



Santos Silveiro  
ADVOGADOS

— TEMAS ATUAIS EM —  
**DIREITO IMOBILIÁRIO**  
2017

**Organizadores:**

Lourdes Helena Rocha dos Santos  
Fabio Caprio Leite de Castro

**Autores:**

Lourdes Helena Rocha dos Santos  
Mariana Borges Altmayer  
Roberto Santos Silveiro  
Marco Meimes  
Eduardo Borges de Freitas  
Maria Angélica Jobim de Oliveira  
João Paulo Santos Silveiro  
Fernanda Muraro Bonatto  
Isadora Henrich dos Santos  
Felipe Tremarin  
Fabio Caprio Leite de Castro

**Organizadores:**

Lourdes Helena Rocha dos Santos

Fabio Caprio Leite de Castro

— TEMAS ATUAIS EM —  
**DIREITO IMOBILIÁRIO**  
2 0 1 7

ISBN 978-85-5810-001-4

Porto Alegre  
Santos Silveiro Advogados  
2017

## **Agradecimento**

A equipe de advogados do SSA agradece a Diego Martín Díaz e Fabiane Borges Klafke por sua dedicação ao projeto que resultou na publicação do presente livro.



# Sumário:

**1) O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias**

**Por Lourdes Helena Rocha dos Santos**

**2) A proteção da incorporação imobiliária por meio da impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação de unidades**

**Por Mariana Borges Altmayer**

**3) As convenções processuais e sua aplicabilidade aos contratos de locação em shopping centers**

**Por Roberto Santos Silveiro**

**4) Os novos rumos da hipoteca judiciária**

**Por Marco Meimes**

**5) A desconsideração da personalidade jurídica e o novo código de processo civil**

**Por Eduardo Borges de Freitas**

**6) O contrato de *sale and lease-back*: Uma análise de sua origem, natureza jurídica e vantagens**

**Por Maria Angélica Jobim de Oliveira**

**7) O sistema de precedentes à luz do novo CPC - Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem**

**Por João Paulo Santos Silveiro**

**8) A multipropriedade no setor hoteleiro brasileiro: Uma breve análise dos institutos do *time sharing* e *fractional ownership***

**Por Fernanda Muraro Bonatto e Isadora Henrich dos Santos**

**9) Segregação patrimonial do direito de superfície**

**Por Felipe Tremarin**

**10) Reflexões sobre o urbanismo ecológico e o planejamento urbanístico de Porto Alegre**

**Por Fabio Caprio Leite de Castro**

# Apresentação

O segundo volume dos Temas Atuais de Direito Imobiliário oferece continuidade ao projeto do Santos Silveiro Advogados, desenvolvido há seis anos, e que se consolidou no formato de e-book em fevereiro de 2016, reunindo os principais artigos produzidos por seus profissionais.

O ano de 2016 foi um período de transformações, que se fizeram sentir na prática do direito imobiliário de alta complexidade, tanto no âmbito dos negócios jurídicos imobiliários, quanto no âmbito judicial.

Em março de 2016, entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil, trazendo diversas mudanças no campo processual. Com o intuito de produzir a atualização e reflexão sobre o novel diploma legal, organizou-se no Santos Silveiro Advogados um fórum de debates sobre as vinte principais inovações processuais com repercussão no direito imobiliário. Alguns desses temas tornaram-se objeto de estudo mais aprofundado e geraram artigos que foram selecionados para o presente volume, como o novo sistema de precedentes, as convenções processuais, a hipoteca judiciária, a desconsideração da personalidade jurídica e a impenhorabilidade dos créditos oriundos da venda de unidades em incorporações imobiliárias.

Além destas questões, relacionadas mais diretamente às mudanças provocadas pela sistemática e regramento do novo CPC, encontram-se no livro artigos inovadores sobre temas de grande atualidade no direito imobiliário, como a modalidade *fractional*, avaliada no seu potencial para investimento e na especificidade de suas vantagens em relação ao *time sharing*; o contrato de *sale and lease back*; a segregação patrimonial do direito de superfície e o cenário do urbanismo ecológico na cidade de Porto Alegre.

O leitor poderá encontrar, na diversidade de temas e abordagens oferecidos, o que há de mais atual e vivo no direito imobiliário nacional, com a inspiração na atuação profissional ética e na inovação do conhecimento jurídico.

Por **Fabio Caprio Leite de Castro**

# 1

## O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

Por Lourdes Helena Rocha dos Santos

### Introdução

Seguindo a tendência mundial do compartilhamento, o mercado imobiliário desperta para a comercialização do *fractional*, também denominado venda de cotas ou frações imobiliárias. Isso significa que ao invés de uma pessoa adquirir sozinha um imóvel, várias pessoas o farão, em cotas determinadas, constituindo-se sobre aquele imóvel um condomínio de proprietários.

Esta modalidade de aquisição fracionada já é bastante comum para bens móveis de alto valor, como, por exemplo, a compra de aeronaves ou mesmo de equipamentos médicos que demandam expressivos investimentos. Sem dúvida, o compartilhamento de bens de valores expressivos possui uma motivação racional e inteligente, na medida em que serão rateados os custos de aquisição e também as despesas de manutenção entre todos os proprietários.

Ademais, por meio do uso compartilhado, evita-se que tais bens sejam subutilizados ou, no mínimo, não utilizados no máximo de suas potencialidades, o que possivelmente ocorreria caso pertencessem a um único proprietário.

Partindo do mesmo princípio lógico, da máxima utilização a menor custo, o mercado imobiliário volta-se para a venda de imóveis na modalidade fracionada – o *fractional*, especialmente daqueles imóveis adquiridos como segunda residência, a ser usada tão somente nos períodos de férias ou esporadicamente.

Ora, se o proprietário goza férias, em regra, 04 semanas ao ano, por que suportar os custos do imóvel o ano inteiro?

Considerando que o imóvel de segunda residência acaba sendo caro e subutilizado, a proposição de compra deste imóvel de forma fracionada, para tê-lo disponível para quando efetivamente o proprietário vai dele se utilizar, parece muito mais racional, prático e menos oneroso.

# 1 O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

## I) O *fractional* na perspectiva do adquirente e do empreendedor

A ideia de oferecer ao proprietário uma fração do imóvel, assegurando que este vai tê-lo disponível para determinadas ou determináveis semanas do ano, por um valor menor e com custos de manutenção rateados entre todos os proprietários, tem causado grande impacto no mercado imobiliário.

De fato, ser o efetivo proprietário do imóvel “dos sonhos” pagando uma parcela do que este custaria se adquirido na sua totalidade; tê-lo disponível para o período de férias, que é quando o proprietário vai realmente usá-lo, com um custo muito mais atraente do que este gastaria caso pagasse sozinho todas as despesas condominiais, impostos, etc., faz todo o sentido.

Outros atrativos que estão na seara dos desejos deste público consumidor é que este imóvel de segunda residência esteja sempre em excelente estado de manutenção, sem que o adquirente tenha que se ocupar das tarefas de consertos e obras justo no seu período de férias. Para contemplar estes anseios, que tal uma administradora condominial hoteleira profissionalizada para atender este proprietário de modo que ele venha a gozar suas férias como se hóspede fosse de um hotel?

Serviços de camareira, alimentação, estrutura de lazer, enfim uma gama de atrativos prontos e à disposição para serem usufruídos, também são facilidades oferecidas para que a experiência de férias seja completa e inesquecível.

Pois bem, e se o proprietário do *fractional* quiser explorar outros destinos, vivenciar outras experiências? Empreendimentos, especialmente aqueles com estrutura hoteleira, mediante associação a redes internacionais de intercâmbios de programa de férias, os *vacations clubs*, oferecem ao proprietário a possibilidade da troca deste período do qual este detém o uso por outro destino a ser escolhido, segundo as disponibilidades da intercambiadora no período.

Ainda, os adquirentes de cotas imobiliárias de empreendimentos em construção, mediante a associação deste futuro empreendimento a empresas de intercâmbio poderão, a partir de um percentual mínimo de quitação do preço, lançar mão dos benefícios desta associação, mediante o pagamento de algumas contrapartidas.

## 1 O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

Se, por um lado, para o proprietário inúmeras e convidativas vantagens levam a adesão a este modelo de compra de propriedade imobiliária na modalidade fracionada – o *fractional*, por outro, para o empreendedor, se abre um mercado estrondoso.

Note-se que a grande dificuldade dos empreendedores em geral é colocar no mercado um imóvel desejado que esteja ao alcance das possibilidades de compra do adquirente e que ao mesmo tempo possa lhe render um bom lucro.

Esta equação não é fácil, principalmente quando se trata de imóvel de segunda residência, destinado ao lazer, cujo mercado de adquirentes é mais restrito. Ao oferecer a venda a fração de um imóvel, por uma parcela do que o mesmo custaria na sua totalidade, amplia-se enormemente a fatia de mercado de pessoas que podem acessar a compra deste tipo de imóvel.

Como assevera Cláudia Lima Marques, “o sucesso da fórmula deve-se a seu pragmatismo e flexibilidade: resolve a crise do setor hoteleiro e turístico-imobiliário ao lhe assegurar consumidores cativos e exige pequeno investimento dos clientes, ávidos de alcançar o tão esperado lazer e descanso em áreas turísticas valorizadas”.<sup>1</sup>

Entretanto, levando-se em consideração que o empreendedor está vendendo mais do que um imóvel, e sim um produto com outros tantos valores agregados, a venda do imóvel em cotas imobiliárias alcançará um valor bem maior do que poderia alcançar se comparado com a venda do imóvel na modalidade clássica.

Estudos têm mostrado a possibilidade de o empreendedor receber um valor duas a três vezes maior na venda por *fractional* do que receberia se vendesse o mesmo imóvel na modalidade tradicional.

Porém, a modalidade de venda do imóvel na forma fracionada apresenta inúmeros desafios ao empreendedor, seja porque a venda desta cota imobiliária foge absolutamente da venda clássica, feita pelo corretor imobiliário, aproximando-se bem mais da venda de empreendimentos na modalidade *time sharing*<sup>2</sup>, seja porque sua estrutura de funcionamento é extremamente complexa.

<sup>1</sup>MARQUES, Cláudia Lima *apud* NARDI, Marcelo de. *Redes de Contrato – Em perspectiva de interpretação sistêmica*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015, p. 68.

<sup>2</sup>Nesta modalidade não há alienação da unidade autônoma, mas apenas a venda do uso de determinado imóvel, em um período pré-fixado. É um sistema mais frágil na medida em que não transfere a propriedade, mas sim cria para o adquirente o direito de exigir uma contraprestação, que no caso é sua hospedagem no hotel, durante um certo período de tempo previamente pactuado. Para mais detalhes sobre as características gerais do *time sharing* vide o artigo “A multipropriedade no setor hoteleiro brasileiro: uma breve análise dos institutos do *time sharing* e *fractional ownership*”, pg 91. a 99 deste e-book.

## 1 O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

O sucesso de empreendimentos na modalidade *fractional* demandará do empreendedor líder um compromisso com a sustentabilidade daquilo que foi vendido ao proprietário da cota.

Não só o imóvel deverá ter efetivamente as características arquitetônicas prometidas, como também deverão estar disponíveis os equipamentos de lazer e de entretenimento que fizeram parte do arcabouço de venda, seja por terem constado no contrato ou na mídia impressa, digital ou ainda de outras formas veiculada.

A importância de que o imóvel esteja no período de sua utilização disponível e em perfeito estado de habitabilidade, será crucial e determinará o exato cumprimento daquilo que foi o objeto da venda. Além disso, os compromissos assumidos com serviços e infraestrutura de lazer, quando existentes, integram a contratação, não como acessórios e sim como essenciais ao cumprimento do contrato celebrado.

Na medida em que os contratantes estarão mutuamente se obrigando em contratos de longo prazo, onde inúmeras variáveis poderão influenciar na relação contratual levada a efeito, faz-se necessária uma estruturação jurídica sólida e apropriada.

Todavia, esta modalidade de negócio ainda não está tipificada na legislação brasileira, o que vem impondo uma série de dificuldades aos desenvolvedores destes empreendimentos. Veremos a seguir como o *fractional* pode ser enquadrado na legislação pátria, segundo a doutrina e os mais recentes precedentes jurisprudenciais.

### **II) O *fractional* no direito brasileiro**

O direito brasileiro ainda não contempla especificamente o contrato de venda de imóveis na modalidade *fractional*. Isso significa que a venda de bens imóveis em regime fracionado, no qual o adquirente torna-se o legítimo proprietário de uma fração do imóvel para uso em período determinado (ou determinável) do ano, não se encontra prevista como contrato típico em nossa legislação.

## 1 O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

Não obstante, o *fractional* é reconhecido na doutrina como instituto de uso compartilhado em regime de multipropriedade imobiliária, considerando-se esta como “a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo a permitir que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua”.<sup>3</sup>

Figurativamente e com propriedade, Márcia Rezeke compara a propriedade fracionada a uma roda gigante, na qual, durante o período em que o multiproprietário está dentro da cabine que o levará ao passeio, tem o direito de usar e gozar dos benefícios que o percurso lhe proporcionará, mas, à medida que a cabine conclui seu ciclo, o usuário deve desocupá-la, sem danos, para que outro a ocupe e desfrute dos mesmos benefícios.<sup>4</sup>

Este uso turnário do bem imóvel já vem sendo, há muitos anos, operado em grandes empreendimentos hoteleiros ao redor do mundo, através do *time sharing*.<sup>5</sup>

Importa destacar que embora o *fractional* tenha com o *time sharing* traços semelhantes, notadamente no que tange à forma de uso compartilhado por períodos de tempo determinados ou determináveis, os referidos institutos diferem-se na medida em que no *fractional* há verdadeiramente a transmissão/aquisição da propriedade imobiliária, com inscrição no álbum imobiliário próprio. Neste caso opera-se o registro junto a matrícula do imóvel cuja fração foi transmitida, na qual passará a constar que o adquirente é o “dono” da fração adquirida, com todos os direitos e consequências daí decorrentes, inclusive quanto ao dever de suportar o rateio das despesas condominiais e de manutenção do imóvel.

No *time sharing*, por sua vez, não há aquisição de propriedade e sim a cessão do direito de uso, em caráter temporário, a ser regrado no instrumento de cessão, não cabendo ao cessionário quaisquer obrigações ou deveres atinentes a condição de proprietário do bem imóvel.<sup>6</sup>

<sup>3</sup>TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 01.

<sup>4</sup>REZEKE, Márcia. “Propriedade imobiliária fracionada. Ensaio sobre um gênero”. ADIT. *Direito Imobiliário*. Maceió: Viva Editora, 2016, p. 147.

<sup>5</sup>Como assinala Marcelo Augusto Santana de Melo, a multipropriedade surgiu na França, enquanto o sistema de aproveitamento da propriedade na modalidade de *time sharing* é originário dos Estados Unidos. (MELO, Marcelo Augusto Santana de. “Multipropriedade imobiliária”. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 70, 2011, p. 22).

<sup>6</sup>Para mais detalhes sobre as diferenças e semelhanças entre o *time sharing* e o *fractional* vide o artigo “A multipropriedade no setor hoteleiro brasileiro: uma breve análise dos institutos do *time sharing* e *fractional ownership*”, p. 91 a 99 deste e-book.

## 1 O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

Assim sendo, a modalidade de venda fracionada de bem imóvel, para uso compartilhado, em parcelas de tempo determinadas ou determináveis, constitui contrato atípico, sem reconhecimento expresso na legislação brasileira, porquanto deverá se socorrer de outros institutos jurídicos emprestados, fundamentalmente do condomínio voluntário previsto no Código Civil vigente.

Nessa modalidade de condomínio, cada condômino pode usar a coisa comum, mas de modo a não impedir que os outros usem de igual direito e sem prejudicar os interesses da comunhão, limitando-se, por consequência, o direito de cada condômino. No condomínio voluntário, cada condômino possui parte ideal da coisa comum, incerta e não localizada, com direitos sobre a totalidade em igualdade de posições e, a teor do disposto no 1.314 do Código Civil, poderá usar a coisa conforme sua destinação, e sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender sua posse, alienar sua respectiva fração ideal, ou gravá-la.

O artigo 1.315 do Código Civil também estabelece que "o condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer com as despesas de conservação e a suportar os ônus a que estiver sujeita", o que permite o estabelecimento de regras para a manutenção das propriedades em regime fracionado.

Todavia, embora a propriedade fracionada, o *fractional*, possa enquadrar-se perfeitamente como um condomínio voluntário sob alguns aspectos, de outros se difere, paradoxalmente.

Com efeito, o artigo 1.320 do Código Civil dispõe ao tratar do condomínio voluntário que "será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão". Ainda no parágrafo primeiro do art. 1.320 do Código Civil consta que "podem os condôminos acordar que fique indivisa a coisa comum por prazo não maior que cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior."

Significa dizer que, no condomínio voluntário, sendo a unidade autônoma um bem fisicamente indivisível, a solução preconizada estará na extinção do estado de comunhão, a teor do artigo 1.322, "caput", que assim dispõe: "Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior".

## 1 *O fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

Veja-se que este caráter provisório do condomínio voluntário não se coaduna com o *fractional*, na medida em que o estado de indivisibilidade é da essência desta modalidade de aquisição da propriedade imobiliária.

Todavia, com todo o respeito a opiniões em contrário que veem na prerrogativa da divisibilidade e suas consequências, barreiras intransponíveis para a utilização deste instituto na estruturação de empreendimentos na modalidade *fractional*, entendemos que, em se tratando de direitos civis disponíveis, são, sim, superáveis tais entraves mediante, por exemplo, o ajustamento de um pacto de indivisão, no qual a totalidade dos adquirentes manifestem sua renúncia expressa à prerrogativa da divisibilidade, objetivando que o empreendimento ganhe a estabilidade e a segurança jurídica gerada e esperada pelos compradores.

Isto porquê, em se tratando de uma adaptação do instituto do condomínio voluntário ao regime de multipropriedade, a qual não conta com legislação específica que dê tratamento a venda de imóveis em regime fracionado, a interpretação na solução de conflitos deverá sempre levar em conta a função social e econômica desta modalidade de aquisição de bens, a qual se difere do condomínio voluntário justamente porque este tem na sua essência a transitoriedade do estado de indivisibilidade, ao contrário do regime fracionado, que tem a indivisibilidade como sua essência.

Assim, o pacto de indivisibilidade entre os condôminos do *fractional* não só faz todo o sentido, como também é uma característica importante desta modalidade de propriedade em condomínio. Afinal, conforme assinala a doutrina, "a fundamentação principal para se permitir a extinção do estado de comunhão se dá pelo fato de que referida condição quase sempre ocorria independentemente da vontade do condômino. O que ocorre na multipropriedade imobiliária é exatamente o contrário: é justamente o compartilhamento que atrai as pessoas, visando a um aproveitamento social e econômico da propriedade imobiliária."<sup>7</sup>

Outro aspecto próprio do condomínio voluntário e que não faz nenhum sentido sua aplicação no *fractional* é a concessão de direito de preferência aos demais coproprietários na hipótese de alienação de parte-ideal, previsto no art. 504 do Código Civil. Referido artigo dispõe que o condômino que desejar alienar sua fração ideal no condomínio deve obrigatoriamente notificar os demais condôminos, aos quais é assegurado o direito de preferência, tanto por tanto.

.....  
<sup>7</sup>MELO, Marcelo Augusto Santana de. "Multipropriedade imobiliária". *Revista de Direito Imobiliário*, nº 70, 2011, p. 43. (O autor do texto é registrador na cidade de Araçatuba/SP).

## 1 O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

Em linha de princípio, a orientação legal é no sentido de evitar o ingresso de estranho no condomínio, preservando-o de futuros litígios ou inconvenientes.

Adotando-se o mesmo raciocínio, não há qualquer razão para que tal disposição se mantenha nos empreendimentos vendidos em regime fracionado, onde a relação entre os condôminos não terá qualquer traço de personalidade. Deste modo, perfeitamente sustentável será regrar nos instrumentos contratuais a renúncia expressa, irrevogável e irretratável a tal direito de preferência.

Como visto até o momento, apesar de o instituto do Condomínio Voluntário ser regulado de forma abrangente pelo o Código Civil vigente, não encontramos nesse diploma nenhuma referência específica à propriedade fracionada.

Entretanto, a ausência de regulação legislativa da matéria não impediu que o STJ analisasse a questão. Recente decisão proferida pela Terceira Turma do STJ – Recurso Especial nº 1.546.165 – ofereceu um claro sinal no sentido de reconhecer a esta modalidade de aquisição de fração imobiliária para uso por tempo compartilhado natureza de direito real, mesmo que não expressamente prevista no rol dos direitos reais contemplados no Código Civil Brasileiro.

No trecho a seguir, fica sintetizada a mais atual apreciação do STJ sobre o tema:

(a) a multipropriedade imobiliária, mesmo não efetivamente codificada, possui natureza jurídica de direito real, harmonizando-se portanto, com os institutos constantes do rol previsto no art. 1.225 do Código Civil; e (b) o multiproprietário, no caso de penhora do imóvel objeto de compartilhamento espaço-temporal (*time sharing*), tem, nos embargos de terceiro, o instrumento judicial protetivo de sua fração ideal do bem objeto de constrição de que é cotitular para uso exclusivo e perpétuo durante certo período do ano.<sup>8</sup>

Referido acórdão, diga-se de passagem “não unânime”, marca uma tendência do nosso judiciário em reconhecer esta modalidade de aquisição de propriedade imobiliária, na modalidade fracionada, como direito real, conferindo ao proprietário o direito de defender sua propriedade frente a eventuais ônus ou gravames que possam decorrer do inadimplemento de outros coproprietários. Trata-se, portanto, de interpretação judicial que amplia os estreitos limites impostos pela atual legislação civilista.

.....  
<sup>8</sup>Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.546.165, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas, julgado em 26/04/2016, voto-vista do Min. João Otávio de Noronha, p. 20 (vencido o Relator). Considerando que o acórdão em questão tratou de uma multipropriedade no sistema de *time sharing*, ratificando a proteção à fração ideal do cotitular do bem, *a fortiori*, pode-se entender que ainda mais justificável é a proteção da quota do proprietário na modalidade do *fractional*.

## 1 O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

Ausente, como visto, uma legislação própria e específica para reger o *fractional*, também haveremos de buscar em institutos afins, como o *time sharing*, lastro jurídico para seu embasamento, em razão de aspectos similares encontrados em ambas as modalidades de uso compartilhado.

Conceituado no direito brasileiro ainda de forma incipiente como sendo " a relação em que o prestador de serviço de hotelaria cede a terceiro o direito de uso de unidades habitacionais por determinados períodos de ocupação, compreendidos dentro de intervalo de tempo ajustado contratualmente."<sup>9</sup>, observe-se que o instituto do tempo compartilhado no Brasil se encontra regulamentado como um tipo de "meio de hospedagem", não existindo qualquer regulamentação ou referência sobre a venda de propriedade imobiliária na modalidade fracionada.

Diante de tal lacuna legislativa, entendemos se possa aplicar, naquilo que o *time sharing* e o *fractional* possuem em comum, qual seja o sistema de uso compartilhado, as mesmas referências legais na sua estruturação jurídica.

Nesta senda, para efeitos de bem instituir o sistema de uso compartilhado, é pertinente ser observado nos contratos, mesmo que de forma geral e com certo critério, os requisitos previstos na Deliberação Normativa EMBRATUR nº 398/1997, que foram recepcionadas pelas normas posteriores (Lei Geral do Turismo e Decreto n. 7.381/2010), especialmente quanto a conceituação das partes integrantes desta complexa relação jurídica, bem como a indicação das cláusulas e convenções necessárias e imprescindíveis à sua formação, à luz dos primados consumeristas aplicáveis a todas as relações de consumo. Dentre estas, pode-se citar a descrição e identificação dos seus bens e instalações; a determinação dos espaços, bens e serviços de ocupação privativa e comum; o número máximo de pessoas que poderão ocupar as unidades habitacionais durante cada período de utilização; as normas de utilização das unidades habitacionais, bens, espaços e serviços de uso comum e as sanções que decorrem de seu descumprimento.

Caso se trate de empreendimento comercializado antes do seu término, incidirão ainda os ditames da Lei nº 4.591/64, Lei dos Condomínios e Incorporações Imobiliárias. Isto porquê, para que as unidades possam ser alienadas é imprescindível que o incorporador elabore o memorial de incorporação e o leve a registro no Registro de Imóveis competente.

.....  
<sup>9</sup>Art. 28 do Decreto nº 7.381, de 2 de dezembro de 2010. O referido decreto regulamenta a Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008, conhecida como Lei Geral do Turismo.

## 1 O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

No memorial de incorporação estarão reunidas as informações de natureza jurídica, técnica e financeira a respeito do empreendimento a ser realizado, seu especial destino, as características e descrição do projeto de construção aprovado pelos órgãos competentes, memorial descritivo, áreas e outras particularidades de sua peculiar forma de uso.

Caso o empreendimento por ocasião da sua comercialização já se encontre concluído, ainda assim é fundamental instituir o condomínio edilício previsto nos artigos 1.331 ao art. 1.358 do Código Civil Brasileiro, a fim de que cada unidade autônoma se constitua em uma unidade privativa, passível de alienação em regime fracionado, a qual estará em conexão com às áreas de uso comum que lhe corresponda no empreendimento. Ademais, entendemos que somente com a instituição do condomínio edilício, ante a inexistência de expressa previsão legal, teremos uma convenção de condomínio capaz de disciplinar de forma ordenada e com força cogente a utilização da propriedade em regime de multipropriedade e a consequente restrição de uso das respectivas unidades autônomas.

A visão de que a instituição de um condomínio edilício é condição *sine qua non* para a correta estruturação do *fractional* encontra respaldo na doutrina. Afinal, "(...) é preciso a utilização da convenção de condominial para a fixação de regras de compartilhamento de tempo (períodos de semana no ano, preferência, etc.) e também é impossível o estabelecimento direto do fracionamento do tempo sem a definição das distintas propriedades."<sup>10</sup>

Não menos importante, será ter em conta a legislação consumerista, pois a venda das cotas imobiliárias será dirigida para o consumidor final, que fará uso e gozo deste imóvel, com toda a equipagem, serviços e prerrogativas que lhe foram ofertados na oportunidade da compra. Ou seja, além da aquisição da propriedade imobiliária propriamente dita, consubstanciada em uma fração ideal do imóvel, ressalta-se que o objeto da comercialização configura prestação de serviços, especialmente nos empreendimentos de natureza hoteleira, no qual o verdadeiro anseio dos adquirentes estará em fruir de todos os serviços e equipamentos de lazer que lhe foram prometidos no momento da compra.

Enfatiza-se que a legislação consumerista deverá ser levada em conta em todo o processo de estruturação jurídica do empreendimento, seja antes, durante e mesmo após a sua comercialização.

.....  
<sup>10</sup>MELO, Marcelo Augusto Santana de. "Multipropriedade imobiliária", *op. cit.*, p. 46.

# 1 O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

Ademais, tratando-se na grande maioria das vezes de contrato de adesão, ficará este sujeito à interpretação mais favorável ao consumidor, ressaltando ainda a máxima atenção ao princípio da informação, conforme o art. 6º, III, do CDC, devendo os instrumentos conter regras claras no que tange aos direitos e obrigações das partes envolvidas.

Por fim, ênfase importantíssima deverá se dar ao princípio da função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil Brasileiro,<sup>11</sup> e entendido como o novo limitador da autonomia da vontade, bem como ao princípio da função social da propriedade, consolidado na Constituição Federal.<sup>12</sup>

Note-se que a enunciação de que o contrato deve atender sua função social constitui uma abertura do sistema jurídico para que as circunstâncias negociais, externas e motivadoras do enlace contratual, sejam preponderantes na solução das questões jurídicas. Na mesma linha de pensamento é possível afirmar que a adoção da multipropriedade condominial no Brasil configura exemplo perfeito de conciliação entre o desenvolvimento econômico e a finalidade social que o direito de propriedade deve representar.<sup>13</sup>

## III) O *fractional* no Registro de Imóveis

Importante questão a ser levantada é a modalidade de registro do empreendimento junto à matrícula do imóvel. Isto porquê a Lei dos Registro Públicos (Lei nº 6.015/1973), não reconhece, dentre o rol taxativo do art. 167, o instituto da multipropriedade imobiliária dentre àqueles passíveis de registro como direito real.

Não obstante, tem-se visto uma abertura dos Registradores, sensíveis ao fato social, o qual não raras vezes se antecipa à lei, no sentido de viabilizar junto a matrícula do imóvel, o registro das frações imobiliárias em cada uma das unidades privativas. Essa é a opinião de registrador de município do interior do Estado de São Paulo, que, em artigo sobre o tema da Multipropriedade assim se pronunciou: "(...) considerando o sistema adotado pela Lei nº 6.015/73, a matrícula do imóvel em sistema de multipropriedade, que necessariamente será uma unidade autônoma, será aberta normalmente, descrevendo-a com todas as suas características. As quota-partes ideais representativas de fração de tempo serão registradas individualmente (...), lembrando que a convenção de condomínio necessariamente precisará trazer e elencar todos os elementos."<sup>14</sup>

<sup>11</sup>Art. 421. "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

<sup>12</sup>Artigo 5º, inciso XXIII, e artigo 170, inciso III.

<sup>13</sup>MELO, Marcelo Augusto Santana de. "Multipropriedade imobiliária", *op. cit.*, p. 63.

<sup>14</sup>*Ibidem*, p. 61.

# 1 O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

Afinal, prossegue o autor, “O sistema de aproveitamento por turno é um contrato que merece e necessita da publicidade registrária, pois os direitos envolvidos são sérios e merecem total transparência e controle do Registro de Imóveis.”<sup>15</sup>

Ocorre que tal registro, por si só, não é suficiente para outorgar ao empreendimento o status que este necessita, de modo a conferir a necessária estabilidade e segurança jurídica. Observe-se, neste sentido, a necessidade de que o registrador faça constar na matrícula do imóvel a Convenção do Condomínio Edifício assim como do Condomínio Voluntário, o qual regravará dentre outros, o modo de uso e gozo compartilhado, segundo unidades de tempo, de cada uma das unidades privativas.

Interessante consignar, à título de curiosidade, que a legislação argentina, ciente da necessidade de proteção deste especial modo de exercício do direito de propriedade, criou um sistema de afetação “el acto de afectación al esquema del tiempo compartido”, no qual a propriedade imobiliária, acrescida de outros bens que integrem porventura o empreendimento, são afetados ao sistema de tempo compartilhado, o qual possui regime próprio. Tal ato de afetação, pela sua natureza, faz-se por meio de instrumento público e ficará registrado junto à matrícula do imóvel, de forma que qualquer um que acessar ao álbum imobiliário terá claro tratar-se de propriedade afetada pelo sistema de tempo compartilhado, dando a publicidade e oponibilidade necessária frente a quaisquer eventuais terceiros que pretendam direitos sobre estes bens.<sup>16</sup>

## Considerações Finais

Não obstante a análise acima permita concluir que, mesmo diante do vácuo legislativo em nossa legislação, se possa estruturar empreendimentos imobiliários na modalidade Fractional com razoável segurança jurídica, fato é que a inexistência de um regramento específico sob a matéria, remete os empreendedores e consumidores a um cenário de instabilidade, o qual pode resultar em uma inibição ao desenvolvimento destes empreendimentos no Brasil.

<sup>15</sup>*ibidem*

<sup>16</sup>SAUCEDO, Ricardo J. “Tiempo Compartido.” *Propiedad Horizontal. Conjuntos Inmobiliarios. Tiempo Compartido. Cementerios Privados*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016. p. 572-578.

## 1 O *fractional* – Aspectos legais desta modalidade de venda fracionada de propriedades imobiliárias

Vale ressaltar, *in fine*, que tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei cujo objetivo é regulamentar o modelo de multipropriedade de bens móveis e imóveis (PLS n.º 463/2016 e 469/2016). Entre as principais inovações visadas por esses projetos, destaca-se a introdução de um novo capítulo na parte especial do CCB acerca do "condomínio multiproprietário imobiliário", no qual o multiproprietário é definido como dono de "unidade periódica de propriedade". Além disso, prevê-se o registro em cartório e a existência de convenção de condomínio para reger a multipropriedade, bem como a determinação de que o bem será administrado com base em normas fixadas por deliberação da maioria dos proprietários, a ser calculada pela quantidade de unidades fixas no tempo.

Nesse diapasão, acredita-se que a almejada segurança jurídica advirá de um sistema legal devidamente regulamentado, tanto no sentido de proteção ao adquirente quanto ao empreendedor, que é quem coloca todos os esforços e investimentos para concretizar os empreendimentos nesta inovadora modalidade.

## A proteção da incorporação imobiliária por meio da impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação de unidades

Por Mariana Borges Altmayer

### Introdução

A incorporação imobiliária resulta da atividade empresarial de construção e comercialização de unidades imobiliárias em edificações coletivas e é regulada, especialmente, pela Lei nº 4.591, de 19 de dezembro de 1964, Lei de Condomínios e Incorporações.<sup>1</sup> Uma das finalidades da lei é a proteção do interesse comum da coletividade dos contratantes quando em confronto com os interesses individuais de cada adquirente. Em grande medida, a proteção da coletividade pode ser interpretada em consonância com o princípio da função social do contrato de incorporação, uma vez que ele visa resguardar o interesse coletivo envolvido no objeto da avença. Preserva-se a função social da incorporação imobiliária precisamente diante das eventuais falhas do incorporador, assim como diante dos interesses isolados dos futuros proprietários de unidades. O interesse coletivo corresponde ao empreendimento como um todo, no sentido de que este possui uma identidade própria, a qual não pode ser subvertida pelo interesse individual dos proprietários de unidades privativas.

Ao longo dos mais de 50 anos de vigência da Lei de Condomínios e Incorporações, tendo em vista as diferentes situações que se apresentaram no cenário nacional, foram acrescentados novos instrumentos de proteção aos adquirentes de unidades imobiliárias em construção. Uma das principais reformas deste diploma legal consistiu na introdução do capítulo sobre a constituição do "patrimônio de afetação", através da Lei nº 10.931/2004. Mais recentemente, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), no inciso XII, do artigo 833, acrescentou uma nova hipótese de proteção à incorporação imobiliária, referente à impenhorabilidade dos créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob o regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

---

<sup>1</sup>Complementada pela Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965 e pela Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004; regulamentada pelo Decreto nº 55.815, de 08 de março de 1965.

## 2 A proteção da incorporação imobiliária por meio da impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação de unidades

Nosso objetivo é estabelecer uma avaliação desta nova hipótese protetiva, à luz da função social da incorporação imobiliária e do sistema de proteção aos adquirentes. Mostraremos, com isso, como o novel instituto tende a reforçar o sistema de proteção da coletividade dos contratantes da incorporação imobiliária e o papel social que ela desempenha, reforçando o dever de cooperação de todos os envolvidos.

### I) Da função social da incorporação imobiliária

Enquanto atividade empresarial de grande importância para o desenvolvimento econômico e social do país, a incorporação imobiliária desempenha um papel fundamental na concretização do direito social de moradia. Para alcançar esse objetivo, ela deve se pautar no princípio da boa-fé objetiva e no equilíbrio das relações obrigacionais, conferindo segurança aos adquirentes na aquisição de unidades imobiliárias.

Segundo o objetivo geral da Lei nº 4.591/64, deve-se assegurar que o empreendimento colocado à venda durante a sua construção chegue ao término com sucesso. Essa é a razão pela qual tanto o empreendimento quanto a massa condominial recebem a proteção legal.

Com base na perspectiva de que a efetivação da função social da incorporação imobiliária exige a conclusão da obra, pode-se distinguir nela um sentido imediato e outro mediato. A função imediata consiste em satisfazer o interesse do incorporador e dos adquirentes das unidades. Além disso, porém, como sustenta Leandro Leal Ghezzi, a incorporação imobiliária tem "a função social mediata de assegurar que a satisfação desses interesses e que esta circulação econômica ocorram de forma segura para todos os envolvidos e, em última análise, para toda a sociedade"<sup>2</sup>. A finalidade da incorporação imobiliária é, portanto, complexa, pois envolve o correto andamento da execução da obra, a entrega das unidades prontas aos adquirentes, o pagamento de todo o passivo gerado pela mesma e, por fim, o retorno do investimento ao incorporador.

Importa assinalar que o empreendimento é concluído com o concurso de esforços financeiros de todas as partes, de maneira que qualquer corte no ingresso dos recursos afetará o fluxo financeiro e até mesmo o cronograma físico previsto.

.....  
<sup>2</sup>GUEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

## 2 A proteção da incorporação imobiliária por meio da impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação de unidades

Os recursos da incorporação imobiliária decorrem, especialmente, das receitas da comercialização das unidades imobiliárias durante a construção. Por esta razão, as normas legais estabelecem um sistema de proteção ao patrimônio da incorporação e o fluxo das receitas contratadas.

Caso um dos adquirentes deixe de adimplir com as parcelas do preço contratado, o seu inadimplemento potencializa o desequilíbrio e o comprometimento do cronograma da incorporação. Em outros termos, a frustração das condições de cumprimento de parcelas das obrigações pode afetar o fluxo financeiro da obra. O prejuízo repercute, assim, junto aos demais adquirentes. Ademais, se qualquer fator externo de responsabilidade do incorporador e não vinculado àquela incorporação estabelecer alguma constrição para os recursos que são destinados à execução das obras, isto também afetará o seu normal prosseguimento e a sua conclusão.

A fim de proteger o interesse coletivo na conclusão do empreendimento e promover a função social da incorporação imobiliária, fica evidente a necessidade de se estabelecer os meios protetivos para os recursos financeiros que viabilizarão o término das obras. Nesse mesmo sentido, assinala Melhim Chalub a importância da "blindagem das receitas da incorporação"<sup>3</sup>.

Seguramente, isso foi percebido pelo legislador do novel Código de Processo Civil ao incluir no texto legal o art. 833, XII, que estabeleceu a impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação de unidades. Antes de examinarmos esta nova hipótese protetiva, convém tecer alguns comentários sobre aquilo que certamente mobilizou o legislador a incluir-lhe em dispositivo legal. Nosso objetivo, antes de tudo, é mostrar que a inovação apresentada pelo novel Código de Processo Civil vem na esteira do preenchimento de uma lacuna na previsão do patrimônio de afetação, incluída pela Lei nº 10.931/2004.

### II) Do Patrimônio de Afetação

A inclusão do regramento do patrimônio de afetação na Lei de Condomínio e Incorporações foi um grande marco para a proteção do sistema da incorporação imobiliária, em especial a proteção dos direitos patrimoniais daqueles que contribuem para realização da obra, ou seja, os adquirentes.

.....  
<sup>3</sup>CHALHUB, Melhim Namem. "Jurisprudência consolidada na Súmula 543 do STJ necessita de revisão". *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-22/melhim-chalhub-sumula-534-stj-necessita-revisao>. Consultado em 22/02/2016.

## 2 A proteção da incorporação imobiliária por meio da impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação de unidades

O principal objetivo de sua introdução no direito positivo brasileiro foi o de resguardar os direitos dos adquirentes de unidades em construção, através da criação de um novo mecanismo de proteção, nos casos de insolvência ou falência do incorporador, resgatando a segurança e confiança do próprio mercado imobiliário para a aquisição de imóveis "na planta".

No regime de afetação, os valores pagos pelos adquirentes para aquisição das unidades imobiliárias ficam vinculados ao empreendimento específico do qual elas fazem parte. Na medida, portanto, que esses recursos não podem ser desviados para outras finalidades, confere-se segurança para a conclusão da obra com a respectiva entrega das unidades aos adquirentes.

Depreende-se dos seus fundamentos que o patrimônio de afetação foi concebido com o objetivo de assegurar a plena composição dos patrimônios individuais dos adquirentes das frações ideais vinculadas à unidade autônoma, no caso de quebra do incorporador<sup>4</sup>.

Através da constituição do patrimônio de afetação, o terreno, as acessões e os demais bens, direitos e obrigações vinculados à incorporação são apartados do patrimônio geral do incorporador e destinados exclusivamente para construção daquele empreendimento imobiliário. Nesse sentido, os bens e direitos afetados passam a responder tão somente pelas dívidas e obrigações da incorporação contratada, devendo ser mantidos em contabilidade específica, não se comunicando com outros bens, direitos e obrigações do incorporador.

O incorporador deve zelar pelo patrimônio de afetação uma vez constituído, administrando-o para que o empreendimento tenha garantido o seu sucesso. Além de captar os recursos financeiros, deve o incorporador manter apartada a incorporação de seus demais bens e empreendimentos, inclusive a sua contabilidade e conta corrente. A fiscalização do andamento das obras e da correta destinação dos recursos para a sua conclusão é exercida pelos próprios adquirentes das unidades. Este acompanhamento é realizado através de uma Comissão de Representantes que os representa perante o incorporador e/ou construtor.

---

<sup>4</sup>ROCHA, Mauro Antônio. "O Regime da Afetação Patrimonial na Incorporação Imobiliária – Uma Visão Crítica da Lei". *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 59, jul. 2005, p. 153.

## 2 A proteção da incorporação imobiliária por meio da impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação de unidades

A grande crítica que é feita pela doutrina nacional à legislação acerca do patrimônio de afetação é de que se trata de uma opção do incorporador. Ou seja, não há obrigatoriedade legal na afetação do empreendimento lançado. Considerando a necessidade de proteger aqueles que investem seus recursos para receber concluída a unidade adquirida, deveria ser obrigatória a constituição de um patrimônio de afetação para toda e qualquer incorporação imobiliária, como medida de segurança jurídica e de proteção patrimonial aos adquirentes.

A partir da percepção de que o instituto do patrimônio de afetação, por se tratar de mera opção, exclusiva do incorporador, não é suficiente para alcançar a função social da incorporação imobiliária, o novo Código de Processo Civil elencou no art. 833, XII, uma nova hipótese de impenhorabilidade, contemplando os créditos oriundos da alienação de unidades do empreendimento.

### **III) Da impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação das unidades imobiliárias**

Vigora em nosso ordenamento jurídico o princípio da responsabilização patrimonial ampla do devedor, nos termos do que dispõe expressamente o artigo 789 do novo Código de Processo Civil: "O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei". A constrição de bens do executado é regra geral de que cuida a lei para garantir o exequente credor.

Todavia, o art. 833 do novo CPC elenca as hipóteses excepcionais em que determinados bens não poderão ser expropriados do patrimônio do devedor. A proteção legal conferida pela impenhorabilidade, por ser exceção à regra, não se presume e deve ser constatada no caso concreto, sob pena de esvaziar a finalidade da lei e retirar a utilidade prática do processo executivo. A invasão no patrimônio do executado, independentemente da sua vontade, deve ser limitada por razões jurídicas e humanitárias, para que se preserve com a impenhorabilidade o mínimo indispensável à existência digna do devedor.

Dentre as novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil está a nova hipótese de impenhorabilidade, prevista no inciso XII, do artigo 833, qual seja: "os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob o regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra".

## 2 A proteção da incorporação imobiliária por meio da impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação de unidades

A nova regra legal reforça o sistema de proteção patrimonial da incorporação imobiliária e o propósito do regime de afetação, configurando maior segurança na efetivação da sua função social e dos interesses da coletividade dos contratantes da incorporação imobiliária.

Para melhor entender a nova modalidade de proteção, cabe esclarecer o que são os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra. Pode-se dizer que tais créditos decorrem do ajuste entre o adquirente e o incorporador no tocante ao pagamento do preço destinado à aquisição de uma unidade imobiliária que ainda esteja em fase de construção, com incorporação imobiliária devidamente registrada junto ao registro imobiliário. Pode-se a título exemplificativo citar as parcelas do preço a serem pagas em moeda durante a construção, como também algum bem dado em pagamento para satisfazer parte do preço e que pode ser alienado pelo incorporador para custear a construção, ou, ainda, eventual crédito que seja cedido pelo comprador ao incorporador. Em síntese, trata-se do crédito decorrente do preço ajustado entre as partes contratantes, tanto aquele que já foi recebido pelo incorporador quanto o valor a receber, considerando que também será fundamental para a conclusão das obras e o cumprimento do objetivo daquela incorporação imobiliária.

Importa ressaltar que, em caso de eventual constrição judicial ou da sua ameaça, caberá ao incorporador comprovar que os créditos recebidos ou a receber com a venda das unidades imobiliárias destinam-se efetivamente à execução das obras para, nesta hipótese, arguir a sua impenhorabilidade. Tendo em vista a possível contenda quanto à origem efetiva dos créditos, é da máxima importância que o incorporador organize a sua contabilidade para que possa, de fato, se valer de tal regra e proteger o fluxo financeiro da obra. Com efeito, para a organização da contabilidade do incorporador, o melhor será separar os patrimônios de cada obra e a origem do ingresso das receitas.

Pode-se dizer que mesmo nos casos em que o incorporador não constituiu o patrimônio de afetação para determinada incorporação imobiliária, existe uma relativa autonomia de cada empreendimento. Isto ocorre porque no registro do memorial de incorporação o incorporador já definiu por completo o objeto de cada empreendimento e o seu cronograma financeiro. Confere-se assim a cada incorporação uma identidade própria, que a torna única e inconfundível, para que se desenvolva com suas forças próprias, a partir da demonstração de sua capacidade de auto-sustentação financeira.

## 2 A proteção da incorporação imobiliária por meio da impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação de unidades

A regra do art. 833, XII, como visto, leva a um reforço do regime de afetação patrimonial, pois mesmo sendo este opcional, a lei tornou impenhoráveis os recursos da própria incorporação, produzindo efeitos protetivos similares. Consagra-se, assim, a eficiência da segregação de patrimônio para o atingimento dos fins da incorporação, que são a conclusão da obra e a entrega das unidades.

Cabe referir que antes mesmo desta hipótese de impenhorabilidade ter sido expressamente incluída pelo NCPC, os Tribunais já enfrentavam questões similares, indeferindo a penhora de renda da incorporadora correspondente às receitas de venda de apartamentos em construção, sob o fundamento de que as receitas são vinculadas à execução da obra e neste caso devem permanecer blindadas para execução, por conta da proteção aos terceiros de boa-fé que adquiriram as unidades em construção, mesmo nos casos em que a incorporação não tenha sido afetada. Neste sentido TJRJ, Ag.In. 2008.002.23428, 6ª Câmara Cível, relator Des. Nagib Slaibi Filho, julgado em 28/07/2008:

Ante tais ensinamentos, percebe-se que os valores auferidos pela empresa devedora constituem, ou, ao menos, deveriam constituir patrimônio de afetação imune a este cumprimento de sentença, assim tornando manifestamente inviável a efetivação da segunda parte do respeitável dispositivo impugnado que mandou penhorar a renda da empresa sem que discriminasse o caráter dos valores a serem recebidos. Pelo exposto, nos termos do disposto no art. 557 do Código de Processo Civil, pela manifesta procedência do recurso tão-somente quanto à parte da decisão impugnada que mandou penhorar a sua renda diária, dou parcial provimento ao mesmo para revogar a ordem de penhora diária, mantendo, no entanto, a penhora decorrente do bloqueio *on line* dos valores encontrados na conta do sócio até o limite da execução, mais juros, correção monetária, despesas e honorários advocatícios.

Não restam dúvidas de que no caso dos imóveis em construção, há necessidade de uma visão específica do complexo negocial que representam. Esta nova regra de impenhorabilidade traz consigo uma maior proteção aos ativos que possibilitarão a conclusão da obra e, com isso, realizarão a finalidade principal que é a entrega do imóvel àqueles que pagaram pelo mesmo durante a sua construção. Ora, se o empreendimento é custeado com os recursos advindos de todos os condôminos, justifica-se plenamente a regra de impenhorabilidade destes créditos, pois se não ingressarem para integrar o fluxo financeiro do empreendimento, tal fato acabará prejudicando a todos. Tudo isto reforça o regime de vinculação das receitas da incorporação para assegurar a consecução de sua destinação.

## A proteção da incorporação imobiliária por meio da impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação de unidades

Frisa-se que a proteção legal também poderá ser arguida pelos adquirentes das unidades imobiliárias nos casos de insolvência e até paralisação das obras pelo incorporador, justamente para não ser desfalcado o patrimônio que eles terão caso se tornem responsáveis pelo prosseguimento das obras. Dessa sorte, todos os créditos devem estar protegidos para se chegar ao objetivo final.

A aplicação do dispositivo legal em comento não se restringe às incorporações imobiliárias submetidas ao regime do patrimônio de afetação. Não há, no texto normativo, qualquer menção nesse sentido. Sem dúvida, se os créditos decorrerem de empreendimento submetido ao regime do patrimônio de afetação, poder-se-á identificar com maior facilidade e clareza que os créditos sob ameaça são especificamente vinculados ao empreendimento em construção. No entanto, ainda que o crédito sob ameaça de penhora não decorra de incorporação sob o regime da afetação, a impenhorabilidade poderá ser arguida com base no art. 833, XII, do CPC, fazendo-se necessário, neste caso, o esforço probatório de sua origem.

### Considerações Finais

Os riscos a que se submetem os adquirentes de unidades imobiliárias em construção são grandes, uma vez que o seu negócio é estabelecido por um contrato de longa duração, restando sujeito à eventualidade de uma inadequada administração pelo incorporador dos recursos investidos. Justamente para minimizar estes riscos em uma atividade econômica tão importante para a economia do país, foram criados mecanismos legais de proteção à parte mais frágil desta relação, sempre buscando minimizar os riscos inerentes à construção.

A hipótese de impenhorabilidade trazida pelo inciso XII, do artigo 833, do novo Código de Processo Civil, traz uma importante inovação jurídica ao sistema de proteção da coletividade dos contratantes instituído pela Lei nº 4.591/1964, buscando diminuir os riscos e conferir suficiente eficácia ao sistema de proteção dos adquirentes.

Além disso, o novo dispositivo também possui uma importância econômica, pois reforça a teoria do patrimônio de afetação e a garantia da função social da incorporação imobiliária.

Todo este sistema de proteção dos adquirentes de imóveis de construção, trazido desde entrada em vigor da Lei nº 4.591/64 e que vem se aperfeiçoando ao longo dos anos, tem o objetivo de minimizar os riscos daqueles que investem suas aplicações financeiras e fomentar as vendas dos imóveis em construção, gerando assim maior segurança jurídica nos novos negócios jurídicos imobiliários.

## As convenções processuais e sua aplicabilidade aos contratos de locação em shopping centers

Por Roberto Santos Silveiro

### Introdução

Há consenso entre os jurisdicionados em geral que o procedimento ordinário, rígido e inflexível, tal como estabelecido pela legislação processual, não oferta com eficiência e celeridade o que as partes necessitam para a solução de seus conflitos. Daí a origem do crescimento, ao longo dos últimos anos, da adoção de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos – como a arbitragem, a conciliação e a mediação. Ocorre que há, inegavelmente, inúmeros tipos de litígios nos quais esses métodos não são suficientes para dirimir o conflito ou, notoriamente, no caso da arbitragem, não são economicamente viáveis.

Dentro deste contexto, as convenções processuais, além de relevância no campo doutrinário, possuem grande capacidade de utilidade prática. Se bem utilizado por todos (partes, advogados e juízes), o instituto das convenções tem a capacidade de se constituir em ferramenta de enorme importância para a melhoria da prestação jurisdicional, sobretudo por ir ao encontro do justo anseio de particulares e empreendedores por previsibilidade e celeridade.

A convenção (ou acordo) processual conceitua-se como o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento.<sup>1</sup>

Como se verá, o tema das convenções processuais está intimamente ligado à discussão sobre a divisão do trabalho entre os sujeitos do processo e sobre os poderes do juiz. Defende-se que no atual modelo cooperativo de processo civil, que ganha destaque com o Código de Processo Civil /2015, os poderes do juiz devem ser conjugados com as prerrogativas das partes, com equilíbrio, equivalência e coordenação, não numa ultrapassada relação de hierarquia e supremacia.

.....  
<sup>1</sup>CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 68.

É por meio das convenções processuais que os litigantes podem desenhar regras do procedimento, adaptando-o ao que se deseja obter em termos de tutela jurisdicional e se submetendo voluntariamente ao regulamento da convenção ao invés do regramento legal.

Feita esta brevíssima introdução, e antes de avançarmos para as considerações a respeito da aplicação das convenções processuais aos contratos de locação em shopping centers, faz-se fundamental situar as convenções dentro do nosso modelo de legislação processual, salientando os princípios que o norteiam.

### **1) O processo cooperativo e os princípios que autorizam as convenções processuais**

O tema “convenções processuais” perpassa necessariamente a análise acerca do modelo de processo civil adotado em nosso país. Historicamente, o modelo publicista levou à construção dos escopos da jurisdição e do processo com foco nos interesses estatais, especialmente naqueles de pacificação social e proteção do direito objetivo. Nesta linha, no Brasil, foi imensa a influência do estudo de Cândido Dinamarco<sup>2</sup> sobre a instrumentalidade do processo, onde defendeu a ideia de que a função jurisdicional possui finalidades públicas maiores e que precedem a mera tutela dos direitos na hierarquia de importância desses objetivos. Essa, aliás, a ideologia marcante do CPC de 1939, com reflexos no Código de Processo Civil de 1973.

Como sabido, o publicismo posiciona o juiz como figura central do processo. Como consequência dessa concepção, imagina-se que, no processo, o juiz pode fazer tudo e as partes teriam autonomia para quase nada. Como o magistrado deveria perseguir os interesses do Estado, poderia fazê-lo independentemente da vontade individual e, uma vez provocada a jurisdição, a interferência das partes no processo seria mínima. Elas manteriam suas prerrogativas de definir e até renunciar ao direito material subjacente, mas não teriam possibilidade alguma de conformar o procedimento.<sup>3</sup>

A figura do juiz dotado de superpoderes, que tudo pode e não se vincula, passou a ser amplamente preponderante entre os sujeitos do processo, ignorando as partes e seus argumentos, conhecendo e decidindo de ofício independentemente de requerimento (e mesmo em decisões satisfativas), quase como se fosse o tutor dos jurisdicionados.

<sup>2</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 149.

<sup>3</sup>CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*, *op. cit.*, p. 135.

### 3 As convenções processuais e sua aplicabilidade aos contratos de locação em shopping centers

Afinal, ainda que a iniciativa da parte fosse necessária para deflagrar a jurisdição, não se deveria esquecer do "princípio do impulso oficial", que conferia ao juiz o poder de conduzir a marcha procedimental independentemente da vontade do litigante.

Tão forte a influência deste modelo publicista de processo que, mesmo nos dias atuais, ainda se vê na lide forense, em não raras oportunidades, juízes que agem como soberanos, e partes e advogados que ignoram por completo a sua própria capacidade de influenciar os rumos do processo, inclusive ao efeito de conformar o procedimento.

Certo é que o modelo publicista - tão arraigado em nosso meio jurídico - já não mais se sustenta nos dias atuais. O CPC de 2015 adota um modelo cooperativo de processo, com valorização da vontade das partes e equilíbrio nas funções dos sujeitos processuais.

Há na atual legislação, sem dúvida, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem o desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídos pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador.

Prestigia-se, no CPC/2015, a autonomia da vontade das partes, cujo fundamento é a liberdade, um dos principais fundamentos previstos no artigo 5º da Constituição Federal. O direito à liberdade contém o direito ao autorregramento, justificando o chamado "princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo".<sup>4</sup>

A propósito, o legislador, na edição do CPC/2015, conferiu, com méritos, vida e atualidade ao tema, a tal ponto de que o denominado "princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo", passou a ser considerado por muitos doutrinadores de peso, dentre eles Fredie Didier Jr<sup>5</sup>, um dos princípios estruturantes do direito processual civil brasileiro e uma de suas normas fundamentais.

O princípio do autorregramento da vontade, que tem como uma de suas principais expressões justamente o estímulo às convenções processuais, visa propiciar que o processo seja um espaço propício para o exercício da liberdade sem restrições irrazoáveis ou injustificadas.

.....  
<sup>4</sup>*Ibidem*, p. 32.

<sup>5</sup>*Ibidem*, p. 37.

Em outros termos, o fato de o processo envolver o exercício de uma função pública (a jurisdição), somente excepcionalmente pode tolher a liberdade das partes, e desde que de forma razoável e justificada, sendo esta a exceção, e não a regra. Referido princípio vai justamente ao encontro do modelo cooperativo de processo proposto pela novel legislação processual, a qual articula de forma mais linear os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a relação entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado.

Neste sentido, a admissão em nosso sistema das convenções processuais não significa um retorno impensado ao privatismo romano, ou uma guinada ao formato anglo-americano do processo adversarial, mas um tratamento mais balanceado da tensão entre publicismo e privatismo, com a redução dos poderes do juiz em razão da atuação legítima das partes.<sup>6</sup>

### **II) As convenções processuais no CPC/2015 e seus limites**

É dentro deste novo ambiente "pró-liberdade", no qual o consenso parece ganhar espaço em detrimento da autoridade, e então a lei rígida e inflexível passa a ceder força em favor do contrato e do acordo como instrumentos de produção normativa, que as convenções processuais encontram campo fértil para sua utilização na prática forense.

A partir da vigência do atual Código de Processo Civil, o nosso ordenamento prevê convenções processuais "típicas" e "atípicas". As convenções típicas são aquelas expressamente disciplinadas pelo legislador, prevendo os sujeitos envolvidos, as formalidades necessárias, os pressupostos e requisitos de validade e eficácia. Já as convenções atípicas são aquelas praticadas em razão da autonomia das partes, não havendo na legislação modelo rígido e expressamente previsto.

O CPC/2015 prevê um número bem significativo de negócios processuais típicos, tais como: a eleição negocial do foro (art. 63); o negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 65); escolha consensual do mediador, conciliador ou câmara privada de mediação ou conciliação (art. 168); o calendário processual (art. 191); a renúncia ao prazo (art. 225); o acordo para suspensão do processo (art. 313, II); a renúncia tácita à convenção de arbitragem (art. 337, §6º); o adiamento negociado da audiência (art. 362, I); o saneamento consensual (art. 357, §2º), a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §3º e 4º), a escolha consensual do perito (art. 471), desistência da execução ou de medida executiva (art. 775); a desistência do recurso (art. 998); a renúncia ao recurso (art. 999); a aceitação da decisão (art. 1000) etc.

.....  
<sup>6</sup>*Ibidem*, p. 137.

### 3 As convenções processuais e sua aplicabilidade aos contratos de locação em shopping centers

Não obstante a importância das convenções atípicas, a grande novidade do CPC/2015 é a permissão da celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, em observância ao previsto no artigo 190 da novel legislação, o qual dispõe que:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo Único: De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Por força desta norma legal, portanto, é possível alterar o procedimento de acordo com os interesses das partes, seja criando um novo rito, seja restringindo fases, limitando prazos, meios de prova, ou a própria forma dos atos do processo.

Faz-se fundamental observar, portanto, que o Código de Processo Civil vigente autoriza expressamente as partes para que – dentro do espaço de liberdade constitucionalmente reconhecido – estipulem mudanças no procedimento legislado.

Analisando o instituto sob o ponto de vista prático, parece-nos que a sua maior valia consiste na possibilidade de que as partes, antes mesmo do conflito, pré-definam o procedimento, convencionando contratualmente cláusulas que busquem moldar o rito de um eventual futuro processo judicial de acordo com as suas necessidades.

A utilidade das denominadas "convenções pré-processuais" decorre do fato de que antes do processo (e muitas vezes antes do próprio conflito) ambas as partes estão com ânimo propício ao encontro de vontades. Sem dúvidas, no momento da contratação, sem as paixões que o litígio pode gerar, fica mais fácil que os convenientes concordem a respeito do melhor desenho de um eventual processo futuro e hipotético cenário de descumprimento das obrigações. Como lembra Cadiet, é mais fácil acordar sobre um conflito que não começou do que solucionar um conflito já existente.<sup>7</sup>

.....  
<sup>7</sup>CADIET, Loïc apud CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*, op. cit., p., fl. 76.

### 3 As convenções processuais e sua aplicabilidade aos contratos de locação em shopping centers

Importante desafio para a doutrina e a jurisprudência passa a ser identificar os limites para as convenções processuais. Que há espaço para convenções processuais não há mais dúvida<sup>8</sup>. Como visto, o próprio art. 190 do CPC vigente deixa claro que há possibilidades de negociação sobre o procedimento e sobre as regras processuais.

A autonomia das partes não significa eliminar as prerrogativas do juiz. Se não se quer que o juiz seja o soberano do processo, igualmente não é desejável que os instrumentos estatais sejam manipulados de maneira descontrolada pelos litigantes. A virtude, como sói acontecer, está no meio; a regra de ouro é o equilíbrio.

O juiz tem o dever de controlar a validade dos acordos processuais, seja quando indevidamente incidem sobre os seus poderes, seja quando incidem sobre os poderes das partes indevidamente (porque sua incidência não pode violar a boa-fé e não podem violar o núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais<sup>9</sup>). Em sendo o caso, o juiz deve decretar fundamentadamente a nulidade. Quando o artigo 190, parágrafo único, CPC, fala em "nulidade", "inserção abusiva em contrato de adesão" ou "manifesta situação de vulnerabilidade", ele está manifestamente preocupado em tutelar a boa-fé (art. 5º, CPC) e a necessidade de paridade de tratamento no processo civil (art. 7º, CPC).

### III) A aplicação das convenções processuais aos contratos de locação em shopping centers

Fixadas as premissas básicas do instituto das convenções processuais, busca-se adiante sustentar a sua aplicação às relações locatícias no âmbito dos contratos de locação em shopping centers, bem como a importância prática do instituto para que empreendedores e lojistas melhor tutelem os seus interesses, não mais se submetendo obrigatoriamente às regras procedimentais pré-estabelecidas pela Lei de Locações (Lei nº 8245/1991).

O artigo 54 da Lei de Locações constitui a espinha dorsal do regime jurídico da locação em shopping centers, estando assim redigido:

Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

<sup>8</sup>CUNHA, Leonardo Carneiro. "Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro". CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. (Org.). *Negócios processuais*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 71.

<sup>9</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 310.

### 3 As convenções processuais e sua aplicabilidade aos contratos de locação em shopping centers

Como se observa, o texto legal atribuiu ao contrato celebrado entre lojistas e empreendedores a natureza de locação, concedendo às partes, não obstante, ampla liberdade de contratar.

A lei, portanto, atribuiu natureza de locação à cessão remunerada de espaço comercial em shopping center, ao mesmo tempo em que conferiu tratamento diferente daquele aplicável às locações prediais ordinárias, como as que têm por objeto lojas de rua. E assim o fez em respeito à premissa por todos aceita de que um shopping center é, realmente, um negócio peculiar, não consistindo apenas em um esplêndido edifício de lojas, cinema, etc., dotado de amplo estacionamento para automóveis. É, antes de tudo, uma organização empresarial que faz com que empresas autônomas atuem harmonicamente, complementando-se umas às outras, para benefício de todas.<sup>10</sup>

Daí que nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping centers prevalecem as condições livremente pactuadas nos contratos, o que afasta de seu campo de incidência as normas que restringem a locação comercial de lojas de rua<sup>11</sup>. Neste sentido, a jurisprudência já assentada pelo Superior Tribunal de Justiça, na linha do seguinte precedente:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 54 DA LEI DE LOCAÇÕES. COBRANÇA EM DOBRO DO ALUGUEL NO MÊS DE DEZEMBRO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE ("PACTA SUNT SERVANDA") E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS ("INTER ALIOS ACTA"). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Afastamento pelo acórdão recorrido de cláusula livremente pactuada entre as partes, costumeiramente praticada no mercado imobiliário, prevendo, no contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro. 2. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.

<sup>10</sup>Lobo & Ibeas Advogados (Org.). *Aspectos jurídicos em shopping centers*. São Paulo: Abrasce – Associação Brasileira de Shopping Centers, 2011, p. 56.

<sup>11</sup>*Ibidem*, p. 59.

3. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa. 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO (RESP nº 1.409.849/PR, Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, em decisão unânime proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 26/04/2016).

Com efeito, segundo ampla pesquisa internacional realizada pela Abrasce, a liberdade de contratar, no âmbito da locação comercial em geral, é consagrada em todos os países consultados, nos vários continentes, podendo ser aqui referidos: Argentina, Chile, México, EUA, Canadá, Portugal, Espanha, Itália, Polônia, Rússia e China.

Entretanto, se por um lado a lei de locações pátria confere a lojistas e empreendedores vasta liberdade para contratar, de outro, essa mesma lei prevê, no artigo 54, as disposições procedimentais aplicáveis às locações em geral, as quais pretensamente as partes estariam inevitavelmente subordinadas.

Significa dizer que ao regime jurídico do shopping center se incorporam dezenas de normas que regulam, por exemplo, ações de despejo, revisionais e renovatória. O rol de "disposições procedimentais" ainda que tenha natureza essencialmente processual, produz enorme impacto na organização dos empreendimentos, como, por exemplo, ao sujeitar a retomada de lojas a regime processual ordinário e moroso, mesmo em situações de inadimplência reiterada e progressiva.

Deixando de lado os ultrapassados conceitos advindos do publicismo processual, e considerando que, como visto, na atual legislação, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-los aos seus interesses no caso concreto, o questionamento que se faz é o seguinte: não poderiam empreendedores e lojistas convencionar, no caso concreto, alterações no procedimento previsto pela lei de Locações para adaptá-lo aos seus interesses? A resposta, sem dúvida, é afirmativa.

A redação do artigo 190 do Código de Processo Civil é expressa no sentido de que é lícito às partes estabelecer mudanças no procedimento para ajustá-lo ao caso concreto, podendo as partes conformá-lo de forma convencional.

Em um microsistema negocial no qual as partes estão normalmente assistidas por advogados para negociar e deliberar minuciosamente sobre complexas questões que envolvem a cessão e utilização de espaços comerciais com a previsão e disciplina de múltiplos aspectos da relação entre empreendedor e lojistas (aluguel percentual, rateio das despesas, coeficiente de rateio, contribuições para o fundo, cláusulas de raio, cláusula de exclusividade etc.) e de instrumentos contratuais específicos (Res Sperata, Quadro de Informações Básicas, Normas Gerais, Regimento Interno, Associação de Lojistas), não é razoável impedir que as partes negociem e conformem o procedimento judicial, estabelecendo convencionalmente as regras a serem seguidas em eventual futuro litígio.

Conforme já exposto, as convenções processuais não podem incidir indevidamente sobre os poderes do juiz, não podem contrariar os preceitos da boa-fé objetiva, assim como não podem afetar o núcleo essencial dos direitos processuais fundamentais. Também, vale atentar para o texto legal do art. 190 do CPC o qual dispõe que "o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato em que alguma parte se encontre em situação de vulnerabilidade". Ou seja, a lei prevê como regra a validade das convenções, pressionando pela sua eficácia, sendo a sua invalidade absoluta exceção.

Transpondo a regra legal de controle de validade das convenções processuais ao caso proposto, não se vê aprioristicamente nenhum impedimento para a utilização do instituto em contratos de locação no âmbito de shopping centers. Trata-se de relação empresarial, entre parte capazes, nas quais os acordos em geral são fixados de acordo com a conveniência das partes. E, nem se diga que o lojista estaria em condição de vulnerabilidade em relação ao empreendedor. Vê-se, aliás, que muitas vezes o lojista possui uma capacidade negocial maior que a do próprio empreendedor, notadamente no caso das lojas âncoras, dos cinemas, restaurantes, dentre outros estabelecimentos que são vitais para o funcionamento do mall.

Dentro deste cenário, a relação entre empreendedor e lojistas, no âmbito dos contratos de shopping centers, se revela campo fértil para aplicação das convenções processuais, seja pela liberdade contratual que impera no microsistema, seja pela relação empresarial estabelecida entre as partes (não há aqui sequer que se cogitar da aplicação do CDC), seja ainda pela necessidade que empreendedores e lojistas tem de emprestar celeridade e previsibilidade aos seus negócios, conforme seus próprios interesses.

A título de exemplificação sobre a utilidade prática do instituto, levemos em consideração a ação de despejo e as liminares previstas pelo artigo 59 da Lei de Locações, as quais fixam as hipóteses legais de concessão de liminar, dentre elas a "falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, estando o contrato desprovido de qualquer das garantias previstas no art. 37, por não ter sido contratada ou em caso de extinção ou pedido de exoneração dela, independente de motivo".

Referida disposição legal remete o locador obrigatoriamente há uma tomada de decisão inglória na ora de contratar: a de dispensar a exigência de garantia, para, então, fazer jus à liminar de que trata o art. 59, IX da Lei de Locações - privilegiando a celeridade em caso de inadimplência às custas da segurança de recebimento de seu crédito -, ou, ao contrário, a de exigir a garantia locatícia, privilegiando, assim, o seu crédito em detrimento da celeridade em caso de inadimplência. O que se tem visto, na prática, é que o locador pondera as nuances do caso concreto e opta entre segurança e celeridade, sem alternativas outras. Muitas vezes, aliás, o procedimento desenhado pela lei locatícia é tido por intransponível, acabando, por vezes, inclusive a gerar a frustração do negócio pela dificuldade em chegar a um consenso.

São inegáveis os méritos da lei de locações, e a sua relevante contribuição para o desenvolvimento do setor no Brasil. Todavia, isto não significa que o procedimento legal por ela fixado não possa vir a ser consensualmente alterado pelas partes, de modo a refletir o interesse das mesmas no caso concreto. Em setor marcado pela liberdade de contratar, e a partir da vigência das convenções processuais atípicas, com fulcro no artigo 191 do Código de Processo Civil, não seria razoável, nem justificável, impedir que empreendedor e lojista possam disciplinar consensualmente, por exemplo, que, não obstante o contrato seja dotado de garantia, em caso de inadimplência, o locador fará jus a obtenção da liminar. O fundamento jurídico de tal liminar, neste caso, não será a Lei de Locações, mas sim a convenção pré-processual estabelecida entre as partes. Este é apenas um exemplo, dentre muitos outros que podem surgir a partir da criatividade de partes e advogados, para que o instituto das convenções processuais tenha efetivamente utilidade prática.

O importante, no ponto, é ter a compreensão que as negociações para celebração de um contrato envolvem diversas questões, que historicamente ficavam circunscritas ao direito material, e que por força da novel legislação passam a incluir também a matéria processual. Nessa ordem de ideias, no âmbito de um contrato empresarial, o desejado equilíbrio e paridade contratual entre as partes compreende a visão global do contrato e não a análise isolada de uma ou outra cláusula. Ou seja, o fato de uma cláusula objeto de negociação processual aparentemente ser mais favorável a uma parte do que a outra não significa em hipótese alguma que a mesma seja abusiva, o que significaria uma visão distorcida e equivocada do pacto de vontades

que envolve as partes. Frisa-se, por oportuno, que, dentro da natural disputa de forças entre empreendedores e lojistas, tensionada nos momentos de crise econômica, a abertura de mais um campo passível de negociação se revela benéfica no sentido de conciliar interesses e viabilizar negócios.

### **IV) Considerações Finais**

O tema "convenções processuais" é ainda recente em nosso país, e sua discussão, por ora, tem se restringido ao campo doutrinário. Como sói acontecer, os novos institutos têm certo tempo de maturação entre os operadores do direito, para que a partir de então venham a se solidificar, ou não, como instrumentos relevantes para alteração das práticas cotidianas.

Conforme exposto, somos do entendimento de que o instituto das convenções processuais tem a capacidade de se constituir em ferramenta de enorme importância tanto para a melhoria da prestação jurisdicional como para conciliar interesses e viabilizar negócios.

Ao passo que a missão da doutrina e jurisprudência é daqui em diante definir os limites para as convenções processuais, cabe sobretudo aos advogados dar vida ao instituto, mediante o estabelecimento de negociações processuais, que sejam úteis e valiosas a seus constituintes. Nesse sentido, entende-se que os contratos de locação em shopping centers constituem-se em campo fértil para a aplicação do instituto, sendo aprioristicamente válidas as convenções processuais celebradas nesse âmbito, marcado pela liberdade contratual.

# 4

## Os novos rumos da hipoteca judiciária

Por Marco Meimes

Ao debruçar-se sobre o estudo da *Hipoteca Judiciária*, a primeira anotação que se pode fazer é sobre o questionamento quase sempre feito pela doutrina acerca da (pouca) utilização deste instituto na prática junto aos fóruns e tribunais do país. Muito especulou-se sobre os motivos pelos quais se tornou esta uma prática quase obsoleta no processo civil. Sem perder de vista esta discussão, não se pode deixar de perceber que a hipoteca judiciária foi notadamente alavancada pela nova legislação processual civil, que, com a solvência de diversos antigos questionamentos, passa claramente a ser um grande aliado na efetividade de decisão que imponha prestação consistente em dinheiro, e também na prevenção contra a fraude à execução.

Relembremos o conceito geral de *hipoteca*: trata-se de um direito real de garantia instalado sobre um bem do devedor ou de terceiros (geralmente um imóvel<sup>1</sup>), que passa a garantir o cumprimento de uma obrigação pecuniária, sob pena de ser alienado para a satisfação do crédito. A hipoteca pode ser *convencional*, quando empregada pela vontade das partes; *legal*, quando decorrente de disposição de lei (artigos 1.489 a 1.491, do Código Civil); ou *judiciária*, quando tem origem em uma decisão judicial<sup>2</sup>. Em qualquer hipótese, a hipoteca tem o objetivo final de tornar determinados bens do devedor garantias para a satisfação da obrigação contraída frente ao credor.

Especificamente sobre a espécie objeto deste trabalho, a hipoteca judiciária ganha contornos dentro de uma demanda judicial, como providência executiva tomada pelo credor antes mesmo do trânsito em julgado, e inclusive na pendência de recurso dotado de efeito suspensivo. Daí a razão da sua relevância, em que pese pouco explorada, mas que pode ser fator determinante para garantir uma futura execução definitiva, ou mesmo para forçar o devedor a trocar de estratégia processual, aproximando-o para uma eventual composição.

Interessante a visão de Pontes de Miranda, que com sua casual distinção fundamentou o instituto:

.....

<sup>1</sup>Podem ser objeto de hipoteca: I - os imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles; II - o domínio direto; III - o domínio útil; IV - as estradas de ferro; V - os recursos naturais a que se refere o art. 1.230, independentemente do solo onde se acham; VI - os navios; VII - as aeronaves. VIII - o direito de uso especial para fins de moradia; IX - o direito real de uso; X - a propriedade superficiária. X - a propriedade superficiária; e XI - os direitos oriundos da imissão provisória na posse, quando concedida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou às suas entidades delegadas e respectiva cessão e promessa de cessão (Art. 1.473, do Código Civil).

<sup>2</sup>DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p.431.

Fundamento da hipoteca judiciária, no direito brasileiro, é permitir-se que o vencedor da ação não vá, desde logo, às medidas constritivas cautelares ou de execução (arresto, penhora), alarmando os credores do condenado ou diminuindo-lhes, com tais medidas judiciais, o crédito. Aguarda-se melhor momento para a execução. Por outro lado, pode munir de garantia o vencedor, antes de se julgar em último grau a ação, e o arresto não impediria que o condenado contraísse outras dívidas. Ressalta-se, assim, a função econômica e jurídica da hipoteca judiciária.<sup>3</sup>

O Novo Código de Processo Civil, além de modificar sutilmente a hipótese legal de cabimento, contemplou o artigo que rege hipoteca judiciária (art. 495, NCPC) com quatro novos parágrafos, recheando o instituto com novas diretrizes e afastando antigos questionamentos, com a nítida intenção de valorização da medida e orientação para um melhor aproveitamento.

Eis o quadro comparativo da previsão do Código de Processo Civil de 1973 com o dispositivo da nova codificação processual civil:

CPC/73	CPC/2015
<p>Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.</p> <p>Parágrafo único. A sentença condenatória produz a hipoteca judiciária:</p> <p>I - embora a condenação seja genérica;</p> <p>II - pendente arresto de bens do devedor;</p> <p>III - ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.</p>	<p>Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária.</p> <p>§ 1º A decisão produz a hipoteca judiciária:</p> <p>I - embora a condenação seja genérica;</p> <p>II - ainda que o credor possa promover o cumprimento provisório da sentença ou esteja pendente arresto sobre bem do devedor;</p> <p>III - mesmo que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo.</p> <p>§ 2º A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência.</p>

<sup>3</sup>MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 112.

CPC/73	CPC/2015
	<p>§ 3º No prazo de até 15 (quinze) dias da data de realização da hipoteca, a parte informá-la-á ao juízo da causa, que determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato.</p> <p>§ 4º A hipoteca judiciária, uma vez constituída, implicará, para o credor hipotecário, o direito de preferência, quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade no registro.</p> <p>§ 5º Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos.</p>

## I) Decisões que *produzem* a hipoteca judiciária

A *hipoteca judiciária* é a espécie de hipoteca que resulta de um efeito *anexo* (ou *secundário*, ou ainda *colateral*) da sentença, como uma consequência natural de alguns tipos de decisão judicial. Diz-se efeito anexo, pois a hipoteca judiciária *não* advém a eficácia direta (principal) da sentença, tampouco da eficácia reflexa<sup>4</sup>. É prevista no art. 495 do Novo Código de Processo Civil (antes citado na íntegra), que afirma que "a decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária". Assim, nasce a hipoteca judiciária de forma automática com o advento da própria decisão judicial, sendo desnecessário até mesmo que o magistrado faça menção específica do tema no seu enredo, e produz seus efeitos independentemente de requerimento das partes<sup>5</sup>. Não é por outro motivo que o §1º do art. 495, NCPC, utiliza o verbo "produzir" ao se referir ao instituto (§1º *A decisão produz a hipoteca judiciária...*).

<sup>4</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.584.

<sup>5</sup>Ravi Peixoto recorda outros exemplos de efeitos anexos das decisões judiciais: a perempção, a responsabilidade objetiva pela execução indevida e a dissolução da comunhão de bens com a sentença de separação judicial (PEIXOTO, Ravi. "Aspectos relevantes da hipoteca judiciária no CPC/2015". *Revista de Processo*, Vol. 243, Ano 40, 2015, p. 247).

Porém não é todo e qualquer pronunciamento judicial que autoriza a sua existência. A decisão passível de produzir a *hipoteca judiciária* é aquela que condenar o "réu"<sup>6</sup> ao pagamento de prestação em dinheiro, ou aquela que converter prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária (art. 495, *caput*, NCPC). Noutras palavras, não apenas a decisão que condena diretamente ao pagamento de quantia produz a hipoteca judiciária, mas também aquela decisão proveniente de casos onde for impossível cumprir a decisão da forma *específica* (por exemplo, quando o automóvel objeto da entrega determinada houver sofrido "perda total" em acidente automobilístico), ou quando o credor postular (e for deferida) a conversão, de outra obrigação, em perdas e danos. Em suma: deve haver cunho pecuniário na decisão para que esta produza hipoteca judiciária, não se admitindo o instituto em decisões de fazer, de não fazer ou de dar coisa distinta de dinheiro.

Na codificação processual de 1973, em sua origem, decisões proferidas em cognição sumária não eram capazes de produzir a hipoteca judiciária, situação refletida no próprio *caput* do art. 466 do CPC/73, quando referia ser "sentença" o título constitutivo da hipoteca. A evolução da legislação processual culminou na admissão do que se denominou *juízo antecipado parcial do mérito*, nas situações elencadas no art. 356 do NCPC, sendo objeto de decisão interlocutória e impugnável por agravo de instrumento. Mais do que permitir a produção da hipoteca judiciária com base em decisão interlocutória com cognição exauriente, o Novo CPC, ao substituir o termo "sentença" por "decisão" no dispositivo de regência, permitiu que tanto as decisões com cognição exauriente como as *decisões provisórias* constituam título para a hipoteca judiciária<sup>7</sup>.

Assim, uma decisão que concede tutela provisória<sup>8</sup> para pagamento de quantia, confere ao credor a possibilidade de efetivar hipoteca judiciária sobre os bens imóveis do devedor, como forma de estabelecer uma garantia real para o cumprimento futuro da obrigação.

.....

<sup>6</sup>Embora o CPC preveja que a hipoteca judiciária decorre das decisões que condenar o "réu", em verdade esta referência se estende à parte "vencida", porquanto o próprio réu, saindo vencedor em alguma demanda, poderá obter a hipoteca judiciária como forma de garantir de seu crédito à restituição de custas e ao pagamento de honorários de sucumbência (como, aliás, bem lembrou DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil* ..., *op. cit.*, p. 433).

<sup>7</sup>PEIXOTO, Ravi. *Aspectos relevantes da hipoteca judiciária no CPC/2015*, *op. cit.*, p. 250.

<sup>8</sup>Art. 300 e seguintes, NCPC.

## II) Características gerais da Hipoteca Judiciária

Por se tratar de um instituto que visa estabelecer uma garantia real ao credor para satisfação de seu crédito, a lei concedeu à hipoteca judiciária certas prerrogativas, que a tornam ainda mais especial e benéfica aos interesses daqueles que a promoverem, e ao aumento da taxa de efetividade das decisões judiciais condenatórias com cunho pecuniário. Nesse sentido, o §1º do art. 495 do NCPC estabelece que a decisão produz hipoteca judiciária:

- Mesmo diante de condenação genérica;
- Ainda que o credor possa promover cumprimento provisório da decisão, ou esteja pendente arresto sobre o bem;
- Mesmo que seja impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo.

A primeira hipótese (condenação genérica) ocorre quando a sentença é ilíquida (inc. I). Nesta situação, por não se conhecer o valor condenatório, haverá risco de excesso na utilização da garantia hipotecária judicial, sendo recomendado que o juiz fixe um valor provisório ou mínimo para fins de estabelecimento e registro da hipoteca judiciária, evitando, com isso, danos maiores ao devedor. Lembre-se, nesse sentido, o princípio da menor onerosidade ao executado, mantido no NCPC no art. 805<sup>9</sup>.

Em relação à execução provisória (inc. II), nada impede sua convivência com a efetivação da hipoteca judiciária, por expressa disposição legal e porque ambas as providências não se excluem, na medida em que possuem procedimentos e objetivos distintos<sup>10</sup>. Trata-se de verdadeiro benefício ao credor, pois poderá estabelecer uma garantia no patrimônio do devedor de forma imediata, sem ser necessário promover uma execução provisória - muitas vezes lenta -, evitando, com isso, o esvaziamento do patrimônio do executado. Além disso, como se viu, a hipoteca judiciária independe de comandos judiciais para a sua efetivação, enquanto a execução provisória é procedimento estritamente judicial, com as vicissitudes inerentes ao processo.

Uma das mais relevantes modificações trazidas no novo diploma processual civil reside no inciso III do §1º do art. 495, que refere que a decisão produz hipoteca judiciária "mesmo que impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo".

.....

<sup>9</sup>Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

<sup>10</sup>PEIXOTO, Ravi. "Aspectos relevantes da hipoteca judiciária no CPC/2015", *op. cit.*, p. 253.

Embora já fosse reivindicado pela doutrina - sob o argumento de que o efeito suspensivo do recurso apenas se aplicaria aos efeitos principais da decisão recorrida e não aos efeitos anexos, como a hipoteca judiciária<sup>11</sup> -, agora não resta dúvida alguma de que o credor poderá constituir hipoteca judiciária sobre os bens do devedor mesmo que haja recurso dotado de efeito suspensivo. Com efeito, o objetivo do legislador não foi outro senão o de esclarecer e positivar os benefícios da hipoteca judiciária para efetividade das decisões judiciais. Portanto, tendo a parte sucumbente interposto recurso de apelação, por exemplo, ainda assim poderá o credor constituir a hipoteca judiciária, garantindo a satisfação de seu crédito antes do julgamento em segundo grau da ação.

### III) Procedimento e registro

O Novo Código de Processo Civil afastou grandes dúvidas que existiam quanto ao procedimento para a efetivação da hipoteca judiciária sobre os bens do devedor. Muito se discutiu sobre a necessidade ou não de manifestação judicial para deferimento da medida, ou se seria imprescindível a expedição de mandado, ofício, etc., para fins de registro, sendo esta, aliás, uma das possíveis causas de sua pouca utilização na prática forense. O §2º do art. 495 do NCPC foi bastante claro:

§ 2º A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência.

Portanto, o credor, munido de cópia da sentença (ou da decisão interlocutória), poderá diligenciar junto ao registro de imóveis onde se encontram inscritos os bens do devedor, e requerer ao oficial registrador que grave os imóveis com a hipoteca judiciária. Tal providência, como se disse, independe de qualquer ordem judicial específica ou de declaração expressa do juiz ou mandado, tampouco demonstração de urgência (pois arresto não é), a não ser a própria decisão pecuniária. Recomenda-se que a cópia da sentença seja autenticada pelo próprio cartório judicial correspondente ao juízo que proferiu a decisão, e que seja formulado um requerimento direcionado ao registrador, onde conste o valor objeto da decisão judicial e a especialização dos bens a serem gravados de hipoteca judiciária, além do fundamento legal.

.....  
<sup>11</sup>*Ibidem*, p. 254.

A efetivação da hipoteca judiciária, assim como de qualquer tipo de hipoteca, se dá mediante registro, nos termos do art. 167, inc. I, nº 2, da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973)<sup>12</sup>.

No prazo de até 15 (quinze) dias contados da data da realização (registro) da hipoteca judiciária, a parte deverá informar ao juiz da causa a sua efetivação, que por sua vez determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato (art. 495, §3º, NCPC)<sup>13</sup>. Trata-se de típica disposição de controle da medida constritiva, através do qual a contraparte tomará ciência dos gravames hipotecários instituídos sobre seus bens, quando então poderá averiguar eventual excesso de garantia ou algum gravame constituído de forma indevida. Neste caso, sentindo-se prejudicado, incumbe ao devedor demonstrar dito excesso ou ilegalidade, e ao juiz decidir se determinará ou não o cancelamento de uma ou mais hipotecas registradas, observando, inclusive o disposto no art. 805 do NCPC, já citado neste trabalho, como prudentemente lembra Ravi Peixoto<sup>14</sup>.

Cumpridos estes procedimentos, sobrevindo o pedido de cumprimento da sentença (art. 513 e seguintes, NCPC) e não havendo pagamento espontâneo da obrigação pecuniária, poderá o credor efetivar a garantia hipotecária judicial, perseguindo a venda judicial do bem para satisfação do crédito, na forma da legislação processual civil.

#### IV) Direito de preferência

Outra importante novidade trazida pelo Novo Código de Processo Civil no que se refere ao instituto da hipoteca judiciária foi o esclarecimento de que, uma vez instituída sobre os bens do devedor, implica na preferência do credor quanto ao pagamento, em relação a outros credores.

Embora o CPC/73 tenha se omitido em relação ao direito de preferência do credor com bem gravado de hipoteca judiciária, o art. 1.422 do Código Civil<sup>15</sup> já solucionava a matéria. Não obstante, o NCPC resolveu, em coerência com o sistema, a lacuna existente na legislativa processual anterior<sup>16</sup>, através da disposição do §4º do art. 495, *in verbis*:

.....

<sup>12</sup>Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: I - o registro: (...) 2) das hipotecas legais, judiciais e convencionais;

<sup>13</sup>Art. 495. (...) § 3º No prazo de até 15 (quinze) dias da data de realização da hipoteca, a parte informá-la-á ao juízo da causa, que determinará a intimação da outra parte para que tome ciência do ato.

<sup>14</sup>PEIXOTO, Ravi. "Aspectos relevantes da hipoteca judiciária no CPC/2015", *op. cit.*, p. 256.

<sup>15</sup>Art. 1.422. O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de executar a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro. Parágrafo único. Excetuam-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos.

<sup>16</sup>DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual*, *op. cit.*, p. 435.

§ 4º A hipoteca judiciária, uma vez constituída, implicará, para o credor hipotecário, o direito de preferência, quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade no registro.

Assim, com o claro objetivo de que a hipoteca judiciária seja mais bem aproveitada pelas partes no processo, o legislador de 2015 afastou qualquer dúvida: o credor com hipoteca judiciária prefere a outros credores, observada a ordem de prioridade no registro.

## V) Responsabilidade em caso de reversão da decisão

Como qualquer medida executiva, o credor tem o ônus de agir com responsabilidade, ainda mais tratando-se de uma atitude premonitória, que pode ser tomada independentemente de decisão judicial expressa que a constitua, ou mandado. Deve o credor, neste prisma, sopesar os benefícios da hipoteca judiciária – como constituição de garantia real para satisfação da execução-, com os riscos inerentes ao instituto.

Tais riscos, reza o Novo Código de Processo Civil, referem-se à possibilidade de reversão da decisão que produziu a hipoteca judiciária, e neste caso, com a possibilidade de o devedor buscar reparação civil pelos eventuais danos que causados pelo gravame hipotecário sobre seus bens:

§ 5º Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos.

.....

Parágrafo único. Excetuam-se da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos.

<sup>16</sup>DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual, op. cit.*, p. 435.

Trata-se de *responsabilidade objetiva* do credor que constituiu a hipoteca judiciária, em caso de reforma da decisão, e os danos poderão ser liquidados e executados nos próprios autos da ação. Se a decisão reversiva for impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo, a hipoteca judiciária se mantém até a solução do recurso, quando então se poderá averiguar a existência ou não de danos, em caso de reversão da decisão constitutiva.

Constitui ônus do credor, ainda, observar o princípio da menor onerosidade ao executado (art. 805, NCPC), abstendo-se, por exemplo, de constituir hipotecas judiciárias sobre diversos bens do executado, quando um deles já é suficiente para cobrir o crédito descrito na decisão judicial. Também deve o credor informar nos autos do processo todas as hipotecas que formalizou, evitando surpresas ao executado quanto à constituição de gravames sobre seus bens.

Por fim, forçoso questionar sobre a possibilidade de constituição de hipoteca judiciária sobre *bem de família*, assim entendido o imóvel que preenche os requisitos de impenhorabilidade previstos no art. 1º, da Lei nº 8.009/1990<sup>17</sup>. Em princípio, imagina-se que, se o bem não poderá ser alvo de expropriação para satisfazer o crédito inscrito na decisão judicial, não poderia também ser objeto de hipoteca judiciária. No entanto, tratando-se de espécie de hipoteca, constituindo meramente uma *garantia*, e não necessariamente representando um ato constrictivo, não vemos derradeira impossibilidade de registro em imóvel classificado como bem de família. Além disso, pode ocorrer de, quando iniciada a fase executiva da decisão, o imóvel hipotecado não mais preencher os requisitos da sua impenhorabilidade, resultando a hipoteca judiciária plenamente eficaz na garantia de efetividade à execução.

## VI) Fraude à execução – art. 792, inc. III, NCPC

O art. 792, do Novo Código de Processo Civil<sup>18</sup>, arrola as hipóteses em que a alienação ou oneração de bens é considerada ocorrida em fraude à execução.

.....

<sup>17</sup>Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

<sup>18</sup>Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828; III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; V - nos demais casos expressos em lei. § 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente. § 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem. § 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar. § 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.

Dentre as previsões legais, é relevante para os fins deste trabalho o disposto no inc. III, segundo o qual a alienação de bens é considerada em fraude à execução "quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude". Significa dizer que, a partir do registro da hipoteca judiciária, passa a existir uma presunção absoluta de fraude à execução em caso de sua alienação, de forma que todo e qualquer ato que importe em disposição reputa-se ineficaz frente ao exequente (credor da hipoteca judiciária)<sup>19</sup>.

Em face da exigência de registro da hipoteca judiciária para que a mesma possa surtir seus efeitos (art. 495, §2º, do NCPC cumulado com o art. 167, inc. I, nº 2, da Lei de Registros Públicos), não poderá o terceiro adquirente arguir seu desconhecimento quando da transmissão da propriedade para si, porquanto "o registro reveste-se da presunção indestrutível de conhecimento por parte de terceiros"<sup>20</sup>, sendo sua oponibilidade *erga omnes*. Logo, não será considerado, neste caso, adquirente de boa-fé. Ainda, é irrelevante a existência de outros bens no patrimônio do devedor, nada se cogitando sobre insolvência do mesmo, justamente pela característica da especificidade do gravame hipotecário como garantia real.

Neste contexto, a virtude da utilização da hipoteca judiciária está em, uma vez registrada, produzir presunção absoluta de que qualquer alienação posterior daquele bem será considerada em fraude à execução e, portanto, ineficaz contra o credor hipotecário. Não por outro motivo que a doutrina há muito já considera que a hipoteca judiciária, no mínimo, "vale como meio preventivo contra a fraude"<sup>21</sup>.

## Considerações finais

O presente estudo buscou resgatar o instituto da hipoteca judiciária, à luz de seus contornos originais, traçando os novos rumos do instituto alavancado pelo Novo Código de Processo Civil. Viu-se, neste contexto, que a disposição legal respectiva foi recheada com quatro novos parágrafos, que puseram termo em antigos questionamos doutrinários e jurisprudenciais, que por muitas vezes desestimulavam a sua utilização na prática.

Primeiramente, notou-se sutil (porém relevante) modificação na hipótese legal de aplicação da hipoteca judiciária, prevista no caput do art. 495 do NCPC: a palavra *sentença* foi alterada por *decisão*, significando dizer que não

<sup>19</sup>Novo Código de Processo Civil Anotado. Porto Alegre: OAB RS, 2015, p. 527.

<sup>20</sup>*Idem*, p. 530.

<sup>21</sup>SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 427. Lembremos, também, da Súmula nº 375, do STJ: "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".

mais sentenças com cunho condenatório-pecuniário produzem hipoteca judiciária, mas também decisões proferidas ao longo do processo. Além disso, agora, é possível a produção da hipoteca judiciária mesmo que a decisão seja impugnada por recurso dotado de efeito suspensivo (§1º, inc. III).

Afastou, o novo código, qualquer dúvida quanto à forma de constituição da hipoteca judiciária. Basta que o credor apresente cópia da sentença (autenticada, recomenda-se) perante o cartório de registro imobiliário onde se localizam os bens do devedor sobre os quais se pretende recair o gravame, para que se proceda o registro respectivo, independente de ordem judicial expressa (§2º). Resolveu-se, também, lacuna existente na legislativa processual anterior, implicando a hipoteca judiciária o direito de preferência do credor hipotecário quanto ao pagamento, em relação a outros credores, observada a prioridade de registro (§4º). Por fim, em caso de reforma da decisão que produziu hipoteca judiciária, a novel legislação processual deixou clara a sua responsabilidade objetiva pela recomposição dos eventuais danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, que inclusive poderão ser liquidados nos mesmos autos (§5º).

Enfim, dúvidas não pairam que o legislador de 2015 ousou, com esta reforma, munir as partes de grande poder a favor da efetividade das decisões que determinam o pagamento de prestação pecuniária, instrumento o qual, se usado com as cautelas necessárias pelo credor, pode certamente ser fator determinante para a satisfação positiva da obrigação constituída por decisão judicial.

# A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

Por Eduardo Borges de Freitas

## Introdução

O presente trabalho propõe uma avaliação da crise da limitação da responsabilidade dos sócios diante da personalidade jurídica das sociedades empresárias. Tecem-se inicialmente alguns comentários sobre a personalidade jurídica e a proteção do patrimônio pessoal dos sócios, com suas características e as razões para ter sido adotado um sistema de proteção da pessoa física.

Em seguida, adentra-se no conceito de desconsideração da personalidade jurídica e sua utilização para imputação de responsabilidade aos sócios. Nesse tópico, destaca-se a importância do instituto da desconsideração, quando bem utilizado e aplicado criteriosamente, sem excessos.

Também será abordado o intuito da lei ao possibilitar a responsabilização dos sócios, evitando a concretização de fraudes e o desequilíbrio excessivo nas relações contratuais. Posteriormente, são citados os dispositivos legais que autorizam a responsabilização dos sócios em vários ramos do direito, como o trabalhista, o ambiental, o das relações de consumo, o tributário, o de falências, etc. Dentre esses dispositivos, merece maior atenção o art. 50 do Código Civil, por ser a norma mais utilizada, que pode ser aplicada a qualquer situação que se enquadre nos requisitos ali dispostos.

Por fim, são analisados os dispositivos que tratam da desconsideração da personalidade jurídica no Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que entrou em vigor em março de 2016.

## I) A desconsideração da personalidade jurídica

Na grande maioria dos tipos societários existentes no direito brasileiro, os sócios da pessoa jurídica têm seu patrimônio pessoal protegido em relação às dívidas contraídas e não pagas por esta pessoa jurídica.

## 5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

A limitação da responsabilidade do sócio, com a proteção do seu patrimônio pessoal frente aos débitos inadimplidos da sociedade, foi criada para incentivar o desenvolvimento da atividade comercial e industrial. E, tendo em vista que uma das principais vantagens da constituição de uma sociedade empresária é justamente proteger o patrimônio pessoal dos sócios em relação às dívidas da sociedade; por que, então, a lei tipificou situações em que haverá a imputação de responsabilidade aos sócios, com o consequente redirecionamento das dívidas da sociedade para o seu patrimônio pessoal?

O objetivo principal é proteger os credores da sociedade empresária contra empresários que possam, justamente, se valer da limitação da responsabilidade para fraudar terceiros, obter vantagens indevidas, agir com abuso de direito etc.

Fábio Ulhoa Coelho, em seu *Curso de Direito Comercial*,<sup>1</sup> assevera que, a pretexto do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para realização de fraude. Nesses casos, a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade visa a corrigir a fraude ou abuso.

A fraude contra credores é caracterizada quando um devedor está insolvente ou na iminência da insolvência e começa a praticar atos de alienação de seu patrimônio, sem reservar bens suficientes para satisfação de seus credores. Nesse sentido, a responsabilização dos sócios tem o intuito de reestabelecer o equilíbrio na relação, onde houve abuso de direito na atuação da empresa.

Surge daí o tema, bastante controvertido, é verdade, da desconsideração da personalidade jurídica. Trata-se de instituto pelo qual a pessoa física, sócia da pessoa jurídica, é responsabilizada pelas dívidas inadimplidas da pessoa jurídica. É o patrimônio pessoal dos sócios, também, que vai responder pelas dívidas da empresa.

A desconsideração é um mecanismo jurídico que arreda, momentaneamente, a separação existente entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio de seus sócios. Isso faz com que o patrimônio dos sócios responda por dívidas contraídas pela sociedade. É imputar ao sócio a responsabilidade pelo ato da pessoa jurídica, como se esta não existisse.

---

<sup>1</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2: Direito de empresa. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

## 5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

De acordo com a teoria da desconsideração, na lição de Fabio Ulhoa Coelho, "pela teoria da desconsideração, o juiz pode deixar de aplicar as regras de separação patrimonial entre sociedade e sócios, ignorando a existência da pessoa jurídica num caso concreto, porque é necessário coibir a fraude perpetrada graças à manipulação de tais regras".<sup>2</sup> Todavia, o autor ressalta que "a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade não desfaz o seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa a sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica de eficácia desse ato".<sup>3</sup>

Ademais, é preciso assinalar que o mecanismo da desconsideração pode assumir diferentes graus de intensidade. Nesse sentido, Domingos Afonso Kriger Filho, no artigo "Aspectos da desconsideração da personalidade societária na lei do consumidor", faz uma importante observação quanto ao escalonamento da intensidade da desconsideração da personalidade jurídica, que iria do grau máximo ao mínimo<sup>4</sup>. Grau máximo, quando os atos e relações jurídicas são imputados diretamente aos sócios; grau médio, quando não se ignora a existência da sociedade, mas chama-se o sócio para compartilhar a sua posição jurídica; e grau mínimo, quando o sócio e a sociedade têm responsabilidade subsidiária, um em relação ao outro, pelos atos praticados.

Para que ocorra a desconsideração, de regra, devem estar configurados alguns requisitos previstos na legislação, conforme trataremos detalhadamente mais adiante.

Ocorre que, a despeito disso, há decisões que determinam a desconsideração da personalidade jurídica pelo simples fato de a empresa ter sido encerrada de forma irregular. Quanto a esse tipo de desconsideração, José Rogério Cruz e Tucci faz um alerta e afirma que "muitas decisões surpreendem o jurisdicionado com a submissão, inaudita altera parte, de seu patrimônio para garantir execução movida contra a sociedade".<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup>*Ibidem*, p. 42.

<sup>3</sup>*Ibidem*.

<sup>4</sup>NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade Civil*. Vol. 3 - Direito de empresa e o exercício da livre iniciativa. São Paulo: RT, 2010, p. 990-991.

<sup>5</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. "Finalmente a definição da desconsideração da personalidade jurídica no STJ". *Consultor Jurídico*. Artigo publicado em 24/02/2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/paradoxo-corte-definicao-desconsideracao-personalidade-juridica-stj>. Acesso em 05/03/2015.

## 5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

A decisão à qual se refere José Rogério Cruz e Tucci foi proferida no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.306.553-SC, pela Segunda Seção do STJ. O recurso foi julgado no dia 10 de dezembro de 2014.

Vejamos a ementa do julgado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DOLO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ACOLHIMENTO.

1. A criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para finalidades ilícitas. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.

2. O encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do Código Civil.

3. Embargos de divergência acolhidos.

Ao proferir o voto condutor do julgado, a Ministra Maria Isabel Gallotti é bastante clara:

Para a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade social, exige-se o dolo das pessoas naturais que estão por trás da sociedade, desvirtuando-lhe os fins institucionais e servindo-se os sócios ou administradores desta para lesar credores ou terceiros. É a intenção ilícita e fraudulenta, portanto, que autoriza, nos termos da teoria adotada pelo Código Civil, a aplicação do instituto em comento.

(...)

Assim, a ausência de intuito fraudulento ou confusão patrimonial afasta o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica, ao menos quando se tem o Código Civil como o microsistema legislativo norteador do instituto, a afastar a simples hipótese de encerramento ou dissolução irregular da sociedade como causa bastante para a aplicação do disregard doctrine.

(...)

Não se quer dizer com isso que o encerramento da sociedade jamais será causa de desconsideração de sua personalidade, mas que somente o será quando sua dissolução ou inatividade irregulares tenham o fim de fraudar a lei, com o desvirtuamento da finalidade institucional ou confusão patrimonial.

(...)

Em síntese, a criação teórica da pessoa jurídica foi avanço que permitiu o desenvolvimento da atividade econômica, ensejando a limitação dos riscos do empreendedor ao patrimônio destacado para tal fim. Abusos no uso da personalidade jurídica justificaram, em lenta evolução jurisprudencial, posteriormente incorporada ao direito positivo brasileiro, a tipificação de hipóteses em que se autoriza o levantamento do véu da personalidade jurídica para atingir o patrimônio de sócios que dela dolosamente se prevaleceram para lesar credores. Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido mero instrumento para fins fraudulentos por aqueles que a idealizaram, valendo-se dela para encobrir os ilícitos que propugnaram seus sócios ou administradores. Entendimento diverso conduziria, no limite, em termos práticos, ao fim da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, regresso histórico incompatível com a segurança jurídica e com o vigor da atividade econômica.

Referida decisão do STJ é bastante coerente, uma vez que não há, na legislação que norteia a matéria, qualquer menção à hipótese de se desconsiderar a personalidade jurídica pelo simples fato do encerramento irregular da sociedade.

## 5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

Ademais, o encerramento irregular é bastante comum em empresas e sociedades, uma vez que não se pode fazer o encerramento da empresa enquanto pendentes dívidas tributárias, por exemplo.

Ao proferir referida decisão, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a Teoria Maior da desconsideração, que é aquela que exige a comprovação do dolo, ou seja, do intuito fraudulento da pessoa natural ao utilizar-se da empresa para lesar terceiros. Essa teoria é a regra geral prevista no art. 50 do Código Civil.

Já a Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica é aquela que entende que a mera insolvência da pessoa jurídica já seria suficiente para a desconsideração. Com base nessa teoria é muito mais fácil obtê-la. Basta que a existência da personalidade jurídica seja um obstáculo para reparar o dano causado. Ela está claramente prevista no art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor e na Lei nº 9.605/98, que trata dos crimes ambientais. Referidos dispositivos legais serão tratados de forma mais específica mais adiante.

Ao afirmar a necessidade de se garantir o devido processo legal e a ampla defesa aos sócios da pessoa jurídica, José Rogério Cruz e Tucci afirma que "para evitar decisões precipitadas atinentes à desconsideração da personalidade jurídica, na grande maioria das vezes sem ouvir o sócio que sofrerá os efeitos prejudiciais da execução sobre seu patrimônio, o recém aprovado CPC preconiza, no artigo 9º, que: Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida<sup>6</sup>". Daí que o Novo Código contempla o denominado "incidente de desconsideração da personalidade jurídica", conforme trataremos mais adiante.

Ultrapassada essa primeira parte, passaremos a analisar os dispositivos da legislação brasileira que trazem a previsão de responsabilização dos sócios da pessoa jurídica.

### **II) Dispositivos legais que autorizam a responsabilização dos sócios da pessoa jurídica**

A previsão de responsabilização dos sócios da pessoa jurídica no Código Civil está disposta em seu art. 50<sup>7</sup>. Tal dispositivo elenca as situações em que o juiz "poderá" aplicar a responsabilização. Destaca-se a palavra "poderá", porque o juiz não

.....  
<sup>6</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. "Finalmente a definição da desconsideração da personalidade jurídica no STJ", *op. cit.*

<sup>7</sup>Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

## 5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

está obrigado a proceder com a responsabilização da pessoa do sócio. Da mesma forma, o dispositivo legal diz que a responsabilização deve se dar “a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo”, ou seja, não pode ocorrer de ofício.

Ocorre que, apesar de a Lei determinar claramente que o juiz só poderá decidir pela responsabilização dos sócios “a requerimento da parte, ou do Ministério Público”, muitos juízes têm procedido na responsabilização dos sócios de ofício, principalmente na esfera trabalhista, o que é um grave equívoco. É mais um caso clássico de realização de justiça social com o patrimônio alheio.

É importante, também, destacar que tal artigo dispõe sobre a possibilidade de o juiz imputar ao sócio a responsabilidade pelo pagamento de obrigações inadimplidas pela empresa. O artigo não menciona a palavra “desconsideração”, imagina-se, justamente para deixar claro que os dois institutos não se confundem.

O artigo é bastante claro ao estabelecer, também, que deverão estar configurados o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. O desvio de finalidade se caracteriza quando a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade, bem como se sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios em contrapartida ao prejuízo econômico da sociedade<sup>8</sup>. Já a confusão patrimonial se dá quando os sócios fazem confusão entre os seus bens pessoais e os da sociedade, não dando importância à separação patrimonial estabelecida formalmente pela legislação.<sup>9</sup>

A sociedade deve manter relações jurídicas próprias, que não devem se confundir com as relações dos sócios, do administrador ou, mesmo, de outras entidades com as quais sejam definidas relações de fato ou de direito.<sup>10</sup>

O Superior Tribunal de Justiça tem sido cauteloso ao aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, de modo a verificar se realmente estão presentes os requisitos dispostos no art. 50 do Código Civil.

<sup>8</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 267.

<sup>9</sup> XAVIER, José Tadeu Neves. “A Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica no Novo Código Civil”. *Revista de Direito Privado*, vol. 10, 2002, RT, p. 69.

<sup>10</sup> MAMEDE, Gladston, MAMEDE, Eduarda Cotta. *Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32.

Exemplo dessa cautela foi manifestado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.500.103/SC.<sup>11</sup>

Outro dispositivo legal que prevê a possibilidade de responsabilização dos sócios, com seu patrimônio pessoal, pelas dívidas da empresa falida é a Lei de Falências (Lei nº 11.101/05). Referida possibilidade está prevista em seu art. 82.<sup>12</sup>

A Lei estabelece que a responsabilidade pessoal dos sócios, administradores e controladores será apurada no próprio juízo onde se processou a falência e a ação de responsabilização prescreverá em 02 (dois) anos contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência.

A Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76) traz a hipótese de responsabilização do administrador de uma sociedade por ações, em seu art. 158<sup>13</sup>, quando este proceder com culpa ou dolo, ou infração da lei e do estatuto.

.....

<sup>11</sup>PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ARTIGO 50, DO CC. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES OU DISSOLUÇÃO IRREGULARES DA SOCIEDADE. INSUFICIÊNCIA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÔBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que a desconsideração da personalidade jurídica prevista no artigo 50 do Código Civil trata-se de regra de exceção, de restrição ao Princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Assim, a Interpretação que melhor se coaduna com esse dispositivo legal é a que relega sua aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial. 2. Dessa forma, o encerramento das atividades ou dissolução, ainda que irregulares, da sociedade não são causas, por si só, para a desconsideração da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil. Precedentes. 3. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial". (Súmula 7/STJ). 4. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.500.103/SC, Segunda Turma do STJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 14/04/2015).

<sup>12</sup>Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º Prescreverá em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, a ação de responsabilização prevista no caput deste artigo.

§ 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

<sup>13</sup>Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

§ 1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

## 5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

Tratando-se de Sociedade Anônima, é importante ressaltar que o simples acionista, muitas vezes sem sequer direito a voto, ou até com direito a voto, mas sem qualquer possibilidade de impor restrições aos órgãos diretivos da companhia, jamais poderá ser atingido pela desconsideração.<sup>14</sup>

Dentre tantas possibilidades de responsabilização dos sócios pelos débitos da empresa, não se poderia imaginar que o Fisco ficaria de fora do rol dos beneficiados com essa responsabilização.

É nesse sentido que o Código Tributário Nacional traz essa previsão em seus arts. 134 e 135.<sup>15</sup> Conhecendo-se toda a aptidão arrecadatória do Estado, não poderia se imaginar que o Fisco não fosse tentar encontrar alguém para pagar a conta.

Apesar de o caput do art. 134 do CTN afirmar que a responsabilidade do sócio seria solidária, o entendimento que mais se aproxima da realidade é o de que a responsabilidade, na verdade, é subsidiária. Isso porque o próprio artigo afirma que o sócio só será responsabilizado nos casos de impossibilidade de cobrança do contribuinte.

Lamentavelmente, os tribunais têm dado uma interpretação muito abrangente ao termo "infração à lei" constante no art. 135 do CTN. Segundo tal entendimento, sempre que não houver o pagamento do tributo haverá uma infração à lei, ou seja, sempre seria possível responsabilizar pessoalmente os administradores da empresa.

Entretanto, felizmente, em julgamento de Recurso Repetitivo (Recurso Especial nº 1.101.728/SP, julgado em 11/03/2009), o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a simples falta de pagamento do tributo não é suficiente, por si só, para atribuir a responsabilidade ao sócio, nos termos do que prevê o art. 135 do Código Tributário Nacional.

.....  
<sup>14</sup>ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62.

<sup>15</sup>Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabelães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

## 5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

Apesar de esse entendimento estar pacificado no STJ, o sócio não deixará de ter bastante dificuldade em sua defesa. Isso porque o grande problema do debate judicial acerca dessas questões consiste na inversão do ônus da prova da culpabilidade do sócio ou administrador. Incumbe a ele provar que não está caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN.

Na mesma esteira das outras leis, a Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11), em seu art. 34<sup>16</sup>, também passou a prever especificamente a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica ao responsável por infração à ordem econômica.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) traz a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em seu art. 28<sup>17</sup>.

Protecionista como é (e ele nasceu para isso!), não se esperaria outra coisa do CDC senão outorgar todas as possibilidades para que o consumidor lesado pudesse pleitear sua reparação.

Apesar de o inciso VIII do art. 6º do CDC prever a possibilidade de inversão do ônus da prova, não é o simples requerimento do consumidor que fará com que a personalidade jurídica seja desconsiderada. O consumidor deverá demonstrar relevantes indícios de que houve as situações previstas no art. 28.

A Consolidação das Leis do Trabalho, que assim como o Código de Defesa do Consumidor, tem o nítido intuito de proteger o "mais fraco", também traz dispositivos que possibilitam a desconsideração da personalidade jurídica da empresa e a imputação de suas responsabilidades a outras empresas integrantes do mesmo grupo econômico. Tal regra está prevista no art. 2º, § 2º, da CLT.

.....  
<sup>16</sup>Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

<sup>17</sup>Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

<sup>18</sup>Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

(...)

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

## 5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

O maior problema, no âmbito trabalhista, é a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica de forma excessivamente abrangente e sem critérios. No caso de grupo econômico, por exemplo, o mínimo critério que deveria haver é a comprovação de que o empregado trabalhou, também, para a empresa que ele quer ver responsabilizada. Todavia, isso sequer é levado em conta na hora de imputar a responsabilidade pelo pagamento dos débitos trabalhistas.

A imputação de responsabilidade, na prática, é a mais abrangente possível. E isso gera enormes prejuízos a empresas saudáveis, que honram com seus compromissos trabalhistas, simplesmente pelo fato de pertencerem ao mesmo conglomerado econômico de uma empresa insolvente.

Seja sob qual fundamento for, o certo é que na Justiça do Trabalho a obtenção da desconsideração da personalidade jurídica é muito mais fácil e provável do que nos demais ramos do direito. Tudo em virtude do princípio da proteção do trabalhador.

A empresa já deve inserir no risco do negócio a possibilidade de arcar com dívidas trabalhistas de outras empresas do mesmo grupo econômico. Trata-se de modalidade de responsabilidade civil extracontratual objetiva: outras empresas do grupo arcam com dívidas trabalhistas de empresa inadimplente, independentemente de terem realizado qualquer ação dolosa ou culposa<sup>19</sup>.

Por fim, temos a Lei nº 9.605/98, que foi criada com o objetivo de punir os crimes ambientais. Seu art. 4º dispõe que "poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente".

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem aplicado a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de crimes ambientais, em alguns julgados. No julgamento do Agravo de Instrumento nº 70063254916, por exemplo, que foi julgado por decisão monocrática, houve a desconsideração da personalidade jurídica pelo simples fato de ser insolvente a empresa. Na decisão, a relatora ressaltou que "neste caso, está bastante claro que a pessoa jurídica não é capaz de suportar o ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente. Todos os indícios dos autos indicam para a liquidação da sociedade empresária e para a inexistência de bens capazes de saldar a dívida deixada. A personalidade jurídica está impedindo o ressarcimento dos prejuízos."<sup>20</sup>

<sup>19</sup>SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: História, Direito e Economia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 93.

<sup>20</sup>AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. AMBIENTAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. ART. 4º DA LEI 9.605/98. DEFERIMENTO. Aplicação da Teoria Menor da Desconsideração da Personalidade Jurídica, acolhida no sistema jurídico pátrio no Direito Ambiental e no Direito do Consumidor. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO". (Agravo de Instrumento nº 70063254916, Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relatora Des. Marilene Bonzanini, Julgado em 21/01/2015).

## 5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

Já no julgamento do Agravo de Instrumento nº 70061955266, o TJRS foi mais criterioso, constatando a existência de outros requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica, fazendo uma análise conjunta da Lei nº 9.605/98 com o art. 50 do Código Civil.<sup>21</sup>

### III) O Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016, trouxe importante inovação em matéria de desconsideração da personalidade jurídica. Ele determina que seja instaurado o contraditório antes de haver a desconsideração.

Trata-se de uma inovação de grande relevância, uma vez que permite ao sócio da empresa exercer seu direito à ampla defesa antes de ter seu patrimônio afetado para responder por dívidas da pessoa jurídica.

A regra está prevista no Capítulo IV do Título III do Livro III do Novo Código de Processo Civil, especificamente nos artigos 133 a 137.<sup>22</sup>

.....

<sup>21</sup>AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. POSSIBILIDADE. PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES CALCADA NA ILEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA ATUAR NA DEFESA DO AGRAVANTE. AFASTAMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. 1. Tendo a Defensoria Pública aceitado o encargo, não cabe, agora, em sede de recurso, simplesmente considerá-lo inexistente ao argumento de que o agravante não se enquadraria na condição de "necessitado", conforme parâmetros definidos pela própria instituição e constantes de seu site. Em suma, cabe a própria instituição, por seus órgãos, definir em que processos irá atuar. Pela mesma razão, tampouco cabe reconhecer deserto o recurso. 2. Hipótese em que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica está calcado no Relatório de Ocorrência Ambiental/Termo Circunstanciado Ambiental no qual consta que a empresa atua sem Licença de Operação (LO), bem como que a licença apresentada está vencida e diz respeito a outro endereço, sendo ainda noticiada a existência, no local, de toras de madeira sem Documento de Origem Florestal (DOF) e sem a indicação da origem. E tais dados são suficientes para caracterizar o desvio de finalidade, na forma do art. 50 do CC e do art. 4º da Lei 9.605/98, mormente porque o dano ambiental repercute em toda a coletividade. 3. Apesar de a tese da parte executada não encontrar fundamento legal, não há caracterização de má-fé, a qual, sabidamente, exige prova ou indícios contundentes de conduta manifestamente maliciosa e temerária, na forma do art. 17 do CPC. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO". (Agravo de Instrumento nº 70061955266, Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Ricardo Torres Hermann, Julgado em 26/11/2014.)

<sup>22</sup>Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

## 5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

Não bastassem esses artigos específicos, o art. 9º do Novo CPC estabelece que "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida". José Rogério Cruz e Tucci afirma que isso evita decisões precipitadas acerca da desconsideração da personalidade jurídica, que, na grande maioria das vezes, ocorria sem se ouvir o sócio que sofrerá os efeitos prejudiciais da execução sobre seu patrimônio.<sup>23</sup>

O Novo CPC disciplina, assim como já era previsto no art. 50 do Código Civil, que a desconsideração da personalidade jurídica não poderá se dar de ofício. Sempre deverá ser precedida de requerimento da parte ou do Ministério Público.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem, todavia, que o juiz não estaria impedido de dar início ao incidente de ofício "sempre que o direito material não exigir a iniciativa da parte para essa desconsideração".<sup>24</sup> Ressaltam, os autores, que o importante é que seja respeitado o contraditório prévio à desconsideração.

Importante inovação foi a inclusão da previsão da desconsideração inversa, no § 2º do art. 133 do Novo CPC, que é aquela em que a empresa é responsabilizada pelas dívidas da pessoa física do sócio. Como é um instituto utilizado com certa frequência, a desconsideração inversa também necessitava ser positivada.

Ponto interessante, também, é que a instauração do incidente será dispensada quando a desconsideração da personalidade jurídica já for requerida pelo autor da ação, na petição inicial. Nesse caso, o sócio da empresa será citado para se defender, ou a própria pessoa jurídica, no caso de desconsideração inversa.

A decisão que julgar o incidente será passível de recurso de agravo de instrumento, ou, quando decidida em segundo grau, pelo relator do recurso, será passível de agravo interno.

As inovações trazidas pelo Novo CPC acerca da desconsideração da personalidade jurídica vieram para disciplinar o procedimento, pois esta regulação até então não existia. A prática era conduzida de acordo com os entendimentos doutrinários e/ou jurisprudenciais, ou nem isso, o que muitas vezes acarretava em abusos e ilegalidades.

.....  
<sup>23</sup>TUCCI, José Rogério Cruz e. "Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil". *Consultor Jurídico*. Artigo publicado em 23/08/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-23/paradoxo-corte-desconsideracao-personalidade-juridica-cpc>. Acesso em 24/08/2015.

<sup>24</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 269.

### Considerações finais

A regra geral, na maioria dos tipos societários existentes no Brasil, é a separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio pessoal dos seus sócios. Essa proteção do patrimônio pessoal teve origem da necessidade, do intuito, de proteger o empreendedor, a fim de fomentar o desenvolvimento da indústria e do comércio, com o surgimento de novas empresas.

Com relação à proteção do patrimônio pessoal dos sócios, alguns empresários começaram a visualizar nessa "proteção" uma oportunidade para se utilizar da empresa para lesar terceiros e obter vantagens indevidas. Por isso, o direito teve que encontrar formas de coibir esse tipo de utilização da sociedade, protegendo as pessoas/empresas lesadas e punindo os fraudadores.

Foi dessa necessidade de coibir fraudes e lesão intencional a terceiros que surgiu a possibilidade de fazer os sócios responderem com seu patrimônio pessoal pelas obrigações assumidas e não cumpridas pela sociedade empresária. Trata-se de uma proteção, agora, aos credores da empresa, diante da atitude de seus sócios.

Apesar de o encerramento irregular da sociedade ser utilizado, muitas vezes, como justificativa para a desconsideração da personalidade jurídica, recentemente o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que tão somente o encerramento irregular não é hábil a acarretar na desconsideração.

É o que constou na decisão que julgou os Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.306.553/SC, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti.

A possibilidade de responsabilização dos sócios pelas dívidas contraídas e não pagas pela empresa está prevista em inúmeros dispositivos legais, como o Código Civil, a Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005), A Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76), o Código Tributário Nacional - CTN, o Código de Defesa do Consumidor - CDC, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a lei que pune Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998) e a Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011).

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) trouxe uma importante inovação legislativa com relação ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica. A matéria é tratada do artigo 133 ao artigo 137 do Novo CPC.

## 5 A desconsideração da personalidade jurídica e o novo Código de Processo Civil

A nova disposição estabelece que será instaurado o contraditório antes de ser aplicada a desconsideração. Aplicar-se-á, também, nos casos de desconsideração inversa. Isso trará a possibilidade de se evitar diversos abusos na utilização do instituto da desconsideração.

É importante frisar que o Código Civil estabelece que a responsabilização do sócio deve se dar "a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo" (disposição que também constou no Novo CPC). Todavia, é muito comum, na prática, vermos decisões judiciais imputando responsabilidades aos sócios "de ofício".

A responsabilização dos sócios pelas obrigações não cumpridas pela sociedade empresária tem o intuito nobre de amparar os credores desta sociedade. Todavia, o que se vê em muitos casos é a imputação de responsabilidade aos sócios de forma indiscriminada, principalmente na Justiça do Trabalho. Essa crise da aplicação da desconsideração de modo irrestrito está ocorrendo porque a limitação da responsabilidade está sendo associada à saúde financeira da empresa. Há a ideia equivocada de que a limitação da responsabilidade só existe em virtude da personificação da sociedade e, se a pessoa jurídica vai mal, a limitação da responsabilidade também deve ir.

O que está ocorrendo é que muitos julgadores têm optado por fazer uma espécie de aplicação de justiça social com o patrimônio alheio, sem qualquer previsão legal e sem amparo em suficiente instrução processual. Está havendo a banalização da desconsideração da personalidade jurídica. Tal prática deve cessar, imediatamente, sob pena de termos um enorme retrocesso na atividade empresarial.

Se essa prática reiterada de responsabilização dos sócios continuar, não há dúvidas de que o empreendedor pensará duas vezes antes de constituir uma empresa e atuar na formalidade.

A verdade é que, hoje, no Brasil, o empreendedor deve refletir muito sobre os riscos envolvidos antes de abrir uma empresa. Com certeza, o risco de ter que responder com seu patrimônio pessoal pelas dívidas contraídas e não pagas pela empresa, no caso de um eventual insucesso, é o maior deles!

Mas o Novo Código de Processo Civil veio em boa hora para instituir o direito ao contraditório prévio à desconsideração da personalidade jurídica, o que, com certeza, evitará que ocorram inúmeros abusos que ocorriam antes de sua vigência.

## O contrato de *sale and lease-back*: Uma análise de sua origem, natureza jurídica e vantagens

Por Maria Angélica Jobim de Oliveira

### Introdução

O contrato de *sale and lease-back* – expressão que significa “vender e alugar de volta” – consiste em um negócio jurídico no qual se estabelece o que a sua própria denominação sugere, ou seja, através deste modelo contratual o proprietário de determinado bem, móvel ou imóvel, o vende a um investidor, adquirindo sucessivamente a posse mediante locação. A negociação é estabelecida através da celebração de dois contratos sucessivos entre as mesmas partes: uma compra e venda e uma locação. No presente artigo, focaremos na negociação do *sale and lease-back* envolvendo imóveis.

Segundo o jurista Sylvio Capanema, este negócio jurídico, também denominado de “venda-locação”, configura-se mediante contrato no qual “o proprietário de um imóvel o vende, ajustando-se, no mesmo ato, a sua locação, figurando como locador o adquirente e como locatário o antigo proprietário”<sup>1</sup>. Nesta mesma linha, Arnaldo Rizzardo menciona que este contrato “tem como pressuposto a alienação do bem pelo proprietário, aumentando, assim, a sua liquidez, e, após, arrendando o mesmo bem, o que determina a sua transformação em arrendatário”<sup>2</sup>.

O proprietário do imóvel que o vende e posteriormente o aluga, normalmente é uma empresa, uma indústria de varejo, um estabelecimento bancário, e o seu objetivo é basicamente capitalizar-se, isto é, evitar o capital imobilizado, podendo utilizar os recursos provenientes da venda do imóvel em seu *core business* e, ao mesmo tempo, permanecer em sua sede.

Via de regra, esta locação ajustada entre as partes se dá por prazo determinado e longo – normalmente não inferior a 10 anos – tendo em vista a necessidade de remunerar o comprador do valor investido na compra do imóvel, e de lhe conceder certa margem de lucro. Ainda, este contrato de locação pode conter variações, pois as partes podem ajustar a possibilidade de recompra ao final do contrato, recompra durante a vigência do negócio, ou ainda a previsão de prorrogação da locação por igual período. O importante, contudo, é que se respeite a ideia de que o locador possa se ver remunerado do valor que investiu, independentemente dos rumos que o contrato terá.

<sup>1</sup>CAPANEMA, Sylvio. “A locação do imóvel urbano e seus novos modelos”. Disponível em: [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50\\_220.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_220.pdf). Acesso em: agosto/2016.

<sup>2</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000. p. 46.

Ainda pouco explorado pela doutrina brasileira, esse modelo contratual tem apresentado crescimento no Brasil, por ser um importante instrumento para as empresas que pretendem obter capital de giro de forma rápida. O presente artigo propõe uma breve análise histórica do instituto, passando a discorrer acerca de sua natureza jurídica, da legislação aplicável e, posteriormente, das suas principais características e vantagens aos contratantes.

### 1) A origem e a evolução do instituto

O *sale and lease-back* é de origem norte-americana e é um contrato já tradicional nos Estados Unidos. Neste sentido, segundo o jurista luso Diogo Leite de Campos, professor da Faculdade de Direito de Coimbra, uma das primeiras aparições deste contrato se deu no ano de 1936, quando a cadeia de supermercados californiana Safeway Stores Inc. vendeu um supermercado a um grupo de investidores privados que lhe cedeu imediatamente a posse, mediante locação de longo prazo. O referido jurista prossegue afirmando que, posteriormente, no ano de 1945, seis armazéns da Allied Stores Corporation foram objeto de um *sale and lease-back* e que, daí em diante, esta modalidade contratual passou a ser difundida<sup>3</sup>.

Ainda, Arnaldo Rizzardo afirma que alguns estudiosos lembram que esta negociação cresceu nos Estados Unidos após a 2ª Guerra Mundial, onde as seguradoras foram autorizadas a usar parte de seu capital em imóveis, sendo concedidos incentivos fiscais, que favoreceram os investimentos. Além disso, nesta época as empresas necessitaram de maior capital de giro, o que as levou a procurar este tipo de negociação<sup>4</sup>.

Na Europa, este modelo contratual também é bastante popular, mormente no setor bancário, no qual se destaca a venda de imóveis do Banco Santander, da Caixa Galícia, e de diversos edifícios em Madrid e Barcelona pelo Banco Popular<sup>5</sup>.

No Brasil, o número de operações de *sale and lease-back* aumentou a partir de 2008. Com efeito, um dos principais motivos do crescimento destes negócios a partir do referido ano é que, com a crise econômica mundial, muitas empresas necessitaram de capital de giro de forma rápida e de valores para investimento próprio e expansão.

.....

<sup>3</sup>CAMPOS, Diogo de Leite. "O 'sale and lease-back': estrutura e função". *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 32-51.

<sup>4</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000. p. 46.

<sup>5</sup>CAMARGO, Cristiane Bueno de. SISTI, Carlos Eduardo Poli. FERREIRA, Rogéria Cristina. "Built to suit, direito real de superfície e sale and leaseback, uma análise comparativa". Disponível em: <http://lares.org.br/Anais2010/images/461-542-1-SP.pdf>. Acesso em: agosto/2016.

## 6 O contrato de *sale and lease-back*: Uma análise de sua origem, natureza jurídica e vantagens

Além disso, conforme Roberto Patiño, gerente da área de transações da Jones Lang Lasalle, a estabilização econômica do Brasil nas últimas duas décadas também favoreceu o crescimento deste tipo de negociação. Isso porque, antes da estabilização da moeda e com a inflação em alta, os imóveis eram considerados uma reserva de valor importante e um investimento seguro; hoje em dia, contudo, transformaram-se em ativos fixos imobilizados, e que contribuem de forma negativa para o retorno sobre capital. Destaca, ainda, que, hoje em dia, há consenso de que a parte imobiliária deve ser utilizada de forma a trazer recursos para o caixa das empresas<sup>6</sup>.

Em que pese o crescimento desta operação no Brasil ter se dado mais recentemente, uma das primeiras operações desta natureza registradas no país foi em 1975, quando o supermercado Ultra Center vendeu um prédio para a T. Crow Company, do Texas, Estados Unidos, alugando o imóvel de volta<sup>7</sup>.

Mas, afinal de contas, qual a natureza jurídica deste contrato? Existe Lei específica no Brasil que regulamenta esta operação? Vejamos.

### II) A natureza jurídica do *sale and lease-back*

O contrato de *sale and lease-back*, no direito brasileiro, é considerado uma das modalidades de arrendamento mercantil.

O arrendamento mercantil, também denominado simplesmente de *leasing*, em linhas gerais, é a locação caracterizada pela faculdade conferida ao locatário, ou arrendatário, de, ao final do contrato, optar pela compra do bem locado. Assim, tem-se que o *leasing* é formado por dois contratos sucessivos: o de locação e o de compra e venda, sendo este último uma opção do locatário<sup>8</sup>.

O contrato de arrendamento mercantil, no Brasil, é regulamentado pela Lei nº 6.099/74 e pela Resolução nº 2.309/96 do Banco Central. O Parágrafo Único, do art. 1º, da Lei nº 6.099/74 conceitua o *leasing*, dispondo que "considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo especificações da arrendatária e para uso próprio desta".

.....  
<sup>6</sup>"Necessidade de expansão e interesse de investidores estimulam operações de sale & leaseback no Brasil". Disponível em: <http://panorama.jll.com.br/necessidade-expansao-empresas-interesse-investidores-estimulam-operacoes-sale-leaseback-brasil/> Acesso em: setembro/2016.

<sup>7</sup>MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Leasing*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 60.

<sup>8</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. Vol. 3. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 146.

## 6 O contrato de *sale and lease-back*: Uma análise de sua origem, natureza jurídica e vantagens

Assim, no contrato de arrendamento mercantil o que ocorre, basicamente, é que o arrendador, que deve ser pessoa jurídica (normalmente bancos múltiplos ou pessoa jurídica com esta finalidade específica), adquire do fornecedor um determinado bem, segundo as características impostas pelo arrendatário, e o cede em locação, por tempo determinado, ao arrendatário, que pode ser pessoa física ou jurídica, mantendo-se como proprietário do bem. Portanto, normalmente (mas não sempre), tem-se três agentes envolvidos: o arrendador, o arrendatário, e o fornecedor.

A doutrina destaca que existem três principais modalidades de arrendamento mercantil: *leasing* financeiro, *leasing* operacional e *lease-back*, embora estas não sejam as únicas espécies existentes.

O *leasing* financeiro, segundo Arnaldo Rizzardo, é o *leasing* propriamente dito<sup>9</sup>. O art. 5º, da Resolução nº 2.309 do Banco Central, dispõe que, considera-se arrendamento mercantil financeiro a modalidade em que: (i) as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual e, adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos; (ii) as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem sejam de responsabilidade do arrendatário; e que (iii) o preço para o exercício da opção de compra do bem seja livremente pactuado entre as partes, podendo ser o valor de mercado do bem arrendado.

O *leasing* operacional, por seu turno, é disciplinado no art. 6º da Resolução, e é um negócio segundo o qual o arrendatário deve ser uma pessoa jurídica que tenha como objeto principal a prática de operações de arrendamento mercantil, um banco múltiplo com carteira de arrendamento, ou ainda, uma instituição autorizada para tanto. Ainda, nesta modalidade, as contraprestações a serem pagas pelo arrendatário devem contemplar o custo de arrendamento do bem e os serviços inerentes a sua colocação à disposição do arrendatário, não podendo o valor presente dos pagamentos ultrapassar 90% (noventa por cento) do custo do bem. Além disso, o prazo contratual deve ser inferior a 75% (setenta e cinco por cento) do prazo de vida útil econômica do bem. O preço para o exercício da opção de compra deve ser o valor de mercado do bem arrendado, e não pode haver previsão de pagamento do valor residual garantido (VRG). Por fim, a manutenção, a assistência técnica e os serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado podem ser tanto de responsabilidade do arrendador ou do arrendatário.

.....  
<sup>9</sup>RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro*, op. cit., p. 41.

## 6 O contrato de *sale and lease-back*: Uma análise de sua origem, natureza jurídica e vantagens

Logo, as principais diferenças que se pode destacar entre o *leasing* financeiro e o operacional é que, na primeira modalidade, as contraprestações devidas pelo arrendatário são suficientes para que o arrendador recupere o custo do bem arrendado, das despesas e ainda obtenha lucro, enquanto que, na segunda, as contraprestações não podem ultrapassar 90% (noventa por cento) do custo de aquisição do bem arrendado. Além disso, o arrendamento mercantil financeiro pode conter a obrigação de o arrendatário pagar um valor residual garantido (VRG), isto é, o arrendador pode transferir integralmente ao arrendatário os riscos de depreciação do bem. Nesta hipótese, se o contrato de arrendamento mercantil for inadimplido, ou se a arrendatária, ao final, não optar pela compra do bem nem renovar o contrato, o arrendador tem garantido o recebimento de um valor mínimo; no *leasing* operacional, todavia, é expressamente proibida a previsão do valor residual garantido (VRG). Por fim, outra questão que diferencia estas modalidades contratuais é que no operacional há a possibilidade de o arrendamento incluir o fornecimento de assistência técnica e serviços correlatos, enquanto na modalidade financeira esta prática é vedada pela legislação<sup>10</sup>.

De outra banda, o *lease-back*, que é justamente o objeto do presente artigo, é uma modalidade de arrendamento mercantil em que, como dito, o arrendatário é o antigo proprietário do bem, que o vende ao arrendador, e, sucessivamente, adquire a posse mediante locação. Constata-se, assim, que diferentemente do que ocorre com o *leasing* clássico ou tradicional, aqui se tem apenas dois agentes, o arrendatário e o arrendador, excluindo-se a figura do fornecedor, que está presente nas demais modalidades.

No direito português, o contrato de arrendamento mercantil é denominado de "locação financeira", e o *sale and lease-back*, por sua vez, é chamado de "locação financeira restitutiva". Logo, para o direito português, assim como no direito brasileiro, o *sale and lease-back* também é uma modalidade de arrendamento, ou *leasing*<sup>11</sup>. Em Portugal, o arrendamento mercantil é também típico, sendo regulado pelo D.L. nº 149/95, sucessivamente atualizado pelos D.L. nºs. 265/97, 285/2001, e mais recentemente 30/2008<sup>12</sup>.

.....  
<sup>10</sup>PANUCCI FILHO, Roberto. *Lease-back*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 55 f.

<sup>11</sup>CAMPOS, Diogo de Leite. "O 'sale and lease-back': estrutura e função", *op. cit.*, p. 32-51.

<sup>12</sup>DUARTE, Rui Peixoto. CRUZ, Ana Sofia. "Sale and leaseback". Disponível em: [http://www.abreudadvogados.com/xms/files/05\\_Comunicacao/Artigos\\_na\\_Imprensa/CI\\_Maio.pdf](http://www.abreudadvogados.com/xms/files/05_Comunicacao/Artigos_na_Imprensa/CI_Maio.pdf). Acesso em: setembro/2016.

## 6 O contrato de *sale and lease-back*: Uma análise de sua origem, natureza jurídica e vantagens

Em contrapartida, no direito italiano, o *sale and lease-back* é um contrato apenas socialmente típico, pois, em termos de legislação, é atípico, não contendo uma lei específica, e é justamente por isso que tanto a doutrina como a Corte de Cassação Italiana têm se preocupado em estabelecer e determinar certas características a serem observadas pelas partes<sup>13</sup>.

No Brasil, o fundamento para se dizer que o contrato de *sale and lease-back* é uma espécie do gênero arrendamento mercantil é o art. 9º da Lei nº 6.099/74, o qual começa a redação da seguinte forma: "as operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas jurídicas a ele vinculadas (...)". E a principal vantagem de se enquadrar este negócio jurídico como uma modalidade de arrendamento mercantil é a questão tributária, que é justamente o que a Lei nº 6.099/74 visa regular.

Embora se reconheça a existência de entendimentos contrários, consideramos que o contrato de arrendamento mercantil é típico, na medida em que tem regime jurídico próprio, estabelecido, como dito, na Lei nº 6.099/74 e na Resolução nº 2.309/96. Neste sentido, a Lei, basicamente, conceitua o arrendamento mercantil, trazendo diversos requisitos e pressupostos, e dispõe sobre o tratamento tributário desta operação; já a Resolução do Banco Central trata das modalidades do arrendamento mercantil, trazendo as diferenças de cada uma, dispondo sobre o que deve conter no contrato de arrendamento, quais os prazos mínimos dos contratos, entre outras normas.

Portanto, conclui-se que o contrato de *sale and lease-back* é uma das vertentes do arrendamento mercantil, e é típico no Ordenamento jurídico brasileiro, submetendo-se às legislações supramencionadas. Dito isso, convém que se faça uma análise da legislação e dos requisitos legais previstos, bem como de algumas decisões jurisprudenciais acerca do tema.

### III) A legislação brasileira e alguns precedentes acerca do tema

O *sale and lease-back*, como dito, se submete à legislação que regulamenta o arrendamento mercantil; a partir desta constatação, diversas são as dúvidas que surgem, a começar pelas partes contratantes.

.....  
<sup>13</sup>ROSA, Giovanni Di. "L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta". *Rivista Di Diritto Civile*, nº 5, set-out. 2015.

## 6 O contrato de *sale and lease-back*: Uma análise de sua origem, natureza jurídica e vantagens

Logo no primeiro artigo da Resolução nº 2.309 do Banco Central, está disposto que as operações de arrendamento mercantil com o tratamento tributário previsto na Lei nº 6.099/74 somente podem ser realizadas por pessoas jurídicas que tenham como objeto principal de sua atividade a prática de operações de arrendamento mercantil e pelos bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil.

O §2º, do art. 13º, da aludida Resolução prevê que, nos casos de *lease-back*, estão também autorizados a realizar a operação, na qualidade de arrendadores, os bancos múltiplos com carteira de investimento, de desenvolvimento e/ou de crédito imobiliário, os bancos de investimento, os bancos de desenvolvimento, as caixas econômicas e as sociedades de crédito imobiliário.

Constata-se, então, que somente pessoas jurídicas é que podem figurar no contrato na qualidade de arrendadoras. E mais: não é qualquer pessoa jurídica e, sim, somente àquelas expressamente previstas na legislação. Assim, a lei claramente limita o rol de pessoas que podem realizar este tipo de operação.

Ademais, o §1º, do art. 13º, da Resolução dispõe que as operações de *lease-back* somente podem ser realizadas com pessoas jurídicas na qualidade de arrendatárias. O motivo pelo qual somente se aceita pessoa jurídica na qualidade de arrendatária é que este negócio jurídico visa justamente conceder uma espécie de financiamento para dar capacidade financeira à vendedora do bem.

Portanto, este negócio jurídico, em princípio, somente pode ser realizado entre pessoas jurídicas, tanto como arrendadoras quanto arrendatárias. Assim, questiona-se, não pode uma pessoa física, investidora, adquirir o imóvel de uma empresa e, sucessivamente, alugar de volta o imóvel ao antigo proprietário?

O Tribunal de Justiça de São Paulo se deparou com esta questão, no julgamento da Apelação Cível nº 9055858-58.2003.8.26.0000, em agosto de 2011<sup>14</sup>. O caso envolvia um contrato de *lease-back* de um bem móvel, que havia sido firmado entre uma empresa, na qualidade de arrendatária, e uma pessoa física, na qualidade de arrendadora. O entendimento foi no sentido de se declarar, de ofício, a nulidade do contrato entabulado entre as partes, pois não seria permitido que uma pessoa física figure no contrato na qualidade de arrendadora, sobretudo porque isso impede que o Poder Público fiscalize a operação, na forma preconizada pela política creditícia brasileira.

.....  
<sup>14</sup>Apelação Cível nº 9055858-58.2003.8.26.000, 27ª Câmara de Direito Privado, Relator: Gilberto Leme, Tribunal de Justiça de São Paulo, Data do julgamento: 09/08/2011.

## 6 O contrato de *sale and lease-back*: Uma análise de sua origem, natureza jurídica e vantagens

Neste sentido, os julgadores mencionaram que "conquanto aparentemente benéfica à economia nacional na medida em que proporciona maior competitividade das empresas brasileiras pela volatilidade da operação financeira por não estar atrelada às regras e fiscalização do Banco Central, notório o desvio desse instituto no Brasil para dilapidar o patrimônio da sociedade empresária em prol dos sócios, lavagem de dinheiro, formação do 'caixa dois' etc".

Entenderam os Julgadores, ainda, que o princípio da liberdade de iniciativa econômica "não assegura à pessoa física que atue como autêntico financiador por ser atividade privativa das instituições financeiras, autorizadas e fiscalizadas pelo Banco Central". Assim, concluíram que as partes "cometeram erro gravíssimo consistente na designação de pessoa física como arrendante (...)".

Neste caso concreto, havia indícios de que as importâncias recebidas pela empresa arrendatária com a venda dos bens móveis teriam sido desviadas em favor de um de seus sócios. Dessa forma, o resultado foi no sentido de se desconsiderar o negócio jurídico entabulado, porquanto praticado com infração à lei.

De fato, se uma pessoa física adquire um bem de uma empresa para, sucessivamente, ceder a posse novamente à empresa, e, se esta pessoa física está má intencionada, a operação poderia servir de lavagem de dinheiro, pois o produto utilizado para a compra do bem poderia ser de origem ilegal, e na medida em que se adquire o imóvel e se passa a receber aluguéis, haveria uma tentativa de transformação do dinheiro ilícito para lícito, o que disfarçaria a origem do recurso. E é justamente por isso que, no acórdão supracitado, há menção de que "o desvio do *lease back* para fins espúrios é o principal meio de lavagem de 'dinheiro sujo'". Aliás, esta situação igualmente poderia ocorrer se a arrendadora fosse uma pessoa jurídica, que não se enquadra dentre àquelas expressamente permitidas na legislação para a realização desta operação.

Além disso, pode ocorrer de, à semelhança do precedente, haver um desvio de dinheiro em favor de um dos sócios da empresa arrendatária.

Assim, esta previsão da legislação e da Resolução do Banco Central no sentido de que este negócio jurídico somente pode ser celebrado entre pessoas jurídicas, e especialmente àquelas pessoas jurídicas descritas nos arts. 2º e 13º, §2º, visa justamente prevenir que ocorram fraudes tais como lavagem de dinheiro, benefícios financeiros em prol de um dos sócios, e etc., isto é, com este dispositivo, busca-se uma maior fiscalização e controle por parte do Poder Público.

## 6 O contrato de *sale and lease-back*: Uma análise de sua origem, natureza jurídica e vantagens

No entanto, caso seja entabulado este contrato, figurando como arrendadora uma pessoa física, e, não haja qualquer indício de fraude, agindo as partes com extrema boa-fé, acredita-se que o contrato pode ser válido e não ser anulado, como ocorreu no precedente supracitado, o que ficará a cargo do Poder Judiciário decidir. Todavia, é fundamental esclarecer que, sendo a arrendadora uma pessoa física, o contrato definitivamente não se submeterá à Lei nº 6.099/74 e, por conseguinte, não terá os benefícios tributários que a referida legislação concede aos contratantes.

Em outras palavras, para que haja a incidência da legislação do arrendamento mercantil e, conseqüentemente, as benesses tributárias lá previstas, é essencial que se preencha os requisitos estabelecidos, dentre eles a necessidade de ambas as partes serem pessoas jurídicas.

Portanto, é com este viés que se recomenda sejam observados os pressupostos legais em relação a este contrato, para se evitar eventuais nulidades ou inaplicabilidade dos benefícios tributários que, diga-se, são grandes atrativos da operação.

Em relação às demais normas previstas na legislação para este tipo de negociação, destaca-se que o art. 13º, da Resolução estabelece que o *sale and lease-back* somente pode ser contratado na modalidade de arrendamento mercantil financeiro. Sendo assim, aplicam-se a este contrato as mesmas condições descritas acima relativas a esta modalidade de arrendamento mercantil, que estão todas previstas no art. 5º, da Resolução, tais como a necessidade de que as contraprestações sejam suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação, e obtenha um retorno sobre os recursos investidos; as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade sejam de responsabilidade da arrendatária; e que o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado entre as partes, podendo, inclusive, ser o valor de mercado do bem arrendado.

Salienta-se, ainda, que o art. 7º, da Resolução traz os elementos que devem necessariamente estar presentes no contrato de arrendamento mercantil, como: (i) descrição dos bens objeto do arrendamento; (ii) prazo do arrendamento; (iii) o valor das contraprestações ou a fórmula do seu cálculo, e critérios para reajuste; (iv) forma de pagamento; (v) condições para que a arrendatária opte pela renovação do contrato, devolução ou aquisição do bem; (vi) o preço ou o critério utilizável para a sua fixação, caso a arrendatária venha a exercer o seu direito de optar pela compra do bem; (vii) previsão de a arrendatária pagar o valor residual garantido; (viii) a condição para eventual substituição do bem arrendado; (ix) as responsabilidades em caso de uso indevido ou impróprio do bem, seguro, danos causados a terceiros pelo uso do bem, ônus advindos de vícios dos bens arrendados; (x) a faculdade de a arrendadora vistoriar o bem objeto do arrendamento;

## 6 O contrato de *sale and lease-back*: Uma análise de sua origem, natureza jurídica e vantagens

(xi) obrigações da arrendatária; e (xii) a faculdade de a arrendatária transferir direitos e obrigações decorrentes do contrato, desde que haja anuência expressa da arrendadora.

Por fim, o art. 8º, do mesmo diploma legal, estabelece quais os prazos mínimos do contrato de arrendamento mercantil, sendo que, especificamente para o contrato de *sale and lease-back* utiliza-se a alínea "b", do inciso I, o qual prevê prazo mínimo de 03 (três) anos.

### IV) Principais características e vantagens para os contratantes

Uma das principais características do contrato de *sale and lease-back* é o fato de que o locatário ou arrendatário é o antigo proprietário do imóvel. O arrendatário vende o imóvel ao arrendador e, sucessivamente, adquire a posse mediante locação. Dessa forma, o contrato, diferentemente do que ocorre com outras modalidades de leasing, possui somente dois agentes: o arrendador e o arrendatário.

Outra característica importante é a necessidade de haver previsão da tríplice opção à arrendatária, no sentido de, ao final do contrato, optar: (i) por devolver o bem; (ii) pela renovação do contrato, ou ainda; (iii) pela recompra do imóvel.

Esta característica é bastante importante, porquanto é a que permite facilmente identificar que se trata de um contrato de arrendamento mercantil. Neste sentido, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0054032-04.2013.8.26.0000, a 25ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, enfrentou uma questão em que as partes estavam discutindo qual seria a natureza jurídica do contrato entabulado, se uma locação de bem móvel ou um arrendamento mercantil na modalidade de *lease-back*, e o entendimento foi de que, em que pese a agravante ter vendido o bem que se manteve em sua posse à título de prestação mensal, o contrato era uma simples locação, em razão da falta de previsão da opção de compra<sup>15</sup>. Portanto, esta característica é elemento essencial do contrato.

Ainda, o valor da contraprestação devida pelo arrendatário geralmente é elevado, pois tem por escopo remunerar não somente o uso e a fruição do imóvel, mas também remunerar o custo do bem arrendado e, adicionalmente, conferir certa margem de lucro ao arrendador. Da mesma forma, o prazo

<sup>15</sup>Agravo de Instrumento nº 0054032-04.2013.8.26.0000, 25ª Câmara de Direito Privado, Relator: Hugo Crepaldi, Tribunal de Justiça de São Paulo, Data do julgamento: 08/05/2013.

## 6 O contrato de *sale and lease-back*: Uma análise de sua origem, natureza jurídica e vantagens

do contrato, quando se trata de bem imóvel, costuma igualmente ser elevado – normalmente não inferior a 10 anos – também por estes mesmos motivos.

As vantagens que esta operação pode conferir ao proprietário do imóvel são inúmeras, sendo a principal delas a possibilidade de capitalizar-se. Isto é, com a venda do imóvel, o proprietário consegue, de imediato, recursos financeiros para aplicar em seu core business, e para desenvolver a sua atividade empresarial. Além disso, o proprietário do imóvel, ao alugá-lo de volta, não precisará sequer sair de sua sede. Ou seja, além de conseguir capital de giro de forma rápida, substituindo um ativo imobilizado por circulante, não precisa passar pelos transtornos de uma eventual mudança de estabelecimento.

Outro atrativo desta modalidade contratual é a questão tributária, na medida em que as contraprestações pagas pelo arrendatário são consideradas como despesa operacional, o que acarreta uma redução da carga tributária.

Sendo assim, tal modalidade contratual é bastante interessante para indústrias, redes de varejo, escritórios, hospitais, bancos, e qualquer empresa que opte por obter recursos financeiros, de forma rápida, para empregar em sua atividade principal. Por outro lado, sob a ótica do arrendador, o contrato é uma forma de aplicar os seus recursos, obtendo uma contraprestação que lhe permite ser remunerado do custo do bem e obter lucro, sendo um investimento seguro, pois o arrendador fica com a propriedade do imóvel.

Dessa forma, conclui-se que o contrato de *sale and lease-back* tem apresentado crescimento no Brasil, e é um importante instrumento, que pode trazer inúmeras vantagens para os contratantes, se bem utilizado. Contudo, considerando se tratar de uma operação complexa, se recomenda sempre o auxílio de profissional especializado, bem como que se observe os requisitos e condições previstos na legislação.

## Considerações finais

Passaremos, neste momento, a discorrer de forma sistemática e resumida, sobre os principais pontos abordados no presente artigo:

1) No contrato de *sale and lease-back*, o proprietário de determinado bem, que pode ser móvel ou imóvel, o vende a um investidor, adquirindo a posse sucessivamente mediante locação.

(2) O contrato de *sale and lease-back* é de origem norte-americana e já é um contrato tradicional nos Estados Unidos, sendo que uma de suas primeiras aparições se deu no ano de 1936, com a venda e posterior locação de um supermercado. No Brasil, este tipo de negócio tem apresentado crescimento nos últimos anos, principalmente em função da estabilização da moeda, pois os imóveis deixaram de ser um investimento muito atrativo para as empresas.

(3) Este contrato é uma modalidade de arrendamento mercantil e, portanto, é típico e está submetido à Lei nº 6.099/74 e à Resolução nº 2.309 do Banco Central. Estas legislações referem que este negócio deve ser firmado entre duas pessoas jurídicas, tanto na qualidade de arrendatária como arrendadora, estabelece o prazo mínimo do contrato, e menciona quais as cláusulas e elementos que necessariamente devem estar presentes no contrato. É imprescindível que se observe estes requisitos para que a negociação possa ser beneficiada com o tratamento tributário previsto na Lei nº 6.099/74.

(4) A principal vantagem para o arrendatário é que adquire capital de giro de forma rápida e pode utilizar o produto da venda do imóvel em seu core business e em melhorias para a empresa. Além disso, o arrendatário não precisa sair de sua sede, isto é, a tradição é somente ficta. Há, ainda, as vantagens tributárias, porquanto o aluguel passa a ser considerado uma despesa operacional, de forma a reduzir a carga tributária da empresa. De outra banda, o arrendador adquire um imóvel e obtém contraprestações que remuneram o valor investido e lhe conferem lucro, sendo que o próprio bem garante a negociação.

## O sistema de precedentes à luz do novo CPC - Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

Por João Paulo Santos Silveiro

### Introdução

Um sistema jurídico que imponha aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la *estável, íntegra e coerente* é o mínimo que se espera de um judiciário que objetiva promover a devida segurança jurídica aos seus tutelados. Entretanto, não se precisa ter qualquer formação na área do Direito para saber que hoje em dia no judiciário brasileiro encontramos diariamente casos idênticos, situações jurídicas análogas, sendo julgadas de forma absolutamente diferente. Resulta disso a insegurança jurídica que assombra tanto os operadores do direito como os tutelados, que não encontram no judiciário um órgão no qual possam confiar, uma vez que a imprevisibilidade das decisões é uma constante.

Isso posto, questiona-se: por que tal fenômeno impregna os tribunais pátrios? Mais precisamente, por que os julgadores e os tribunais constantemente chegam a resultados absolutamente distintos para casos exatamente iguais?

A fim de conferir maior segurança jurídica à sociedade, através de um sistema jurídico no qual se promova um padrão mais elevado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade nas decisões judiciais, o legislador do novo Código de Processo Civil regulou um verdadeiro *sistema de precedentes*, determinando que certas decisões, ou mais precisamente razões de decidir (*ratio decidendi*) sejam respeitadas pelos juízes de primeiro grau, bem como os tribunais julgadores.

O cerne do sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil está no artigo 926 que prevê que "Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la *estável, íntegra e coerente*", e no artigo 927, que prevê um rol de decisões que os juízes e os tribunais devem observar. Além disso, ao longo de todo o Código há uma série de regulamentações para que a força vinculante do precedente seja respeitada.

## O sistema de precedentes à luz do novo CPC – Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

Contudo, será que o sistema de precedentes introduzido pelo novo CPC se presta realmente a sanar a desigualdade e a grave insegurança jurídica que assombram todos os tutelados e operadores do Direito? Quais as razões de decidir (*ratio decidendi*) que realmente constituem um precedente judicial? Quais as outras disposições (além dos arts. 926 e 927) previstas ao longo do novo CPC que legitimam a implementação de um verdadeiro sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro?

Ao longo do presente artigo pretendemos responder todos os questionamentos acima realizados. Por último, trataremos do precedente absolutamente paradigmático, que firmou a tese de validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária.

### I) A interpretação e o seu papel central no Direito

O ponto de partida para se entender a importância de um sistema de precedentes está na compreensão da distinção entre texto (dispositivo legal) e a norma, bem como o papel da interpretação no direito. A partir daí pode se começar a compreender o fenômeno que acarreta invariavelmente no julgamento distinto – e até mesmo diametralmente oposto – para demandas exatamente iguais, ferindo de morte a igualdade que deveria ser garantida a todos os cidadãos.

Inicialmente, importante destacar que só se alcança a norma jurídica após a realização da *interpretação ao texto normativo*. O intérprete é que dá sentido ao texto normativo. Nesse sentido, a interpretação deve ser entendida como um fenômeno que é ao mesmo tempo uma atividade (*adscritiva* de conferir significados a textos) e um resultado. Além disso, não se trata de uma atividade endereçada à obtenção de um resultado unívoco. Isso porquê, a partir de um dispositivo legal, pode resultar uma ou mais normas.<sup>1</sup> A interpretação consiste em conhecer significados prévios, valorá-los e decidir sobre o seu resultado.

.....  
<sup>1</sup>MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 62-63.

## O sistema de precedentes à luz do novo CPC – Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

Há que se entender que o direito é duplamente indeterminado, sendo justamente o papel da interpretação precisar contextualmente o seu significado.<sup>2</sup> A dupla indeterminação do direito é proveniente do fato de que: *i)* os textos são equívocos porque ambíguos, complexos, implicativos e defectivos; e *ii)* as normas são vagas, isso porque não é possível antever exatamente quais são os fatos que recaem nos seus respectivos âmbitos de incidência.<sup>3</sup>

Para que reste claro o papel central da interpretação no Direito trazemos à baila um exemplo. A Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XI dispõe que: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador (...)”.

Contudo, qual a extensão da palavra casa quando inserida no contexto de proteção do indivíduo como um local de asilo inviolável? Será que devemos entender casa somente o lugar em que residimos? Ou não, devemos interpretar a palavra casa, para efeitos de asilo inviolável, o local onde o sujeito trabalha, a boleia de um caminhão ou até mesmo o seu automóvel?

O Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do HC 93050/RJ, entendeu que para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e compreende os escritórios profissionais, “embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita”.<sup>4</sup>

Nota-se que é imprescindível a outorga de sentido aos textos normativos. A interpretação tem papel central na reconstrução do Direito, sendo uma absoluta ingenuidade não admitir a necessidade de interpretação dos textos normativos para que se alcance a norma.

Outro fator que se deve levar em consideração é que a interpretação varia de acordo com a posição assumida pelo intérprete, com suas diferentes visões de mundo, distintas inclinações ético-políticas e conceitos jurídicos de que se vale.<sup>5</sup>

.....  
<sup>2</sup>*Ibidem*, p. 59.

<sup>3</sup>*Ibidem*, p. 65.

<sup>4</sup>HC 93050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700.

<sup>5</sup>MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, op. cit., p. 66.

## O sistema de precedentes à luz do novo CPC – Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

Posto em jogo os fatores acima destacados, pode-se vislumbrar que a atividade de outorgar sentido aos textos normativos, escolher a interpretação adequada e aplicar a norma ao caso concreto é um caminho em que os julgadores podem trilhar diversas rotas e chegarem a resultados distintos para casos exatamente iguais.

Sendo assim, considerando que a interpretação possui papel central e permanente na vida do Direito, é imprescindível que um sistema jurídico confira estabilidade às decisões judiciais que afirmam o sentido do direito. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o sistema de precedentes é uma técnica destinada a promover a estabilidade do que é afirmado pelos tribunais, não importando se esta afirmação se limita a interpretar a lei.<sup>6</sup>

A necessidade de um sistema de precedentes em um ordenamento jurídico torna-se claramente perceptível quando se pode concluir que o *direito não está na aplicação estrita da lei*. Aqui vale trazer uma lembrança de cunho histórico. O *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais, mas imaginou que a lei seria o suficiente para garantir a igualdade dos cidadãos.<sup>7</sup>

Por sua vez, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes podem proferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante do precedente o instrumento capaz de garantir segurança de que a sociedade precisa para se desenvolver.<sup>8</sup>

Portanto, tendo em vista que a lei por si só jamais garantiu a segurança jurídica que tanto necessita a sociedade, e que a interpretação possui um caráter central e permanente na vida do Direito, um sistema que confira estabilidade às decisões judiciais se mostra imprescindível a qualquer ordenamento jurídico.

Entretanto, a positivação de um sistema de precedentes será suficiente para garantir a igualdade e a segurança jurídica almejada pelos cidadãos? Nos tópicos seguintes passa-se a explorar o sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil.

---

<sup>6</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 [2010]. p. 34.

<sup>7</sup>*Ibidem*, p. 51.

<sup>8</sup>*Ibidem*, p. 51.

### II) O sistema de precedentes introduzido pelo novo CPC

Inicialmente há que se identificar onde está a mudança de paradigma entre o direito anterior e o implementado pelo novo CPC. Então, importante que se diga, desde logo, que a grande novidade adotada pelo direito brasileiro, através do novo Código de Processo Civil, é a de se ter um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes, que passarão a constituir fonte primária de Direito no nosso ordenamento jurídico.<sup>9</sup> Isto é, o legislador retirou o foco exclusivamente da lei e o colocou também no precedente.

A ideia de que somente a lei seria o suficiente para garantir a segurança jurídica que tanto necessita a sociedade, já havia falido há muito tempo. O fato de o judiciário julgar incessantemente casos iguais de forma absolutamente distinta – ou seja, com resultados, por vezes, diametralmente opostos – é a ponta do *iceberg*. Dessa forma, considerando que o papel da interpretação na reconstrução da legislação é inafastável, e sendo o próprio precedente o fruto da outorga de sentido a textos normativos à luz de um caso concreto, não haveria qualquer possibilidade de outorgar aos jurisdicionados igualdade, sem dar unidade à interpretação dos juízes e tribunais.

Segundo Daniel Mitidiero, o precedente, uma vez formado, integra a ordem jurídica como fonte primária do Direito e deve ser levado em consideração no momento da identificação da norma aplicável a determinado caso concreto. Vale dizer: integra o âmbito protegido pela segurança jurídica objetivamente considerada, como elemento indissociável da cognoscibilidade.<sup>10</sup>

Conforme pode se verificar no novo CPC, o legislador buscou tornar cristalina a obrigatoriedade de os juízes e tribunais de aplicarem as próprias decisões e as decisões dos tribunais superiores, principalmente como normas – não como conselhos ou boas razões –, mas levando a sério as decisões judiciais anteriores, já que essas passam a ser obrigatórias.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup>ZANETI JR., Hermes. “Precedentes normativos formalmente vinculantes”. DIDIER JR., Fredie (Org.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 407.

<sup>10</sup>MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 99.

<sup>11</sup>ZANETI JR., Hermes. “Precedentes normativos formalmente vinculantes”, *op. cit.*, p. 409.

## O sistema de precedentes à luz do novo CPC – Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

Ademais, tratar da mesma forma casos similares (*treat cases alike*) é algo fundamental para afirmação do poder e para a manutenção da segurança jurídica necessária ao desenvolvimento das relações sociais.<sup>12</sup> De outra banda, pouco importa uma mudança legislativa se as bases culturais da legislação anterior são mantidas, isso pelo fato – um tanto óbvio – de que *o direito é um produto da cultura*.<sup>13</sup> Por isso, a partir de um modelo de precedentes, teremos de repensar a metodologia de trabalho dos juízes, advogados, professores e de todos aqueles que escrevem e pensam o Direito. O Código novo exigirá uma radical mudança na forma de interpretar o direito.<sup>14</sup>

O ponto chave para que o sistema de precedentes possa vingar e ser útil à sociedade é que haja uma compreensão sobre o porque certas razões de decidir (*ratio decidendi*) devem ser respeitadas pelos juízes e tribunais, e também, que os precedentes não podem ser simplesmente afastados pelos julgadores pelo fato de discordarem de suas razões. De forma absolutamente perspicaz, Luiz Guilherme Marinoni assevera que “imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter aos precedentes das Cortes Supremas é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça”.<sup>15</sup>

Sendo assim, para que o Judiciário possa servir o tutelado com uma justiça que garanta segurança jurídica, igualdade e liberdade, inevitavelmente, deverá haver uma mudança de cultura por parte de todos aqueles que operam o Direito.

Isso posto, pode-se dizer que um sistema de precedentes que outorgue a determinadas decisões – ou mais precisamente razões de decidir – força vinculante é imprescindível para que a sociedade tenha maior segurança jurídica. Isso porque garante ao tutelado uma maior previsibilidade nas decisões do judiciário, recebendo casos iguais o mesmo tratamento. Entretanto, é fundamental que haja uma colaboração e uma mudança cultural por parte dos julgadores, advogados, doutrinadores e demais servidores da justiça para que o sistema implementado, através do novo CPC, possa atingir a sua máxima eficácia.

---

<sup>12</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 87.

<sup>13</sup>ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no Processo Civil. Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 3ª ed. Ver. Atual. e aum. São Paulo: Sairaiva, 2009, p. 71.

<sup>14</sup>ZANETI JR., Hermes. “Precedentes normativos formalmente vinculantes”, op. cit., p. 411.

<sup>15</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, op. cit., p. 53.

### III) As razões de decidir que constituem precedentes

Em virtude da implementação de um sistema de precedentes, é imperioso entendermos quais as razões de decidir que realmente constituem precedentes. De início, há que se fazer a distinção entre precedentes e as decisões judiciais. Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificados a partir das decisões judiciais. Em outros termos, o precedente é formado a partir da decisão judicial.<sup>16</sup>

O doutrinador Daniel Mitidiero conceitua precedentes como razões necessárias e suficientes para a solução de uma questão devidamente precisada do ponto de vista fático-jurídico obtidas por força de generalizações empreendidas a partir do julgamento de casos pela unanimidade ou pela maioria de um colegiado integrante de uma Corte Suprema.<sup>17</sup> Sustenta o referido doutrinador que todas as decisões, ou mais precisamente, razões de decidir (*ratio decidendi*), proferidas pela unanimidade ou maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do Superior Tribunal de Justiça (STJ) possuem efeito vinculante e constituem fonte primária do direito.

Já Hermes Zaneti Jr. preconiza que, no Brasil, os precedentes com força vinculantes são as razões de decidir (*ratio decidendi*) contidas na fundamentação daquelas decisões e súmulas que estão enumeradas no art. 927 do Novo Código de Processo Civil.<sup>18</sup>

Faz-se aqui uma observação para salientar que a *ratio decidendi* (razão de decidir) se consubstancia em material normativo. O precedente encarna uma norma devidamente compreendida à luz dos fatos, mas jamais é sobre um "fato". As razões que não são necessárias e nem suficientes para a solução da questão são *obiter dicta* e não integram a parte vinculante do julgado.<sup>19</sup>

<sup>16</sup>MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, op. cit., p. 96.

<sup>17</sup>*Ibidem*, p. 104.

<sup>18</sup>ZANETI JR., Hermes. "Precedentes normativos formalmente vinculantes", op. cit., p. 409.

<sup>19</sup>MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*, op. cit., p. 105.

## O sistema de precedentes à luz do novo CPC – Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

Dito isso, importante trazer à baila o rol de decisões e súmulas vinculantes enumerados pelo legislador no art. 927 do novo CPC:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Não obstante o legislador ter apresentado o rol do art. 927 no novo CPC, negar força vinculante aos demais precedentes oriundos das Cortes Supremas é não reconhecer que a função precípua do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é *justamente a de dar unidade ao Direito, através da adequada interpretação da Constituição e das leis federais, respectivamente*.

Segundo Daniel Mitidiero, a promoção da unidade ao Direito realiza-se, de um lado, com a orientação da sociedade civil a respeito do significado do Direito em determinado caso e *efetiva vinculação de todo o Poder Judiciário* ao sentido outorgado ao Direito pela Corte Suprema a partir de determinada causa, e, de outro lado, *pelo adequado desenvolvimento do Direito* diante das novas necessidades sociais.<sup>20</sup>

Portanto, nos filiamos ao entendimento de que devemos interpretar o rol existente no art. 927 do novo Código de Processo Civil não de forma taxativa. Isso porque, para que tenhamos um verdadeiro sistema de precedentes, garantidor de igualdade, liberdade e segurança jurídica é imprescindível que os juízes e tribunais fiquem formalmente vinculados a todos precedentes formados pelas Cortes Supremas, e não apenas aos retratados em súmulas, e decorrentes de julgamento de casos repetitivos.

.....  
<sup>20</sup>MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 [2013]. p. 69-70.

### **IV) As disposições inseridas ao longo do novo Código que garantem a efetivação de um sistema de precedentes**

Ao longo de todo o novo Código de Processo Civil há uma série de regulamentações a fim de legitimar a implementação de um verdadeiro sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. Para ilustrar a força conferida aos precedentes, passamos a destacar alguns dispositivos existentes no novo CPC.

O primeiro artigo que destacamos retrata a possibilidade de concessão de tutela de evidência. Nos termos do art. 311 do NCPC, independentemente da demonstração de perigo ou de risco ao resultado útil do processo será concedida tutela de evidência ao requerente se as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Outra novidade que apresenta o novo CPC é a possibilidade de se resolver o mérito da causa contra o autor independentemente da citação do réu. A improcedência liminar do pedido está disposta no artigo 332 do NCPC. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz independentemente da citação do réu, julgará liminarmente o pedido que contrariar: i) enunciado de súmula do STJ ou do STF; ii) acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; iii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

O dever de fundamentação nas decisões judiciais, que recebeu especial atenção do legislador, está plenamente conectado ao efeito vinculante dos precedentes. O §1º do art. 489 traz uma série de deveres aos julgadores na fundamentação da decisão judicial. Por sua vez, o inciso VI do referido parágrafo prevê que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A remessa necessária também se vê afetada com o sistema de precedentes implementado pelo novo CPC. Isso porque, conforme reza o art. 496, §4º, não está sujeito ao duplo grau de jurisdição a sentença que estiver fundada em súmula de tribunal superior, acórdão proferido pelo STF e STJ em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmando em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

## O sistema de precedentes à luz do novo CPC – Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

As inovações alcançam também o cumprimento provisório da sentença. Prevê o art. 521, inc. IV, que quando a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula de jurisprudência do STF ou STJ ou em conformidade com acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, dispensa-se a caução. Salienta-se que tal previsão, em certa medida, é mitigada em virtude de seu parágrafo único, que prevê que a exigência da caução será mantida quando da dispensa possa resultar manifesto risco de grave dano ou incerta reparação.

Em sede recursal, cabe ao relator negar provimento ao recurso que for contrário a precedente judicial, bem como depois de facultada a apresentação das contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida contrariar um precedente judicial, nos termos do art. 932, incisos IV e V do NCPC.

Não se pode deixar de mencionar a possibilidade de julgamento de plano de conflito de competência estabelecida entre julgadores. Conforme estabelece o art. 955, parágrafo único do novo diploma processual, o relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em: i) súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; ou, ainda, ii) tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Outra disposição que ressaltamos é o cabimento de ação rescisória contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. Tal possibilidade está prevista no parágrafo quinto do art. 966 do NCPC.

Por fim, mas não menos importante, é a possibilidade de reclamação para garantir a observância dos precedentes. Nos termos do art. 988 do novo Código de Processo Civil, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a observância de súmula vinculante e de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, bem como para garantir a observância de acórdão proferido em julgamentos de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência.

## O sistema de precedentes à luz do novo CPC – Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

Desta forma, nota-se que há uma série de dispositivos distribuídos em diversos capítulos do novo Código de Processo Civil em que os precedentes são protagonistas. A força vinculante dos precedentes – a posição assumida de fonte primária do Direito no nosso ordenamento jurídico – é evidente ao longo de todo novo diploma processual. Verificam-se repercussões dos precedentes, devidamente positivadas na legislação, na concessão de tutela de evidência, na improcedência liminar do pedido, na remessa necessária, na dispensa de caução, no provimento e desprovimento monocrático de recurso. Além disso, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que deixar de seguir o precedente, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Como se não bastasse, cabe reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a observância do precedente.

Entendemos, portanto, que não pairam quaisquer dúvidas, de que o novo Código de Processo Civil implementou no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de precedentes, com objetivo de outorgar à sociedade um instrumento comprometido com a segurança, com a liberdade e com a igualdade.

### **V) Um precedente paradigmático: a validade da cláusula que transfere ao consumidor o pagamento da comissão de corretagem**

O judiciário brasileiro, nos últimos anos, vem enfrentando uma enxurrada de demandas movidas por consumidores – promitentes adquirentes – que se sentem lesados em virtude da obrigação de pagar a comissão de corretagem prevista nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária.

Para contextualizar a situação que originou a questão acima mencionada, destacamos ao leitor um fato que é notório. As incorporadoras, nas últimas décadas, ao lançarem os seus empreendimentos imobiliários, no intuito de captar clientes, implementam *stand* de vendas, que em regra ficam localizados no mesmo local das obras realizadas. Por sua vez, os clientes se dirigem até o local para conhecer o empreendimento e são atendidos por um corretor de imóveis especializado, que apresenta as unidades imobiliárias aos mesmos e eventualmente realiza a venda.

## O sistema de precedentes à luz do novo CPC – Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

Na grande maioria dos casos, no próprio contrato de promessa de compra e venda que regula o negócio jurídico, resta disposto que a comissão de corretagem será arcada pelo promissário comprador. Após a contratação, muitos dos consumidores que se sentem lesados – pois entendem que quem deveria arcar com os valores da comissão de corretagem deveria ser a promitente vendedora – acionam o poder judiciário, invocando diversas disposições inseridas no Código de Defesa do Consumidor, requerendo que seja reconhecida a abusividade da cláusula contratual e a devolução dos valores pagos, às vezes, até mesmo de forma dobrada.

Milhares foram as demandas ajuizadas em todo o território nacional, e como não era difícil de se esperar, os juízes e tribunais de todo o País prolataram decisões nos mais diversos sentidos. Alguns julgadores e tribunais prolataram decisões determinando a devolução dos valores pagos, em virtude de que entendiam pela abusividade da cláusula contratual.<sup>21</sup> Outros, até mesmo, acolhiam o pleito de devolução dobrada dos valores pagos a título de comissão de corretagem.<sup>22</sup>

Por outro lado, muitas decisões prolatadas pelos juízes e tribunais foram no sentido de julgar válida a transferência do dever de pagamento da comissão de corretagem ao consumidor, julgando improcedentes as demandas propostas.<sup>23</sup>

Por óbvio, o judiciário julgando de forma díspare situações jurídicas análogas gerou extrema insegurança jurídica e desigualdade aos envolvidos na aquisição de unidades imobiliárias em construção. A vulnerabilidade gerada afetou tanto as incorporadoras como os consumidores.

As incorporadoras em muitos casos saíam vitoriosas nas demandas judiciais, e outras vezes derrotadas. Ou seja, não recebiam do poder judiciário uma orientação que lhes pudesse ser útil para regular a sua conduta, seja atraindo o ônus de pagar a comissão de corretagem para si, seja mantendo o ônus para os consumidores.

---

<sup>21</sup>TJ-PR - APL: 12466912 PR 1246691-2 (Acórdão), Relator: Fernando Paulino da Silva Wolff Filho, Data de Julgamento: 09/12/2015, 17ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1726 25/01/2016.

<sup>22</sup>TJ-DF - ACJ: 20120111943082 DF 0194308-47.2012.8.07.0001, Relator: FLÁVIO AUGUSTO MARTINS LEITE, Data de Julgamento: 25/06/2013, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: Publicado no DJE : 06/09/2013.

<sup>23</sup>Apelação Cível Nº 70063860225, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 28/05/2015

## O sistema de precedentes à luz do novo CPC – Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

Já os promitentes-adquirentes ingressavam em uma roleta jurisdicional, que em muitas vezes poderiam sair vencedores, com os valores pagos a título de comissão de corretagem, até mesmo em dobro, e em outras poderiam sair com o ônus de pagar os honorários advocatícios sucumbenciais à parte adversa, bem como as custas ao poder judiciário.

Diante da situação posta – milhares de causas sendo julgadas em sentidos diametralmente opostos –, o Superior Tribunal de Justiça a fim de unificar o entendimento sobre a questão – dar unidade ao Direito –, afetou à Segunda Seção o julgamento do Recurso Especial nº 1.599.511 – SP (Recurso Especial Repetitivo) e determinou a suspensão das ações que versassem sobre a validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor o pagamento da comissão de corretagem.

A relatoria do recurso foi do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. O Ministro determinou a realização de audiência pública em que foram ouvidos diversos setores da sociedade, ou seja, criou-se um amplo debate sobre o tema, conforme possibilita o art. 1.038 do NCPC, que culminou no julgamento do recurso representativo da matéria na data de 24/08/2016.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em seu voto, destacou que a questão era de extrema relevância jurídica, social e econômica, e tem sido objeto de milhares de demandas no Poder Judiciário brasileiro. O julgador abordou diversos aspectos sobre a comissão de corretagem, desde o Código Civil onde o contrato de corretagem foi regulado (arts. 722 até 729), até o Código de Defesa do Consumidor. Segundo o Ministro, como a questão situa-se no plano do Direito Privado, pode haver a transferência desse encargo mediante cláusula expressa no contrato principal, à outra parte interessada no negócio jurídico.

Em relação ao Código de Defesa do Consumidor, o Ministro sustentou que apesar de seu marcado caráter protetivo, não chega ao ponto de subverter a natureza onerosa das relações negociais no mercado de consumo, exigindo apenas transparência no seu conteúdo. Salienta Paulo de Tarso Sanseverino, que inexistente prejuízo aos consumidores com a assunção da dívida, pois, não fosse desse modo, o custo seria embutido no preço total da compra e venda.

Nas palavras do Ministro: "em princípio, é válida a cláusula que transfere para o consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem, exigindo-se apenas transparência nessa atribuição".

## 7 O sistema de precedentes à luz do novo CPC – Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

A tese fixada para os fins do art. 1.040 do CPC/2015 foi:

Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade imobiliária autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

Conforme pode se verificar, a tese foi firmada pela validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem. Contudo, o próprio precedente estabelece o dever de informação. Para cumprir com o dever de informar a promitente-vendedora tem o ônus de, até o momento da celebração do contrato de promessa de compra e venda, informar ao promitente-comprador o preço total da aquisição da unidade imobiliária, especificando o valor da comissão de corretagem, ainda que venha a ser paga destacadamente.

Por fim, imprescindível destacar que os precedentes também precisam ser interpretados. Os precedentes são constituídos de (assim como a lei) textos abertos à interpretação e dotados de autoridade.<sup>24</sup> Portanto, cabe ao julgador analisar o caso concreto e verificar se o precedente se amolda ao mesmo para então invocá-lo.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, após o julgamento do recurso representativo da matéria acima destacado, aplicou a um caso concreto o precedente formado pela Corte Suprema.<sup>25</sup> Os desembargadores da 19ª Câmara Cível do TJRS entenderam que a situação dos autos se amoldava ao paradigma. No caso concreto foi corroborada a legalidade da cláusula que transfere o encargo do pagamento da comissão de corretagem ao promitente-comprador.

<sup>24</sup>NUNES, Dierle. "Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução". DIDIER JR., Fredie (Org.). *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 315.

<sup>25</sup>APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE COMISSÃO DE CORRETAGEM. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM REGIME DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. LEGALIDADE DA CLÁUSULA QUE TRANSFERE O ENCARGO DO PAGAMENTO DA COMISSÃO DE CORRETAGEM AO PROMITENTE COMPRADOR. SENTENÇA MANTIDA. Matéria pacificada pela Corte Superior, no julgamento do recurso especial representativo da controvérsia, estando assentada a tese da legalidade da cláusula que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem. (REsp 1599511/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2016, DJe 06/09/2016). APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70069098226, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 06/10/2016).

## O sistema de precedentes à luz do novo CPC – Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

Por certo, é dever dos juízes e tribunais analisar cada caso concreto para averiguar se o dever de informação foi cumprido pela promitente-vendedora. Se o consumidor tinha a ciência, antes da assinatura do contrato, que era dele o dever de pagar a comissão de corretagem, sem dúvidas, o precedente deve ser aplicado, uma vez que estava plenamente informado. Não pode é a incorporadora, após a assinatura da avença e pagamento do sinal, apresentar uma conta referente a comissão de corretagem, contrariando o dever de informação.

Entendemos, assim, que o Superior Tribunal de Justiça no julgamento que decidiu pela validade da cláusula que transfere ao consumidor o dever de pagar a comissão de corretagem atuou como uma verdadeira Corte de Precedentes. Ou seja, a partir de uma demanda interpretou o material normativo, os fatos, e ao fim prolatou uma decisão com cunho de dar unidade ao direito e orientar a sociedade sobre o tema.

Apacificação sobre o entendimento do judiciário em relação a validade da cláusula contratual – materializada através do precedente judicial formado –, combinando com a positivação de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, confere aos envolvidos (incorporadoras e consumidores) um padrão mais elevado de segurança jurídica, garantindo igualdade e liberdade aos mesmos.

### **Considerações finais**

Como sustentamos, a interpretação possui um papel central e permanente na vida do Direito, sendo imprescindível que um sistema jurídico confira estabilidade às decisões judiciais que afirmam o sentido do direito. Sendo assim, para promover a estabilidade do que é afirmado pelos tribunais, o legislador introduziu, através do novo Código de Processo Civil, um verdadeiro sistema de precedentes.

A implementação de um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes mostra-se extremamente benéfico para o ordenamento jurídico. Tratar da mesma forma casos similares é fundamental para promover a igualdade e a devida segurança jurídica que tanto almeja a sociedade. Agora, tão importante quanto uma mudança legislativa é a mudança das bases culturais. Por isso, através de um modelo de precedentes teremos de repensar a metodologia de trabalho dos juízes, advogados, professores e de todos aqueles que escrevem e pensam o Direito.

## O sistema de precedentes à luz do novo CPC – Análise do julgamento paradigmático sobre a comissão de corretagem

Destacamos, também, que nos filiamos ao entendimento de que é importante que se faça uma interpretação não taxativa do rol de decisões e súmulas existentes no art. 927 do novo Código de Processo Civil, para que tenhamos um verdadeiro sistema de precedentes, em que os juízes e Tribunais fiquem formalmente vinculados a todos os precedentes formados pelas Cortes Supremas, e não só aos retratados em súmulas, e decorrentes de julgamento de casos repetitivos.

Trouxemos à baila, ainda, um caso concreto – relativo a validade da cláusula que transfere ao consumidor o pagamento da comissão de corretagem – em que o Superior Tribunal de Justiça atuou como uma verdadeira Corte de Precedentes, outorgando às incorporadoras e consumidores um padrão mais elevado de segurança jurídica, na medida em que pacificou o entendimento do judiciário sobre o tema.

Portanto, conclui-se que com uma série de dispositivos, ao longo de todo o novo Código de Processo Civil, legitimando a implementação de um verdadeiro Sistema de Precedentes, faz-se necessário uma mudança cultural de todos aqueles que operam o Direito para que o processo civil deixe de ser um jogo perversamente escravizado pela aleatoriedade de seus resultados, e se torne um instrumento capaz de garantir aos cidadãos “justiça”.

## A multipropriedade no setor hoteleiro brasileiro: uma breve análise dos institutos do *time sharing* e *fractional ownership*

Por Fernanda Muraro Bonatto e  
Isadora Henrich dos Santos

Sem regulamentação específica no Brasil, porém já amplamente conhecidos nos Estados Unidos e na Europa, o *fractional ownership* e o *time sharing*, formas de multipropriedade<sup>1</sup>, têm ganhado novo fôlego no mercado hoteleiro brasileiro. Esses institutos surgem como uma boa opção para aqueles que desejam adquirir uma segunda residência para fins de lazer, como é o caso do *fractional ownership*, ou um pacote de férias antecipado com custos mais acessíveis, através do *time sharing*.

A relevância e o caráter inovador dessas formas de multipropriedade têm obtido a atenção da doutrina jurídica brasileira. A título de exemplo, segue o trecho do doutrinador Gustavo Tepedino, no qual descreve as vantagens e o impacto social do sistema do *fractional ownership*:

A operação franqueou a novas camadas sociais o acesso à segunda casa. Famílias que pretendem adquirir o imóvel apenas para o período de férias anual satisfazem suas necessidades a preço relativamente modesto. Reduzem-se, por outro lado, as despesas e os incômodos com a manutenção e segurança do imóvel. Além disso, para os empresários do setor, aumenta-se vertiginosamente a margem de lucro, dada a grande quantidade de unidades que, com a subdivisão temporal, é posta à venda em cada empreendimento.<sup>2</sup>

Em linhas gerais, ambos os institutos prestigiam o acesso à segunda moradia/lazer e trazem aquecimento ao mercado hoteleiro inclusive durante os períodos de baixa temporada, "fomentando os negócios jurídicos em zonas turísticas"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>O termo "multipropriedade" é aqui utilizado de forma genérica e abrange duas subespécies: "*fractional ownership*" e o "*time-sharing*". A doutrina e jurisprudência brasileira, no entanto, adotam outras nomenclaturas genéricas tais como "tempo compartilhado", "propriedade fracionada" e "multipropriedade imobiliária", ora para fazer referência somente ao *time sharing*, ora para referir o *fractional ownership*.

<sup>2</sup>TEPEDINO, Gustavo. "Aspectos atuais da multipropriedade imobiliária". AZEVEDO, Fábio de Oliveira; DE MELO, Marco Aurélio Bezerra (Org.). *Direito Imobiliário – Escritos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015, p.512-513.

<sup>3</sup>DE MELO, Marcelo Augusto Santana. *Multipropriedade imobiliária e o registro de imóveis*.

Artigo disponível em: <http://www.irib.org.br/boletins/detalhes/660>. Acesso em: 18/10/2016.

## 8 A multipropriedade no setor hoteleiro brasileiro: uma breve análise dos institutos do *time sharing* e *fractional ownership*

Ou seja, o *fractional ownership* e o *time sharing* surgem como negócios jurídicos capazes de fomentar o segmento imobiliário e hoteleiro ao oferecer aos clientes novas opções de produtos, bem como dar corpo ao princípio da função social e econômica da propriedade previsto no art. 5º, inciso XXIII da Carta Magna.

De fato, a conexão do instituto da multipropriedade com a função social e econômica da propriedade é bastante evidente, visto que:

A multipropriedade chega para acelerar e aumentar esta mesma conquista da função social do imóvel, adicionando-lhe a questão do tempo compartilhado em turnos, satisfazendo e proporcionando um maior número de proprietários do mesmo solo ou imóvel. Isso significa um efeito multiplicador no que concerne ao bem-estar social, desenvolvimento, justiça social e valorização do trabalho. Sociabiliza-se, assim, o imóvel, com muitos proprietários utilizando a mesma base material em variados turnos de tempo.<sup>4</sup>

Em termos doutrinários, a multipropriedade constitui-se em uma situação jurídica híbrida<sup>5</sup> – na qual se combinam os conceitos de direito real e de direito contratual –, uma vez que é conferido a diversos sujeitos o direito de uso e/ou gozo de uma mesma unidade habitacional, geralmente localizada em um empreendimento hoteleiro, sendo que o uso/gozo do imóvel é realizado em determinados períodos de tempo alternados.

Dessa forma, em razão da grande relevância prática do tema no âmbito do mercado hoteleiro e imobiliário, bem como dos inúmeros questionamentos jurídicos que esses institutos suscitam, serve-se o presente artigo para traçar, ainda que brevemente, as características do *time sharing* e do *fractional ownership*, para, ao final, ponderar a respeito das principais vantagens de cada um dos sistemas.

.....  
<sup>4</sup>RIOS, Arthur. "Time Sharing ou propriedade compartilhada". Artigo acessível em: <http://www.oabgo.org.br/Revistas/36/juridico6.htm> Acesso em: 18/10/2016.

<sup>5</sup>TEPEDINO, Gustavo. "Aspectos atuais da multipropriedade imobiliária", *op. cit.*, p. 514.

## 1) *Time Sharing*

O sistema do *time sharing* (ou "tempo compartilhado"), nascido durante o segundo pós-guerra<sup>6</sup>, constitui um direito contratual que nasce pela aquisição de "unidades de tempo" de um determinado bem para usufruí-lo ao longo de determinado período. Na prática hoteleira, o sistema é comumente utilizado como uma forma de aquisição de pacote de férias de maneira antecipada, por menor custo, ou associação em programa de férias.

Portanto, a relação entre o adquirente e o administrador/proprietário do Empreendimento Hoteleiro é de cunho eminentemente contratual/obligacional, visto que o adquirente não se torna proprietário da unidade da qual fará uso, ele apenas "compra" o direito de utilizá-la durante períodos pré-determinados durante o ano, denominados de "períodos de ocupação" ou turnos. O período de utilização das unidades hoteleiras pode ser "fixo, com data específica para utilização, ou flutuante, ou seja, sem um período determinado, mas determinável, de acordo com as regras previstas no instrumento de aquisição do direito de uso"<sup>7</sup>.

Como exemplo simples do que consiste, na prática, a aquisição de um pacote de *time sharing*, pode-se referir o adquirente que contrata a aquisição do produto em um determinado Empreendimento Hoteleiro – geralmente localizado em destinos turísticos – o que lhe dá o direito de usufruir de duas semanas por ano de hospedagem naquele Empreendimento ou em outros que sejam associados. O seu principal objetivo, portanto, é "a aquisição de férias anuais antecipadas (férias pré-pagas ou pré-contratadas)"<sup>8</sup>.

Conforme dito anteriormente, o *time sharing* não possui regulamentação específica no Brasil, porém, o seu conceito pode ser encontrado na Lei nº 11.771 (conhecida como a Lei Geral do Turismo), em seu artigo 23, §2º, que assim dispõe:

§2º Considera-se prestação de serviços de hospedagem em tempo compartilhado a administração de intercâmbio, entendida como organização e permuta de períodos de ocupação entre cessionários de unidades habitacionais de distintos meios de hospedagem.

<sup>6</sup>GOMES, Larissa Silva. "Time Sharing" e "Fractional Ownership" no Brasil. Artigo disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222654,21048-Timesharing+e+Fractional+Ownership+no+Brasil>. Acesso em: 18/10/2016.

<sup>7</sup>REZEKE, Márcia. *Propriedade imobiliária fracionada. Ensaio sobre um gênero* (ADIT. Direito Imobiliário). Maceió: Viva Editora, 2016, p. 148.

<sup>8</sup>*Ibidem*.

## 8 A multipropriedade no setor hoteleiro brasileiro: uma breve análise dos institutos do *time sharing* e *fractional ownership*

Na prática, a principal vantagem auferida pelo *time sharing* é que os valores pagos pelo pacote de férias antecipado permanecem inalterados até o término do contrato, independente de influências econômicas externas, trazendo maior segurança e tranquilidade para os adquirentes. Assim:

O cliente adquire, por exemplo, dez semanas de hospedagem hoje, por um determinado valor, e pode usufruir desse serviço ao longo de uma década sem que haja alteração no preço contratado, mesmo que a economia sofra variações substanciais, ou o câmbio apresente oscilações drásticas.<sup>9</sup>

Somando-se a isso, não possuindo o adquirente de um pacote de férias o direito real de propriedade, não se vê este obrigado a arcar com os custos da manutenção da unidade, ficando tal encargo às expensas do próprio Hotel/Resort contratado, o qual, via de regra, detêm a propriedade das unidades.

Ademais, o adquirente ainda poderá ter a faculdade de permutar o seu período de ocupação por outros destinos turísticos que não o da unidade hoteleira originalmente contratada, o que geralmente ocorre pela associação do Hotel/Resort com empresa especializada no "intercâmbio de férias"<sup>10</sup>. Nos casos em que o empreendimento é associado a empresa intercambiadora o "período de ocupação" do adquirente pode dar-se em destinos variados, inclusive internacionais, conferindo ao *time sharing* o caráter de verdadeiro contrato com efeitos internacionais.

Dessa forma, conforme conceitua Cláudia Lima Marques<sup>11</sup>, o contrato de *time sharing* no setor hoteleiro deve ser visto como uma cadeia de direitos e obrigações que nascem não apenas entre o adquirente de pagar o seu preço, mas sim de um direito contratual complexo que perdura no tempo e que deve respeitar os exatos termos previstos no contrato, devendo sempre ser oferecido ao adquirente o maior número de informações possíveis sobre o negócio contratado, especialmente porque deficiente no Brasil regulamentação específica sobre o tema.

<sup>9</sup>Informação disponibilizada no site Hotel News, disponível no link: [http://www.revistahotelnews.com.br/portal/materia.php?id\\_materia=493](http://www.revistahotelnews.com.br/portal/materia.php?id_materia=493). Acesso em 18/10/2016.

<sup>10</sup>Como exemplo de empresa especializada em intercâmbio de férias podemos encontrar no Brasil a rede RCI: [http://www.rci.com/pre-rci-pt\\_BR/rci-explorer/sobre-a-rci.page](http://www.rci.com/pre-rci-pt_BR/rci-explorer/sobre-a-rci.page).

<sup>11</sup>MARQUES, Cláudia Lima. "Contratos de Time Sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos." *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 22/1997, abr – jun. 1997, item 2.1.2, p. 64 – 86.

## 8 A multipropriedade no setor hoteleiro brasileiro: uma breve análise dos institutos do *time sharing* e *fractional ownership*

Conclui-se, então, que as principais características do sistema do *time sharing* são: (i) a relação obrigacional entre as partes nasce de um direito contratual de aquisição de pacote de férias antecipada; (ii) a imutabilidade do preço do pacote adquirido, de forma que fatores econômicos exteriores não afetam o contrato; (iii) o adquirente não é proprietário, logo, não deve arcar com os custos que a unidade pode gerar; (iv) trata-se de relação contratual que perdura no tempo, devendo as partes sempre agirem dentro dos estritos termos contratados – quando não abusivos – de forma a assegurar a exata concretização dos direitos e deveres idealizados na contratação.

### II) *Fractional Ownership*

Por outro lado, enquanto encontramos no instituto do *time sharing* alguma regulamentação acerca da matéria, o *fractional ownership* – embora já utilizado no Brasil há alguns anos – não é regulado por nenhuma normativa específica, ficando a cargo da doutrina a sua conceituação com base nos negócios já existentes e também com base nas regulamentações encontradas em outros países.

Porém, apesar da aparente insegurança decorrente da ausência de regulamentação, o que se pode notar é que a doutrina recorrentemente tem-se amparado nos princípios da função social e econômica da propriedade para adaptar o modelo ora estudado aos empreendimentos que buscam adotar o seu conceito, uma vez que é manifesto que nem sempre o texto legal consegue acompanhar constantes mudanças que ocorrem no dia a dia dos negócios imobiliários<sup>12</sup>.

Em linhas gerais, quando se trata de *fractional ownership*, ou propriedade compartilhada, o adquirente é titular de um direito real, ou seja, ele é proprietário de uma fração de unidade hoteleira, dispondo de todos os privilégios que a lei lhe confere (vender, dispor, usar, gozar, fruir), porém, sempre limitados contratualmente pela sua característica de multipropriedade. Assim, ao tornar-se coproprietário de uma unidade no regime de *fractional*, tais limitações ao direito de propriedade se concentram principalmente na faculdade de uso da unidade.

.....

<sup>12</sup>Nesse sentido é manifesta a necessidade de mitigação de determinadas disposições legais em prol da sustentabilidade que requer um empreendimento na modalidade de *fractional ownership*, tais como: (i) a renúncia ao direito de preferência dentro do Condomínio Voluntário, indo de encontro à previsão do artigo 504 do Código Civil; (ii) a necessidade de um pacto de indivisibilidade perpétuo, contrariando a regra do artigo 1.320 e 1.321 do Código Civil.

## A multipropriedade no setor hoteleiro brasileiro: uma breve análise dos institutos do *time sharing* e *fractional ownership*

À título de exemplo, ao adquirir a sua fração de unidade, o adquirente recebe, em contrapartida, o direito de utilizá-la durante quatro semanas ao longo de cada ano. Entretanto, a forma e as condições do uso dessas quatro semanas são limitadas contratualmente, fazendo com que o contratante tenha de respeitar as prioridades no uso das semanas correspondente aos demais proprietários da unidade, dentre outras restrições.

De forma similar ao que ocorre com o *time sharing*, o empreendimento que se utiliza do modelo de *fractional* geralmente funciona em destinos turísticos, sendo um atrativo para aqueles que desejam possuir uma segunda residência destinada a férias por valores mais acessíveis. O *fractional* propicia, portanto, a aquisição de uma segunda propriedade para camadas da população que de outro modo não poderiam adquirir um imóvel em um destino turístico.

Isso porque no *fractional ownership* a propriedade do imóvel (aqui entendida como unidade hoteleira) não se limita a um único comprador, mas sim, a vários proprietários, os quais serão solidariamente responsáveis por todos os custos, direitos e obrigações decorrentes daquela unidade adquirida. Assim, em vista da existência de uma pluralidade de proprietários, mostra-se necessária que a forma de utilização do imóvel seja previamente regrada através de contrato firmado entre as partes, as quais necessitarão pensar na sua unidade como um "bem coletivo", que deve ser preservado e cuidado em prol do bem-estar comum.

Pode-se dizer, dessa forma, que o instituto do *fractional ownership* classifica-se como um negócio jurídico de tipo híbrido, no qual de um lado encontramos obrigações oriundas do direito contratual, enquanto que de outro encontramos características e prerrogativas relativas ao direito de propriedade.

No Brasil, em termos de direito imobiliário, o empreendimento hoteleiro como um todo é inicialmente formado através da constituição de um condomínio edilício, possibilitando a coexistência de áreas de uso comum (acessos, hall de entrada, jardins, piscinas, restaurante, recepção, etc.) e áreas de uso privativo correspondentes às unidades hoteleiras, ou, simplesmente, os quartos de hotel.

## A multipropriedade no setor hoteleiro brasileiro: uma breve análise dos institutos do *time sharing* e *fractional ownership*

Concomitante à existência do condomínio edilício, em cada uma das unidades hoteleiras são instituídos condomínios voluntários entre os diversos proprietários. Dessa forma, as relações jurídicas entre os proprietários de cada unidade hoteleira são regidas segundo as normas que regem o condomínio voluntário (art. 1.314 a 1.326 do Código Civil).

Sobre o tema, observemos a descrição do sistema de *fractional ownership* dado por Gustavo Tepedino como forma de organização do instituto dentro do negócio jurídico da multipropriedade:

Assim foi que, no mercado imobiliário brasileiro, a multipropriedade imobiliária se difundiu predominantemente mediante a constituição de um condomínio edilício no qual cada unidade autônoma é atribuída a 52 coproprietários (estes em condomínio ordinário).

Mediante convenção interna da unidade autônoma, a cada um dos 52 condôminos (em modalidade ordinária) é assegurado contratualmente o direito de utilização do imóvel por uma semana do ano. Ocorre que, dentre as características do condomínio ordinário, destacam-se a sua divisibilidade (art. 1320, Código Civil) e o direito de preferência dos condôminos na hipótese de alienação do imóvel (art. 504, Código Civil), prerrogativas às quais os adquirentes renunciam, de maneira expressa e irrevogável, na escritura de aquisição do imóvel.<sup>14</sup>

Outro ponto de grande atratividade no *fractional* se dá por, assim como no *time sharing*, também ser possível realizar o intercâmbio de férias – permuta da unidade – caso o adquirente queira gozar de seu descanso em outro destino turístico, por meio de associação a empresas intercambiadoras, que realizam a permuta das semanas de férias com Empreendimentos associados.

Assim, o *fractional ownership* traz o desafio da moldagem de uma estrutura jurídica estável ao Empreendimento a longo prazo, vislumbrando que o sucesso do negócio após a sua entrega (transferência de propriedade) não dependerá apenas do Incorporador, mas também de parceiros sólidos (Administradora Hoteleira e Rede Intercambiadora) que entendam a complexidade de gerenciar uma multipropriedade e saibam entender os anseios dos adquirentes com relação ao produto.

.....

<sup>13</sup>Importante ressaltar que Marcia Reseke aponta que o *fractional* pode ser juridicamente estruturado de duas formas: através do condomínio voluntário e também através da concessão real de uso tal qual prevista no Decreto-Lei n.271/1967. (vide REZEKE, Márcia. *Propriedade imobiliária fracionada. Ensaio sobre um gênero*, op. cit., p. 150-154).

<sup>14</sup>TEPEDINO, Gustavo. "Aspectos atuais da multipropriedade imobiliária", op. cit., p. 515.

## A multipropriedade no setor hoteleiro brasileiro: uma breve análise dos institutos do *time sharing* e *fractional ownership*

Dessa forma, pode-se concluir que os principais pontos característicos do fractional são: (i) a existência do direito real de propriedade do imóvel, de forma que os adquirentes são titulares de todos os direitos e obrigações inerentes à propriedade da unidade, ainda que limitada à sua fração; (ii) a relação contratual existente entre os condôminos apenas findará com a venda da fração da unidade pelo adquirente, uma vez que não possui prazo determinado; (iii) os adquirentes das unidades precisam ter bem clara a limitação do uso de sua unidade, a qual precisará respeitar os estritos termos previstos contratualmente, de forma a viabilizar o uso alternado das unidades, bem como a convivência entre os condôminos.

### III) Principais vantagens do *fractional* e do *time sharing*

De pronto, podemos dizer que em ambos os institutos o diferencial para o sucesso do negócio – e o essencial para a sua própria existência – será a escolha de uma boa Administradora Hoteleira que saiba como gerenciar o sistema de tempo fracionado entre várias pessoas, de forma que as unidades estejam sempre disponíveis para utilização de acordo com os períodos pré-contratados.

Dessa forma, via de regra, tanto no sistema do *time sharing* quanto do fractional encontraremos uma grande rede hoteleira envolvida diretamente na operação do empreendimento.

De maneira esquemática podemos resumir as principais vantagens perante o consumidor dos dois institutos a partir dos diagramas abaixo:

#### Fractional Ownership



## Time Sharing



Por outro lado, para o Empreendedor, outro grande diferencial encontrado dentro do instituto do *fractional ownership* será o valor da venda da unidade<sup>15</sup> se comparada com a usual venda de unidades imobiliárias. Isso porque, conforme anteriormente manifesto, em se tratando de um produto multifacetado, o valor da venda levará em consideração não apenas o valor do imóvel na região, mas sim toda a cadeia de serviços agregados ao produto (serviço de hotelaria e serviços de intercâmbio), bem como a sua expectativa de excelência, tornado a rentabilidade deste tipo de negócio até três/quatro vezes maior do que a venda comum de unidades imobiliárias.

Por fim, mesmo que no *time sharing* não seja auferido o lucro pela venda de uma fração de unidade imobiliária, a rentabilidade está diretamente ligada à alta rotatividade que a venda de "férias antecipadas" é capaz de gerar ao Resort/Hotel durante todo o ano (tanto nos períodos de alta, quanto de baixa temporada). Ou seja, além do valor recebido pela venda do pacote de férias, o Hotel também terá, quase que garantido, o auferimento de receitas decorrentes do uso de serviços hoteleiros (restaurante, lavanderia e outros serviços pay per use) pelos adquirentes.

Dessa forma, ambos os institutos, se superadas as instabilidades existentes pela ausência de regulamentação específica, mostram-se extremamente vantajosos tanto para o Empreendedor quanto para o adquirente, uma vez que atendidas duas necessidades em um único negócio: maior rentabilidade para o Empreendedor e custos mais acessíveis para o adquirente.

.....

<sup>15</sup>Considerando aqui o valor auferido pela venda de todas as frações disponíveis dentro de uma única unidade.

# 9

## Segregação patrimonial do direito de superfície

Por Felipe Tremarin

Uma das grandes preocupações quando da realização de um negócio jurídico diz respeito à preservação do patrimônio das partes nele envolvidas. Não é diferente no que tange ao direito de superfície, através do qual o proprietário do solo permite que outrem construa ou plante sob o seu terreno.

Questão de relevante importância jurídica é a segregação patrimonial do direito de superfície, ou seja, a possibilidade de separação ou distinção do patrimônio das partes integrantes de um contrato no qual foi instituído dito direito, buscando protegê-lo de gravames originados por dívidas contraídas pela parte contrária.

O direito de superfície, embora já estivesse previsto no rol dos direitos reais do anteprojeto do Código Civil elaborado no ano de 1975, só veio a ser regulamentado no direito brasileiro com a promulgação do Estatuto da Cidade, ocorrido somente no ano de 2001, que além de outros propósitos veio normalizar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e ainda estabelecer as diretrizes gerais de política urbana.<sup>1</sup> Somente no ano de 2003, após longos anos de tramitação, o Código Civil incluiu o direito de superfície em seu texto normativo, passando a considerá-lo como um direito real.

Pelo fato de existirem no direito brasileiro dois diplomas legais regulando as normas aplicáveis ao direito de superfície e de o Estatuto da Cidade ter entrado em vigor anteriormente ao Código Civil, tratando-se de um diploma de caráter especial em face de um de caráter geral, surgiram divergências doutrinárias quanto à revogação do primeiro pelo segundo, no que tange a aplicabilidade das regras daquele instituto.<sup>2</sup>

Esta questão foi superada através de entendimento do Conselho Federal da Justiça, que por meio do Enunciado nº 93 estabeleceu que:

---

<sup>1</sup>MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 115-116.

<sup>2</sup>*Ibidem*, p. 209-211.

As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano.

Embora regulamentem o mesmo assunto, o Código Civil não ocasionou a revogação do Estatuto da Cidade no que se refere às normas aplicáveis ao direito de superfície, o qual, nas palavras de Ricardo Pereira Lira, é conceituado como:

Direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter a construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio, é a propriedade – separada do solo – dessa plantação ou construção, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente.<sup>3</sup>

Ao analisar o conceito acima, é possível notar algumas das características do direito de superfície como, por exemplo, a sua natureza de direito real, a sua característica de direito temporário, bem como a divisão patrimonial existente entre o proprietário do imóvel e o proprietário das construções e/ou plantações.

Através dessa divisão patrimonial que lhe é característica, o direito de superfície visa atenuar o princípio da acessão, ou seja, faz com que a construção ou a plantação realizada segundo as suas normas permaneça como propriedade do superficiário, não passando a integrar o patrimônio do proprietário do solo.<sup>4</sup>

Com isto, uma vez instituído o direito de superfície, originam-se dois patrimônios distintos, quais sejam, o do (i) proprietário do imóvel, que é aquele que cede o uso do seu imóvel, porém continua como detentor do seu domínio e, (ii) o do superficiário, que é aquele que recebe o imóvel para que nele possa construir ou plantar, podendo dele usar e gozar nos limites do seu direito.

Importante frisar que, diante da segregação patrimonial originada quando da instituição do direito de superfície, tanto o proprietário do solo, quanto o superficiário deverão responder pelos encargos e ônus que lhes cabem.<sup>5</sup>

<sup>3</sup>LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997, p. 9.

<sup>4</sup>MAZZEI, Rodrigo. *Direito de Superfície*, op. cit., p. 221-223.

<sup>5</sup>TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 252.

Foi assim, buscando regradar a responsabilidade patrimonial entre o proprietário e o superficiário, no que se refere às dívidas referentes ao seu direito real respectivo, que o Conselho Federal da Justiça, através do Enunciado nº 321, se pronunciou:

Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um de seus titulares, exclusivamente, por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel.

Ocorre que, nem o Estatuto da Cidade, nem o Código Civil, se preocuparam em ditar normas que regulassem e delimitassem a responsabilidade patrimonial do proprietário do imóvel e do superficiário.<sup>6</sup>

Assim, buscando suprir essa omissão legislativa, vem o Novo Código de Processo Civil, através do art. 791 dispor:

Art. 791. Se a execução tiver por objeto obrigação de que seja sujeito passivo o proprietário de terreno submetido ao regime do direito de superfície, ou o superficiário, responderá pela dívida, exclusivamente, o direito real do qual é titular o executado, recaindo a penhora ou outros atos de constrição exclusivamente sobre o terreno, no primeiro caso, ou sobre a construção ou a plantação, no segundo caso.

De acordo com essa novidade trazida pelo Código de Processo Civil, surge a figura jurídica da penhora fracionada, a qual deverá recair somente sobre o direito real do qual é titular o executado, podendo ser sobre o terreno, no caso do proprietário do imóvel, ou sobre as construções e/ou plantações, no caso do superficiário.<sup>7</sup>

Ainda, o Código de Processo Civil se preocupou em criar normas que deverão ser obedecidas pelo Oficial Registrador quando da anotação de atos de constrição junto à matrícula do imóvel, estabelecendo que os mesmos deverão ser objetos de averbações distintas, com a devida identificação do executado, do valor do crédito e do objeto sobre o qual recai o gravame, devendo o Oficial de Registro, destacar qual será o patrimônio que deverá responder pela dívida, se o terreno ou a construção e/ou plantação.

.....  
<sup>6</sup>MAZZEI, Rodrigo. "Observações sobre a penhora envolvendo o direito de superfície (e outros direitos reais imobiliários) no projeto do código de processo civil". Disponível em: <http://revistadoatribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/>. acesso em 07/05/2016.

<sup>7</sup>TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*, op. cit., p. 252.

Assim dispõe o art. 791, § 1º, do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual:

§ 1º Os atos de constrição a que se refere o caput serão averbados separadamente na matrícula do imóvel, com a identificação do executado, do valor do crédito e do objeto sobre o qual recai o gravame, devendo o oficial destacar o bem que responde pela dívida, se o terreno, a construção ou a plantação, de modo a assegurar a publicidade da responsabilidade patrimonial de cada um deles pelas dívidas e pelas obrigações que a eles estão vinculadas.

Portanto, resta evidenciado que o legislador, ao preencher a lacuna jurídica através dos dispositivos legais em comento, inclusive ditando normas a serem seguidas pelo Oficial Registrador, quando da averbação das constrições junto a matrícula do imóvel, teve por objetivo fornecer maior segurança aos negócios jurídicos baseados no direito de superfície.

Consolidou-se, assim, o entendimento de que é instaurada uma segregação patrimonial quando da instituição do direito de superfície, segundo o qual não permite que dívidas contraídas tanto pelo proprietário do solo quanto pelo superficiário, extrapolem o seu patrimônio, protegendo desta forma a outra parte da relação jurídica.

# Reflexões sobre o urbanismo ecológico e o planejamento urbanístico de Porto Alegre

Por Fabio Caprio Leite de Castro

## Introdução

A noção de urbanismo ecológico surge como decorrência de um conjunto de crises que se intensificaram no início do século XXI e que afetaram também o setor imobiliário. Arquitetos e urbanistas mobilizaram-se na esperança de transformar essa situação. A primeira geração de respostas consistiu em traçar indicadores através de certificações, entre os quais se destaca o BREEAM, na Inglaterra, destinado a edifícios de escritórios, e o LEED (*Leadership in Energy and Environmental Design*), atualmente o principal selo de avaliação para edifícios sustentáveis. Em um segundo momento, a certificação expandiu-se para a escala urbana LEED – Novos Empreendimentos. Nos Estados Unidos e em diversos outros países essa certificação tem sido cada vez mais utilizada. O Brasil já ocupa a terceira colocação em projetos com este selo de sustentabilidade.<sup>1</sup>

Desde então, iniciou-se uma reflexão ambiental sobre a necessária ampliação da escala das certificações sustentáveis, ainda demasiado restrita ao objeto arquitetônico, com o objetivo de levar a ecologia à infraestrutura urbanística maior do território das cidades. Utilizou-se a denominação "urbanismo ecológico", embora diversos paradigmas a tenham disputado, entre eles, por exemplo, o *novo urbanismo* e o *urbanismo paisagístico*. A compreensão de que o modelo do urbanismo ecológico é o *urbanismo sustentável* depende de uma teoria geral que demonstre a sua conjunção. O primeiro ponto do nosso artigo é destinado a avaliar os aspectos centrais dessa teoria na possível reconciliação dos valores rurais e urbanos.

O urbanismo ecológico tem recebido maior acolhida nos novos projetos urbanísticos e arquitetônicos e sua ampla e progressiva aceitação talvez se deva ao fato de que ele constitua o modelo que melhor responda aos problemas das metrópoles.

.....  
<sup>1</sup>Acerca da colocação do Brasil no ranking, ver o artigo: "Brasil é o terceiro colocado no ranking mundial de projetos com certificação LEED." [Secovi-SP. Disponível em: <http://techne.pini.com.br/engenharia-civil/obras/brasil-e-o-terceiro-colocado-no-ranking-mundial-de-projetos-338557-1.aspx>. Acesso em 27/10/2016]. Segundo o relatório LEED de 2016, o Brasil apresentou crescimento de 30% no uso do sistema de classificação LEED em um ano. ["Relatório Leed 2016 mostra crescimento da construção sustentável no Brasil". *Eco Brasília*. Disponível em: <http://www.ecobrasilia.com.br/2016/08/11/relatorio-leed-de-2016-mostra-crescimento-da-construcao-sustentavel-no-brasil/>. Acesso em 27/10/2016].

Neste início de século, a maioria da população vive em cidades.<sup>2</sup> Além disso, a globalização intensificou as relações sociais e produziu uma transformação gradual do espaço público, tanto no sentido positivo da inclusão social, como no sentido negativo da exclusão e desníveis colossais.<sup>3</sup>

Com base na construção teórica apontada, derivada das necessidades de nossa vida urbana na metrópole contemporânea, será formulada uma perspectiva de revitalização ou recuperação em escala urbana. O questionamento nodal que percorrerá esta análise relaciona-se à retomada de espaços (áreas industriais ou portuárias desativadas, obras abandonadas, praças ou lagos poluídos etc.), como um potencial viabilizador de novos empreendimentos, condizentes com a sustentabilidade ambiental. Essa última análise permitirá examinar diversos exemplos de projetos bem-sucedidos, assim como, em especial, avaliar o plano de revitalização do 4º Distrito e o plano de gestão da Lomba do Pinheiro, em Porto Alegre.

## I) Uma teoria geral do urbanismo ecológico

O urbanismo ecológico tem o propósito de "responder à crescente conscientização global sobre o limite de nossos recursos", constituindo a disciplina na qual um novo paradigma verde encontra a sua aplicação no corpo da cidade a fim de compatibilizar o consumo com os recursos disponíveis.<sup>4</sup> Talvez possamos considerar como um marco das investigações e do debate sobre esse tema a realização do Simpósio *Ecological Urbanism*, pela *Graduate School of Design*, na Universidade de Harvard, em 2009, sob a organização de Mohsen Mostafavi e Gareth Doherty, o qual reuniu diversas contribuições em um volume homônimo. Dentre os valiosos estudos apresentados, chama atenção a proposta de uma teoria geral do urbanismo ecológico, por Andrés Duany, uma das lideranças do novo urbanismo, responsável por mais de trezentos projetos regionais.<sup>5</sup> Com efeito, a tentativa de ancorar o urbanismo ecológico em um horizonte teórico garante-lhe maior firmeza diante de outras perspectivas que poderiam levá-lo a ceder em sua vocação ambientalista, ao mesmo tempo em que sustenta um projeto factível e sustentável.

<sup>2</sup>SAUERBRUCH, Matthias. "O luxo da redução: sobre o papel da arquitetura no urbanismo ecológico", *op. cit.*, p. 578.

<sup>3</sup>MONTAGNA, Plínio. "Subjetivação contemporânea na metrópole". TASSARA, Eda Terezinha de Oliveira (Org.). *Panoramas interdisciplinares para uma Psicologia Ambiental do Urbano*, p. 71.

<sup>4</sup>SAUERBRUCH, Matthias. "O luxo da redução: sobre o papel da arquitetura no urbanismo ecológico", *op. cit.*, p. 578.

<sup>5</sup>DUANY, Andrés. "Uma teoria geral do urbanismo ecológico". MOSTAFAVI, Mohsen; DOHERTY, Gareth. *Urbanismo Ecológico* (Org.). Tradução de Joana Canedo. São Paulo: Gustavo Gili, 2014, p. 406.

Em síntese, Duany avalia a permanência e ressurgência de alguns modelos de urbanismo que se tentou conjugar com o urbanismo ecológico. O urbanismo irresponsável por exemplo, cunhado por Rem Koolhaas em sua análise sobre Atlanta, move-se fundamentalmente pela máxima "a cidade está fora de controle, sejamos irresponsáveis".<sup>6</sup> Dos inúmeros problemas acarretados pela dispersão dos subúrbios, a grande vantagem que talvez subsista dessa perspectiva é a sua baixa onerosidade e fácil administração. Porém, isso não significa que possamos adotá-lo em um modelo plenamente ecológico.

Por outro lado, o *velho urbanismo*, na expressão empregada por Alex Krieger, ressurgue na medida em que as pessoas percebem, por exemplo, que o uso do transporte público se aplicaria a um "estilo de vida ambientalmente responsável".<sup>7</sup> No entanto, como reflete Duany, considerando "as pegadas ecológicas do habitante de Manhattan", embora esse modelo tenha um sucesso ambiental em suas consequências secundárias, seria ele um desastre em suas premissas técnicas, pois "não valoriza a natureza em absoluto".<sup>8</sup>

O chamado *novo urbanismo*, afirma Duany, seria um híbrido, que se lança tecnicamente contra a agilidade polimórfica do urbanismo irresponsável, mas não elimina, graças ao solo e petróleo baratos, o impacto físico do automóvel. Supostamente a sua solução é também o seu complicador, pois combina não apenas os melhores, mas também os piores aspectos dos modelos citados anteriormente.<sup>9</sup>

Outra forma híbrida é o *urbanismo paisagístico*, cujas origens repousam nos conceitos formais do paisagismo e se moderniza através da sustentabilidade. Para Duany, o problema deste modelo está na limitação de suas ferramentas quanto à "imitação da natureza", não conseguindo evitar a ruralização, mesmo de planos altamente densificados.<sup>10</sup> A ideia de uma comunhão com a natureza substituiria as atividades sociais fomentadas pelos "antigos espaços urbanos", mas o engajamento nesse sentido resume-se a criar medidas que Duany critica como mera "camuflagem verde" a supermercados e estacionamentos à beira de estradas suburbanas.<sup>11</sup>

.....  
<sup>6</sup>*Ibidem.*

<sup>7</sup>*Ibidem*, p. 407.

<sup>8</sup>*Ibidem.*

<sup>9</sup>*Ibidem.*

<sup>10</sup>*Ibidem*, p. 408.

<sup>11</sup>*Ibidem.*

Não havendo nenhuma forma de consenso entre esses modelos quanto ao que poderia ser o urbanismo ecológico, Andrés Duany propõe uma teoria geral do urbanismo ecológico que permita construir um modelo de *urbanismo sustentável*. Para tanto, ele aplica uma técnica derivada do *Transecto Rural-Urbano*, cuja teoria ambiental se fundamenta na geografia. Estendendo da área rural à urbana, o transecto "integra a metodologia ambiental para gestão do *habitat* com a metodologia de zoneamento para projetos urbanísticos".<sup>12</sup> De maneira integrativa, essa metodologia permite aos ambientalistas vislumbrar o projeto dos *habitats culturais*, assim como aos urbanistas, projetar os naturais. Enquanto instrumento taxonômico, o transecto mostra-se extremamente apropriado para analisar os elementos naturais e humanos, os quais, misturados (e por vezes díspares) em um urbanismo ecológico, podem criar habitats funcionais. A sua aplicação hoje é a de um sistema operacional de código livre, disponível para regras de zoneamento e outras regras que tendem a substituir o sistema comum de zoneamento.

Em sua aplicação do transecto à teoria geral do urbanismo, Andrés Duany propõe como elemento mediador entre os dois mundos natural e social, bem como entre as atividades biológica e econômica, o conceito de *diversidade*, no sentido de avaliar se as transações são física, econômica ou politicamente sustentáveis. A sustentabilidade é aqui decorrente de uma troca justa ou positiva, que Duany expressa através da seguinte equação: "Em qualquer ponto do transecto rural-urbano, a densidade agregada da diversidade social e natural após a urbanização deve ser aproximadamente igual ou maior à densidade da diversidade natural antes da urbanização."<sup>13</sup>

Aplicando-se essa equação aos modelos de urbanismo que concorrem pela denominação "ecológico", Duany produz uma análise esclarecedora sobre as vantagens de um modelo *sustentável*. No velho urbanismo, a diversidade social do centro urbano é maior do que no subúrbio, mas o seu problema se transfere para o valor menor que se atribui às áreas rurais e naturais. O velho urbanismo criou valor ao produzir habitações, lojas e entretenimento, com a viabilidade de trânsito, porém trouxe uma consequência negativa pela desnaturação das terras para que se tornem adequadas à construção compacta.<sup>14</sup>

Por sua vez, o urbanismo paisagístico privilegia exclusivamente a diversidade natural, resultando daí a sua falha. Via de regra, esse modelo conduz a um maior valor no subúrbio do que no centro urbano, faltando-lhe os instrumentos de medição para o lado urbano do transecto. O registro da diversidade social do centro urbano reduz-se à pavimentação impermeável e ilha de calor desprovida de verde.

.....  
<sup>12</sup>*Ibidem*.

<sup>13</sup>*Ibidem*, p. 410.

<sup>14</sup>*Ibidem*.

Por outro lado, o novo urbanismo atribui ao subúrbio o valor mais baixo em diversidade natural e social, corrigindo a perspectiva do urbanismo paisagístico e do velho urbanismo. A partir de uma gama de ferramentas que permitem variar os limites urbanos para preservar as áreas naturais e rurais, além da orientação ao transporte público que favorece a diversidade social no centro urbano, o novo urbanismo é capaz de aceitar ou rejeitar a natureza em conformidade com a urbanidade relativa de cada zona. Entretanto, segundo Duany, o problema aqui estaria na incapacidade desse modelo justificar a casa unifamiliar suburbana, exceto como preferência do próprio mercado.

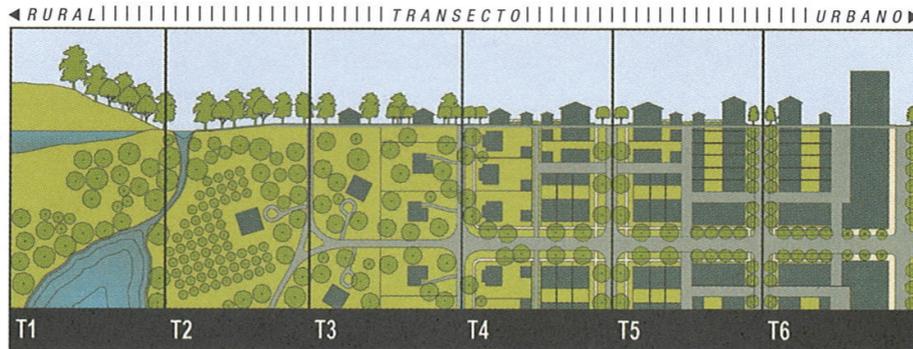
A grande vantagem do urbanismo ecológico sustentável é que ele "retém os valores equilibrados da diversidade social e natural do novo urbanismo, mas melhora o desempenho do subúrbio ao integrá-lo ao regime verde"<sup>15</sup>. Há, nesse sentido, uma retomada do subúrbio para compensar sua maior ocupação do solo e o seu grande impacto sobre o transporte, geração de energia, reuso da água, reciclagem e produção de alimentos.

Considerando o transecto rural-urbano, percebe-se que a diversidade natural e a social são combinadas em diversas proporções. O ideal do urbanismo paisagístico é a alta diversidade natural, enquanto o velho urbanismo tem o ideal inverso, da alta diversidade social. O problema desses paradigmas é que subestimam um ao outro, atribuindo em ambos os casos um injustificável valor alto ao subúrbio. Por outro lado, o novo urbanismo rompe a lógica monovalente a fim de valorizar tanto a diversidade natural como a social, nas extremidades da área natural e do centro urbano, ao mesmo tempo em que desvaloriza o Sub-urbano. O urbanismo ecológico, no modelo sustentável, de acordo com a teoria geral de Duany, "equaliza o nível de diversidade de todas as zonas T do transecto, criando a zona Sub-urbana, de modo que todas as zonas são justificadas do ponto de vista ambiental".<sup>16</sup> Em cada zona, o que o modelo de urbanismo ecológico busca são alternativas para se alcançar o equilíbrio e a reconciliação dos valores rurais e urbanos, produzindo entre as áreas novas redes de conexão, como uma forma de apostar na diversidade tanto natural quanto social.

.....  
<sup>15</sup>*Ibidem*, p. 411.

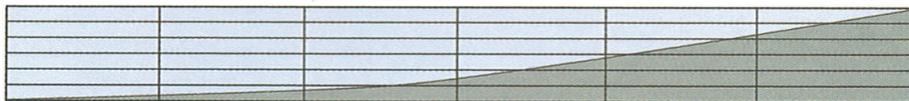
<sup>16</sup>*Ibidem*.

# Reflexões sobre o urbanismo ecológico e o planejamento urbanístico de Porto Alegre

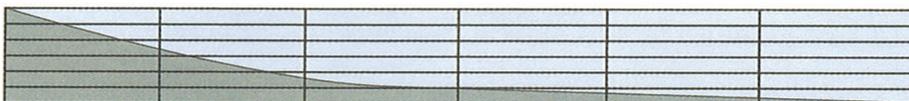


	MENOS DENSIDADE	MAIS DENSIDADE
PRIVADO	QUADRAS MAIORES	QUADRAS MENORES
	PREDOMINANTEMENTE RESIDENCIAL	PREDOMINANTEMENTE USO MISTO
	CONSTRUÇÕES MENORES	CONSTRUÇÕES MAIORES
	MAIS ÁREAS VERDES	MAIS ÁREAS CONSTRUÍDAS
	PRÉDIOS ISOLADOS	PRÉDIOS CONTÍGUOS
	FACHADAS NÃO ALINHADAS	FACHADAS ALINHADAS
	JARDINS E VARANDAS	ALPENDRES E VITRINES
	GRANDES RECUOS	PEQUENOS RECUOS
	VOLUMES ARTICULADOS	VOLUMES SIMPLES
	EDIFICAÇÕES DE MADEIRA	EDIFICAÇÕES DE CONCRETO
	COBERTURAS EM VERTENTE	COBERTURAS PLANAS
	PEQUENOS LETREIROS NOS JARDINS	GRANDES LETREIROS NOS PRÉDIOS
	ANIMAIS DE FAZENDA	ANIMAIS DOMÉSTICOS
PÚBLICO	ESTRADAS E AVENIDAS	RUAS E PASSAGENS
	CAMINHOS ESTREITOS	CALÇADAS LARGAS
	GRANDES LINHAS DE VISÃO	PEQUENAS LINHAS DE VISÃO
	ESTACIONAMENTO ALEATÓRIO	ESTACIONAMENTO DETERMINADO
	RAIO DA ESQUINA GRANDE	RAIO DA ESQUINA PEQUENO
	VALAS DE DRENAGEM ABERTAS	MEIOS-FIOS ELEVADOS
	CÉU ESTRELADO	ILUMINAÇÃO ABUNDANTE
	ÁREAS ARBORIZADAS	ÁRVORES ALINHADAS NAS RUAS
	MAIS SILÊNCIO	MAIS RUÍDO PERMITIDO
CÍVICO	ESPAÇOS DE ENCONTRO LOCAIS	INSTITUIÇÕES REGIONAIS
	PARQUENAS E GRANDES ÁREAS VERDES	PRAÇAS E LARGOS

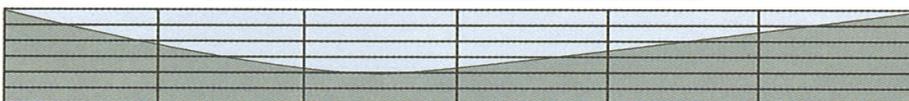
VELHO URBANISMO – PRIVILEGIA A DIVERSIDADE SOCIOECONÔMICA



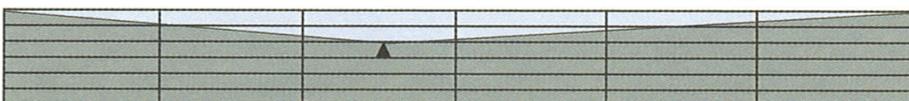
URBANISMO PAISAGÍSTICO – PRIVILEGIA A DIVERSIDADE NATURAL



NOVO URBANISMO – VALORIZA A DIVERSIDADE NATURAL E SOCIOECONÔMICA



URBANISMO SUSTENTÁVEL – EQUALIZA A DIVERSIDADE NATURAL E SOCIOECONÔMICA EM TODAS AS ZONAS T



Em nosso sentir, embora não seja o único, o modelo proposto por Duany apresenta um importante recurso de análise para o estudo de zoneamento desde uma perspectiva urbanístico-ambiental. Com base no transecto, como se pode observar na figura anterior, o conjunto complexo de elementos, entre o rural e o urbano, pode ser mais facilmente designado e avaliado, nas diferentes zonas, através da equação ecológica da diversidade acima referida, a qual inclui os âmbitos cívico, público e privado, com os espaços de encontro local, parquenas e áreas verdes, iluminação, edificações, tamanho das quadras, densidade etc.<sup>17</sup>

Nesse complexo plano de análise, que envolve dimensões estéticas, econômicas e sociais, não se pode olvidar o papel arquitetônico-urbanístico na criação de sistemas tecnológicos ambientais cuja finalidade central é a integração destas dimensões um modelo ecológico, como assevera Thomas Schroepfer, professor da Universidade de Tecnologia e Design de Cingapura.<sup>18</sup> Nesse sentido, a recuperação de bairros e mesmo de cidades, para além dos empreendimentos, passa a ter um papel central. "Arquitetos e urbanistas podem criar ambientes urbanos que levem em conta variáveis múltiplas – qualidade de vida, diversidade demográfica, meios de transporte alternativos e ecologias locais".<sup>19</sup> No próximo ponto, serão apresentados alguns exemplos de recuperação de espaços urbanos com base em projetos ambientais a fim de mostrar a viabilidade de um modelo de urbanismo ecológico.

## **II) Além dos empreendimentos verdes: a sustentabilidade em escala urbana**

O movimento que se inicia nas certificações de empreendimentos verdes ampliou-se nos últimos anos, tema merecedor de uma análise específica. O que aqui se propõe é a ilustração de como os projetos sustentáveis em escala urbana podem ser comparados e avaliados a partir de ferramentas de análise adequada. Certificados como o LEED, embora fundamentais em uma perspectiva de construção de prédios verdes, restringem-se apenas ao desempenho de edificações individuais.

.....  
<sup>17</sup>*Ibidem*, p. 409.

<sup>18</sup>SCHROEPFER, Thomas. "Além do LEED: uma avaliação do verde na escala urbana". MOSTAFAVI, Mohsen; DOHERTY, Gareth. *Urbanismo Ecológico* (Org.). Tradução de Joana Canedo. São Paulo: Gustavo Gili, 2014, p. 500.

<sup>19</sup>*Ibidem*, p. 501.

## 10 Reflexões sobre o urbanismo ecológico e o planejamento urbanístico de Porto Alegre

Há inúmeras outras possibilidades para a preservação, reconstrução e recuperação de áreas verdes, que vão desde os Ecobox (rede ecourbana autogerida – pequenos espaços e jardins comunitários)<sup>20</sup>, na região de La Chapelle, no norte de Paris, até as “ecocidades”, como Masdar, nos Emirados Árabes Unidos, e Sarriguren, na Espanha.<sup>21</sup>

Dois interessantes exemplos são apresentados por Thomas Schroepfer sobre o alcance que pode tomar o modelo ecológico. O primeiro exemplo é de Vauban, uma antiga base militar de 38 hectares perto do centro de Freiburg, na Alemanha, comprada pela cidade em 1994. O objetivo da municipalidade foi o de transformar a referida base em um projeto ambiental e social de referência.<sup>22</sup> “Vauban compreende duas mil residências que abrigam cinco mil pessoas, e unidades comerciais que fornecem mais de quinhentos empregos”.<sup>23</sup> Esse projeto tem sido avaliado como um dos mais positivos de pensamento ambiental no urbanismo europeu.



Vauban - © Ellen MacArthur Foundation, 2015 - <https://www.ellenmacarthurfoundation.org>

<sup>20</sup>Atelier d'architecture autogée (AAA). “ECOBBox: rede ecourbana autogerida”. MOSTAFAVI, Mohsen; DOHERTY, Gareth. *Urbanismo Ecológico* (Org.). Tradução de Joana Canedo. São Paulo: Gustavo Gili, 2014, p. 510.

<sup>21</sup>SCHROEPFER, Thomas. “Além do LEED: uma avaliação do verde na escala urbana”, *op. cit.*, p. 500; Urban-e. “La ecociudad de Sarriguren”. Disponível em: [http://urban-e.aq.upm.es/articulos/ver/la-ecociudad-de-sarriguren\\_1/completo](http://urban-e.aq.upm.es/articulos/ver/la-ecociudad-de-sarriguren_1/completo). Acesso em 31/10/2016.

<sup>22</sup>SCHROEPFER, Thomas. “Além do LEED: uma avaliação do verde na escala urbana”, *op. cit.*, p. 500.

<sup>23</sup>*Ibidem*.

## 10 Reflexões sobre o urbanismo ecológico e o planejamento urbanístico de Porto Alegre

O segundo exemplo apresentado por Schroepfer é o Solarcity Linz, em um distrito de Linz, na Áustria, que compreende cerca de 1,3 mil casas e 3 mil habitantes. Foi concebido como um empreendimento referencial em energias renováveis e inclui trabalhos de diversos arquitetos. A construção do seu núcleo ocorreu entre 1995 e 2005. "O empreendimento como um todo, incluindo aspectos arquitetônicos e a tecnologia ambiental, interagem propiciando uma comunidade sustentável que revela novas possibilidades de expressão estética".<sup>24</sup> Fundamentalmente, o eixo deste projeto experimental é a constituição de um modelo de habitação ecológica de vanguarda arquitetônica e urbanística.



Solarcity Linz - © Thomas Schroepfer, *Urbanismo Ecológico*, p. 501.

Além destes dois casos, podemos citar os projetos de recuperação de dois importantes espaços urbanos, estudados por Nina-Marie Lister, professora da Universidade Ryerson, em Toronto, que validam o conceito por ela empregado de uma *arquitetura adaptável*, capaz de reunir a resiliência dos sistemas paisagísticos a uma concepção de projetos orgânicos, adaptáveis e flexíveis, exigidos pela ausência de previsibilidade e de certeza na ecologia.<sup>25</sup>

<sup>24</sup>*Ibidem*, p. 501.

<sup>25</sup>LISTER, Nina-Marie. "Ecologias insurgentes: (re)tomar espaço em paisagismo e urbanismo". *Urbanismo Ecológico* (Org.). Tradução de Joana Canedo. São Paulo: Gustavo Gili, 2014, p. 536.

## 10 Reflexões sobre o urbanismo ecológico e o planejamento urbanístico de Porto Alegre

O primeiro deles é o “Rio + Cidade + Vida”, cuja proposta é a recuperação e transformação da área do baixo Don, na orla do lago Toronto. O Don é característico de uma área fluvial pós-industrial: “negligenciado e esquecido à medida que armadura da cidade fez tudo menos subsumi-lo”.<sup>26</sup> Desenvolvido pela empresa vencedora do concurso internacional, o projeto propõe colocar o rio em primeiro lugar, baseando-se na renovação ecológica do baixo Don. “O resultado é um plano que tece uma orla resiliente: uma tapeçaria urbana de serviços públicos, qualidade urbana e desempenho ecológico.”<sup>27</sup>



Rio + Cidade + Vida - © Stoss Landscape Urbanism, *Urbanismo Ecológico*, p. 542.

Há ainda um segundo caso citado por Lister – o *Brick Works* da ONG Evergreen, cujo projeto arquitetônico busca a retomada de uma jazida de argila e uma antiga fábrica de tijolos, situada a seis mil quilômetros do baixo Don. Este projeto não se constitui como uma tentativa de restauração da natureza em sentido estrito, mas de reconhecer o público cidadão e estabelecer uma nova relação entre natureza e cultura. Os quatro temas que fundamentam o trabalho da Evergreen, em substituição à antiga fábrica de tijolos, que havia funcionado de 1899 a 1984, reflete a mudança de paradigma operada: (1) alimentação e descoberta; (2) alimentos e comunidade; (3) patrimônio natural e cultura e (4) jardinagem e verde.<sup>28</sup> Ao contrário do que se poderia esperar, a *Brick Works* não sofre com o conflito entre os espaços, pois o local “emprega uma arquitetura ecológica criativa para valorizar o patrimônio cultural e natural dentro do contexto urbano”.<sup>29</sup>

<sup>26</sup>*Ibidem*, p. 541.

<sup>27</sup>*Ibidem*.

<sup>28</sup>*Ibidem*, p. 544.

<sup>29</sup>*Ibidem*.



Brick works - © F. Sardella, *Urbanismo Ecológico*, p. 544.

Os diferentes exemplos apresentados evidenciam como o novo conceito de um urbanismo ecológico foi aplicado em projetos voltados para áreas degradadas ou subutilizadas, com alto potencial de revitalização, em uma perspectiva sustentável.

### III) Questões para um urbanismo ecológico na cidade de Porto Alegre

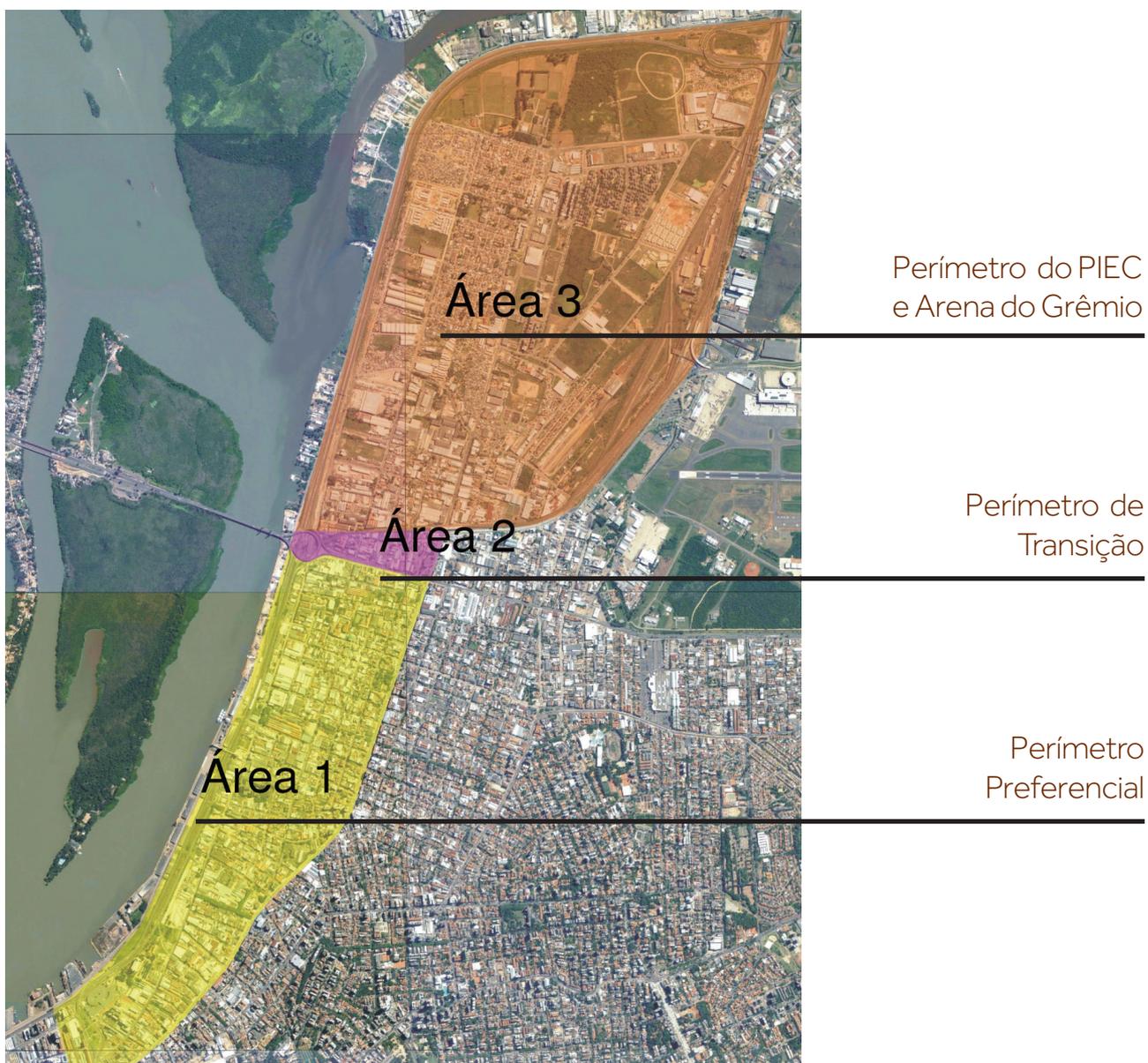
Considerando-se a formulação geral de um urbanismo ecológico e sustentável, foram revisados alguns exemplos, ao que tudo indica exitosos, da sua aplicação a áreas urbanas. A última etapa da presente análise concentra-se no planejamento urbanístico da cidade de Porto Alegre, especialmente em duas áreas que constituem objeto de estudo da Prefeitura Municipal. Uma dessas áreas, denominada 4º Distrito, possui grande potencial de revitalização; e a segunda, a Lomba do Pinheiro, também possui um enorme potencial para novos projetos, em harmonia com a preservação ambiental da região.

A área conhecida como 4º Distrito da cidade de Porto Alegre recebeu esta denominação desde a divisão territorial da cidade, então formada por chácaras, em 1892, em seis distritos. A delimitação do 4º distrito é notadamente muito abrangente, contornando uma área que pertence a diversos bairros da cidade – Navegantes, São Geraldo, Floresta e Orla do Guaíba.<sup>30</sup>

.....  
<sup>30</sup> JESUS, Rodrigo Poltosi Gomes de. "Uma abordagem para a revitalização do 4º Distrito". *1º Congresso Internacional – Espaços Públicos* (2015). Disponível em: [http://www.pucrs.br/eventos/espacospublicos/downloads/026\\_D.pdf](http://www.pucrs.br/eventos/espacospublicos/downloads/026_D.pdf). Acesso em 14/11/2016.

## 10 Reflexões sobre o urbanismo ecológico e o planejamento urbanístico de Porto Alegre

O antigo Caminho Novo, que consiste na atual Av. Voluntários da Pátria, tornou-se o eixo estruturador da ocupação desta área da cidade, que pela facilidade de conexão com o interior do Estado, proximidade do Guaíba e a estrada de ferro, mostrava-se plenamente adequado para a formação de um complexo industrial. Com diversas transformações ao longo dos anos, o 4º Distrito consolidou essa expectativa até a década de 1970, quando então se inicia um processo de "desconcentração industrial",<sup>31</sup> conduzindo-o a uma perda gradual de identidade.



© Prefeitura de Porto Alegre - Projetos Estratégicos  
([http://www2.portoalegre.rs.gov.br/spm/default.php?p\\_secao=150](http://www2.portoalegre.rs.gov.br/spm/default.php?p_secao=150))

<sup>31</sup>*Ibidem*, p. 2.

Há alguns anos, por solicitação da comunidade, a Secretaria do Planejamento Municipal de Porto Alegre criou um primeiro Grupo de Trabalho (GT) para “formular diretrizes, projetos e programas para qualificar o espaço urbano de forma ordenada e planejada, buscando o desenvolvimento sustentável da região e a melhoria da qualidade de vida”.<sup>32</sup> Inicialmente, a resposta da Prefeitura deu prioridade à implementação de projetos quase exclusivamente voltados para a rede viária, sem atender aos demais problemas da região. Por não enfrentar claramente essas questões, o risco que se estava a correr é o de não intervir na degradação do espaço público, acumulando-se ainda a desvalorização do patrimônio histórico, por conta de novas construções sem planejamento, e a perda de vitalidade urbana para a população que habita ou transita nesta região.

No entanto, em outubro de 2015, uma nova ação do GT Executivo do 4º Distrito, composta por diversas Secretarias e órgãos públicos, mobilizou a Secretaria de Planejamento Municipal, apresentando um “diagnóstico para a revitalização urbana e conversão econômica do 4º Distrito”, bem como “as premissas para o *Master Plan*”, um plano formulado com base em estudos que consideraram diversas experiências de revitalização, como a de Barcelona. As quatro premissas desse novo plano são: (i) a sustentabilidade; (ii) a resiliência; (iii) o uso misto e caminhabilidade; (iv) a incorporação de estudos setoriais já existentes.<sup>33</sup> O 4º Distrito foi dividido em três grandes áreas, com diferentes características geográficas e de adensamento, que foram pensadas de modo integrado a partir de uma rede potencial de clusters (tecnológico, educacional, de saúde, habitacional, institucional, econômico/financeiro e de indústria criativa).

A partir das linhas estratégicas centrais para o distrito, os planos específicos devem ser elaborados por meio de projetos colaborativos. A realização de workshops em 2016 com o apoio da UFRGS e a participação de diversos representantes da região<sup>34</sup> parece ser uma iniciativa importante para que o plano não recaia em um processo de gentrificação, mas se caracterize pela inclusão social. Com base na perspectiva do urbanismo ecológico, a revitalização do 4º Distrito a partir do plano apresentado pelo GT Executivo poderá encontrar a plenitude do seu desenvolvimento caso consiga, efetivamente, integrar as diversas áreas e promover projetos sustentáveis, que permitam renovar a região sem que ela perca inteiramente os seus traços, ou seja, reconquistando a área pela valorização do patrimônio

<sup>32</sup>PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE. “Qualificação do Espaço Público”. Disponível em [http://www2.portoalegre.rs.gov.br/spm/default.php?p\\_secao=150](http://www2.portoalegre.rs.gov.br/spm/default.php?p_secao=150).

<sup>33</sup>*Idem*. “Premissas e diretrizes para o Masterplan”. Disponível em: [http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/spm/usu\\_doc/4d2.pdf](http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/spm/usu_doc/4d2.pdf). Acesso em 14/11/2016.

<sup>34</sup>*Idem*. “Encontro debate diretrizes para a Revitalização do 4º Distrito”. Disponível em: [http://www2.portoalegre.rs.gov.br/porta\\_l\\_pmpa\\_novo/default.php?p\\_noticia=186353&ENCONTRO+DEBATE+DIRETRIZES+PARA+A+REVITALIZACAO+DO+4O+DISTRITO](http://www2.portoalegre.rs.gov.br/porta_l_pmpa_novo/default.php?p_noticia=186353&ENCONTRO+DEBATE+DIRETRIZES+PARA+A+REVITALIZACAO+DO+4O+DISTRITO). Acesso em 14/11/2016.



A elaboração de um Plano de Gestão Urbanístico-Ambiental (PGUA) para esta região da cidade ocorreu no ano de 1998, de modo vinculado às premissas do Plano Diretor de Desenvolvimento Ambiental (PDDUA). Naquela ocasião, o estudo foi formulado e elaborado como objetivo de “avaliar a legislação urbanística no que se refere, num primeiro nível, às regras de uso e ocupação do solo (regime urbanístico) e, num segundo nível, aos aspectos de estrutura urbana (sistema viário, espaços abertos, equipamentos comunitários etc).”<sup>37</sup> Em 1999, a partir do “Projeto Integrado Desenvolvimento Sustentável da Lomba do Pinheiro”, desenvolvido pela Secretaria do Planejamento Municipal, instalou-se um escritório na região, com o objetivo de produzir uma qualificação das propostas e uma mudança administrativa. Entre outras metas do projeto, foram designadas a consolidação da proteção ao patrimônio natural, a consolidação da ocupação existente e a criação de nova centralidade entre bairros. A partir da contratação da UFRGS para a Instituição do Grupo de Planejamento Local e Elaboração do Diagnóstico Integrado, consolidou-se, de 2002 a 2003, o Plano de Gestão Urbanístico Ambiental. Também se criou o Grupo de Planejamento Local (GPL), contando com representantes da comunidade e órgãos estaduais, o que possibilitou os principais problemas (físicos, sociais e econômicos) e irregularidades, como as propostas de solução a curto, médio e longo prazo.

Concluída a etapa de estudos e diagnósticos da região, deu-se um novo passo no sentido de propor regras diferenciadas, com o objetivo de manter locais com significativo valor ambiental e liberar áreas para um crescimento equilibrado e sustentável. Em 2009, aprovou-se junto à Câmara de Vereadores, a Lei Complementar nº 627/2009, que institui a Operação Urbana Consorciada, a qual, de acordo com seu art. 2º: “compreende o conjunto de intervenções urbanas coordenadas pelo Poder Executivo Municipal em áreas específicas, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental na área da intervenção”. Paralelamente, aprovou-se a Lei Complementar nº 630/2009, que foi a primeira Operação Urbana Consorciada proposta nos moldes do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001, arts. 32 a 34).

As Operações Urbanas Consorciadas são reguladas sempre por leis específicas, precedidas por Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV) e acompanhadas de um Plano contendo a área a ser atingida; os programas básicos de ocupação físico-ambiental da área, de atendimento econômico-social para a população diretamente afetada, bem como as finalidades da operação e contrapartidas a serem exigidas.

.....  
<sup>37</sup>Idem. *Projeto Integrado Desenvolvimento Sustentável da Lomba do Pinheiro – Lomba do Futuro*. Porto Alegre: s/e, 2003, p. 08.

## 10 Reflexões sobre o urbanismo ecológico e o planejamento urbanístico de Porto Alegre

De acordo com o art. 3º da Lei Complementar nº 630/2009, a Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro tem como finalidades:

- I – o fortalecimento do Poder Público como promotor da gestão dos processos de desenvolvimento local;
- II – a promoção da sustentabilidade urbano-ambiental como responsabilidade compartilhada por todos;
- III – a produção de Habitação de Interesse Social (HIS) como compromisso coletivo de todos os agentes que produzem a Cidade;
- IV – a promoção da justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização;
- V – a recuperação e a distribuição da valorização imobiliária decorrente de alterações da normativa urbanística e dos investimentos públicos;
- VI – a adequação da proposta, visando à solução de problemas ambientais e habitacionais da região;
- VII – o zoneamento de usos diferenciados e a democratização do acesso à terra urbanizada na região da Lomba do Pinheiro;
- VIII – a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas pela população de baixa renda;
- IX – a promoção de empreendimentos e a urbanização da região da Lomba do Pinheiro, atendido o interesse público;
- X – a observância das diferentes características das sub-regiões da área objeto da Operação Urbana Consorciada Lomba do Pinheiro, mediante identificação de setores preferenciais;
- XI – a estruturação urbana por meio da promoção de execução de obras de infraestrutura básica e equipamentos comunitários; e
- XII – a implementação do Plano de Melhorias Urbanas, conforme a Seção V deste Capítulo.

A partir destas finalidades, a Lei Complementar define regras específicas para o uso e ocupação do solo, fixando um Regime Urbanístico básico e o máximo, com volumes de construção diferentes. A opção pelo segundo regime deve oferecer contrapartidas que revertam em obras para a região. Com base no Plano Básico de Ocupação e no Plano de Melhorias Urbanas, são definidas as contrapartidas, que funcionam como compensadores para a região, a fim de minimizar as carências de infraestrutura urbana e comunitária, bem como recuperar o ambiente natural da área.<sup>38</sup> Cada termo de compromisso formalizado entre o Poder Público e os empreendedores são fiscalizados e acompanhados pelo Comitê de Desenvolvimento, formado por representantes da administração pública e da sociedade civil. Conforme o exposto, a Lomba do Pinheiro mostra um enorme potencial para o estabelecimento de projetos inspirados pelo urbanismo ecológico, em concordância com as políticas públicas da cidade de Porto Alegre.

<sup>38</sup> *Idem*. "Trabalho com a comunidade", *op. cit.*

## Considerações Finais

O que se buscou mostrar com este estudo é que urbanismo ecológico responde à urgência de um novo modelo para as cidades, tendo por objetivo o equilíbrio, de modo sustentável, entre o desenvolvimento e meio ambiente. De maneira mais ampla e não restrita a um empreendimento apenas, é necessário que, além da iniciativa privada, o poder público tome iniciativas para que o modelo ambiental seja de fato realizado e compartilhado por aqueles que transitam e permanecem nas cidades. Apresentamos alguns exemplos de iniciativa que superam o âmbito dos empreendimentos individuais e buscam equacionar valores urbanos e ambientais, revitalizando espaços abandonados ou subutilizados.

A cidade de Porto Alegre apresenta ao menos duas amplas áreas com enorme potencial para a efetivação de projetos que se engajam na realização de um modelo de urbanismo ecológico. Especialmente o projeto de revitalização do 4º Distrito e o novo tratamento conferido pela Prefeitura à Lomba do Pinheiro mostram-se promissores na perspectiva de um urbanismo sustentável.



# Santos Silveiro

ADVOGADOS

[ssa.com.br](http://ssa.com.br)