

LUCIANO DE CAMARGO
PENTEADO

DIREITO

DAS COISAS

2.^a edição
revista, atualizada e ampliada

De acordo com a Lei de usucapião especial urbana
por abandono do lar – Lei 12.424/2011



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

LUCIANO DE CAMARGO
PENTEADO

ao Profº Fernando Campos Scoff,
com respeito e admiração intelectual.

Amunam@Penteado

DIREITO S. Paulo, 26-J-2012.

DAS COISAS

2.^a edição

revista, atualizada e ampliada

De acordo com a Lei de usucapião especial urbana
por abandono do lar – Lei 12.424/2011



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Penteado, Luciano de Camargo

Direito das coisas / Luciano de Camargo Penteado. – 2. ed. rev.,
atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-4250-3

1. Direito civil - Brasil 2. Direito das coisas - Brasil 3. Direitos reais -
Brasil I. Título.

11-13350

CDU-347.2(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito das coisas : Direito civil
347.2(81) 2. Brasil : Direitos reais : Direito civil 347.2(81)

DIREITOS REAIS DE GOZO SOBRE COISA ALHEIA

XVIII

SUMÁRIO: 124. Noção geral – 125. Enfitese (CC/1916): 125.1 Conceito e regime jurídico; 125.2 Extinção – 126 Superfície: 126.1 Conceito e regime jurídico fundamental; 126.2 Relações jurídicas reais decorrentes; 126.3 Extinção do direito de superfície; 126.4 Subsidiariedade das normas de superfície do CC – 127 Servidões: 127.1 Conceito e constituição; 127.2 Exercício das servidões; 127.3 Extinção das servidões – 128. Usufruto: 128.1 Conceito e espécies; 128.2 Direitos e deveres do usufrutuário; 128.3 Extinção do usufruto; 128.4 Usufruto impróprio – 129. Uso – 130. Habitação – Exercício – Leituras recomendadas.

124. NOÇÃO GERAL

Os direitos reais de gozo sobre coisa alheia visam conferir ao titular da situação jurídica a possibilidade de realizar algum tipo de função utilidade sobre o bem objeto de propriedade de outro sujeito de direitos. A partir do momento em que se institui um direito desta natureza, passa a ver, no sistema jurídico, uma relação jurídica entre o proprietário e o seu titular, relação jurídica esta que se denomina de relação jurídica real.¹

Assim, para cada um dos direitos reais de gozo, existirá um regime de relação jurídica real disciplinado minuciosamente na lei, por conta da tipicidade estrita dos direitos reais. São direitos reais de gozo sobre coisa alheia, no sistema privado a enfitese, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso e a habitação.

1. Neste sentido, Beviláqua, *Direito das coisas*, vol. 1, p. 370.

125. ENFITEUSE (CC/1916)

Nada obstante a extinção da enfiteuse como uma das possibilidades de se instituírem situações jurídicas de direito das coisas, seu regime ainda é de relevante estudo por conta das enfiteuses já constituídas, que permanecerão até sua extinção por uma das causas elencadas no CC/1916.

125.1 Conceito e regime jurídico

A enfiteuse constitui-se na situação jurídica em que um sujeito de direitos é titular do domínio útil do imóvel podendo exercer sobre ele todos os poderes inerentes ao domínio, devendo, entretanto, efetuar, anualmente, o pagamento de um foro ou pensão ao nu proprietário, também denominado de senhorio direto. Denomina-se também de aforamento ou empraçamento, podendo ser constituída por ato entre vivos ou de última vontade.

Tal contrato é perpétuo, sendo considerada a enfiteuse por tempo limitado, expressamente, contrato de arrendamento, devendo ser regida pelas regras próprias deste ato jurídico.

Só poderão ser objeto de enfiteuse terras não cultivadas ou terrenos para edificação. Os bens objeto de enfiteuse são transmissíveis *mortis causa*, não podendo ser divididos em terrenos menores sem consentimento do senhorio.

Os impostos e ônus reais que recaiam sobre o imóvel por serem obrigações *propter rem* incumbem ao enfiteuta. Este também não poderá alienar o domínio útil a título oneroso, seja mediante venda ou dação em pagamento, sem aviso antecedente ao senhorio direto, que tem preferência na aquisição, com prazo de decadência de trinta dias. Findo este prazo, o enfiteuta poderá celebrar o negócio jurídico com quem entender e da forma que quiser. Saliente-se, entretanto, que estará a negociar apenas a enfiteuse e não o direito de propriedade.

Assim como o proprietário o foreiro também é titular do direito de preferência no caso de venda do domínio ou dação em pagamento. Deve-se, para tanto, haver prévio aviso, sendo idêntico o prazo de caducidade para o exercício do direito formativo gerador.

Sendo configurada a preferência, nos termos do CC/1916 685, como um autêntico direito formativo gerador, o seu titular poderá fazê-lo valer, ainda contra a vontade, perante o terceiro adquirente, pelo preço da aquisição.

Na alienação do domínio útil, o senhorio direto que não exercer o direito de preferência tem direito a receber, a título de laudêmio, o valor de dois e meio por cento sobre o valor da alienação. Pode haver, entretanto, alíquota de valor diverso no título constitutivo do aforamento.

O pagamento do foro anual é obrigatório. O foreiro não tem direito à remissão do mesmo quando o prédio enfiteutico se tornar para ele inútil ou estéril, ainda que tenha havido a perda total dos seus frutos. Poderá, entretanto, abandoná-lo em favor do senhorio direto ou ainda renunciar ao seu direito.

O enfiteuta poderá doar, dar em dota ou trocar por bem infungível o bem objeto da enfiteuse, desde que comunique, em mero aviso, o senhorio direto, até o prazo de sessenta dias do ato de transmissão. Caso não o faça, continua responsável pelo pagamento do foro, que pode ser em face dele demandado.

Sendo o bem objeto da enfiteuse penhorado, deverá ser o senhorio direto citado para assistir à sua venda judicial. Terá, entretanto, direito de preferência sobre os arrematantes ou sobre o credor a quem será o bem adjudicado, desde que ofereça condições iguais.

Quando o prédio emprazado pertencer a diversas pessoas, ou seja, no caso de coenfitense, haverá a necessidade de, no prazo de seis meses, constituir-se um administrador da coisa comum, que a lei denomina cabecel (CC/1916 690 *caput*). Na hipótese de a tal não se proceder, o direito de escolha deste administrador incumbirá ao senhorio direto. Todas as ações do senhorio contra os enfiteutas serão propostas contra o cabecel, sendo ressalvado a este direito de regresso contra os demais, pelo valor das respectivas frações ideais. No caso de coenfitense existe a possibilidade de divisão do emprazamento em tantas glebas quantas forem os enfiteutas, constituindo cada uma delas objeto de enfiteuse distinto.

No caso de abandono do imóvel por parte do enfiteuta a favor do senhorio direito, os credores daquele poderão se opor. Neste caso, prestam caução pelas pensões futuras, até que sejam pagos de suas dívidas.

125.2 Extinção

A extinção de enfiteuse se dá pela deterioração do prédio aforado, desde que esta seja natural e implique o fato de o bem não valer mais que o foro e um quinto deste, pelo comisso e pela morte do enfiteuta sem herdeiros, caso em que se preservam, entretanto, o direito dos credores. O comisso consiste na perda da enfiteuse pelo descumprimento da relação jurídica real consistente no pagamento das dívidas de foro por três anos consecutivos. Neste caso, assiste ao foreiro o direito de indenização pelas benfeitorias necessárias.

Após dez anos de constituição da enfiteuse, existe o direito de resgate do bem, mediante o pagamento de um laudêmio mais dez pensões anuais pelo foreiro, que assim adquire a propriedade plena, extinguindo-se a enfiteuse pela consolidação.

Na hipótese de se instituir subenfiteuse, esta se regerá pelas mesmas disposições da enfiteuse, sendo as demais, notadamente as sobre terreno de marinha e acrescidos, regidas por lei especial.

Muitos terrenos de marinha são constituídos de imóveis enfiteuticos, em geral da União Federal, que administra os bens, cânones e laudêmios através do Serviço de

Patrimônio da União (SPU). Veja, por exemplo, o seguinte julgado: “Administrativo – Terreno da Marinha – Laudêmio – enfiteuse – Não ocorrência – Dec.-lei 2.398/87 – Não pagamento – Mera ocupação – Recurso não provido. A enfiteuse ou aforamento, modalidade de direito real sobre coisa alheia, consiste na divisão do domínio em direito, exercido pelo proprietário ou senhorio, e útil, transmitido ao enfiteuta ou foreiro, que fica obrigado ao pagamento de uma pensão anual ou foro. 2. Tratando-se de direito real de caráter perpétuo, o domínio útil é passível de transação onerosa, hipótese em que, caso não seja exercido o direito de opção pelo senhorio direto, será devido pelo enfiteuta o pagamento do laudêmio. 3. O art. 3.º do Dec.-lei 2.398/87 dispõe que o pagamento do laudêmio sobre terreno da União, correspondente a 5% do valor atualizado do domínio pleno e das benfeitorias nele realizadas, somente é devido na hipótese de constituição de enfiteuse. 4. Não tendo havido na hipótese dos autos a enfiteuse, mas a mera ocupação de terreno da Marinha, conforme restou destacado pelas instâncias ordinárias, não há como submeter a alienação do imóvel ao prévio pagamento de laudêmio. Precedente do STJ. 5. Recurso especial não provido”.²

126. SUPERFÍCIE

Em substituição ao regime de ocupação útil dos fundos imobiliários previsto no CC/1916, pela abolição da enfiteuse e a proibição, nos termos das normas de direito comum, de constituição de novas enfiteuses e subenfiteuses (CC 2.038 *caput*), foi disciplinado pelo CC o direito de superfície, que já houvera sido reintroduzido no ordenamento jurídico pelo ECid. O direito de superfície é direito real (CC 1.225 II) que pode ser constituído apenas sobre bens imóveis e que objetiva dissociar a utilização do terreno da sua titularidade jurídica formal.

Além disso, como aponta seu próprio nome, ordinariamente, refere-se à concessão do direito de utilização do solo, sem incluir necessariamente o subsolo e espaço aéreo. Desta forma, acaba por ser, principalmente, um instrumento de natureza jurídica para facilitar a efetiva e atual utilização de terrenos para fins de atividade ou moradia, à vista de implementar as diretrizes fundamentais de função social da propriedade. Não sem razão o ECid 4.º V I, o elenca entre os institutos jurídicos e políticos de que o microsistema urbanístico se pode valer para implementar os fins da lei.

A coexistência de dois *tipos* de direito de superfície, um regulado pelo ECid e outro pelo CC, entretanto, não implica revogação de nenhum deles, nem tampouco derrogação. As duas modalidades de direito real convivem, uma especial, outra geral, de direito comum, recebendo influências recíprocas das leis instituidoras, dentro da proposta de diálogo das fontes de direito.

126.1 Conceito e regime jurídico fundamental

O direito de superfície é um direito real sobre coisa alheia, distinto e separado da propriedade imobiliária, cuja constituição se dá por registro do ato próprio no Cartório de Registro de Imóveis competente e extinção mediante averbação na matrícula imobiliária (LRP 167 I 39 e 167 II 20). Seu conteúdo consiste na faculdade de uso, no poder de fruição, no poder de disposição e na pretensão de sequela, orientados preferencialmente à estrutura do solo fundiário, seja ele urbano, seja rural, embora possa ser prevista, conforme a modalidade de superfície ou o contrato de constituição, utilização ampla do subsolo e espaço aéreo. Sua finalidade é outorgar ao beneficiário, superficiário, o direito de plantar, construir ou de alguma forma ocupar a dimensão física externa e imediata do imóvel, de modo limitado contratualmente.

126.1.1 O direito de superfície do CC e o direito de superfície do ECid

Existem duas espécies normativas de direito de superfície, de modo que se pode até mesmo falar em dois direitos reais de superfície distintos, embora com regime jurídico complementar. O ECid (L 10.257/2001) instituiu pela primeira vez esta modalidade de direito real no ordenamento jurídico brasileiro, desde sua abolição, que ocorrera com a entrada em vigor do CC/1916. O CC introduziu esta modalidade de direito real no direito comum, logo a seguir à propriedade.

Os dois direitos de superfície apresentam matizes de regime jurídico. O modelo do CC, por exemplo, exige tempo determinado, não sendo possível, em linha de princípio, constituição de direito de superfície segundo o CC 1.369 *caput* por tempo indeterminado sob pena de nulidade do contrato. Já o ECid 21 autoriza a constituição de direito de superfície por tempo determinado ou indeterminado, indistintamente.

Há outras diferenças, como o fato de o direito de superfície do CC prever, em princípio, a não possibilidade de utilização do subsolo, salvo disposição em contrário, ao passo que o direito de superfície do ECid abrange, em princípio, o direito de utilizar o subsolo. Entretanto, é necessário prever que, se a estatuição de consequências jurídicas diversas para os dois institutos é clara, existe à vista de que existem supostos fáticos de constituição igualmente distintos.

O direito de superfície do ECid surge como instrumento de política urbana, até mesmo porque a referida lei vem regulamentar os CF 182-183. Portanto, obviamente, pressupõe que o solo, no qual se vai instituir o direito de superfície seja urbano, sob pena de nulidade do contrato, que, entretanto, se obedecer aos pressupostos do CC 170, poderá ser convertido em contrato de superfície a reger-se pelo CC. Já o direito de superfície previsto no CC 1.369 e ss. pode ser instituído quer para imóveis urbanos, quer para imóveis rurais. A qualificação imobiliária deve processar-se de acordo com os critérios fixados no Capítulo IV.

Assim, convivem no sistema de direito positivo o direito de superfície do ECid, para imóveis urbanos, no contexto do microsistema de direito urbanístico por ele regido e o direito de superfície de *ius commune*, para a generalidade das hipóteses imobiliárias, com regimes distintos, embora parcialmente complementares. Neste sentido, pronunciou-se a I Jornada de Direito Civil do STJ, formulando o enunciado 93: "As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano".

126.1.2 Elementos de caracterização

Caracteriza-se essencialmente o direito de superfície pela presença, no patrimônio de seu titular, de prerrogativas orientadas ao aproveitamento do bem, sendo estas não totais, à vista de efetivamente ocupar o solo. No sistema do CC o direito de superfície só abrangerá posições jurídicas no que diga respeito ao subsolo se isto for inerente ao objeto da concessão. Por exemplo, tratando-se de concessão de superfície para construção de edifício, via de regra, compreende-se o direito de usar o subsolo (CC 1.369 parágrafo único). Esta matéria, quando suscitar dúvida, é campo de fértil atividade de interpretação.

Nos termos do CC 1.369 *caput*, o direito define-se pela finalidade do ato a ser praticado no terreno alheio: outorga-se a superfície *para* plantar ou construir ali. Daí a relevância, para o estudo do direito de superfície e do seu regime de direitos e deveres, cuja causa de constituição ordinária é contratual, embora não haja problemas para a sua constituição mediante testamento, especialmente preservada a forma pública, do estudo da causa final, ou seja, do fim prático típico, que rege a relação obrigacional.

O ECid não menciona o elemento caracterizador ao tratar do direito de superfície, apenas referindo que pode abranger o solo, subsolo e espaço aéreo, indistintamente, conforme as disposições previstas no contrato.

126.1.3 Forma de constituição

O direito de superfície como direito real sobre imóvel, para ser criado, efetivamente, depende de registro imobiliário (CC 1.227). Entretanto, o título registral a ser levado à matrícula, deverá ser, ordinariamente, contrato lavrado em notas de tabelião que respeite os requisitos da escritura pública. Isto ocorre independentemente do valor do imóvel, por conta de expressa disposição neste sentido do CC 1.369 *caput* e ECid 21 *caput*.

Como escritura é forma de negócio jurídico, o título escriturado poderá ser testamento, o qual pode atribuir o direito sob forma de legado, doação, compra e venda, doação em pagamento, ou mesmo dote. O importante é que se faça em escritura pública, a qual respeite, no seu clausulado, as normas cogentes previstas pelo direito positivo.

126.1.4 Espécies quanto à onerosidade

O direito de superfície, do ponto de vista de sua instituição, pode ensejar ato gratuito ou oneroso, conforme a declaração dos outorgantes e outorgados, em cada espécie de negócio, unilateral ou bilateral. Assim, pode haver doação de direito de superfície, na que se institui gratuitamente o referido direito real.

Nas hipóteses em que se pactuar que a constituição será feita de modo oneroso, pode-se igualmente dispor a forma de pagamento devida. Esta poderá ser à vista, ou em parcelas, sendo a execução da prestação instantânea ou diferida, portanto.

126.1.5 Tempo de duração e transferência

O direito de superfície, se instituído de acordo com a disciplina do direito comum, necessita, obrigatoriamente, ser por tempo determinado. Ou seja, deve haver lapso de duração, não podendo ser instituído por tempo indeterminado. A forma de determinar o tempo de duração, ordinariamente, será a aposição de termo final.

Já o direito de superfície instituído de acordo com o modelo do ECid 21 *caput*, poderá ser instituído por tempo determinado ou indeterminado, conforme a disposição das partes contratantes.

Em ambos os sistemas, o direito de superfície é transmissível, quer mediante alienação, quer através de sucessão. A alienação da superfície a terceiros poderá ser gratuita ou onerosa, e independe de autorização, desde que preservado o direito de preferência, o que comprova sua autonomia como situação jurídica real. O CC 1.372 parágrafo único é claro ao vedar a cobrança de pagamentos ao proprietário que tenham por fato gerador a transferência. Este é um elemento central a diferenciar a superfície da enfiteuse, que enseja o pagamento do *laudêmio*.

126.2 Relações jurídicas reais decorrentes

O registro da escritura de instituição de direito real de superfície faz surgir, entre o proprietário e o superficiário uma relação jurídica de natureza real. Até o momento do registro, seus direitos e deveres são puramente obrigacionais, exceto aqueles referentes a eventual indenização por benfeitorias, que tem efeito real. Esta relação gera direitos e deveres recíprocos entre superficiário e proprietário, os quais distribuem responsabilidades e benefícios em face da coisa, quer entre si, quer perante a coletividade e o Estado.

126.2.1 Instituição

A instituição da relação jurídica real se dá quando do registro do título no Cartório de Registro de Imóveis competente, cujos efeitos retroagem à data da prenotação. Caso o direito de superfície tenha por título de instituição testamento, os efeitos da relação

jurídica real retroagem à data da abertura da sucessão, por força do princípio da *salus in suprema* (CC 1.784), segundo o qual a transferência de posições jurídicas *mortis causa processa*-se imediatamente.

126.2.2 Direitos e deveres do superficiário

O superficiário tem o direito de usar o imóvel, nos termos do contrato. No caso da superfície comum, não tem, em linha de princípio, direito de utilizar o subsolo. Na superfície do ECid, o superficiário tem direito a divisão proporcional das despesas sobre o imóvel, como se verá.

O superficiário tem por principal dever previsto em lei arcar com os encargos e tributos incidentes sobre o imóvel. (CC 1.371 e ECid 21 § 3.º). Assim, por força dos dispositivos normativos, a instituição da relação jurídica real entre o proprietário e o superficiário importa a transferência, para este, dos ônus reais e das obrigações *propter rem* de modo geral.

No caso do ECid, a previsão é pormenorizada no sentido de que a transmissão é das dívidas que tenham por razão de ser a própria propriedade superficiária e não o imóvel como um todo, somadas aquelas que, da área total, correspondam à área objeto da concessão. Haveria assim, neste sistema, uma proporcionalidade entre benefícios e despesas, preservando-se parte dos débitos como sendo de responsabilidade do proprietário. Neste preserva-se, entretanto, a possibilidade de pactação convencional em sentido contrário.

Além disso, o superficiário tem o dever de utilizar o imóvel nos termos do instrumento de concessão da superfície, dever que, se descumprido, pode dar ensejo à extinção do direito real. Deve preservar, portanto, a destinação contratual.

Em atos de alienação da propriedade, o superficiário tem direito de preferência na aquisição, em igualdade de condições com terceiros.

126.2.3 Direitos e deveres do proprietário

O proprietário tem direito a que o superficiário arque com as despesas e tributos inerentes ao bem. Entretanto, este direito, embora decorrentes de relação real, não é oponível contra todos os terceiros. Assim, o credor poderá eventualmente executar o patrimônio do proprietário devedor, por débitos de impostos reais, porque o contrato de superfície, ainda que registrado, é inoponível a titulares de créditos relacionados a obrigações *propter rem* e ônus reais. Preserva-se, entretanto, ao proprietário, o direito de regresso contra o superficiário, que poderá propiciar, nos termos do CPC 70 III, denúncia da lide.

Além disso, tem direito a que o superficiário se utilize do imóvel nos termos da concessão, direito este que, violado, enseja o pedido de desconstituição do direito real, mediante denúncia cheia, que pode veicular-me mediante notificação.

O proprietário tem o dever legal, nos termos do ECid 21 § 3.º, de concorrer proporcionalmente com as despesas do imóvel, quando o direito de superfície constituir-se de acordo com o modelo deste diploma legal.

No caso de alienação da superfície, o proprietário tem preferência em igualdade de condições com terceiros, que se exercitada opera a consolidação.

126.2.4 *Direito de preferência*

A relação jurídica de superfície propicia surgimento, para ambos os sujeitos, proprietário e superficiário, de direito de preferência. O direito de preferência consiste num poder formativo gerador, o qual implica que, havendo alienação de qualquer dos direitos reais objeto da relação (a superfície ou a propriedade), o sujeito titular poderá, exercendo o direito, haver para si o direito alienado, ainda contra a vontade o alienante o contra a vontade e interesse do adquirente, que ordinariamente, não poderá alegar boa-fé, dado o sistema de conhecimento virtual que o registro imobiliário propicia, dando oponibilidade a terceiros do direito de preferência.

O CC não prevê especificamente prazo para exercício da preferência decorrente de existência de superfície, mas, por coerência sistemática, deve-se entender que é o mesmo da compra e venda de imóveis com pacto de preempção, qual seja, de sessenta dias, havendo notificação prévia para exercício do direito potestativo (CC 516), ou não havendo notificação, em analogia com a LI 33, de seis meses da data do registro da alienação.

O direito de preferência, nas relações em que haja superfície, é recíproco, ou seja, quer do proprietário para adquirir a superfície, quer do superficiário para adquirir o domínio.

126.2.5 *Desapropriação do imóvel*

Nas hipóteses em que o imóvel for desapropriado, o pagamento da indenização por parte do Estado, que se refere ao bem como um todo, segundo expressa disposição do CC 1.376, deverá ser repartido entre superficiário e proprietário, segundo o valor econômico de cada direito. A apuração deste depende de prova material concreta, pois poderá variar muito de caso para caso.

126.3 *Extinção do direito de superfície*

O direito de superfície pode se extinguir, basicamente, de dois modos próprios, afora os casos de perda da propriedade em geral. Trata-se da hipótese em que o direito subjetivo alcance seu termo de duração e da hipótese em que o superficiário dê ao imóvel destinação diversa da prevista no termo de sua constituição.

126.3.1 *Implemento do termo final*

Nos contratos de superfície que prevejam termo final, o direito de superfície cessará quando este for extinto, isto é, quando caducar por conta da previsão negocial. Neste caso, o termo é resolutivo e opera como uma determinação inexata, a implicar prévia convenção de extinção de efeitos no plano da situação jurídica de direito das coisas.

126.3.2 *Descumprimento do dever de dar a destinação pactuada*

Outra hipótese importante que implica a caducidade ou extinção do direito de superfície é o descumprimento do dever de dar ao bem a destinação pactuada no contrato de superfície. Isto ocorre em diferentes hipóteses, como naquelas em que dado o imóvel para finalidade de moradia exerce-se ali atividade empresarial. A distorção entre o fim da atribuição patrimonial e a atividade efetivamente desempenhada faz com que a lei determine a extinção do direito. É um dos casos em que o descumprimento da causa final implica uma cessação de eficácia da relação jurídica.

126.3.3 *Regime da indenização por benfeitorias e acessões*

Por conta do CC 1.375, extinta a concessão da superfície, por qualquer de suas causas, não assiste ao superficiário, ordinariamente, qualquer direito de indenização por benfeitorias e acessões. Entretanto, fica preservada a possibilidade de as partes, quando da instituição do direito de superfície ou em ato posterior, pactuarem em sentido contrário.

126.4 *Subsidiariedade das normas de superfície do CC*

Nada obstante as regras do ECid e do CC serem ligeiramente diversas, o regime do CC é subsidiário ao do ECid. Deste modo, na omissão desta lei, rege-se a situação jurídica pela disciplina que lhe conferir o CC.

127. SERVIDÕES

127.1 *Conceito e constituição*

Sob o nome de servidões designam-se os direitos reais sobre coisa alheia que propiciam algum tipo de utilidade ao proprietário de um prédio em detrimento de uma restrição imposta ao proprietário de outro prédio. São restrições às faculdades de uso e gozo do domínio, podendo ser reais, quando recaem sobre um imóvel, ou pessoais, quando recaem sobre alguém. O prédio que sofre a servidão denomina-se de prédio serviente, enquanto o prédio a quem a referida situação jurídica beneficia denomina-se de dominante.

Como o direito real de servidão é direito sobre coisa alheia, não é admissível a cobrança de IPTU sobre a área objeto da servidão em desfavor do proprietário do prédio dominante.³

A servidão é indivisível, no sentido de que permanece, ainda quando da divisão do imóvel dominante ou serviente. Deste modo, não pode ser adquirida nem demandada por partes, devendo ser constituída como totalidade. Como afirma o CC 1.386: "As servidões prediais são indivisíveis, e subsistem, no caso de divisão dos imóveis, em benefício de cada uma das porções do prédio dominante, e continuam a gravar cada uma das do prédio serviente, salvo se, por natureza, ou destino, só se aplicarem a certa parte de um ou de outro".

"Continuando a fixar o conceito de servidão, assinala o Código Civil, no citado artigo, que ela determina a perda de um dos direitos dominicais por parte do proprietário do prédio serviente, ou a obrigação de tolerar que desse prédio se utilize o dono do prédio dominante. É, pois, conceitualmente, a coexistência de proprietários diferentes, para estabelecer-se a servidão predial".⁴

Como se trata de acessório do bem, não pode ser penhorada nem hipotecada. É de duração indefinida, o que não significa que é perpétua, apenas apontando para a inexistência de termo. Pode se constituir por ato entre vivos, testamento, ou ainda adquirida por usucapião. Sua essência permitir *aliquid pati vel non facere*, embora possa reunir obrigações de fazer.

"*Servidões* são direitos reais que conferem ao dono do prédio dominante o exercício de algum dos direitos oriundos do domínio, ou o retiram ao proprietário do prédio serviente. Em relação ao domínio, são, portanto, direitos reais de gozo, restritos e imediatos, no que se diferenciam do usufruto, do uso e da habitação, que recaem sobre toda a coisa, e dos direitos reais de garantia, que não dão o gozo".⁵

Beviláqua insiste muito na diversidade de titulares de prédio para se instituir servidão,⁶ o que não é da essência do direito real. Funda sua opinião no adágio de Paulo – *nullim enim res sua servit* (ninguém pode instituir servidão sobre coisa sua). Tal opinião, entretanto, não implica a impossibilidade de dois prédios de mesmos titular apresentarem o direito real de servidão, um sobre o outro. Até mesmo porque o proprietário pode ter

3. Cfr. STJ, REsp 601.129/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 09.03.2005, v.u., DJU 24.05.2004.

4. Beviláqua, *Direito das coisas*, vol. 1, p. 342.

5. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. XVIII, p. 183.

6. Beviláqua, *Direito das coisas*, vol. 1, p. 343 e ss. O autor defende haver confusão neste caso ("A reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa extingue a servidão, porque esta, conceitualmente, pressupõe prédios pertencentes a proprietários diferentes. Dá-se *confusão* neste caso" – p. 351). Entretanto, o instituto da confusão, em sentido estrito, parece restrito ao direito das obrigações. O que pode ocorrer, no campo das situações jurídicas de direito das coisas é a extinção de uma delas, com elasticidade do domínio.

interesse em reunir dois prédios em que haja servidão por determinado período de tempo para, findo o mesmo, alienar um deles, já com a servidão instituída.

A servidão não aparente não se adquire por usucapião, pois lhe falta o elemento possessório mínimo, o poder de fato apto a induzir a imputação dominial, que se expressa por atos exteriores.⁷

Pode haver usucapião de servidão, portanto, quer ordinária, quer extraordinária, nos termos do direito geral de usucapião, estabelecido como modo de aquisição da propriedade imóvel. O prazo para tal, além do requisito da aparência, que se manifesta, basicamente, pela sua visibilidade, é de dez anos para a ordinária e de vinte anos para a extraordinária (CC 1.379). A doutrina, entretanto, entende que, para manter a coerência do sistema jurídico, o prazo deveria ser de quinze anos, de modo a propiciar uma igualdade de situação com a aquisição da propriedade em geral. Neste sentido, temos o Enunciado do CJF 251: "O prazo máximo para o usucapião extraordinário de servidões deve ser de 15 anos, em conformidade com o sistema geral de usucapião previsto no CC".

127.2 Exercício das servidões

Para que possa utilizar do seu direito real, o titular da situação jurídica de direito das coisas, poderá fazer obras destinadas a sua conservação e uso, tais como cercas, asfaltamento, iluminação. Caso a servidão seja de mais de um titular, estas despesas devem ser objeto de rateio.

A regra é que essas obras sejam feitas pelo proprietário do prédio dominante, salvo disposição contrária no título constitutivo. Haverá hipóteses, portanto, em que a obrigação incumbe ao proprietário do prédio serviente. Nestes casos, poderá se exonerar da referida obrigação abandonando seu prédio a favor do proprietário do prédio dominante. Caso o proprietário do prédio dominante recuse receber a propriedade, ou parte dela, deverá ele custear as obras.

Para propiciar a efetiva utilização do conteúdo econômico do direito real, o proprietário do prédio serviente não pode impedir, ou de qualquer modo dificultar o efetivo gozo e desfrute do direito real (CC 1.383).

Quanto à possibilidade de remoção da servidão de um local para outro, a lei adota dois critérios, conforme o interessado na remoção seja o proprietário do prédio dominante ou o proprietário do prédio serviente. No caso de ser o proprietário do prédio dominante, este só poderá alterar à sua custa, desde que haja incremento da utilidade, ou seja, desde que a servidão propicie maiores possibilidades de utilização e, ao mesmo tempo, não haja prejuízo ao proprietário do prédio serviente. Caso seja do interesse do proprietário do prédio serviente proceder a tal atitude, existe um permissivo legal, desde

7. Idem, p. 345.

que o faça à sua custa e sem prejuízo para a servidão já existente instituída no interesse do proprietário do prédio dominante.

Existe uma regra restritiva quanto ao uso da servidão, que é o CC 1.285. De acordo com este dispositivo legal, restringe-se o uso da servidão ao critério da necessidade do prédio dominante, sem que se agrave o encargo do prédio serviente. Neste sentido, a servidão deve ter mantido o fim para o qual foi constituída, não podendo ser ampliada para outra destinação.

Por fim, existe uma regra importante, herdada do direito romano, segundo a qual nas servidões de passagem, o ônus limitado não permite ampliação, embora o ônus maior inclua o menor. Assim, diferenciavam-se as possibilidades de passagem humana sem auxílio, com animais ou com instrumentos de locomoção, considerando-se a última mais onerosa ao proprietário do prédio serviente. Existiam, deste modo, respectivamente, três espécies de servidão de trânsito: *iter*, *actus* e *via*. Não foi a forma desta distinção adotada pela lei civil brasileira, mas sim o seu espírito.⁸

Se houver alguma necessidade maior que imponha a utilidade de ampliação da servidão já previamente constituída, a lei defere um direito formativo gerador ao proprietário, no sentido de permitir que o mesmo esteja autorizado à ampliação, estando o proprietário do prédio serviente obrigado a tolerar. Entretanto, deverá o último ser indenizado por conta do excesso decorrente da referida ampliação. Em determinadas situações têm decidido os tribunais que se podem mesmo manter edificações em detrimento da utilidade propiciada ao proprietário do prédio dominante, se há consentimento nelas, sejam as servidões administrativas ou civis e existe longo tempo de consolidação da situação. Num interessante julgado, o STJ decidiu contra uma ação demolitória da Light, que objetivava a destruição de construções feitas por uma empresa em detrimento da servidão com base nestes argumentos. “Civil e processual – Servidão – Rede de alta tensão – Construção de edificações sob a mesma pela proprietária do imóvel – Ação ordinária de preceito cominatório que objetiva a demolição e remoção das benfeitorias – Natureza da servidão – Fundamento constitucional – Benfeitorias anteriores ao Dec. 35.851/1954, art. 3.º – Argumento inatacado – Súmula 283-STF – Incidência – Alteração tácita dos contratos que vedavam construções – Interpretação de matéria fática – Reexame em sede especial – Impossibilidade – Ausência de dano e embaraço ao uso da servidão – Prova – Súmula 7-STJ. I. Inviável discutir a natureza da servidão existente sobre o imóvel, se restaram intactos, à falta de impugnação objetiva a respeito, os fundamentos de que ela é de caráter civil e não administrativo, porque os contratos de servidão são anteriores ao Decreto 35.851/1954, e assim preservada a origem pela Constituição Federal anterior. II. Firmado pelo Tribunal estadual que as condições primitivas dos contratos que instituíram a servidão para passagem da rede de alta tensão foram tacitamente alteradas ao

longo do tempo, para permitir a construção de instalações pela empresa proprietária do imóvel serviente, e, ainda, que inexistente prova de dano ou embaraço ao uso da servidão, o exame da ofensa ao art. 3º do referenciado diploma legal recai no campo fático, cuja apreciação é vedada ao STJ, ao teor da Súmula 7. III. Dissídio jurisprudencial inepto, por não demonstrado na forma exigida processual e regimentalmente, além de esbarrar no óbice da Súmula 13 desta Corte. IV. Recurso especial não conhecido”.⁹

127.3 Extinção das servidões

Atendência à permanência temporal, característica geral das situações jurídicas reais em relação às demais situações jurídicas de direito privado ressalta-se na servidão que só se extingue perante terceiros com o cancelamento de seu registro. A exceção prevista na lei é a desapropriação (CC 1.387 *caput*).

Na hipótese de o imóvel estar hipotecado e a servidão mencionada no contrato de hipoteca, para o seu cancelamento será necessário o consentimento do credor, pois caso contrário poderá estar havendo uma hipótese de redução do conteúdo econômico da garantia hipotecária.

Existem também algumas hipóteses em que o proprietário do imóvel serviente tem o direito formativo extintivo de demandar o cancelamento do ônus da servidão (CC 1.388). Este direito defere-se no caso de renúncia do titular da servidão, de perda da sua utilidade ou comodidade, ou ainda no de resgate. O resgate consiste na extinção do ônus, com consolidação plena dos poderes dominiais mediante o pagamento do valor do direito real resgatando ou ainda por ato de liberalidade do seu titular. Diferentemente do que ocorria com a enfiteuse (CC 683), entretanto, o direito de resgate do titular da servidão não é compulsório, devendo ser precedido da anuência do proprietário do prédio dominante.

Existe a faculdade de cancelamento da servidão também em outros casos, quais sejam, a reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa, que permite o cancelamento mediante simples averbação no CRI, sem necessidade de ajuizamento de demanda judicial, supressão das obras por efeito de contrato, ou ainda, pelo não uso durante o período de dez anos contínuos.

128. USUFRUTO

128.1 Conceito e espécies

O usufruto consiste no direito real sobre coisa alheia que abrange a possibilidade de extração e aproveitamento da coisa, seus frutos e utilidades. Compreendia-se, an-

9. STJ, REsp 35.963/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 08.03.2005, v.u., DJU 18.04.2005.

teriormente, como espécie de servidão pessoal, entendimento superado pela noção de situação jurídica de direito das coisas a que subjaz, quando voluntário, a relação jurídica real. Compreende o direito de usar e fruir, preservada a substância da coisa e o direito de reivindicar, que pertencem ao proprietário.

O usufruto pode se constituir por lei, por contrato, por testamento e por usucapião.¹⁰ Nada obstante C. Beviláqua entender que o sistema não concebe o usufruto legal como um usufruto, na medida em que dispensa o registro, parece que na nova sistemática civil tal assertiva não se sustenta mais. O fato de não ser necessário o registro não infirma, de per si, a qualificação de uma situação jurídica como situação de direito das coisas, apenas é regra específica. Tal ocorre também com a hipoteca, que também se admite na forma legal, ou com o penhor.

Pode o usufruto recair sobre um bem ou um conjunto de bens, mesmo sobre um patrimônio inteiro ou outras universalidades, como a herança. Sua abrangência pode ser de todos os frutos ou apenas parte deles (CC 1.390).

O usufruto de imóveis, como ademais qualquer direito real imobiliário, para sua constituição, depende do registro no CRI competente. Entende-se que o usufruto abrange os acessórios da coisa e os seus acréscimos. Assim, as pertencas de um imóvel, como mobília, quadros, tapetes, salvo disposição em sentido contrário, compreendem-se dentro da situação jurídica do usufruto.

Caso haja, entre esses bens, coisas consumíveis, existirá o dever, findo o usufruto, de restituir as que não houverem sido consumidas. Quanto as que o forem, existirá o dever de restituir o seu valor ou outras, de mesmo gênero, qualidade e quantidade. Quanto a estes bens denomina-se o usufruto de impróprio.

Quando houver no bem sobre o qual recai o direito de usufruto florestas e ou recursos minerais que possam ser aproveitados, à vista de manter a relação jurídica do modo mais racional e harmônico possível, evitando assim, discussões futuras sobre a abrangência do usufruto, deve haver uma fixação antecipada da extensão do direito. Deste modo, no contrato de usufruto deve-se disciplinar o grau de abrangência do direito de utilização destes específicos bens, quer sejam frutos ou produtos.

No caso de usufruto de universalidade ou de fração ideal de bem, o usufrutuário tem direito a parte do tesouro que nele for encontrado. Nos demais casos, cabe ao nu proprietário o direito ao tesouro. No caso de pagamento para obtenção de parede meia ou divisória pelo vizinho, terá direito ao valor pago, pois está na posse e na efetiva utilização das vantagens econômicas que propicia o bem.

O usufruto é direito personalíssimo, não podendo ser alienado. Pode-se, entretanto, ceder o seu exercício, a título gratuito ou oneroso (CC 1.393). Esta regra

determina, no caso de cessão, a preservação, perante o proprietário da condição de usufrutuário do cedente. Deste modo, as responsabilidades perante o proprietário e perante terceiros são dele. O cedido apenas tem direitos pessoais resultantes do contrato de cessão, que se averbado, torna-se oponível a terceiros, mas não ao proprietário que, na hipótese de haver de demandar, poderá sempre acionar o patrimônio do usufrutuário.

Corolário da regra que determina a impossibilidade de alienação do usufruto, acrescida do fato de que, geralmente, é concedido beneficentemente é a de que o usufruto é impenhorável nada obstante a penhorabilidade dos frutos. Neste sentido, já decidiu o STJ: "Civil – Usufruto. Os frutos são penhoráveis; o usufruto não. Recurso especial conhecido, mas não provido".¹¹ Esta questão deve ser analisada com bastante cautela. A impenhorabilidade do usufruto em si mesmo considerado decorre de sua inalienabilidade, isto é, a impossibilidade de ser objeto de exercício de poderes de disposição. Entretanto, o ato da penhora pode ser dirigido à representação econômica que tenha o usufruto, desde que projetada no seu exercício, como seria o caso da penhora incidente sobre os rendimentos de um bem locado. Neste caso, os créditos do usufrutuário se prestarão ao pagamento da dívida objeto da execução, nos termos do CPC 673. Neste sentido, ver interessante decisão do TJ/RS, procurando dar interpretação sistemática ao CC 1.393, assim ementada: "Agravo de instrumento – Execução – Penhora de usufruto – Possibilidade de a penhora recair sobre os frutos e rendimentos decorrentes do exercício do direito de usufruto – Inteligência do art. 1.393 do CC/2002 – Decisão monocrática provendo, em parte, o recurso".¹²

128.2 Direitos e deveres do usufrutuário

O usufrutuário tem a posse direta do bem, enquanto o proprietário tem a posse indireta. Seu direito compreende o *ius possidendi*, ou direito à posse, ao uso, administração e percepção dos frutos.

Quando o usufruto recair sobre títulos de crédito, o usufrutuário pode perceber seus frutos e cobrar as dívidas. Quando cobrá-las deverá aplicar a importância recebida em títulos da mesma natureza ou em títulos da dívida pública federal, com cláusula de atualização monetária.

Quanto aos frutos que estiverem a ser percebidos no momento de início da relação jurídica, o usufrutuário pode diretamente percebê-los, sem necessidade de indenizar as despesas de produção, sendo os mesmos naturais. Tal direito não prevalece na hipótese de haver direito adquirido por terceira pessoa. Como uma espécie de compensação por

11. STJ, REsp 242.031/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 02.10.2002, m.v., DJU 25.03.2004.

12. TJRS, AgIn 700.014.093.462, rel. Des. Marcelo Cezar Muller, j. 18.01.2006, Bol. AASP 2.470/3.895.

estas regras, os frutos naturais pendentes ao término da relação jurídica de usufruto pertencem ao proprietário sem que este, desta vez, tenha de indenizar as despesas com a produção dos mesmos.

As crias de animais, que também consistem em frutos naturais, uma vez que derivam do desenvolvimento próprio à coisa principal, são do usufrutuário. Deve ser mantido, entretanto, o número suficiente para manter, ao término do usufruto, o mesmo número de cabeças existente quando do início da relação contratual.

Já os frutos civis vencidos quando do início do usufruto, pertencem ao proprietário. Isto decorre de que os frutos desta natureza reputam-se vencidos dia a dia. Analogamente, os vencidos quando do término do usufruto pertencem ao usufrutuário.

A fruição do usufrutuário pode ser pessoal ou mediante arrendamento, mas jamais poderá alterar a destinação econômica do imóvel, sem que haja expressa autorização do proprietário.

Para que possa honrar a situação de administrar, na constância do usufruto, coisa alheia, no momento em que receber o bem objeto da relação jurídica real, o usufrutuário fará um inventário das suas condições. As despesas com a realização deste relatório correm por sua conta. Além disso, para garantia da devolução da coisa no estado em que se encontra deverá caucionar de modo fidejussório ou real sua administração, podendo a mesma ser dispensada pelo dono. Tem o dever de zelar pela conservação do bem e entregá-lo de volta findo o usufruto.

No caso frequente da doação com reserva de usufruto, a lei desobriga à prestação de caução. Tendo em vista preservar o que por liberalidade se despoja de um bem de sua titularidade, a lei desobriga o doador de prestar garantia pelo ato praticado.

A impossibilidade de caucionar suficientemente a relação jurídica de usufruto implica a perda do direito de administração, que se transmite ao proprietário. Esta hipótese não significa extinção do usufruto, mas simples perda do poder de gerência. Com a transmissão do mesmo ao proprietário, este gerencia o usufruto, devendo caucionar sua gestão. Obriga-se a entregar os rendimentos do bem, deduzidas as despesas de administração. Entre elas incluirá a quantia de remuneração do administrador que será fixada judicialmente.

O exercício regular do usufruto poderá causar ao bem algum tipo de deterioração, como é o caso do desgaste natural – perda do valor de uso – de um automóvel ou de uma casa. Se esta for a hipótese, o usufrutuário não é obrigado a pagar essas deteriorações.

Do ponto de vista das despesas com o bem, ao usufrutuário competem as despesas ordinárias, enquanto ao proprietário cabem as extraordinárias e as de custo elevado. O critério para determinar uma e outra não está previsto em lei, devendo ser apurado de acordo com as peculiares circunstâncias de cada caso concreto. Apenas se fixa o critério da modicidade, que é de despesas superiores a dois terços do rendimento líquido em um ano.

O usufrutuário pagará os juros do capital despendido com as necessárias à conservação ou as que aumentarem o rendimento da coisa objeto do usufruto, à vista do benefício auferido.

Além disso, o usufrutuário é responsável pelas obrigações *propter rem*, como é o caso daquelas devidas pela posse ou rendimento da coisa usufruída.

Na hipótese de o dono não proceder às reparações a que se encontra vinculado, sendo as mesmas indispensáveis à conservação da coisa, poderá realizá-las, cobrando do proprietário a importância por ele despendida.

No caso do usufruto de patrimônio, o usufrutuário não apenas se beneficia dos rendimentos, mas responde por eventuais juros de dívida que pertençam àquela universalidade ou a parte dela.

Na medida em que tem o dever de cuidar da coisa, por conta da restituição devida ao término do contrato de usufruto, nos casos de usufruto convencional ou da relação jurídica de usufruto nos demais casos, o usufrutuário tem o dever específico de cientificar o dono de qualquer lesão produzida contra a posse da coisa ou a direito do dono (CC 1.406).

No caso do bem estar segurado é ao usufrutuário que incumbe o pagamento do prêmio do seguro na constância da situação jurídica de direito das coisas. Este dever tem a natureza de obrigação *propter rem*. Na hipótese de o seguro vir a ser estabelecido pelo usufrutuário, beneficia-se também o proprietário do resultado desta relação contratual de natureza securitária. No valor da indenização, no caso de dano, ambos os direitos, na proporção de seus valores, sub-rogam-se no valor da paga securitária.

Na hipótese de destruição do imóvel objeto do usufruto, não havendo culpa do proprietário, não existe obrigação de reconstituir a relação jurídica e o direito real sobre outro bem. O usufruto se extingue, bem como a propriedade, pelo simples perecimento do objeto, nesta circunstância. Caso o proprietário torne a edificar o prédio, tampouco se restabelecerá o usufruto. Entretanto, caso se aplique a paga securitária na reconstrução do edifício, já neste caso se restabelece o usufruto, pelo princípio da sub-rogação real no patrimônio.

Ocorre também sub-rogação do usufruto no valor nos casos de indenização decorrente de desapropriação ou ainda na decorrente de dano de responsabilidade civil que venha a ser ressarcido pelo terceiro (CC 1.409).

A propósito dos direitos do nu-proprietário, afirma Clóvis Beviláqua: "O direito principal do nu-proprietário, o núcleo de onde os demais se irradiam, é o domínio limitado, ordinariamente em estado de quietude, porém que se manifesta e age, sempre que se faz necessário defendê-lo ou torná-lo preponderante para não sucumbir".¹³

13. Beviláqua, *Direito das coisas*, vol. 1, p. 379.

128.3 Extinção do usufruto

O CC regula também as formas segundo as quais pode se extinguir o direito real de usufruto. Nestes casos, quando imóvel o bem sobre o que se institui a referida situação jurídica de direito das coisas, deve-se cancelar o registro no CRI competente, mediante simples averbação.

O primeiro caso de extinção do usufruto é a renúncia do direito, analogamente ao que ocorre com a perda da propriedade em geral. Além disso, a morte do usufrutuário também implica a perda do direito, por conta do seu caráter personalíssimo que faz da referida situação uma das que é intransmissível aos herdeiros.

É também causa de extinção do usufruto o término de sua duração, nos casos em que instituído por tempo determinado e não de modo vitalício. No caso de usufruto instituído a favor de pessoa jurídica o tempo de sua duração máximo é de trinta anos, extinguindo-se após este tempo ou ainda quando a pessoa jurídica se extinguir antes desta data.

De acordo com a máxima *cessante causa, cessat effectus*, cessando motivo que ensejou a criação do usufruto, tendo sido este declarado no título de constituição, também se encerra o direito de usufruto.

Guardadas as disposições referentes à sub-rogação, a destruição do objeto do usufruto implica também sua extinção.

Outra causa importante é a consolidação, fenômeno segundo o qual com a extinção do usufruto, a propriedade volta a sua plenitude.

Além disso, existem casos de extinção do usufruto por culpa do usufrutuário, quando mal administra o bem, por exemplo, alienando-o, deteriorando-o, ou deixando-o incorrer em ruína, não o reparando. No específico caso do usufruto de títulos de crédito, extingue-se o usufruto nos casos em que não se dá aos valores recebidos a destinação cogente de aplicação em títulos da mesma natureza.

Por fim, extingue-se o usufruto pelo não aproveitamento de suas utilidades, ou seja, pelo não uso, ou não fruição.

A regra, no cusufruto, na hipótese de falecimento de um dos titulares da situação jurídica real, é a perda da parte do que morreu, ou seja, a extinção de uma das partes, salvo a previsão expressa de que o quinhão do premoriente caiba ao sobrevivente. É uma hipótese de necessária previsão convencional de direito de acrescer (CC 1.411).

128.4 Usufruto impróprio

No usufruto impróprio ou quase usufruto, a situação jurídica de direito das coisas recai sobre um bem consumível e, portanto, finda a relação jurídica não existe possibili-

dade de o restituir. Assim, a restituição se dará em valor, salvo o caso de usufruto de títulos de crédito, que se destinam à percepção do seu valor específico. No usufruto de ações destina-se a situação jurídica a imputar os dividendos no patrimônio do usufrutuário, preservando certos direitos, como o de voto, no patrimônio do nu proprietário.

129. USO

Existe no sistema jurídico um direito real em muito assemelhado ao direito de usufruto, distinguindo-se basicamente por conta da impossibilidade de sua cessão, quer a título gratuito, quer a título oneroso. O conteúdo da situação jurídica, entretanto, é muito assemelhado, abarcando as possibilidades de usar e fruir o bem. Tem caráter personalíssimo, destinando-se a satisfação de necessidades próprias e da família. Estas necessidades avaliam-se de acordo com a condição social do indivíduo e o local em que viver. Estas necessidades compreendem as do cônjuge, filhos solteiros e pessoas de serviço doméstico.

As regras do usufruto, para disciplinar o restante das vicissitudes do direito real de uso, por força do CC 1.413 são subsidiárias.

Muitas vezes se utiliza este direito real, com regime próprio, de direito público, para ocupação de bens públicos. Veja-se o seguinte julgado sobre a matéria: “Cobrança – Concessão de direito real de uso – Taxa de ocupação – Inadimplência. Nos contratos de concessão de direito real de uso é devida a taxa de ocupação do bem por todo o período de inadimplência, não havendo que se falar em limitação aos três primeiros meses inadimplidos. Apelo conhecido e provido”.¹⁴

130. HABITAÇÃO

Nas hipóteses em que o uso de um determinado bem imóvel consistir em habitar gratuitamente, sendo a casa alheia, existirá a configuração de um direito de habitação. Existe uma série de limitações, instituídas com a finalidade de preservar a finalidade do instituto. Sua constituição pode ser muito relevante para estruturar relações de maior segurança, especialmente no campo do direito de família.

Entre estas vedações legais está a da impossibilidade de celebrar sobre o imóvel contrato de locação ou comodato, ou ainda qualquer negócio jurídico que prive o titular da situação jurídica de habitação da posse do bem. Sendo praticado qualquer um destes atos, o direito real considera-se extinto por infração ao preceito legal do CC 1.414.

Na hipótese de instituição de coabitação, isto é, de direito de habitação deferido a mais de uma pessoa, nenhuma deve prestação pecuniária à outra, mesmo a título de

14. TJDE, ApCiv0001014-40.2006.807.0001, rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, j. 12.05.2010.

aluguel, nem tampouco pode impedir o direito de habitar o imóvel. Assim, preserva-se a possibilidade de manter harmonia nesta relação.

No sistema brasileiro existem também situações em que a habitação tem causa legal, como a hipótese em que o companheiro falece. O supérstite tem direito real de habitação sobre o imóvel que consistia na moradia do casal (L 9.278/1996 7.º parágrafo único).

Por fim, cumpre lembrar que o regime do usufruto aplica-se ao direito real de habitação na hipótese de ausência de previsão legal, sendo, portanto, um regime a este subsidiário.

EXERCÍCIO

1) Determinado bem encontra-se sob usufruto de um determinado sujeito de direitos estando, simultaneamente, a nua propriedade no patrimônio de dois irmãos, em regime de condomínio tradicional. Diante deste fato, pergunta-se a respeito da viabilidade da ação de extinção de condomínio e de eventuais dificuldades desta estratégia de solução de eventual controvérsia existente entre os condôminos.¹⁵

2) Dois prédios encontram-se separados por uma rua cuja titularidade se ignora. Em um deles é iniciada a construção de uma parede divisória que obstrui referida rua, em detrimento do acesso do primeiro deles a esta. Há outra via de acesso, entretanto, muito menos ampla que a referida. Diante deste fato, é ajuizada ação de nunciação de obra nova, com o fundamento de que a passagem está sendo prejudicada. No curso da demanda, fica provado que existe servidão de passagem instituída a favor do prédio prejudicado pela construção e o juiz decide favoravelmente ao titular deste prédio diante da prova, que surge no decorrer do processo. Diante da narrativa, procure refletir e responder.¹⁶

a) A decisão é acertada do ponto de vista do direito material? E do ponto de vista do direito processual?

b) Qual o significado que assume para o caso o brocardo que determina que não se pode presumir a servidão?

c) Caso o objeto do questionamento entre as partes fosse o direito real de servidão em si mesmo considerado, qual seria o remédio judicial adequado?

LEITURAS RECOMENDADAS

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. A servidão por destinação do proprietário. *RDC* 34/133.

NERY, Rosa Maria de Andrade. O não uso da coisa como forma de extinção do usufruto. *Revista de Direito Privado* 3/203.

15. Baseado em TJRS, ApCiv 70.010.432.466, rel. Des. Guinter Spode, j. 14.06.2005, v.u.

16. Baseado em STJ, REsp 623.704/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.02.2006, v.u., DJU 20.03.2006.