não se cogitando da oportunidade de cobrança à pessoa diversa do titular do direito real, em favor de quem permanecerá sempre a responsabilidade do reembolso das despesas na

---

<sup>244</sup> STJ – 4ª. Turma – AgRg no REsp 660.325/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 18.08.2005, in DJU 03.10.2005, p. 271.

conservação da coisa, perante o Condomínio, na forma gizada, tanto na lei civil, quanto nas normas extravagantes.

#### 4.5 O tratamento fiscal das unidades

A despeito da previsão da Lei nº 4.591/64 estabelecer alguma distinção entre o condomínio edilício e aquele descrito como condomínio voluntário ou necessário, nos artigos 1.314 e 1.327, do Código Civil, é certo que tributos comuns são exigidos da universalidade.

Vale dizer, que no Condomínio Geral, o tributo incide sobre a totalidade da coisa comum, ensejando uma distribuição *pro rata* entre os consortes. Em relação ao edifício de apartamento, por sua vez, adotando o fisco o critério da pluralidade de devedores, deve-se considerar que tal premissa define a responsabilidade dos consortes. No condomínio do artigo 1.331, cada unidade autônoma se vincula a uma quota tributante. Especialmente, no que diz respeito à obrigação de contribuir como se cada apartamento fosse um prédio isolado.

Nessa tônica, é força convir que o artigo 11 da Lei nº 4.591/64, tem como escopo evitar a repercussão dos débitos tributários de um consorte nos demais condôminos. Não poderia ser diverso o tratamento dado às unidades, pois essa autonomia tributária está veiculada ao caráter exclusivo da sua titularidade.

O mesmo não se pode dizer, por outro lado, no que decorra das obrigações tributárias ou para-fiscais, que incidam sobre a atividade do ente instituído com o fim comum e que devem ser objeto de rateio como despesa conjunta, ainda que não prevista expressamente na convenção.

Veja-se que os tribunais têm adotado o critério, conforme os arestos que seguem:

Processo civil e tributário. IPTU. Alienação de imóvel desmembrado em unidades autônomas. Legitimidade ativa *ad causam* dos sucessores para impugnar o crédito tributário. Solidariedade passiva tributária. Inexistência. 1. O sucessor, na condição de responsável tributário e, portanto, sujeito passivo da obrigação tributária principal, ostenta legitimidade ativa para impugnar o crédito tributário. Inteligência dos arts. 121, § único, e 130, do CTN. 2. O adquirente do imóvel é o responsável tributário por sucessão inter vivos relativamente aos débitos anteriores à aquisição, porquanto a relação

jurídica integrada pelo alienante extinguiu-se no momento da transmissão da propriedade, tendo-se tornado, o sucessor, sujeito passivo de outra obrigação, com o mesmo conteúdo da primeira (subrogação). Por conseguinte, há a exclusão da responsabilidade do alienante, respondendo o sucessor, portanto, pelos tributos apurados ou passíveis de apuração à data da ocorrência do fenômeno sucessório. 3. Com efeito, em matéria tributária, sempre que, numa mesma relação jurídica, houver duas ou mais pessoas caracterizadas como contribuinte cada uma delas estará obrigada pelo pagamento integral da dívida, perfazendo-se o instituto da solidariedade passiva. 4. No que pertine à responsabilidade tributária dos sucessores ou terceiros, ao revés, a solidariedade não se presume, devendo resultar, necessariamente, de lei. Isto porque feriria a lógica jurídico-tributária a integração, no pólo passivo da relação jurídica, de alguém que não tenha tido qualquer participação na ocorrência do fato gerador da obrigação. 5. O caso *sub examine* versa sobre propriedade horizontal, sendo cada impetrante proprietário de uma fração ideal, correspondente a 1/118 avos do terreno original, cada uma com um número de registro próprio junto à Municipalidade. Está-se diante de um condomínio edilício, direito real advindo da conjugação de dois outros direitos reais, quais sejam: a propriedade individual sobre as unidades autônomas - cada uma das 118 garagens - e a co-propriedade sobre as partes comuns, nos termos do art. 1.331, do Código Civil. 6. Nesse segmento, verifica-se que, à época da ocorrência do fato gerador do IPTU relativo aos exercícios de 1987 e 1988, o imóvel objeto da presente lide era tributado por inteiro, sendo sujeito passivo da relação jurídica a Liga das Senhoras Católicas, em nome da qual encontrava-se cadastrado o imóvel. Essa relação jurídica extinguiu-se no momento da transmissão da propriedade, a qual fragmentou-se em 118 unidades autônomas, que deram titularidade devedora a 118 novos contribuintes. 7. Destarte, cada um dos adquirentes tornou-se sujeito passivo de nova relação jurídica, assumindo a dívida tributária pretérita proporcionalmente ao valor atinente à área da propriedade adquirida, razão pela qual resta inequivocamente afastada a solidariedade entre eles. 8. Transcreve-se excerto do Parecer do Ministério Público (fls.101/102), *verbis*: 'Do primitivo terreno, que deu lugar a um edifício de certo vulto, cada impetrante e terceiros têm módica fração, que é, aliás, puramente ideal. Eles são, nessa medida, sucessores da antiga proprietária - a honorável Liga das Senhoras Católicas de São Paulo -, que, em dois exercícios consecutivos (1987 e 1988), não pagou os tributos relativos às 118 garagens, à época integrantes de um único cadastro tributário, mas cuja vida autônoma remonta à década de 60 (cf. fls. 57). Ora, tratando-se da propriedade horizontal, a responsabilidade tributária, oriunda da sucessão, refere-se a cada unidade, isoladamente. Pouco importa que, antes de 1989, o cadastro fosse unitário. O fato é que os imóveis já eram distintos. E, para efeitos tributários, "cada unidade autônoma será tratada como prédio isolado, contribuindo o respectivo condômino, diretamente, com as importâncias relativas aos impostos e taxas federais, estaduais e municipais, na forma dos respectivos lançamentos" (Lei n. 4.591/64, art. 11). No exato magistério de Silvio Rodrigues, "a natureza da unidade autônoma é a de uma propriedade imóvel comum", com limitações especiais, que não se estendem ao aspecto tributário (Cf. "Direito Civil, vol. V, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1983, n. 125, pág. 215). E assim também se pronuncia Caio Mário da Silva Pereira, especialista no tema e autor, aliás, do projeto de que se originou a Lei n. 4.591/64: "No regime do condomínio especial dos edifícios coletivos [...] a idéia central reside na associação da co-propriedade à propriedade exclusiva: o condomínio incide no solo, fundações, paredes mestras, saguão de entrada,

corredores, portas e coisas de uso comum e teto. A propriedade exclusiva tem por objeto a unidade, seja esta o apartamento residencial, seja o conjunto ou a sala de utilização profissional, seja a loja ou o grupo de finalidade comercial [...]. As unidades autônomas são tratadas objetivamente como tais, identificadas por indicação numérica ou alfabética, e respondem individualmente pelos tributos' (conf. "Instituições de Direito Civil", vol. IV, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, n.319, pág. 137; sem destaque no original)"<sup>245</sup>.

E ainda:

Processual civil e tributário. Agravo regimental. Responsabilidade tributária. Execução fiscal. Lei 8.212/91, art. 30, VI. Responsabilidade subsidiária do condomínio em relação à construtora. Redirecionamento para o representante legal do condomínio por débitos previdenciários da construtora. Impossibilidade. 1. A responsabilidade do dono da obra é subsidiária, razão pela qual a sua submissão patrimonial somente se revela lícita em face do malogro da execução fiscal contra o construtor, nos termos da Súmula 126, do extinto TFR, mesmo após o advento da Lei 8.212/91, que traçou distinção entre as situações fáticas definidas nos arts.30, VI, e 31, ambos da Lei 8.212/91 (EREsp186540 / RS, de relatoria do Min. Castro Meira, publicado em 01/07/2005). 2. Conseqüentemente, e mesmo independentemente da inexistência de solidariedade, in casu, entre o condomínio e a construtora do respectivo prédio, verifica-se a impossibilidade de redirecionamento da execução em face dos condôminos-proprietários, pelo mero fato de serem seus representantes legais. 3. A responsabilidade patrimonial secundária do sócio, na jurisprudência do E.STJ, funda-se na regra de que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa<sup>246</sup>.

Além de:

Processual civil. Tributário. Contribuição previdenciária. Construção civil. Construtor ou empreiteiro. Obra sub-empregada. Responsabilidade solidária. 1. O Regulamento de Custeio da Previdência Social, nos estritos termos da lei, dispõe: "Art. 57. O proprietário, o dono da obra ou o condômino de unidade imobiliária, qualquer que seja a forma pela qual tenha contratado a execução da construção, reforma ou acréscimo de imóvel, responde solidariamente com o construtor pelas obrigações decorrentes deste Regulamento, ressalvado o seu direito regressivo contra o executor ou

---

<sup>245</sup> STJ – 1ª. Turma – Recurso especial desprovido – REsp. 783.414/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13.03.2007, DJU 02.04.2007. p. 240.

<sup>246</sup> STJ – 1ª. Turma – Agravo regimental desprovido, interposto no REsp 720.253/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.05.2006, DJU 29.05.2006. p. 172.

contratante das obras e admitida a retenção de importâncias a este devidas. Art. 58. A empresa construtora e o proprietário do imóvel podem isentar-se da responsabilidade solidária aludida no artigo 57, em relação a fatura, nota de serviço, recibo ou documento equivalente que pagarem por tarefas sub-empregadas de obras a seu cargo, desde que façam o sub-empregado recolher, quando do recebimento da fatura, as contribuições incidentes sobre a mão-de-obra inclusa no documento, nas bases fixadas pelo IAPAS. 2. No julgamento do RESP 376.318/SC, de Relatoria do Min José Delgado, publicado em 18/03/2002, ficou assente que: "As empresas que firmam contratos de sub-empregadas são solidariamente responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes dos serviços prestados pela contratada. As empresas poderão isentar-se da responsabilidade solidária, especialmente as construtoras, em relação às faturas, notas de serviços, recibos ou documentos equivalentes que pagarem por tarefas sub-empregadas, de obras a seu cargo, desde que façam o sub-empregado recolher, previamente, quando do recebimento da fatura, o valor fixado pela Previdência Social, relativamente ao percentual devido como contribuições previdenciárias e de seguro de acidentes do trabalho, incidente sobre a mão-de-obra inclusa no citado documento. Interpretação do sistema legal fixado sobre a matéria." 3. Deveras, é cristalino o CTN ao estabelecer que: "Art. 124. São solidariamente obrigadas: I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; II - as pessoas expressamente designadas pela lei. Parágrafo Único: A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem." 4. Da simples leitura dos dispositivos supratranscritos, resulta inequívoco que, em conformidade com o art. 57 e 58 do Decreto nº 90.817/85, a responsabilidade pelo recolhimento dos débitos previdenciários em questão é solidária entre o construtor e os sub-empregados, aliada à exegese do artigo 124, § único, do CTN. 5. Precedentes: EREsp 410.104/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 01.07.2005; AgRg no REsp 186.540/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 15.12.2003. 6. Agravo Regimental desprovido".<sup>247</sup>

Depreendendo-se dos precedentes, que poderá ser estendida a responsabilidade ao Condomínio, sendo este sempre reconhecido como uma universalidade, qual responde por uma obrigação considerada conjunta, no que diz respeito aos condôminos. Nessa circunstância, seus bens respondem pela dívida do condomínio, podendo ser objeto de penhora na forma da lei, com os benefícios da Lei 8.009/90, mas sem destacar a parcela de cada um dos co-devedores. Não se confundindo a obrigação conjunta, com a dita solidária, onde o titular de uma unidade poderia ser demandado por toda a dívida e cuja condição não se presume. Enquanto na espécie, todos respondem por ela.

Nessa consequência, a responsabilidade civil do condomínio, por danos causados a prédio vizinho, por exemplo, poderá ser objeto de cobrança extensiva e conjunta a seus

---

<sup>247</sup> STJ – 1ª. Turma – AgRg. no REsp. 755.160/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09.05.2006, DJU 29.05.2006. p. 187.

membros, que irão garanti-la com o imóvel a representar seus acervos, na forma de cotas conjuntas.

O extinto 2º. Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, examinando matéria análoga decidiu:

Responsabilidade civil – Danos em prédio urbano vizinho – Indenização – Obrigação do proprietário. A responsabilidade pela reparação de danos causados a prédio vizinho é obrigação *propter rem*, vinculando quem se encontre na posição de dono ou possuidor, independentemente de ter sido o autor direto da obra causadora do prejuízo.<sup>248</sup>

#### **4.6 A utilização dos bens pelos condôminos**

Na análise do princípio da utilização individual, onde cada um responde de acordo com a efetiva utilização dos bens e serviços, não pode ser feita sem a investigação da natureza jurídica da relação entre o consorte e a coisa comum. Pois, de rigor, todas as benfeitorias e benefícios são colocados à disposição dos moradores, prevalecendo a faculdade de utilizarem-se delas.

A doutrina tem confirmado o entendimento de que o consorte está ligado à coisa através de um direito de propriedade, que, nos termos do previsto no § 5º, do art. 12 da Lei nº 4.591/64, não pode ser objeto de renúncia, para exonerar o consorte dos seus encargos legais.<sup>249</sup>

Vale dizer, que prevalece o princípio da utilidade individual com base em um suposto direito de uso do condômino, sendo certo que a norma especial dispõe com meridiana clareza, sobre o cabimento a cada unidade autônoma, como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e das coisas comuns, qual será expressa sob forma decimal ou ordinária.

Portanto, tratando-se de propriedade da coisa comum, a irrenunciabilidade escusatória de direitos, por não utilização indireta tem fundamental importância, na medida que ao condômino é facultada individualmente essa oportunidade. E assim, no contexto, o princípio

---

<sup>248</sup> 2º. TAC-SP - Apelação n. 488.077 – 9ª. Câmara – Rel. Marcial Holanda.

<sup>249</sup> MAGALHÃES, op. cit., p. 212.

da utilização individual perde consistência, conquanto estes valorizam de alguma forma a unidade do consorte inerte.

A hipótese mais comum é a da não utilização do elevador pelos moradores do andar térreo. De fato, a utilização direta se mostra pouco provável, mas sua existência agrega valor às unidades autônomas; propiciando uma sentida valorização no patrimônio, conforme julgados destacados na doutrina e nos repertórios.<sup>250</sup>

Os condôminos do andar térreo estão legal e justamente sujeitos a todos os encargos que pesem sobre os andares superiores. Isto é da essência do condomínio. Enquanto não houver divisão e desmembramento, o edifício é considerado como um todo econômico, em que cada comparte responde pelos encargos da administração do conjunto. Nem se diga que os elevadores não servem ao andar térreo. Graças a eles, a circulação é rápida, os empregados dispõem de mais tempo e energia, para realizar a limpeza da entrada, das escadas, soma de trabalhos que valorizam todo o edifício e, conseqüentemente, o andar térreo. Assim, se o andar térreo é uma loja, ainda maior é a vantagem para o proprietário, porque o edifício bem limpo, bem administrado, torna-se caro e assim os moradores serão todos pessoas de maior poder aquisitivo, o que influenciará nas rendas do ocupante, aumentando o volume de negócios. Sem elevadores, sem limpeza, sem iluminação, as pessoas de maiores haveres, abandonariam o prédio e ele transformar-se-ia num cortiço que só os operários humildes iriam habitar.

Tal desate, tem raízes na tradição do nosso sistema, tanto assim, que sobre tema análogo, a 2ª. Turma do Supremo Tribunal Federal, então instalado no Estado do Rio de Janeiro, decidiu:

A administração do edifício pode exigir que o proprietário de apartamento no pavimento térreo pague sua cota na despesa com o serviço do elevador.<sup>251</sup>

O entendimento segue em harmonia com o previsto no artigo 2º., da Lei 4.591/64, que prevê para as garagens eventualmente existentes no prédio, o preceito de que as despesas com a coisa comum, mesmo não utilizada, se fundamenta no próprio direito de propriedade e não numa faculdade de uso.

---

<sup>250</sup> Sentença do Juiz Titular da 18ª. Vara Cível do Rio de Janeiro, Osny Duarte Pereira, Diário de Justiça do Estado, de 27 de setembro de 1955. p. 12.322.

<sup>251</sup> Diário da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de 7 de novembro de 1960. p. 1.013.

Veja-se no texto da norma, a regra do parágrafo 1º., que declina:

O direito à guarda de veículos nas garagens ou locais a isso destinados nas edificações ou conjunto de edificações será tratado como objeto de propriedade exclusiva, com ressalva das restrições que ao mesmo sejam impostas por instrumentos contratuais adequados, e será vinculada à unidade habitacional a que corresponder, no caso de não lhe ser atribuída fração ideal específica de terreno.

É de se valorizar o princípio geral de direito, de que o acessório segue o principal, e os espaços destinados à guarda de carros constituem, segundo a própria disposição legal, um acessório da propriedade exclusiva sobre a unidade autônoma, acrescendo à respectiva fração. Se um dos co-proprietários, não dispõe desse acessório a seu direito de propriedade, deverá ficar isento de contribuir para a sua manutenção, pois, somente tem direito em relação às coisas comuns. Não sendo comum a garagem e as vagas, somente os que fizerem uso privativo de ambos, arcarão com as suas despesas.<sup>252</sup>

#### **4.7 A regra do Código Civil**

O Código, sem precedente no estatuto anterior, disciplina no artigo 1.340, o tema da utilização individual, das partes comuns e de uso exclusivo, com a previsão expressa, para que as despesas ou obrigações delas decorrentes, sejam suportadas por quem veio a se servir na condição de titular da coisa.

O dispositivo legal indica a intenção do legislador em exercitar a imposição contributiva no condômino, proporcionalmente à parte legítima que conserva sobre o todo. Nesse sentido, ao contrário das disposições anotadas no texto tradicional, as regras para o condomínio edilício, elegem de forma irrestrita, o princípio da utilidade como pressuposto e limite da cobrança pelas despesas relativas a sua conservação, sem que cada consorte deixe de se valer da proporção do benefício.

Ressalte-se que a aplicação do citado princípio enseja, além de uma discricionariedade

---

<sup>252</sup> MAGALHÃES, op. cit., p. 225.

na utilidade do bem ou serviço comum, a formação de métodos para definirem-se os critérios de uso exclusivo ou superiorizado da coisa comum.

#### **4.8 A fixação pelo regime de quotas**

Por consequência de norma expressa, tal seja a regra do artigo 1.350, passam os condôminos anualmente, em assembléia, a exercitar por maioria de votos, o direito de estabelecer a equivalência das contribuições e a forma de realização das despesas, cumprindo a cada consorte, no transcorrer do período, concorrer com a quota lhe imputada no rateio, na proporção da fração ideal de cada unidade, ressalvada alteração aprovada por dois terços dos membros (artigo 1.351).

Nesse sentido, os co-proprietários somente serão obrigados, originalmente, a adimplir as despesas do condomínio que sejam aprovadas em assembléia geral, na proporção da sua parte estabelecida pela convenção ou, na ausência da previsão, pelo que fixar a norma. Arcando cada um dos titulares da unidade, com o que lhe for correspondente e atribuído na divisão destes encargos.

#### **4.9 A mora**

A mora do devedor, como retardamento na satisfação da obrigação, se imputável ao devedor, acarretar-lhe-á sujeição aos juros moratórios convencionados e multa, observados os percentuais permitidos na lei (artigo 1.336, par. 1º.). Com esse propósito, o parágrafo 3º., do artigo 12, da Lei nº. 4.591/64, já estabelecia sanção para o condômino que deixava de pagar a sua contribuição no prazo estipulado na Convenção.

Não é mais razoável qualquer dúvida sobre o percentual dos juros moratórios que devem incidir na espécie, e que de 1% ao mês, além da multa de 02% (dois por cento) sobre o débito (artigo 1.336, par. 1º.), que será atualizado, se estipular a convenção, com a aplicação dos índices de correção monetária levantados pelo Conselho Nacional de Economia, no caso

de mora por período superior a seis meses.

Ao tempo do regime anterior, alterado pela nova redação dada ao parágrafo 1º, o artigo 52, Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que no advento da Lei. 9./96, revogou a disposição referente à multa, descrita no parágrafo 3º, do artigo 12, da Lei nº 4.591/64, que afasta a possibilidade de aplicações superiores a 2% do valor do débito. Sem que se possa, diante da disposição expressa da lei civil, afastar a sujeição da matéria a esse limite.

Nem prevalece o argumento de que a natureza da relação original entre o condomínio e o condômino, possa estar afastada de um contexto consumerista, abstraindo-se da conceituação legal de fornecedor e de consumidor (artigos 2º e 3º, caput, do Código de Defesa do Consumidor), a complexa natureza da contribuição equivalente à despesa dos serviços.

Vale destacar, que o fato da obrigação examinada ser decorrente da titularidade exercida sobre a coisa, transformando o beneficiário em devedor de uma prestação equivalente a despesas de serviços necessários à sua conservação, independentemente de sua vontade, não lhe retira esse caráter.

O condomínio, embora uma entidade criada com esse fim específico, administra e presta um serviço essencial a todos os interessados. A atividade desse ente despersonalizado, esta posta na lei e consiste na manutenção, administração e na conservação da coisa comum, que pertence aos seus integrantes. Não se lhe podendo excluir o oportuno fornecimento de atividade essencial à qual aderem e se sujeitam os titulares da fração ideal, sem qualquer confusão entre as áreas comuns e as de uso exclusivo.

O condômino, passa ser destinatário final de um serviço instituído pela vontade da maioria e realizado por prestadores, mediante o pagamento de um valor equivalente ao preço, cuja fixação passou ao largo, e por conservação de algo que pode nem utilizar no todo.

#### **4.10 O seguro da edificação**

A lei civil no artigo 1.346, por sua vez, repete a regra do artigo 13 da Lei nº 4.591/64, tratando do seguro de toda a edificação, contra o risco de incêndio ou destruição total ou

parcial, o custo representa uma despesa ordinária que deve ser dividida entre os condôminos.

Assim, o prêmio deve ser calculado numa base para o ano, de forma que as assembléias possam incluir a despesa no orçamento do condomínio, desde que aprovada. Observe-se que a aprovação se refere ao valor, visto que o seguro da edificação ou do conjunto de edificações é obrigatório.

Os estudos levados a efeitos sobre esse item que integra a responsabilidade dos condôminos em decorrência da gestão da coisa comum, confirmam a obrigatoriedade da contratação do seguro contra o risco de incêndio ou destruição total e parcial da edificação, mas cada condômino poderá contratá-lo em separado para sua unidade autônoma. E a seguradora será escolhida livremente pelo síndico, devendo recair sobre empresa idônea, sob pena de responsabilidade individual em caso de desídia.<sup>253</sup>

#### **4.11 A cobrança do débito**

O condomínio pode exigir extrajudicialmente o débito do condomínio em mora, nele se inserindo o rateio das despesas de conservação, o seguro e eventual multa prevista no parágrafo primeiro do artigo 1.336 do Código Civil, no percentual de dois por cento, revogando tacitamente a previsão de vinte da lei especial.

A verba será considerada um título em si mesma, quando estiverem presentes os seguintes elementos: a) existência de dívida líquida e certa; vencida e não liquidada no prazo estipulado; houver sido objeto de interpelação judicial ou extrajudicial do devedor, se ela não contiver termo expresso fixado nas assembléias anuais, onde são estabelecidas suas datas de vencimento.

A cobrança extrajudicial das despesas do condomínio representa um meio para a obtenção do crédito, mas não pode ter como fim o constrangimento desnecessário do devedor. Tanto a honra objetiva, assim considerada como sendo o conceito que outrem tenha sobre a pessoa, quanto a honra subjetiva, referente à esfera interna da pessoa, devem ser respeitadas;

---

<sup>253</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. **O condomínio edilício no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 71.

sem prejuízo do conhecimento pelos demais condomínios da lista dos devedores, pois, terminam pagando a parcela dos faltosos.

Observe-se que, nos casos de inadimplemento, o condomínio não pode impedir a utilização das áreas comuns, pois a qualquer constrição somente é possível através da tutela judicial.

#### **4.12 A cobrança judicial das despesas do condomínio e a impenhorabilidade do bem de família**

Na mora do condômino, a providência judicial para a universalidade haver a verba equivalente às despesas na proporção de sua fração ideal, será a via executiva sem a necessidade de utilizar-se do processo de conhecimento ou monitorio.

Tanto assim, que os tribunais tem confirmado o entendimento de que:

Agravos regimentais. Recursos especiais não admitidos. Despesas de condomínio. Execução. 1. Constituindo as atas de assembleias e as convenções condominiais títulos executivos extrajudiciais, cabível é a via executiva e não o ajuizamento de ação monitoria. 2. Agravo regimental improvido.<sup>254</sup>

Por sua vez, a Lei nº 8.009/90 estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar em relação às dívidas contraídas pelos cônjuges, pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo em algumas hipóteses admitidas na própria norma.

No Direito brasileiro, a penhorabilidade dos bens do devedor é a regra, mas a norma contém disposições que excepcionam essa premissa, estabelecendo a impenhorabilidade dos bens imóveis, se o devedor não dispõe de outro e lá reside com seus familiares, como descritos nos artigos 1º. e 2º., da lei especial em destaque. Esta representa um subsistema de

---

<sup>254</sup> STJ – 3ª. Turma – AgRg. no Ag. 216.816/DF, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 20.04.1999, DJU 31.05.1999, p. 149.

exceção, para o qual se exigem algumas circunstâncias padronizadas decorrentes da valorização de regras constitucionais nas quais se inscreveram direitos sociais garantidos pelo Estado aos cidadãos.

A hermenêutica moderna, nessas hipóteses, reconhece a existência de um subsistema orgânico de exceção às suas regras comuns, o que pode ser provado pelas relações travadas entre o sistema geral e o texto da Lei nº 8.009/90, inclusive no que diz respeito às exceções estabelecidas no corpo do diploma que disciplina a matéria<sup>255</sup>. E a segurança jurídica decorrente da norma, depende dos princípios cristalizados, tendo em vista a intenção do legislador.

Nessa tônica, entre as questões surgidas e dependentes de uma interpretação adequada, pode-se pontuar a referente ao bem de família descrito na Lei nº 8.009/90, e sua eventual penhorabilidade, em função de dívida oriunda do dever estabelecido no artigo 12 da Lei 4.591/64.

Duas correntes explicam o tema, sendo que a primeira, afirma que as taxas condominiais estão incluídas nas exceções à impenhorabilidade do bem descrito no inciso IV, do artigo 3º da Lei 8009/90. Valendo notar que dispositivo legal dispõe expressamente, ser a impenhorabilidade oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido, para a cobrança de imposto, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar.

Os partidários da penhorabilidade interpretam de forma extensiva a norma citada, admitindo que a palavra contribuições engloba as de natureza tributária e as de natureza condominial, ponto de vista admitido atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça, nos julgados que versam sobre o tema.

O fundamento razoável, de que a interpretação restritiva levaria a um enriquecimento sem causa do condômino inadimplente, proprietário de apenas um imóvel, tem razão de ser. Ademais, não pode haver inadimplemento eterno e premiado, vez que, normalmente, o credor tem a faculdade de conceder ou não crédito ao inadimplente, mas, no caso do condomínio, o credor seria obrigado, em virtude da sua natureza, a premiar o inadimplente com os serviços que não podem ser interrompidos.

---

<sup>255</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941. p. 155.

Por outro lado, a segunda corrente, que opta pela impenhorabilidade, pressupõe que o inciso IV, do artigo 3º, da Lei nº 8.009/90, é uma norma de exceção dentro de um sistema de exceção, que prejudica o proprietário do único bem de família, comportando, por sua vez, uma interpretação restritiva. Merece lembrança, que a questão é de política legislativa, e o legislador, agente político competente, embora não tenha feito menção expressa as contribuições condominiais no texto da lei, conservou regra que excepciona as dívidas decorrentes do próprio bem. Assim, ainda que se sustente, com base na Constituição Federal de 1988, não ser lícito ao aplicador do Direito, adentrar na seara de competência de Poder Legislativo, criando figuras não descritas pela lei.

Veja-se que a regra comum dos hermeneutas é a de que sofrem exegese estrita as disposições que impõem limites ao exercício normal dos direitos sobre as coisas. Incluem-se, portanto, no preceito as normas que autorizam qualquer tipo de expropriação. Assim, além do preceito geral de que as exceções são sempre interpretadas restritivamente, ainda que venham a beneficiar o sujeito. De regra, se elege a construção restritiva das normas para os casos que prejudicam o indivíduo.

Em relação à questão constitucional, os defensores dessa corrente afirmam que o estudioso e o aplicador do direito devem estabelecer a diferença entre hermenêutica jurídica e política legislativa, para que não haja invasão das competências atribuídas aos poderes constituídos pela Constituição Federal de 1988.

Assim, somente o legislador pode positivar as determinações que, dentro da sua constante faculdade discricionária, considera justas. Não sendo possível a adoção da teoria do realismo, importada do sistema norte americano, sem a devida observância do sistema positivo brasileiro, que tem como escopo a estabilidade das relações jurídicas e a preocupação em assegurar as competências constitucionais dos poderes constituídos, com base na supremacia da Constituição de 1988.

Valendo como referencial, no entanto, a ótica admitida pelos tribunais, e que valoriza a exceção contida na lei especial, e faz pressupor a penhorabilidade do único imóvel, em face de obrigações resultantes de sua conservação, podendo os condôminos que suportaram o ônus da inadimplência receber a título de ressarcimento pelo encargo majorado durante o período, sua titularidade.

## CAPÍTULO 5

### FUNDAMENTOS PARA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS OBRIGAÇÕES *PROPTER REM*

#### 5.1 O Direito Civil Constitucional

Na sistemática adotada pela Carta Magna de 1988, foram contemplados alguns princípios dirigidos de forma programática às relações privadas, enfatizando o princípio da dignidade humana que resulta no respeito à igualdade e aos direitos da personalidade; no princípio da eticidade, qual resulta por sua vez, no princípio da boa-fé objetiva; e ainda no da função social da propriedade, da empresa e do contrato.

Vale dizer, que a Constituição Federal, tratou nessas normas elementares, de criar alicerce para uma sociedade justa e pluralista, onde os interesses econômicos convergem para um contexto de relações que promovam a evolução dos negócios e do padrão social do cidadão, beneficiando e facilitando os relacionamentos nessa seara.

A caminho da chamada “despatrimonialização”<sup>256</sup> do Direito Civil, uma tendência onde não se projeta a expulsão e a redução quantitativa do conteúdo patrimonial do sistema civilístico, mas encontrar na tutela do homem uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa, independentemente da aspiração econômica, alterando a natureza dos institutos patrimoniais no direito privado.

Os princípios constitucionais integram e conformam a norma ordinária à Lei Fundamental<sup>257</sup>, daí a relevância e a necessidade de se destacar a sua aplicabilidade no direito das obrigações, à luz do que corresponderia aos princípios da boa-fé, da isonomia e da função social da propriedade e os princípios gerais a atividade econômica, inseridos no artigo 170, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX da Carta Magna.

---

<sup>256</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 33

<sup>257</sup> Ibid., p. 5.

## 5.2 A importância dos princípios na formação do Direito

Infere-se do próprio Direito Romano, desde os primórdios, o instituto *bonae fidei iudicia*, no qual havia uma noção de boa-fé que pode, comparativamente, ser utilizado em face do ordenamento civil contemporâneo, sendo que em ambos a conformação da boa-fé objetiva se dá por meio de delegação de poderes ao juiz.

Nesse passo, vale a citação da doutrina<sup>258</sup> de que essa premissa constituía-se num expediente técnico e preciso, por meio do qual se conferia ao julgador um especial mandato ou poder para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas, ou seja, se consideravam outros fatos que não os declarados pelas partes.

E mais, segundo anotação da doutrina, os *bonae fidei iudicia* eram, precisamente, *actiones civiles in personam* (não *in rem*) cujo *iudicium* atribuía ao juiz uma grande margem de apreciação discricionária, isto é, o poder de estabelecer, a seu critério, tudo quanto o demandado devesse dar ou fazer com base no princípio da boa-fé.

Essa concepção, que consolidou o seu conteúdo jurídico como princípio de direito contratual, encontra paradigma, também, na legislação alienígena, com destaque para o Código Civil Germânico (BGB), publicado em 1896 e em vigência desde 01/01/1900, cujo § 242, preconizava estar o devedor adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego; e ainda, no Código Civil Português, de 1966, incluiu o princípio da boa-fé objetiva no direito das obrigações, dispondo no artigo 762, 2ª alínea, que no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder nessa conformidade.

A generalidade dessa última norma fez com que a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça Português, se firmasse quanto à incidência do princípio da boa-fé sobre os contratos de adesão e de seguro, inclusive com o destaque de que a falta de precisão das declarações do segurado não retirava da seguradora, ocorrido o sinistro, o dever de indenizar, pois, os contratos de adesão vinculavam as partes à luz da boa-fé, assim, a seguradora, havendo dúvidas quanto às declarações iniciais do segurado, no ato da celebração

---

<sup>258</sup> NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio Janeiro: Renovar, 1999. p. 25.

do contrato, devia esclarecê-las e não impugná-las depois do sinistro e quando do requerimento do pagamento.

Essa premissa influenciou a legislação da Comunidade Económica Europeia, na década de 90, por ocasião da formação do pacto legislativo comum aos países membros; merecendo salientar, ainda, que o contrato não pode vir a ser invalidado pela violação de qualquer formalidade, cabendo a seguradora o ônus de provar que o segurado tinha conhecimento da circunstância omitida ou alterada.<sup>259</sup>

Não obstante, cumpre ressaltar que a invocação da boa-fé objetiva, em matéria obrigacional, na jurisprudência portuguesa, encontra dois tipos de orientação: o primeiro, voltado para o rigor formal e conceptual, e o segundo, privilegiando a análise concreta dos interesses e dos valores, à luz dos princípios essenciais da ordem jurídica, como o da boa-fé e do significado ético-jurídico das condutas e das regras formais, concebidas como simples meio e não fim.<sup>260</sup>

Como visto, o princípio é invocado como critério de interpretação finalística do contrato, e medida da intensidade dos deveres secundários, ou anexos, cabendo entender estes na condição de acessórios, considerado o negócio jurídico, como a finalidade. Por certo, é necessário que esta seja perceptível à outra parte. Não se cuida, aí, de motivo, de algo imaterial ou psicológico, mas de um ‘plus’ que integra o fim da atribuição e que está com ele intimamente relacionado. A desatenção a esse ‘plus’ torna o adimplemento insatisfatório e imperfeito.<sup>261</sup>

Assim, no que tange a responsabilidade pré-contratual, devem as partes proceder, tanto nas preliminares quanto na formação do contrato, segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

Nesse passo, a doutrina tem imposto deveres às partes, tendo em vista as circunstâncias do caso em concreto, entre eles, o de comunicação, informação, esclarecimento e lealdade que agrupados disciplinam a fase das tratativas contratuais<sup>262</sup>.

---

<sup>259</sup> NEGREIROS, op. cit., p. 59-60.

<sup>260</sup> Publicado: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, conforme acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal op. cit., Ano XX, Tomo IV, 1995, Palácio da Justiça, Coimbra. p. 42.

<sup>261</sup> NEGREIROS, op. cit., p. 63.

<sup>262</sup> Ibid., p. 68-69.

### 5.3 O Princípio da boa-fé objetiva

Sob essa ótica exclusiva, hodiernamente, os artigos 1º, inciso III, e 3º, I, da nossa Constituição prescrevem que para a formação do princípio da boa-fé há de se ter presente: solidariedade, colaboração entre os contratantes, função social, dignidade da pessoa humana.

Vê-se, assim, uma intervenção maior do Estado, nas relações privadas, com o intuito de assegurar as pessoas uma igualdade. Com efeito, a doutrina dominante ao se debruçar sobre o tema identifica, na forma de manifestação da boa-fé, dois distintivos, ou seja, o subjetivo e o objetivo, sendo que na primeira hipótese a boa-fé, em face do estado psicológico do indivíduo pode se caracterizar numa crença errônea, tal seja, aquele que desconhece as reais circunstâncias do ato praticado, já na segunda, a boa-fé consiste num dever de conduta contratual ativo, isto é, obriga o agente a uma certa conduta ao invés de outra.<sup>263</sup>

Como visto, na boa-fé subjetiva o indivíduo ignora o caráter ilícito de seu ato e na boa-fé objetiva sua conduta é direcionada a um dever de agir que está estritamente ligado ao direito das obrigações.

A boa-fé objetiva incorporou-se ao nosso ordenamento jurídico como princípio geral, cuja aplicação se irradia a todo o corpo do direito obrigacional, em face do Código Civil vigente, ao estabelecer, notadamente, no artigo 422, que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Nesse contexto os sujeitos da relação obrigacional estão adstritos à lealdade mútua, sendo que a boa-fé objetiva constitui um preceito de conduta a ser observado pelas partes em todas as fases do contrato, tal seja, desde as tratativas preliminares até o integral cumprimento das prestações devidas.

Outrossim, a boa-fé objetiva, há muito, já era reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência como um princípio jurídico, sendo que a primeira se referia à boa-fé como um princípio informativo do direito obrigacional e com o advento do Código de Defesa do

---

<sup>263</sup> NEGREIROS, op. cit., p. 12-15.

Consumidor passou a ser uma regra de conduta<sup>264</sup>, sendo que o preceito normativo, deriva do princípio constitucional encartado no *caput* do artigo 5º. (princípio da isonomia), inciso XXXII, cujo teor impõe ao Estado, promover na forma da lei, a defesa do consumidor. E ainda, no artigo 170, V, insere a defesa do consumidor como outro princípio geral da atividade econômica.

Assim fazendo, como enfatiza a doutrina, mostra que a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional, corresponde a uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana. E a força vinculante do contrato não subsiste por seus próprios termos, mas reclama uma vinculação com as premissas postas pelo sistema.

#### **5.4 Princípio da dignidade da pessoa humana ou igual dignidade social (*pari dignità sociale*)**

Tal dogma segundo a doutrina<sup>265</sup>, numa interpretação mais avançada, é aquele que confere a cada um o direito ao ‘respeito’ inerente a qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes.

Seguindo esse raciocínio, a título de exemplificação, não há igual dignidade social entre os cidadãos, enquanto não houver para todos a possibilidade de escolha do trabalho de acordo com a própria vocação.

Por outro lado, numa interpretação restritiva, cumpre ao Estado, com o escopo de garantir uma igual dignidade social para todos, agir contra situações econômicas, culturais e morais que possam denegrir e tornar os cidadãos indignos do tratamento social reservado a generalidade.

Assim, deve ser reconhecido a todo cidadão, igual dignidade, mesmo na variedade das

---

<sup>264</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 87, p. 79, 1992.

<sup>265</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 37.

ocupações ou profissões, ainda que ligadas a diferentes condições sociais; porque toda atividade lícita é manifestação da pessoa humana, independentemente do fim ao qual tende e das modalidades com as quais se realiza.

Destarte, cada um dos membros da sociedade, passa a fazer jus, independentemente de sua origem ou condição econômica, à oportunidade de assumir suas aptidões sociais e obter o reconhecimento dos demais, como qualidade própria da condição humana, tanto na relação comum, quanto na patrimonial.

## 5.5 Princípio da igualdade

Essa premissa, por sua vez, encontra-se fixada em inúmeros dispositivos da Constituição, cuja estrutura geral traz um enunciado semântico, enquanto valor; e no seu preâmbulo, este princípio jurídico fundamental, visível *ictu oculi* no enunciado do caput do artigo 5º.<sup>266</sup>

Assim, partindo-se da premissa ali inserida, é força convir que a norma comporta uma aplicabilidade igualitária, sem distinção; e nesse contexto se observará não só uma igualdade formal, mas também material, garantindo a todos os nacionais a inserção numa realidade que promove e valoriza o cidadão enquanto sujeito de deveres e obrigações.

Com efeito, a igualdade na aplicação do direito é imprescindível, mas não basta, pois, à luz do princípio do Estado Democrático e do princípio da universalidade, impõe-se ao legislador a formulação de um direito igual e isonômico para toda a sociedade. Por certo caberá ao intérprete da norma adequá-la ao caso concreto, pois a igualdade resulta em tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

Porém, esse preceito não é absoluto, dada a necessidade de se ter um juízo de valor sobre o critério da igualdade, sendo que o intérprete ao apreciar a questão há de se valer do princípio da razoabilidade para não violar o princípio constitucional.

Nessa seara, a doutrina entende que o princípio da igualdade há de ser referendado, em

---

<sup>266</sup> ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 199-200.

face da chamada *Equality of Opportunity*, e que a Constituição positiva seja não só um Estado Democrático de Direito, como também um Estado Social<sup>267</sup>, onde o princípio da igualdade alcança sentido de igualdade de oportunidades e condições reais de vida. Em tal ponto, o princípio da igualdade traduz princípio impositivo de uma política de justiça social, de acesso a cultura, saúde, erradicação da miséria, e outras, como contraponto jurídico-constitucional impositivo de compensações de desigualdade de oportunidades e como sancionador da violação da igualdade por comportamento omissivo, passível de declaração de inconstitucionalidade.<sup>268</sup>

Portanto, na concretização dessas políticas, a formação de relações patrimoniais *propter rem*, derivadas da titularidade sobre a coisa permanecem vinculadas àqueles dogmas mais amplos, que pressupõem a utilização justa e equilibrada do interesse econômico, nos quais, o cumprimento da obrigação derivada é relevante a todo o conjunto da sociedade civil organizada.

## 5.6 Princípio da função social

A função social da iniciativa econômica privada vem como primado relevante na ordem constitucional, e estabelece determinantes na relação com a propriedade, a empresa e o contrato, no que diz respeito a seus objetivos finalistas.

Na compreensão do conteúdo material desse princípio, há de se pressupor a questão da igualdade, como componente que norteia a dimensão sociológica das fórmulas legais. Levando a pressupor coexistência pacífica dos interesses, independentemente da posição que se ocupe na pirâmide, ou da atividade desenvolvida.

Portanto, a lei determina os meios de aquisição, de gozo e os limites da propriedade, sendo que o controle de legitimidade, que se perfaz com as mudanças legislativas não pode ser arbitrário, mas deve assegurar a função social e o acesso a todos, salvo se for atuativa de

---

<sup>267</sup> ARONNE, op. cit. p. 203-204 .

<sup>268</sup> Ibid., p. 204.

institutos ablativos como a expropriação ou a nacionalização.<sup>269</sup>

Nesse diapasão e, segundo a doutrina, cumpre diferenciar que a função social atribuí ao legislador um controle de conformidade (idoneidade, coerência e razoabilidade), já, a ablação sancionatória é chamada em causa somente na hipótese patológica, como consequência da não atuação da função social.

Em relação ao proprietário, a função social assume uma valência de princípio geral, sendo que os seus atos e as suas atividades, além de não poderem perseguir fins não sociais, serão avaliados segundo a razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido, uma vez que a autonomia não se contrapõe ao controle.<sup>270</sup>

O mesmo não ocorre em face da empresa, já que a atividade de gozo e de disposição do proprietário não pode ser exercida, contra a utilidade social ou se provocar danos à segurança, à liberdade, e à dignidade humana. Assim, deve o intérprete ter a consciência de que o crescimento econômico e o consequente bem-estar (*benessere*) quando não preservam a qualidade de vida se traduzem em um mal estar para todos, portanto, não há progresso e nem desenvolvimento social e constitucional que se possa valorar.<sup>271</sup>

Quanto aos contratos, a função social deve ser observada em suas tratativas, formalização e conclusão, uma vez que a liberdade de contratar exige a presença dos princípios da boa-fé e da probidade, que importam numa limitação à autonomia privada, impondo deveres às partes envolvidas na relação jurídica em questão.

Por sua vez, o movimento de reconstrução do sistema contratual se orienta no sentido de libertar o conceito de contrato, da idéia de autonomia privada e admite que, além da vontade das partes, outras fontes integram seu conteúdo.<sup>272</sup>

Não se olvidando, o princípio da proporcionalidade como coadjuvante porque equilibra a utilização diferenciada de certos dogmas do direito positivo; além da teoria da imprevisão admite ao devedor, desde que atendidos os requisitos do artigo 478, buscar a resolução do contrato a partir da modificação da situação original, para estado impossível de ser imaginável.

---

<sup>269</sup> PERLINGIERI, op. cit., p. 227.

<sup>270</sup> Ibid., p. 228.

<sup>271</sup> Ibid., p. 228.

<sup>272</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 18.

Com efeito, entrevendo-se sempre o bem estar coletivo e a segurança da ordem econômica e social, afastam-se excessos, onerosidade, abusividade e lesividade a qualquer das partes contratantes. Nesse sentido, partindo-se da observância da função social do contrato, e se na hipótese estiverem caracterizado seus requisitos, se buscará dentre outras conquistas importantes para o desate no caso concreto, a figura da desconsideração da personalidade jurídica, do estado de perigo, da lesão e do enriquecimento sem causa.

Cada um desses institutos direciona a aplicação da norma, atendendo seus fins sociais, e adequando uma realidade circunstancial, à idéia de perseguir o justo e obter relações obrigacionais equilibradas, nas quais o cumprimento representa a homenagem maior ao real sentido da lei. Pressupondo um universo de segurança jurídica, no qual as obrigações se desenvolvem, aliando em sintonia, o conjunto de interesses coletivos e privados.

Destarte, o cumprimento das responsabilidades pactuadas, e a entrega do objeto da prestação, mais que um interesse patrimonial individual, reveste-se de um alcance maior, numa economia globalizada cujos reflexos se amplificam num sistema interligado pelo desenvolvimento tecnológico.

Assim, a interpenetração das estruturas empresariais, a interconexão dos sistemas financeiros e a formação de grandes blocos comerciais regionais se convertem em efetivos centros de poder<sup>273</sup>, merecendo normas de ordem pública que beneficiem o cidadão, neutralizando ordens emanadas crescentemente dos agentes econômicos, substituindo na regulação social, a política pelo mercado.

As regras para sustentar um crescimento econômico, por sua vez, prescindem de um sistema que equilibre o cumprimento das obrigações derivadas do exercício dos direitos reais, levando a crer na oportuna aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à essas relações, quando presentes os pressupostos para tanto, especialmente a condição de destinatário final ao devedor e fornecedor, ao credor.

Não se podendo aceitar, a relativização das estruturas administrativas, políticas e jurídicas da nação, pela perda dos instrumentos básicos de gestão, normalizadores dos mercados, entre eles as restrições ao regime da propriedade privada, realçando a necessária observância de sua função social.

---

<sup>273</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 35.

## CONCLUSÃO

O acurado exame do tema propiciou a conclusão de que o instituto trás no seu bojo uma importância especial dentro da dinâmica do Código Civil e da prática jurídica. Assim, haverá de ser modernamente vista como uma relação jurídica entre credor e devedor, que tem por objeto uma prestação de caráter econômico, decorrente da titularidade da coisa.

Com efeito, ainda que se possa estar diante de uma relação transitória de direito, onde o titular pode ser constrangido por essa condição, a satisfazer uma prestação economicamente apreciável, em proveito de outrem, a tipicidade da circunstância lhe inclui num elenco diverso dos negócios jurídicos comuns.

No contexto, a obrigação *propter rem* surge do vínculo jurídico que envolve o titular do direito real, adstrito ao cumprimento de dívida apreciável, cuja característica marcante, tem destaque na sua natureza econômica, como decorrência da oportunidade de exercer o fato típico gerador, independente da vontade do devedor.

Prevalecendo a idéia da obrigação positiva, à qual se submete o titular da coisa, essa noção que acompanha o instituto desde os primórdios, é que fundamenta a exigência do usuário, do possuidor ou do titular da coisa, de uma contraprestação resultante da condição exercida.

Na síntese, não é demais destacar que a obrigação *propter rem* passa a existir quando o titular do direito real é obrigado, na consequência da sua condição, vir a satisfazer certa prestação. A espécie jurídica que ficaria entre o direito real e o direito pessoal consistir-se-ia nessa órbita, nos direitos e deveres de natureza real que emanam do domínio; resultando, portanto, da detenção ou da titularidade da coisa. E a força vinculante dessas obrigações, manifesta-se por sua vez, conforme a situação do devedor ante a coisa, quer seja na qualidade de titular do domínio, quer na condição de possuidor legítimo, deles exigindo um cumprimento ativo, enquanto a obrigação real, propriamente dita, estaria no plano passivo, porque dizendo respeito exclusivamente às relações comuns dos titulares do direito real.

Vale dizer, que as obrigações *propter rem*, embora provenientes de um direito, sujeitando seu titular, a uma providência ativa, não o vinculam diretamente, mas acompanham a coisa, e na eventual transmissão, por meio de cessão, sucessão, compra e venda, sub-

rogação, ou qualquer forma legal, ela o seguirá nas suas mutações subjetivas, assumindo o novo figurante, a responsabilidade de satisfazer perante outrem.

Dáí se depreende que a característica marcante das obrigações *propter rem* está no fato de que tanto o devedor quanto o credor, são titulares de um direito real, que emana da mesma coisa. Entretanto, essas obrigações se diferenciam das demais obrigações reais, oponíveis *erga omnes*, porque estão dotadas de uma característica, qual se reflete no titular do direito exigido, dele reclamando uma providência que não se exaure numa atitude passiva apenas.

Veja-se que as obrigações *propter rem* não interessam a terceiros como os direitos reais. E assim, embora sendo uma manifestação de um direito real, não tem a autonomia de um direito real comum. E ainda que se apresentem como modo de solucionar um conflito de direitos reais, a obrigação *propter rem* destina-se a permitir o exercício simultâneo de direitos, recaindo sobre a mesma coisa ou sobre duas coisas vizinhas, exprimindo a oponibilidade do direito em relação ao terceiro titular de um direito concorrente.

Nesse sentido, conquanto o direito real ordinariamente só venha a impor ao terceiro uma atitude passiva; a obrigação *propter rem* poderá impor prestações positivas, que alcancem até o terceiro titular ou não de um direito real.

Assim, estão identificadas no mundo atual como uma das mais importantes relações do desenvolvimento e elevação do padrão social do homem, revelando as obrigações *propter rem*, no dia a dia das atividades jurídicas, um papel de destaque, na seqüência de valores econômicos ou patrimoniais, oriundos de sujeição do titular de uma coisa, aos reflexos que ela produzir sobre a coletividade.

No suporte dessa idéia, haverá toda a gama de princípios informadores, vista na lei civil, garantindo as liberdades nas emanações das vontades das partes, destacadas genericamente, a questão da eticidade ou da boa fé objetiva, segundo o qual todas as relações se pautam no cumprimento desse primado que lhe empresta vigor moral. E ainda, a socialidade, que diz respeito à força social das relações; e da sua operatividade, ou seja, a necessidade de produzir os efeitos que se irradiaram no Código atual.

Nem poderia ser diferente, se a obrigação *propter rem* envolvendo determinada pessoa, tanto quanto certo grupo de pessoas próximas daquela relação, se constitui num estado de sujeição à prática de um determinado ato ou a uma abstenção, produzindo um direito

obrigacional em favor de um ou de outrem, como derivado da coisa que tenha a sua disposição ou encargo. Com efeito, entrevendo-se sempre o bem estar coletivo e a segurança da ordem econômica e social, afastam-se excessos, onerosidade, abusividade e lesividade a qualquer das partes contratantes.

Destarte, partindo-se da observância da função social do contrato, e se na hipótese estiverem caracterizados seus requisitos, se buscará dentre outras conquistas importantes para o desate no caso concreto, a figura da desconsideração da personalidade jurídica, do estado de perigo, da lesão e do enriquecimento sem causa.

Por outro lado, se pode reconhecer que o exemplo típico da obrigação examinada, está na cobrança condominial, na qual se circunscrevem os requisitos de uma taxa de âmbito privado, sendo de regra, corresponde a uma contraprestação pecuniária dos serviços prestados ou postos à disposição do condômino, criados em proveito do uso e da fruição dos bens, serviços e coisas comuns. Além das demais exigências que incidem sobre a coisa, acompanhando todas as suas eventuais mutações ou deambulações.

Assim, embora as despesas do condomínio representem obrigações acessórias mistas, pois se vinculam ao direito real, objetivando uma prestação devida por seu titular, haverá de se lhe anotar um caráter híbrido, na medida que tem como objeto uma prestação específica, mas está incorporada ao direito real do qual se originou.

E apesar da existência de traços relativos aos direitos reais e aos direitos pessoais, podem-se notar alguns aspectos ontológicos, especialmente que o objeto da obrigação *propter rem* não é o imóvel em si, mas a gama de cuidados que ele reclama na preservação e aprimoramento de sua utilidade. Podendo nessa circunstância ostentar cessão de débito sem a aquiescência do credor.

Não é por outra razão, o conflito na sua classificação, sendo vista tanto como um direito pessoal quanto um direito real, por conta da maioria dos elementos encontrados naquela obrigação estarem relacionados a um ou outro campo; havendo ainda os que reconhecem nelas, uma categoria jurídica autônoma qual não se enquadra no âmbito dos direitos reais, nem se adequa, aos direitos obrigacionais, por participar de ambos.

Assim, em que pesem os argumentos favoráveis de ambos, é força convir que a primeira corrente se mostra mais convincente e acertada, e apesar da notória formação

híbrida, nas obrigações *propter rem*, as características de direito obrigacional se sobrepõem às características de direito real, tanto em relação ao aspecto quantitativo, quando em relação ao ontológico.

As noções e os conceitos de direitos reais e de direitos pessoais, revelam à sociedade a tese da sobreposição, pois os direitos reais indicam o exercício direto de um poder sobre a coisa, sem intermediação, interferência ou qualquer relação com outra pessoa ou ente; já os direitos pessoais exigem interferência, intermediação ou relação jurídica entre um sujeito e a pessoa ou ente, para que lhe seja acessível o bem querido.

Na prestação condominial sempre haverá uma pessoa ou entidade, figurando entre o credor e o bem desejado, ou seja, ainda que o sujeito passivo da relação obrigacional, na condição de intermediador, possa parecer inconstante, sujeito a relações secundárias ou condicionais, relevando interferências de terceiros que venham a compor o quadro de beneficiados, a partir de outras avenças que tratem da coisa, haverá sempre um devedor, cuja responsabilidade será decorrência da sua posse direta.

E como dito, não é demais relevar, pois, ao contrário do que acontece em relação ao direito real, a determinação do sujeito passivo, nessas obrigações, sempre poderá ocorrer, mesmo que sejam realizadas alterações na titularidade do direito real. A existência do devedor e do credor revela, também, a preponderância dos elementos de direito obrigacional, quando se trata de obrigações *propter rem*, pois a figura do sujeito passivo não está relacionada a uma lesão qualquer de direito, e perante o condomínio continuará sendo, sempre o titular do direito real.

Nesse parâmetro, nota-se um outro aspecto real inafastável, quando o adquirente de qualquer unidade autônoma é responsabilizado pelos débitos do alienante, inclusive multas, em relação ao condomínio, pois a obrigação *propter rem* é caracterizada pelo direito de seqüela, inerente à propriedade, de modo que o adquirente se sub-roga *ex vi lege* nas obrigações do alienante, obviamente, sem prejuízo do direito de regresso.

Ademais, embora se confirme na doutrina, a responsabilidade do titular da coisa pelas obrigações resultantes das despesas de sua conservação, a jurisprudência dos tribunais têm admitido a exigência contra aquele que consta nos registros como seu proprietário, sem afastar o promitente vendedor, tanto quanto o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto. Mostrando-se penhorável o único imóvel, em face de

obrigações resultantes de sua conservação, e recebendo os condôminos que suportaram o ônus da inadimplência, a título de ressarcimento pelo encargo majorado durante o período, sua titularidade.

Para outras obrigações incidentes sobre a coisa, como as decorrentes de consumo dos serviços de água e luz, por exemplo, prevalecerá o caráter *propter rem*, com uma especialidade no que diz respeito a ter equivalência de dívida por um bem cuja utilidade foi de ordem pessoal. Assim, ressalvadas circunstâncias particularizadas por confusão nesse aspecto, não se comunica ao proprietário a dívida pela utilização exclusiva do que puder ser considerado um bem de caráter pessoal do usuário.

## REFERÊNCIAS

ABERKANE, Hassen. **Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français**. Paris: LGDJ, 1957.

ABREU, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AGUIAR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALMEIDA, Lacerda de. **Dos efeitos das obrigações**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**: história do direito romano; instituições do direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Direito romano**: instituições de direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 2.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1949.

\_\_\_\_\_. Do enriquecimento sem causa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 46, v. 259, p. 3-36, maio 1957.

AMARAL, Rafael Caiado. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Editorial Minerva, 1968.

\_\_\_\_\_. **Direitos reais**. Coimbra: Almedina, 1978.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**: reais. Coimbra: Ed. Coimbra, 1987.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 87, p. 79-90, 1992.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

AZEVEDO, Philadelpho de. **Destinação do imóvel**. São Paulo: Max Limonad, 1957.

BECKER, Anelice. **Teoria geral da lesão nos contratos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954.

\_\_\_\_\_. **Direito das coisas**: posse, propriedade, direitos autoraes, direitos reaes de gozo sobre coisas alheias. Brasília, DF: Senado Federal, 2003. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Código civil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Código civil comentado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916. v. 3.

\_\_\_\_\_. Evolução da teoria dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 57-66, jan./abr.1938.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. São Paulo: Universitária, 1994. v. 1.

\_\_\_\_\_. **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMARGO VIANA, Rui Geraldo. **Temas atuais de direito civil na Constituição Federal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPITANT, Henri. **Code des obligations**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1935.

CASTAÑO, José Beltram de Heredia y. **El cumplimiento de las obligaciones**. Madrid: Editorial Revista, 1956.

CÍCERO. De officiis. In: \_\_\_\_\_. **Oeuvres complètes de Cicéron**. Tradução de Stièvenart. Paris: Garnier Frères, 1989.

COLMO, Alfredo. **De las obligaciones en general**. 3. ed. Buenos Aires: Ed. Guillermo, 1944.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. **Tratado de direito civil em comentário ao código civil português**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1944.

DANTAS, Francisco Clementino de San Thiago. **Problemas de direito positivo**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DAVID, René. **Traité élémentaire de droit civil compare**. Paris: Librairie générale, 1950.

DI BLASI, Ferdinando Humberto. **Commento al nuovo codice civile italiano**. Milano: Società Editrice Libreria, 1950.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das coisas. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1939.

\_\_\_\_\_. **Garantia e extinção das obrigações**. Campinas: Bookseller, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA, José Dias. **Código civil português anotado**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1909.

FERRO, José M. Caramés. **Derecho privado romano**: de las obligaciones y sus fuentes. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1953.

FULGÊNCIO, Tito. **Direito real de hipoteca**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

GARCEZ, Martinho. **Das nulidades dos atos jurídicos**. Ed. Renovar: Rio de Janeiro: 3. ed., 1997.

GATTI, Edmundo. **Teoria general de los derechos reales**. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1975.

GOGIOLO, Pietro. **Scritti varii di diritto privato**. Milano: A. Giuffrè, 1940.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 18.

\_\_\_\_\_. **Direitos reais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

\_\_\_\_\_. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Obrigações**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Principais inovações no código civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. **Direitos reais e autonomia da vontade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Derechos reales**. Madrid: RPD, 1955.

IHERING, Rudolf von. **Des restriction impostes aux propriétaires fanciers dans l'intérêt des voisins**. Paris: Oeuvres choisies, 1893. v. 2.

JOSERRAND, Louis. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. **Revue Trimestrale de Droit Civil**, Paris, ano, 36p, 1-30, 1937.

\_\_\_\_\_. **Cours de droit civil positif français**. Paris: Librairie Recueil, 1930.

LEME, Lino de Moraes. **Direito civil comparado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1962.

LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

LOPES, Manoel Maria Serpa. **Curso de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. v. 2.

LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953.

\_\_\_\_\_. **Exceções substanciais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, ANO **completar**

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **Teoria e prática do condomínio: comentários a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1966.

MAIA, Paulo Carneiro. Obrigação *propter rem*. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 55.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. **O condomínio edilício no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MATTIA, Fábio Maria de. **O direito de vizinhança e a utilização da propriedade imóvel**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

MAZEAUD, Henri. **Léçons de droit civil**. Paris: Éditions Montchrestien, 1955.

MENDES, João. **Das servidões de caminho**. São Paulo: Duprat, 1906.

MESQUITA, Manuel Henrique. **Obrigações reais e ônus reais**. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos reais**. Coimbra: Petroni, 1967.

MESSINEO, Francesco. **Dottrina generale del contratto**. Milano: A. Giuffrè, 1946.

\_\_\_\_\_. **Manuale di diritto civile e commerciale**. Milano: Giuffrè, 1958.

\_\_\_\_\_. **Istituzioni di diritto privato**. Padova: Cedam, 1939.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 10-21.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Direitos reais limitados**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NONATO, Orozimbo. Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 28, n. 56, p. 5-26, jan./jun. de 1931.

ORESTANO, Francesco Paolo. **Servitu nécessaire di passagio**. Milano: Casa Editrice Vallardi, 1921.

OSTI, Giuseppe. **Contratto in nuovo digesto italiano**. Roma: Mariano D'Amelio, 1912.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Cláusula “*rebus sic stantibus*”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 39, v 92, p. 797, 1942.

\_\_\_\_\_. **Lesão nos contratos bilaterais**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

\_\_\_\_\_. Empreitada-cláusula de revisão de preço-reajustamento lícito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 45, 1956.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil: teoria das obrigações**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil: contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 4.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Brasília, DF: Senado Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2004. 2 v.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. Paris: Librairie Cotillon, 1902.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Obrigação *propter rem*. **Revista da Faculdade de Direito das FMU**, São Paulo, v. 9, n. 12, p. 245-253, nov. 1995.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações pessoais e recíprocas**. Tradução de José Homem Corrêa Telles. Rio de Janeiro: Garnier, 1906.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **O direito e as vidas dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

REPERTÓRIO JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. São Paulo: Juruá, 1994, n. 147. p. 254.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1973.

SALEILLES, Raymond. **Théorie générale de l'obligation**. 3ème. éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925. (Cours de droit civil français, v. 7).

SANTOS, João Manuel de Carvalho **Código civil brasileiro interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

SAVATIER, R. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**, 2. éd. Paris: Librairie Dalloz, 1952.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Obrigações**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica**. São Paulo: LTr, 1996.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. **O direito real de superfície**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito**, Rio de Janeiro, n. 2, p. 195-225, 1994.

TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade. **Revista Forense**, São Paulo, ano 85, n. 306, p. 74-78, abr./jun. 1989.

\_\_\_\_\_. **Contornos constitucionais da propriedade privada**: estudos em homenagem ao professor Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. .

TRABUCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 7. ed. Padova: Cedam, 1953.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 1.

VEIGA JUNIOR, Didimo Agapito da. **As servidões reais**. Rio de Janeiro: Garnier, 1887.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**: direito reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília, DF: Ed. UnB, 1991.

WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle pandette**. Torino: Utet, 1902. v. 2.